



JANVIER 2006

RC-309
(min.)

**RAPPORT DE MINORITE DE LA COMMISSION
chargée d'examiner l'exposé des motifs et projet de décret
créant le décret du... A la suite du renvoi au Conseil d'Etat
de la motion des députés Serge Melly et consorts relative à la renonciation
des mesures de contrainte pour les requérants d'asile déboutés
dans le cadre de la circulaire dite « Metzler »
Régler la question une fois pour toutes**

Preamble

Votre commission s'est réunie les 12 et 15 décembre 2005. Lors de sa première séance, elle était composée de M^{mes} et MM. Josiane Aubert, Nicolas Daïna, François Brélaz, Alain Monod, Jean-Pierre Grin-Hofmann, Claude-André Fardel, Yves Ferrari, Nicolas Mattenberger, Denis-Olivier Maillefer, Roger Saugy (en lieu et place de Christiane Rithener), Massimo Sandri, Philippe Martinet (en lieu et place de Anne Weill-Lévy), Armand Rod, Serge Melly et du soussigné, confirmé comme président. Lors de la seconde séance, Michèle Gay-Valloton remplaçait Josiane Aubert.

M. le conseiller d'Etat Jean-Claude Mermoud représentait le Gouvernement ; il était assisté de M^e Schwaar, chef du SJL, de M. Rothen, chef du SPOP, et de M. Maucci, adjoint au secrétariat général du DIRE. Ce dernier prit les notes de séances, ce dont la commission lui sait gré.

Vos commissaires ont également bénéficié des documents annexés. Deux tableaux présentant la situation actualisée des personnes directement concernées par le présent projet de décret ainsi qu'un courrier adressé par l'Office fédéral des migrations (ODM) à M. le député François Brélaz. Ces pièces sont annexées à ce rapport.

L'enfer pavé de bonnes intentions

La motion Melly dont est issu le présent décret part incontestablement d'un bon sentiment. Ses objectifs sont au nombre de trois : interdire au Conseil d'Etat l'usage des mesures de contrainte à l'endroit des requérants concernés, autoriser ceux-ci à travailler, créer une commission cantonale consultative. Le tout est résumé dans l'intitulé de sa motion : « régler la question une fois pour toutes ».

Rarement l’adage affirmant que « l’enfer est pavé de bonnes intentions » n’aura trouvé meilleure application.

Loin de régler une fois pour toutes la douloureuse situation des personnes concernées, le présent décret, s’il était adopté, déboucherait sur une solution inacceptable sur le plan humain, insoutenable sur le plan juridique et inacceptable sur le plan politique.

Une solution inacceptable sur le plan humain

L’application du présent décret contraindrait les autorités vaudoises à admettre la présence des réfugiés d’asile déboutés dans le cadre de la circulaire « Metzler » sans pour autant délivrer à ceux-ci un quelconque permis. Ces réfugiés resteraient en situation irrégulière, et leur présence ne serait tolérée que dans notre Canton. M^{me} la conseillère d’Etat Anne-Catherine Lyon l’a d’ailleurs formellement reconnu devant les présidents des groupes parlementaires : aucun permis ne peut leur être délivré, aucun statut juridique ne peut leur être accordé !

Lesdits réfugiés seraient ainsi condamnés à ne jamais sortir du Canton, sous aucun prétexte !

Est-ce régler la question une fois pour toutes ?

La motion Melly demandait que le Conseil d’Etat autorise les requérants concernés à exercer une activité lucrative et à suivre une formation. Conscient qu’une telle demande viole le droit fédéral, les partisans de cette motion – y compris le motionnaire – l’ont modifié dans le sens suivant (nouvel article 3) :

« Les requérants peuvent exercer une activité lucrative et suivre une formation pour autant qu’ils en aient obtenu l’autorisation selon le droit fédéral et tant qu’ils séjournent sur le territoire vaudois.

Le Conseil d’Etat requiert les autorisations nécessaires. »

Le changement est fondamental. Il reconnaît l’absence totale de compétence cantonale en matière d’autorisation de travailler. De plus, et de l’avis même du chef du département, il y a très peu, sinon aucune chance que les autorisations requises soient octroyées. Il en résulterait, pour les requérants concernés, une interdiction définitive et illimitée de travailler ou de se former...y compris pour les enfants.

Est-ce régler la question une fois pour toutes ?

Une solution insoutenable sur le plan juridique

Avant d'aborder les questions juridiques posées par la présente motion, vous nous permettrez d'affirmer avec force que l'Etat de droit protège de l'arbitraire et du désordre. Il en va finalement des libertés individuelles et de la cohésion sociale. Dans un tel système, celui qui juge une règle de droit pourtant régulièrement adoptée, inadmissible, doit agir pour l'abroger et non la violer. Ce devoir ne saurait souffrir la moindre exception provenant d'un corps constitué dont la mission est de légiférer et de veiller au respect du droit. Toute autre attitude mine l'Etat de droit. Qu'adviendrait-il de la cohésion sociale si chaque individu avait la faculté de choisir souverainement les lois qu'il entendait respecter et celles qu'il s'arrogeait le droit de violer ? Qu'adviendrait-il de la fidélité confédérale, si chaque canton avait la faculté de choisir souverainement les législations fédérales qu'il entendait respecter et celle qu'il s'autorisait d'enfreindre ?

a) la renonciation aux mesures de contrainte

Aux termes de l'article 46 de la Constitution fédérale (cst), « les cantons mettent en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi ». A l'alinéa 2 de cette disposition, il est mentionné que « la Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible et tient compte de leurs particularités ». Il convient ici de préciser, qu'aux termes même de cet alinéa, c'est la Confédération qui décide de la marche de manœuvre laissée aux cantons, et non ceux-ci.

L'article 121 cst stipule expressément que « la législation sur l'entrée en Suisse, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers et sur l'octroi de l'asile relève de la compétence de la Confédération ».

L'article 46 de la loi sur l'asile (LAsi) précise que « le canton d'attribution est tenu d'exécuter la décision de renvoi ».

Manifestement et contrairement aux affirmations des partisans de la motion Melly, le Souverain et les Chambres fédérales n'ont octroyé aucune compétence aux cantons ni sur le séjour et l'établissement des étrangers, ni sur l'octroi de l'asile, ni encore sur la faculté d'exécuter ou non une décision de renvoi.

Les articles 13a et 13 b de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) précise que le canton peut recourir aux mesures de contrainte, afin d'assurer le déroulement d'une procédure de renvoi. Les partisans de la motion Melly considère que l'emploi du « peut » démontre que les cantons ne seraient pas tenus de recourir aux mesures de contrainte et, partant, qu'ils ne seraient pas contraints d'exécuter la décision de renvoi. Cette interprétation ne tient pas. D'abord, l'on ne voit pas comment les art. 13a et 13b limiteraient l'injonction claire, nette et précise faites aux cantons d'exécuter la décision de renvoi (art.

46 LAsi). La seule interprétation cohérente du verbe « pouvoir » utilisé aux art. 13a et 13b LSEE réside dans une autorisation octroyée aux cantons de recourir aux mesures de contraintes lorsqu'il en va de l'exécution de la décision de renvoi.

Autrement dit, les art. 13a et 13b ne signifient pas que les cantons ont le choix d'exécuter la décision de renvoi mais que les cantons sont autorisés à recourir aux mesures de contrainte afin de respecter leur obligation d'exécuter la décision de renvoi.

Chacun sait qu'un Etat qui renoncerait d'emblée – comme le stipule le présent projet de loi – aux mesures de contrainte, renonce dans les faits à son devoir d'exécuter les décisions de renvoi. En cela, le présent projet est inconstitutionnel.

b) L'autorisation d'exercer une activité lucrative

La motion Melly et le projet de loi qui en résulte — dans sa version gouvernementale — prévoit l'octroi, par le canton, d'une autorisation de travailler ou de se former délivrée aux réfugiés déboutés concernés. Un tel octroi est, lui aussi, manifestement inconstitutionnel parce que violant le droit fédéral. Aujourd'hui, même les partisans de la motion Melly le reconnaissent ; d'où la nouvel teneur de l'article 3 du projet de décret. Au terme de celle-ci, les requérants (concernés) ne pourraient ni exercer une activité lucrative, ni suivre une formation tant qu'ils n'en auraient pas obtenu l'autorisation, selon le droit fédéral.

Inutile de souligner que les responsables politiques et administratifs du dossier estiment, qu'en l'état, les chances d'obtenir de telles autorisations sont infimes. Il en résulterait très certainement, pour les réfugiés déboutés en question, l'interdiction illimitée de travailler que nous avons dénoncée précédemment. Ceux-ci seraient, de droit, condamnés à l'assistanat.

Est-ce régler la question une fois pour toutes ?

Le présent projet de loi enfreint les articles 46 et 121 de la Constitution fédérale ainsi que l'article 46 de la loi sur l'asile. Pour cette raison, il ne saurait être adopté sans constituer une violation du principe constitutionnel de la fidélité confédérale.

c) La Commission cantonale consultative

Personne n'a jamais contesté le caractère constitutionnel de la création d'une telle commission. Peu ont admis son utilité.

Une solution inacceptable sur le plan politique

Sur le plan politique, le présent décret constituerait l'introduction du doigt dans un engrenage infernal.

Pour les réfugiés déboutés concernés d'abord, qui ne pourraient plus ni sortir des limites cantonales ni travailler, comme nous l'avons souligné.

Ensuite, pour les autorités et la population, vaudoise et étrangère, habitant le canton, elles devraient faire face à un afflux de requérants d'asile, attirés par le précédent que constitue le présent décret, et susceptibles d'attiser le racisme. A notre connaissance, aucun pays occidental n'a promulgué une législation comparable au présent décret. Nul doute que, si celui-ci déployait ses effets, il serait rapidement connu dans les milieux qui, pour des raisons honorables ou non, souhaitent immigrer ou favoriser l'immigration. Les effets ne sont que trop facilement prévisibles.

Enfin, comment limiter la politique prônée par le présent décret aux seuls « 523 et 175 », sans tomber dans l'arbitraire le plus scandaleux ? Les clandestins — estimés entre 10'000 et 15'000 dans le canton — dont une partie est là depuis plus longtemps que les « 523 et 175 », en seraient exclus, alors qu'ils sont généralement également intégrés. Faut-il rappeler que l'intégration des « 523 » est l'unique raison fondamentale avancée par les partisans de la motion Melly ?

Conclusion

L'enfer est pavé de bonnes intentions. La situation vécue par une partie tout au moins des réfugiés concernés par le présent décret est incontestablement dramatique. Personne ne le conteste, surtout pas les soussignés.

Au regard du droit, les cantons n'ont aucune compétence en matière d'asile. C'est peut-être regrettable ; cependant, plus longtemps les Autorités vaudoises nieront cette évidence, plus les drames humains seront lourds et nombreux. Le présent décret constitue une énième tentative de « faire comme si » nous étions souverains dans ce domaine. L'erreur est humaine dit-on, c'est perséverer qui est diabolique.

La souffrance des réfugiés déboutés concernés devrait convaincre chacun que poursuivre dans la fiction de compétences cantonales en matière d'asile ne peut déboucher que sur de nouveaux drames.

Est-ce régler la question une fois pour toutes ?

La minorité de la commission, composée de MM. les députés Nicolas Daïna, François Brélaz, Alain Monod, Jean-Pierre Grin-Hofmann, Claude-André Fardel, Armand Rod et du soussigné, est malheureusement convaincue du

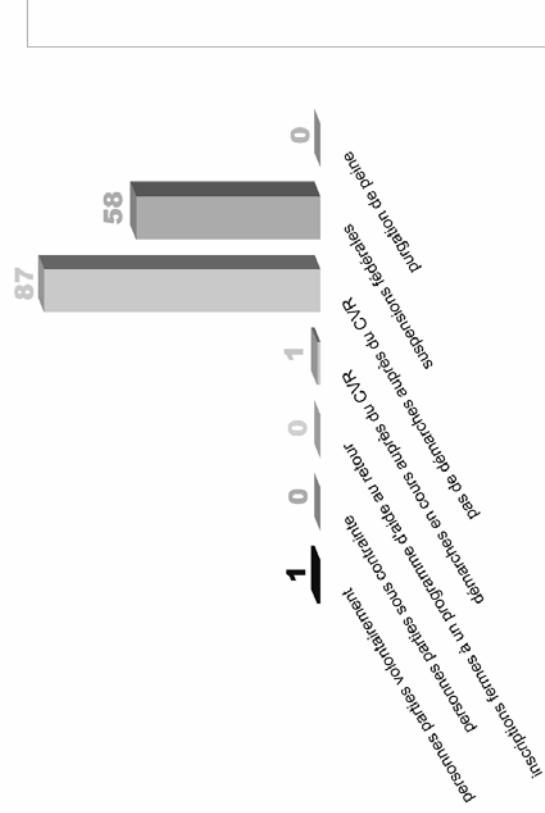
contraire. En conséquence, elle vous appelle à refuser d’entrer en matière sur le présent décret.

Chexbres, le 10 janvier 2006.

Le rapporteur :
(Signé) Philippe Leuba

N.B. En annexe, nous joignons, d’une part, les tableaux susmentionnés, dont le contenu a été révélé en séance de commission et, d’autre part, l’avis de droit du SJIC élaboré à la suite de l’analyse de M. le Professeur Voutat. Ni l’analyse ni l’avis de droit n’ont été distribués aux commissaires.

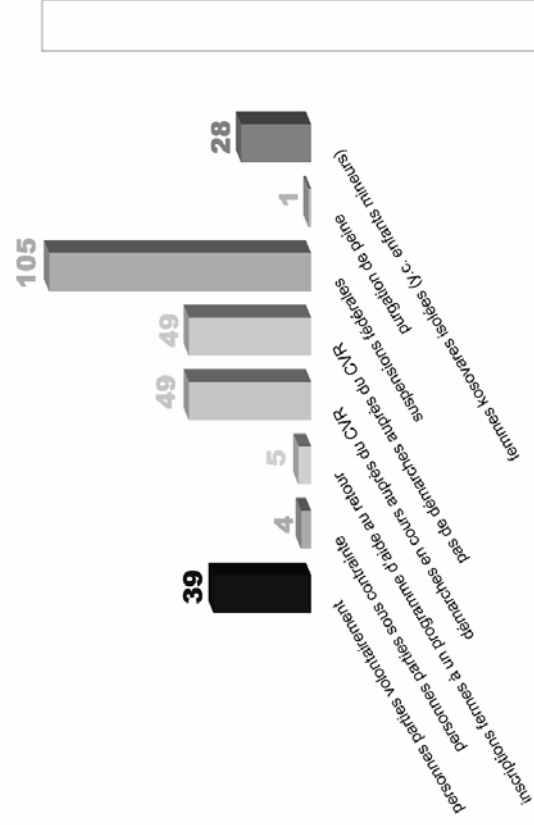
Situation des personnes dont le dossier a été examiné par l'ODR dans le cadre de la circulaire ODR/IMES du 21.12.2001



175 : personne partie (1) & personnes devant partir selon l'ODM (146)
état au 09.12.05



Situation des personnes dont le dossier a été examiné par l'ODR dans le cadre de la circulaire ODR//MES du 21.12.2001



523 : personnes parties (43) & personnes devant partir selon l'ODM (237)
état au 09.12.05



Service juridique et législatif

Affaires juridiques

Place du Château 1
1014 Lausanne

Réf. : A3 513/2005/jls

le 9 janvier 2006

NOTE

à : Monsieur Jean-Claude Mermoud, chef du DIRE

de : Jean-Luc Schwaar, chef du SJL

Objet : Motion Serge Melly et consorts relative à la renonciation des mesures de contrainte pour les requérants d'asile déboutés dans le cadre de la circulaire dite "Metzler" - Note de synthèse

But de la note : Suite aux travaux de la commission chargée d'examiner le projet de décret présenté par le Conseil d'Etat, et à l'avis de droit du professeur Voutat, vous livrer l'avis du SJL sur l'ensemble de la problématique posée par la motion mentionnée en titre

La présente note fait suite à celle du 6 juin 2005 relative à la validité juridique de la motion mentionnée en titre (ci-après motion Melly). Elle a essentiellement pour but de constituer un avis de droit complet sur l'ensemble des problèmes juridiques posés par ladite motion et de répondre, dans une certaine mesure, à l'avis de droit du professeur Voutat.

1. Contexte général

Pour mémoire, la motion déposée par le député Serge Melly et signée par 91 députés demande « *que le Conseil d'Etat renonce à appliquer des mesures de contrainte à l'endroit des requérants d'asile déboutés dans le cadre de la circulaire dite « Metzler », de ne pas les soumettre à des mesures discriminatoires (interdictions de travail ou de formation, suppression de l'aide sociale Fareas) ou à toute autre forme de contrainte remettant en cause leur situation (convocations incessantes au SPOP subies par ces personnes, prolongations d'autorisation sommaires, etc.)* ». Par ailleurs, la motion requiert que « *en vue de garantir l'application du principe de l'Etat de droit, le canton institue une commission consultative d'experts chargée de réexaminer les dossiers en cause en vue de chercher au cas par cas une issue digne à chaque dossier* ». Cette motion a été renvoyée au Conseil d'Etat le 5 juillet 2005.

Dans sa séance du 26 octobre 2005, pour donner suite à la motion Melly, le Conseil d'Etat a renvoyé un projet de décret au Grand Conseil, tout en recommandant son rejet, du fait de son incompatibilité avec le droit fédéral. Lors de ses travaux, la commission parlementaire chargée d'examiner le projet a quant à elle, par 8 voix contre 7, préavisé en faveur de l'entrée en matière sur le décret présenté par le Conseil d'Etat. Dans ce cadre, un commissaire a annoncé qu'un avis de droit serait rendu par M. Bernard Voutat, professeur extraordinaire à la faculté des sciences sociales et politiques de l'Université de Lausanne. Ledit avis, daté du 13 décembre 2005, conclut en résumé que la motion

Service juridique et législatif – Département des institutions et des relations extérieures
T 41 21 316 45 63 F 41 21 316 45 59

www.vd.ch

e-mail : jean-luc.schwaar@sjl.vd.ch



Melly est juridiquement valable et conforme tant à la Constitution cantonale (Cst-VD) qu'à la loi sur le Grand Conseil (LGC), et que, si elle présente des aspects problématiques sous l'angle de leur compatibilité avec le droit fédéral, elle n'en demeure pas moins admissible sous l'angle de la marge de manœuvre laissée au canton de Vaud de par le fédéralisme d'exécution, consacré à l'article 46, 2^e alinéa de la Constitution fédérale (Cst). Le professeur Voutat estime en outre que la motion est d'autant plus défendable qu'elle s'oppose à des décisions fédérales entachées de nullité. A cet égard, l'avis fait référence à une analyse antérieure, effectuée par Me Minh Son NGuyen, sur laquelle le SPOP et le SJL avaient déjà émis leur avis.

2. Objet du présent avis

Comme déjà mentionné, la présente note a pour but de vous présenter une analyse juridique globale des problèmes posés par la motion Melly et par le projet de décret sur lequel le Grand Conseil devra se prononcer prochainement. Jusqu'à présent, les services de l'Etat s'étaient limités à plusieurs analyses sectorielles. En outre, l'avis de droit présenté par la majorité de la commission visant également l'ensemble des questions juridiques soulevées par la motion, il apparaît opportun que vous soyez nanti d'un document présentant l'opinion du SJL sur la totalité des problèmes posés.

Le présent avis portera donc :

- sur la validité de la motion sur le plan juridique ; cette question est devenue académique, dès lors que le Conseil d'Etat a décidé de présenter un projet de décret au Grand Conseil; néanmoins, elle présente un intérêt certain pour l'avenir des relations entre le Grand Conseil et le Conseil d'Etat;
- sur la comptabilité des mesures requises par la motion et reprises par le projet de décret avec le droit fédéral;
- enfin, pour mémoire, sur la question de la validité des décisions rendues par l'Office fédéral des migrations (ODM) et par le Département fédéral de justice et police (DFJP), et des conséquences d'éventuels vices sur l'action des autorités cantonales dans ce dossier.

Conformément à notre mission, le présent avis se limite strictement à une analyse juridique. Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur les considérations de nature politique émises par le professeur Voutat, en particulier en fin de son avis.

3. Validité juridique de la motion

Dans notre note du 6 juin 2005 à votre adresse, nous concluions que la motion Melly n'était juridiquement pas valable, en tant qu'elle touchait un objet relevant de la compétence du Conseil d'Etat et ne demandait pas l'élaboration d'un projet de loi ou de décret. Cette opinion est contestée par le professeur Voutat. Selon ce dernier, une conception organique, et non fonctionnelle, de la séparation des pouvoirs, qui prévaudrait

en droit vaudois, permettrait au Grand Conseil, par voie de décret, de déroger au système de répartition de compétences et d'intervenir dans des cas individuels et concrets.

Comme déjà relevé, cette question revêt aujourd'hui un caractère académique, puisque le Conseil d'Etat a répondu à la motion et satisfait à son obligation légale en présentant un projet de décret au Grand Conseil. A cet égard, on note que les articles 147 à 152 LGC, qui traitent de la motion, n'imposent pas au Conseil d'Etat de soutenir le projet présenté. L'article 152, 2^e alinéa LGC permet même à ce dernier de présenter un contre-projet. L'attitude adoptée par le Conseil d'Etat dans ce dossier est donc juridiquement admissible.

Dans son acception classique, le principe de la séparation des pouvoirs contient à la fois une composante fonctionnelle et un aspect organique. En effet, on part certes d'une division des fonctions entre législation et application, laquelle est subdivisée entre administration et judiciaire, mais pour ensuite attribuer ces fonctions à des organes distincts, afin d'éviter la concentration des pouvoirs en un seul endroit et d'éviter les abus (v. Pascal Mahon, le principe de la séparation des pouvoirs, in Thürer/Aubert/Müller, Droit constitutionnel suisse, Zurich, 2001, p. 1013). La doctrine n'oppose pas les deux conceptions, mais remet en cause le principe même de la séparation des pouvoirs, relevant que tant la délimitation des fonctions que leur attribution exclusive à des organes séparés ne correspondent plus au fonctionnement d'un Etat moderne (ibidem, p. 1016). On ne peut en effet aujourd'hui affirmer que le législateur ne s'occupe que de législation et l'exécutif que d'administration. Comme le relève le professeur Voutat, le Grand Conseil vaudois dispose également de quelques compétences en matière administrative et peut, comme les Chambres fédérales d'ailleurs, parfois rendre des actes individuels et concrets (p. ex. élection d'un juge cantonal). Ainsi, même si l'on peut légitimement s'interroger sur la réelle volonté du Constituant vaudois d'ancrer une conception « organique » de la séparation des pouvoirs dans la Constitution du 14 avril 2003, le commentaire et les débats ne contenant aucun élément à ce propos et le texte de l'article 89 Cst-VD ne faisant que reprendre une terminologie classique dont il nous paraît hasardeux de déduire une quelconque réflexion juridique, on doit relever que le principe de séparation des pouvoirs ne conduit plus, aujourd'hui, à un cloisonnement des compétences de chaque pouvoir, lesdites compétences étant d'ailleurs définies par la Constitution et par la loi.

Là n'est toutefois pas la question. Comme nous l'indiquons dans notre note du 6 juin 2005, la motion ne demande pas formellement l'élaboration d'un décret ou d'une loi, mais donne en fait une série d'injonctions directes au Conseil d'Etat sur la manière dont il doit traiter les dossiers des personnes entrant dans le groupe dit des « 523 ». Le problème qui se pose ici est donc certes lié à la séparation des pouvoirs, mais se rapporte en fait aux moyens de collaboration entre le Grand Conseil et le Conseil d'Etat, plus précisément encore aux effets juridiques de la motion. La question doit être posée en ces termes : le Grand Conseil peut-il donner des ordres au Conseil d'Etat dans un domaine qui relève de la compétence de ce dernier, étant précisé que cette compétence est établie par la loi, et non pas uniquement par une conception fonctionnelle de la séparation des pouvoirs ? La motion enjoignant le Conseil d'Etat à renoncer à requérir des mesures de contraintes et à prendre des mesures jugées discriminatoires dans des cas particuliers, il ne s'agit pas ici d'une action indirecte, par la modification d'une loi, mais d'une ingérence directe dans une

série de procédures administratives particulières, afin de contraindre le Conseil d'Etat à renoncer à plusieurs outils à sa disposition et à agir d'une certaine manière. En cela, nous ne pouvons suivre l'argumentation du professeur Voutat : la motion ne vise pas à modifier, même provisoirement les règles de compétence établies à l'article 6 de la loi du 29 août 1934 d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LVLSEE), mais uniquement à imposer un comportement au Conseil d'Etat, respectivement à l'autorité de police des étrangers et au juge de paix, qui est en définitive seul compétent pour ordonner la mise en détention (art. 6a, 1^{er} alinéa LVLSEE).

La question de l'ingérence directe du parlement dans les domaines relevant de la compétence de l'exécutif a longtemps fait l'objet de débats au niveau fédéral. L'article 22 de l'ancienne loi fédérale sur les rapports entre les conseils disposait que la motion chargeait le Conseil fédéral de déposer un projet de loi ou d'arrêté ou de prendre une mesure. Cette définition, plus large que celle de l'article 147 LGC, s'est néanmoins avérée problématique, dans la mesure où les Chambres fédérales ne parvenaient pas à s'entendre sur la portée du terme « mesures ». Ainsi, le règlement du Conseil national disposait qu'une motion n'était inadmissible que lorsqu'elle visait à « influencer sur un acte administratif pris dans une procédure ordonnée par la loi ou sur une décision de recours » et lorsqu'elle demandait « la modification de l'acte ou de la décision » (art. 32, al. 1, RCN). Au contraire de la position du Conseil national, le Conseil des Etats a adopté, le 24 septembre 1986, une modification de son règlement, qui précisait qu'une motion était inadmissible lorsqu'elle demandait au Conseil fédéral de prendre une mesure ayant trait « à une affaire qui relève de la seule compétence du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale ou à une compétence législative déléguée au Conseil fédéral » (art. 25, al. 1, RCE ; rapport de la commission des institutions politiques du Conseil national au sujet de l'initiative parlementaire visant à l'élaboration d'une nouvelle loi sur le parlement; Feuille fédérale 2001, p. 3332).

Cette situation a été modifiée par l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale. L'article 171 Cst prescrit en effet que « l'Assemblée fédérale peut confier des mandats au Conseil fédéral. La loi règle les modalités et définit notamment les outils à l'aide desquels l'Assemblée fédérale peut exercer une influence sur les domaines relevant de la compétence du Conseil fédéral ». Cette disposition suit les conclusions du rapport d'une commission d'experts, laquelle estimait que le Parlement avait besoin d'un instrument qui lui permette d'exercer une influence sur l'activité du Conseil fédéral, sans mettre en cause la liberté de décision du gouvernement. Cet instrument pour agir dans le domaine de compétence du Conseil fédéral ne pouvait donc, toujours selon cette commission, être la compétence de donner des instructions, mais celle de donner des directives (Rapport de la commission d'experts instituée par les Commissions des institutions politiques des Chambres fédérales du 15 décembre 1995 ; FF1996 II, p. 452). Dans le cadre de l'élaboration de la nouvelle loi sur l'Assemblée fédérale (LParf), la commission des institutions politiques du Conseil national avait proposé de suivre les recommandations de la commission d'experts et de prévoir que lorsqu'elle touchait à la sphère de compétences du Conseil fédéral, la motion avait valeur de directive, le Conseil fédéral devant toutefois justifier s'il s'en écartait. A la suite de longs débats devant les

Chambres, qui se sont terminés en conférence de conciliation, le législateur fédéral a finalement adopté le texte suivant, figurant à l'article 120 LParl :

« La motion charge le Conseil fédéral de déposer un projet d'acte de l'Assemblée fédérale ou de prendre une mesure.

² *Si le Conseil fédéral est compétent pour prendre la mesure, il le fait ou soumet à l'Assemblée fédérale le projet d'un acte par lequel la motion peut être mise en oeuvre.*

³ *Une motion visant à influencer sur une décision administrative à prendre dans le cadre d'une procédure ordonnée par la loi ou sur une décision sur recours est irrecevable ».*

Une interprétation historique de l'alinéa 2 permet de comprendre cette disposition comme suit : soit le Conseil d'Etat accepte la motion et prend lui-même la mesure, soit il présente au Parlement un projet de loi par lequel celui-ci reprend la compétence déléguée à l'exécutif (v. interventions Wicki, Bulletin officiel du Conseil des Etats du 5 mars 2002, p. 25 et Vallender, Bulletin officiel du Conseil national du 3 décembre 2002, p. 1922). Cela étant, les Chambres fédérales se sont accordées à reconnaître que la motion ne pouvait viser à intervenir dans une procédure administrative en cours afin d'influer sur la décision à prendre dans ce cadre.

Contrairement à la Constitution fédérale, la Constitution cantonale du 14 avril 2003 ne contient aucune disposition permettant au Grand Conseil de confier des mandats au Conseil d'Etat. L'analyse du rapport de la commission thématique n° 5 permet de constater que ce point n'a apparemment pas été abordé par le Constituant. De plus, comme déjà relevé, la définition de la motion donnée par la LGC est plus restrictive que celle de la LParl, et même que celle que contenait l'ancienne loi fédérale sur les rapports entre les conseils. Selon l'exposé des motifs relatif à l'article 147 LGC (art. 144 du projet), il est expressément précisé que *« la motion nouvelle formule a été clarifiée dans son contenu et ses effets ; elle ne porte plus que sur une compétence propre du Grand Conseil, légiférer. L'invitation au Conseil d'Etat à présenter un projet de loi ou de décret est donc impérative. Le rapport ou la demande d'une mesure, auxquels la nouvelle motion ne peut plus tendre puisque touchant à une compétence du Conseil d'Etat, peut être requis par le biais du postulat. Ainsi, les droits des députés ont été préservés »* (BGC janvier 1998, p. 6912). Ainsi, le droit vaudois ne connaît pas de mandat impératif donné par le législateur à l'exécutif. Sur ce point, la nouvelle Constitution n'a apporté aucun changement, puisqu'elle se contente d'énumérer les droits institutionnels des députés, sans indiquer leur contenu (art. 101, 1^{er} al. Cst-VD). On doit en conclure que le Grand Conseil ne peut, par voie de motion, donner des instructions au Conseil d'Etat dans un domaine relevant de la compétence de ce dernier. Au surplus, même si cela était possible, on devrait admettre, comme l'ont fait les Chambres fédérales, que le législateur ne peut, au moyen d'une motion, s'immiscer dans une procédure administrative en cours, afin d'en influencer l'issue.

En l'espèce, la motion Melly est rédigée comme suit :

« Les députés signataires demandent par voie de motion que le Conseil d'Etat renonce à appliquer (nous soulignons) des mesures de contrainte à l'endroit des requérants d'asile déboutés dans le cadre de la circulaire dite « Metzler », de ne pas les soumettre à des mesures discriminatoires (interdiction de travail ou de formation, suppression de l'aide sociale Fareas) ou à toute autre forme de contrainte remettant en cause leur situation (convocations incessantes au SPOP subies par ces personnes, prolongations d'autorisation sommaires, etc.). »

Le libellé clair de la motion permet de constater que son but est d'enjoindre le Conseil d'Etat à adopter un certain comportement dans la procédure de renvoi ouverte à l'encontre des personnes visées. Les motionnaires ne demandent pas que la compétence d'ordonner des mesures de contrainte et de mener la procédure de renvoi soit attribuée au Grand Conseil. En cela, leur motion est donc déjà contraire à l'article 147 LGC. Par ailleurs, la procédure d'exécution du renvoi doit sans conteste être qualifiée de procédure administrative, au cours de laquelle l'autorité est amenée à prendre plusieurs actes dont certains constituent des décisions au sens juridique du terme. La procédure relative à la mise en détention en vue du renvoi est même judiciaire, puisqu'elle se déroule devant le juge de paix. Or, la motion vise expressément à intervenir dans ces procédures et à en influencer l'issue, en tous les cas lorsqu'elle enjoint le Conseil d'Etat à renoncer aux mesures de contrainte, à allouer des prestations d'aide sociale aux personnes visées et à lever leur interdiction de travailler. Pour ce motif également, la motion apparaît juridiquement insoutenable. A cet égard, nous ne partageons pas l'avis du professeur Voutat, qui nous paraît contradictoire lorsqu'il affirme que le Grand Conseil peut intervenir en l'espèce, alors qu'il ne le pourrait pas dans le cadre de l'élection du procureur général par exemple. Il s'agit pourtant de deux situations tout à fait semblables de ce point de vue, s'agissant dans les deux cas de procédures aboutissant à des décisions, soit à des actes individuels et concrets. Enfin, il y a lieu de relever ici que les mesures de contrainte constituent le seul moyen coercitif à disposition des autorités cantonales pour exécuter un renvoi contre le gré de la personne visée. En tant qu'elle enjoint le Conseil d'Etat à renoncer à ce type de mesure, la motion lui impose également, de facto, de renoncer aux renvois eux-mêmes. En cela, la motion influe directement sur l'issue des procédures menées par l'autorité de police des étrangers, tout en laissant à cette dernière la compétence de poursuivre lesdites procédures.

Au vu de cette analyse, nous ne pouvons que maintenir notre avis du 6 juin 2005 : la motion Melly ne répond pas à la définition de l'article 147 LGC et aurait donc dû être déclarée irrecevable. Autre est la question de savoir si le décret lui-même, s'il était voté, serait contraire au principe de la séparation des pouvoirs, expressément garanti par l'article 89, 1^{er} alinéa Cst-VD. Certes, l'instrument utilisé pour aboutir au décret était contraire au droit cantonal, mais cela ne signifie pas pour autant que le décret lui-même le soit. On peut néanmoins voir un problème dans le fait que, sans reprendre les compétences déléguées au Conseil d'Etat, le Grand Conseil lui enjoint d'agir d'une certaine manière, hors de tout cadre constitutionnel ou légal. Certes, les règles attributives de compétences ne sont pas immuables, mais pour pouvoir prendre les mesures envisagées, le Grand Conseil aurait dû au préalable reprendre les compétences en matière de renvoi des requérants d'asile déboutés. Comme il ne l'a pas fait, mais se

contente d'intervenir ponctuellement dans des procédures particulières, il n'est pas exclu que le Conseil d'Etat puisse se plaindre d'une violation de la séparation des pouvoirs.

4. Compatibilité du décret avec le droit fédéral

a) Dispositions problématiques

Sur les sept articles du décret, deux apparaissent problématiques sous l'angle du droit fédéral : l'article 2, relatif à la renonciation aux mesures de contrainte, et l'article 5, relatif aux documents de séjour des personnes visées par le décret. Dans la version présentée par le Conseil d'Etat, l'article 3 était également sujet à caution, dans la mesure où il instituait une autorisation de travailler contraire à l'article 43, 2^e alinéa de la loi fédérale sur l'asile (LAsi). La commission chargée d'examiner le projet a cependant proposé d'amender l'article 3 comme suit :

« Les requérants peuvent exercer une activité lucrative et suivre une formation pour autant qu'ils en aient obtenu l'autorisation selon le droit fédéral et tant qu'ils séjournent sur le territoire vaudois.

Le Conseil d'Etat requiert les autorisations nécessaires »

Ainsi libellée, et sous réserve du problème posé par l'ingérence du Grand Conseil sous l'angle de la séparation des pouvoirs, (v. ch. 3 ci-dessus), cette disposition nous paraît désormais compatible avec l'article 43 LAsi. Selon son 3^e alinéa, «*le département peut, en accord avec le Département fédéral de l'économie, habiliter les cantons à prolonger, au-delà du délai de départ, les autorisations d'exercer une activité lucrative de certaines catégories de personnes si des circonstances particulières le justifient.* ». Les cantons peuvent donc effectivement requérir auprès du DFJP l'autorisation de prolonger les autorisations de travailler des personnes visées par le décret. Sous cet angle, l'article 3, tel qu'amendé, ne nous semble plus poser de problème de sa compatibilité avec le droit fédéral.

b) Mesures de contrainte (art. 2 du projet de décret)

Pour ce qui concerne les mesures de contraintes, comme le soulèvent l'exposé des motifs et l'avis de droit du professeur Voutat, la question à régler est celle de l'articulation entre les articles 46 LAsi, d'une part, 13a et 13b de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) de l'autre. En effet, si la première stipule, à son alinéa 1^{er}, que «*le canton d'attribution est tenu d'exécuter la décision de renvoi*», les secondes contiennent une disposition de type potestatif, l'autorité cantonale *pouvant* ordonner la mise ou le maintien en détention d'une personne étrangère en vue de son renvoi, aux conditions posées par la loi. Si l'exposé des motifs indique que cette formulation potestative ne doit pas mener à l'inexécution du renvoi, le professeur Voutat estime que la marge de manœuvre du canton en matière de mesures de contrainte doit être examinée à l'aune du fédéralisme d'exécution, institué par l'article 46 Cst, de la nullité des décisions rendues par l'ODM et le DFJP au sujet des personnes concernées par le

décret, et de l'ensemble du droit fédéral et international, ce qui mène le professeur Voutat à estimer que, dans les cas visés, une renonciation aux mesures de contrainte est admissible, sous l'angle du droit fédéral.

Nous sommes quant à nous d'avis que cette question doit être résolue à la lumière des règles sur l'interprétation des textes de lois. En effet, il s'agit ici uniquement de déterminer comment comprendre la formulation potestative contenue aux articles 13a et 13b LSEE.

Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique; cf. ATF 128 II 56, consid. 4, p. 62; ATF 125 II 192 consid. 3a p. 196, 183 consid. 4 p. 185, 177 consid. 3 p. 179; RDAF 1998 II p. 148 consid. 2c p. 151).

En l'occurrence, comme l'expose le professeur Voutat, la formulation potestative des articles 13a et 13b LSEE peut être comprise de deux manières :

- comme une indication du fait que les cantons disposent d'une palette de mesures pour exécuter le renvoi, les mesures de contrainte ne constituant que l'une d'entre elles ;
- comme une clause lui permettant de renoncer, dans certaines situations, à l'usage des mesures de contrainte.

Ainsi, la lettre des articles 13a et 13b n'est pas absolument claire et peut être comprise de deux manières différentes. Il y a donc lieu d'utiliser d'autres méthodes d'interprétation pour résoudre le problème posé. Ces dispositions posant problème en relation avec l'article 46 LAsi, c'est en premier lieu à leur interprétation systématique que nous procéderons. A cet égard, on relève en premier lieu que l'article 46, 1^{er} alinéa LAsi ne laisse, lui, pas de place à l'interprétation. Sous réserve de l'impossibilité prévue à l'alinéa 2, les cantons n'ont d'autre choix que d'exécuter les décisions fédérales en matière de renvoi. Le terme « est tenu » est, de ce point de vue, particulièrement éloquent, surtout lorsqu'on sait qu'en rédaction législative, le présent de l'indicatif suffit déjà à fonder une obligation légale. Sous cet angle, on ne peut comprendre la formulation potestative des articles 13a et 13b que comme une latitude laissée aux cantons de choisir la mesure la plus opportune, mais non comme une possibilité de renoncer aux mesures de contrainte, si cela doit mener à la non-exécution du renvoi. L'hypothèse inverse reviendrait à instaurer une contradiction entre la LSEE et la LAsi, la première posant une cautèle à l'exécution des renvois que la seconde ne connaît pas. Une interprétation historique des articles 13a et 13b LSEE va dans le même sens. Selon le message relatif à la loi fédérale sur les mesures de contrainte en matière de droit des étrangers, le Conseil fédéral précise que « la formulation potestative fournit aux cantons une base juridique pour n'arrêter quelqu'un

que lorsque la détention s'avère être, dans le respect du principe de la proportionnalité, le moyen nécessaire le plus opportun pour garantir le déroulement normal de la procédure » (FF 1994 I, p. 319). Cette phrase montre bien que la détention constitue une mesure, parmi d'autres, permettant de garantir l'exécution du renvoi. A aucun moment, le législateur fédéral n'a évoqué la possibilité de permettre aux cantons de renoncer aux mesures de contrainte, si cela devait conduire à renoncer également au renvoi lui-même. Selon cette méthode d'interprétation, la formulation potestative n'est qu'une expression du principe de la proportionnalité. Enfin, l'interprétation téléologique des textes visés paraît également abonder dans le sens de la première variante mentionnée ci-dessus. En effet, le but de la loi fédérale sur les mesures de contrainte était de limiter la liberté de mouvement des personnes sous le coup d'une décision de renvoi, ou dont la demande d'asile pouvait être jugée abusive. La loi visait également à garantir une meilleure exécution des renvois, de manière à rendre la politique d'asile de la Confédération plus crédible (Message du Conseil fédéral relatif à la loi sur les mesures de contrainte ; FF 1994 I p. 312, 314 et 319ss.). Ainsi, les articles 13a et 13b LSEE ont pour but de garantir l'exécution des renvois prononcés par les autorités fédérales, et non de permettre aux cantons, par la renonciation aux mesures de contrainte, de créer des exceptions au principe posé à l'article 46, 1^{er} alinéa LAsi.

Cette analyse nous permet de conclure que, si l'interprétation grammaticale de ces dispositions laisse subsister un doute quant au sens de la formulation potestative qu'elles contiennent, les autres méthodes d'interprétation penchent clairement en faveur de la thèse selon laquelle cette formulation n'est qu'une expression de la palette des mesures à disposition des cantons et de la proportionnalité avec laquelle les mesures de contrainte doivent être appliquées.

Dans son avis, le professeur Voutat semble privilégier la méthode d'interprétation systématique, en ce sens qu'il estime que le canton pourrait renoncer à recourir aux mesures de contrainte au vu de plusieurs dispositions de droit fédéral ou international. Il cite en particulier la Convention internationale du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE), l'article 9 Cst, qui consacre l'interdiction de l'arbitraire et la protection de la bonne foi, ainsi que les dispositions de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) relatives à la possibilité de recourir contre une décision. Au sujet des deux premiers textes cités, le professeur Voutat renvoie à l'avis de droit de Me NGuyen. Pour mémoire, celui-ci estimait que les personnes visées par le décret pouvaient faire valoir un droit à la protection de leur bonne foi. Cet avis a déjà été longuement discuté dans les notes du Service de la population (SPOP) du 31 mars 2005 et du SJIC du 8 avril 2005. Nous n'y reviendrons donc pas ici, si ce n'est pour relever que le droit à la protection de la bonne foi, s'il pouvait être valablement invoqué, contraindrait le canton à renoncer au renvoi lui-même, et non uniquement aux mesures de contrainte. Quant à l'application de la CDE, il est également renvoyé aux notes du SPOP et du SJIC susmentionnées. Contrairement à ce que semblent soutenir Me NGuyen et le professeur Voutat, le canton n'est pas habilité à réexaminer la licéité de la décision de renvoi dans le cadre de l'exécution de ce dernier. Tout au plus pourrait-il constater la nullité de ladite décision (v. à ce propos ch. 5 ci-dessous), mais il ne saurait substituer sa propre appréciation juridique à celle à laquelle les autorités fédérales ont déjà procédé. En outre, et quoi qu'il en soit, le canton ne peut

en tout cas pas, dans le cadre de ses compétences d'exécution, revoir la conformité du droit fédéral au droit supérieur et, par conséquent, refuser d'appliquer une loi fédérale qui lui impose une obligation claire. L'article 191 Cst dispose en effet que « *le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international* ». Cette disposition interdit notamment au Tribunal fédéral, comme aux autres autorités fédérales ou cantonales, de revoir la conformité d'une loi fédérale au droit supérieur. Or, encore une fois, l'obligation faite aux cantons par l'article 46 LAsi est sans équivoque. On ne voit pas quelle règle d'interprétation permettrait au canton de s'en écarter, au motif qu'elle serait contraire à une règle de droit supérieur.

La même remarque vaut pour le fédéralisme d'exécution, invoqué par le professeur Voutat. Certes, la règle posée à l'article 46, 2^e alinéa Cst vaut à la fois comme mandat législatif et dans le cadre de l'application du droit fédéral (v. Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich, 2003, n^o 2 ad art. 46). Cela étant, le fédéralisme d'exécution ne saurait permettre aux cantons de refuser d'appliquer le droit fédéral dans certains cas jugés dignes d'intérêt. Selon la doctrine, l'article 46, 2^e alinéa Cst constitue surtout une injonction faite au législateur fédéral de laisser une certaine latitude aux cantons dans la législation d'exécution, dans les domaines de compétences concurrentes ou lorsque les compétences fédérales sont limitées aux principes (Aubert/Mahon, op. cit., n^o 5 ad art. 46). Cette disposition ne peut en revanche être invoquée lorsque les cantons ne disposent d'aucune marge de manœuvre. Or, comme déjà relevé, en matière d'exécution des renvois, les cantons n'en ont aucune comme d'ailleurs, d'une manière générale, dans le domaine du séjour et de l'établissement des étrangers, réglé exhaustivement par le droit fédéral (v. lettre b ci-dessous). Le canton ne saurait donc en appeler au fédéralisme d'exécution si son refus de recourir aux mesures de contrainte devait conduire à l'inexécution du renvoi d'une personne sous le coup d'une décision exécutoire rendue par les autorités fédérales, car il excéderait alors le cadre fixé par le droit fédéral et violerait alors l'article 46 LAsi.

Le professeur Voutat tire encore argument du fait que le Conseil d'Etat a, jusqu'à présent, renoncé à recourir aux mesures de contrainte à l'encontre des femmes kosovares isolées. Une telle décision, prise à l'égard de personnes également sous le coup d'une décision de renvoi exécutoire, pourrait en effet être considérée comme une inégalité de traitement dont pourraient se prévaloir les personnes visées par le décret. On relèvera toutefois que, selon la jurisprudence, le principe de la légalité l'emporte en principe sur l'égalité de traitement. Le fait qu'une autorité ait, dans un cas particulier, rendu une décision illégale ne donne pas à l'administré qui se trouve dans la même situation le droit à être traité de la même manière, d'où l'adage « pas d'égalité dans l'illégalité ». La jurisprudence n'admet d'exception à ce principe que lorsque l'illégalité n'est pas uniquement constatée dans un ou dans quelques cas particuliers, mais résulte d'une pratique constante de l'autorité visée, et que cette autorité indique qu'elle n'a pas l'intention de s'en écarter. Dans ce cas, et dans ce cas seulement, l'administré peut invoquer l'égalité de traitement pour exiger que la pratique illégale s'applique également à son cas (ATF 122 II 446, consid. 4a, p. 451 et références citées). En l'espèce, si le Conseil d'Etat a pu adopter par le passé une pratique qui, sous certains aspects, peut paraître non conforme

à l'article 46 LAsi, il a clairement indiqué en 2005 qu'il entendait désormais appliquer systématiquement les décisions fédérales, à quelques exceptions près. Dans ces conditions, il paraît douteux que les personnes visées par le décret puissent invoquer l'égalité de traitement pour exiger des autorités cantonales qu'elles renoncent à les renvoyer, même si cela n'est pas totalement exclu, au vu du traitement différencié annoncé pour une partie des personnes visées par le décret. Cela étant, même si l'égalité de traitement pouvait être invoquée, elle devrait l'être par chaque personne concernée dans la procédure le concernant. Cela ne saurait en revanche constituer un motif suffisant pour justifier l'extension d'une pratique illégale par l'autorité elle-même. Le canton ne peut donc arguer de l'égalité de traitement pour fonder le refus total de recourir aux mesures de contrainte à l'encontre des personnes concernées.

Enfin, lors des travaux de commission, certains députés ont émis l'idée que, si la renonciation générale aux mesures de contrainte n'était pas admissible au regard du droit fédéral, elle pouvait l'être en l'espèce, s'agissant d'un nombre limité de personnes. Cette idée ressort également de l'avis de droit du professeur Voutat. Au vu de l'interprétation du droit fédéral à laquelle nous avons procédé ci-dessus, nous ne pouvons partager ce point de vue. La renonciation par principe aux mesures de contrainte nous paraît illégale en tant qu'elle signifie, de facto, la renonciation au renvoi si la personne concernée ne collabore pas, ce qui semble être le cas pour une bonne partie des personnes visées par le décret. Dans ces conditions, que cette renonciation ne touche qu'une personne ou l'ensemble des requérants confiés au canton de Vaud ne joue aucun rôle : les autorités cantonales peuvent, en application du principe de la proportionnalité, entreprendre toutes les démarches qu'elles jugent utiles pour exécuter le renvoi préalablement aux mesures de contrainte. Néanmoins, si, malgré ces démarches, la personne visée n'a pas quitté le territoire helvétique, les autorités doivent alors, pour satisfaire à l'obligation qui leur est faite par l'article 46 LAsi, faire usage des moyens coercitifs à leur disposition. Dès lors, il nous paraît contraire au droit fédéral de renoncer d'emblée à utiliser ces moyens, que ce soit pour une ou pour plusieurs personnes.

c) *Autorisation de séjour (art. 5 du projet de décret)*

Aux termes de l'article 121, 1^{er} alinéa Cst, « la législation sur l'entrée en Suisse, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers et sur l'octroi de l'asile relève de la compétence de la Confédération ». La Confédération a fait usage de cette compétence en édictant la LSEE et la LAsi, qui règlent de manière exhaustive le droit de séjour des étrangers sur territoire helvétique. Il ne subsiste donc pas de place pour une réglementation cantonale dans ce domaine (ATF 129 III 392, consid. 3.3, p. 400, Aubert/Mahon, op. cit., n° 4 ad art. 121). Ainsi, même si ce sont les cantons qui, formellement, octroient les autorisations de séjour et d'établissement (art. 15, 2^e al. LSEE et 60 LAsi), ils ne disposent d'aucune compétence pour autoriser une personne à séjourner ou à s'établir sur leur territoire hors des cas prévus par la législation fédérale. En outre, si les cantons peuvent, de leur propre chef, refuser une demande d'autorisation de séjour ou d'établissement, toute acceptation doit normalement être approuvée par l'ODM (ATF 127 II 49, consid. 3a, p. 52 et jurisprudence citée).

L'article 5 du projet de décret dispose que « *les documents de séjour des requérants sont renouvelés tous les six mois* ». Cette disposition paraît imposer au Conseil d'Etat d'octroyer des autorisations de séjour aux personnes visées par le décret, et ce hors du cadre posé par le droit fédéral. En effet, telle que rédigée, cette disposition donne droit à une autorisation de séjour sans condition, même si les critères posés par le droit fédéral ne sont pas remplis. De fait, à notre connaissance, une partie importante des personnes visées par le décret ne disposent plus d'aucune autorisation de séjour fondée sur le droit fédéral. Dès lors, en tant qu'il crée un droit de séjour cantonal hors du cadre fixé par la LSEE et par la LAsi, l'article 5 du projet de décret apparaît clairement contraire au droit fédéral, et à la répartition des compétences instituée par l'article 121, 1^{er} alinéa Cst.

Dans ce cadre, on relève encore que deux questions ne sont pas résolues par le projet de décret :

- d'une part la question de l'approbation par les autorités fédérales (v. jurisprudence citée ci-dessus), ce qui semble relativement logique, dans la mesure où le projet de décret sort justement du cadre posé par la législation fédérale, mais rend la disposition d'autant plus problématique;
- d'autre part la question de la circulation des personnes visées par le décret. En effet, si cette disposition était votée par le Grand Conseil, elle rétablirait de facto des frontières cantonales pour les personnes visées par le décret, puisque celles-ci ne pourraient quitter le canton de Vaud, sous peine de voir les décisions de renvoi prises au niveau fédéral être exécutées. Certes, l'article 8 LSEE limite également, en principe, les autorisations de séjour et d'établissement au territoire du canton qui les a octroyées, mais il règle aussi le changement de canton et permet ainsi à la personne étrangère titulaire d'une telle autorisation de se déplacer sur l'ensemble du territoire helvétique. De ce point de vue, l'article 5 du projet de décret apparaît également très problématique.

d) *Conclusion*

Au vu de ce qui précède, nous sommes d'avis qu'à tout le moins les articles 2 et 5 du projet de décret violent le droit fédéral et pourraient donc être annulés en cas de requête à la Cour constitutionnelle ou au Tribunal fédéral.

5. Validité des décisions rendues par l'ODM et le DFJP

L'un des arguments soulevés durant les travaux de commission relatifs à la motion Melly et dans l'avis de droit du professeur Voutat a trait à la validité des décisions rendues par l'ODM et le DFJP sur les dossiers qui leur ont été soumis par le canton. Cet argument se fonde sur l'avis de droit de Me NGuyen, qui estime que les décisions rendues par l'ancien Office fédéral des réfugiés (ODR) sont viciées, car non motivées et ne contenant pas d'indication de voies de droit, et que les décisions du DFJP sont nulles, en tant qu'elles violent le droit fondamental au recours effectif contre une décision administrative. A noter que, contrairement à ce qui a pu être affirmé ici ou là, seul Me NGuyen parvient à cette

conclusion. L'avis de droit rendu par le professeur Moor le 8 septembre 2004 ne se prononce pas sur cette question, puisqu'il n'examine que la qualification juridique des actes de l'ODM dans le cadre du réexamen des cas qui lui ont été soumis par le canton dans le cadre de la circulaire « Metzler ». Sur ce point, le SJIC avait d'ailleurs rendu un avis rejoignant les conclusions du professeur Moor : il n'est pas contesté ici que les lettres par lesquelles l'ODM indiquait aux personnes concernées qu'il refusait de revoir leur cas constituent des décisions au sens juridique du terme. Reste à examiner si ces décisions doivent être considérées comme nulles, ce que Me NGuyen n'affirme d'ailleurs pas très clairement (il se contente d'utiliser le terme de « viciées »), respectivement si celles rendues par le DFJP sont entachées de nullité.

Selon la jurisprudence et la doctrine, une décision viciée est en principe annulable, exceptionnellement nulle. L'annulabilité d'une décision signifie que celle-ci est en soi valable, mais qu'elle peut être contestée par les personnes concernées dans un délai donné et selon une procédure formalisée, ce qui peut mener à son annulation ou à sa modification (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^e éd., Zurich 2002, p. 197). La nullité d'un acte commis en violation de la loi doit quant à elle résulter ou bien d'une disposition légale expresse, ou bien du sens et du but de la norme en question. En d'autres termes, il n'y a lieu d'admettre la nullité, hormis les cas expressément prévus par la loi, qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire. Ainsi, d'après la jurisprudence, la nullité d'une décision n'est admise que si le vice dont elle est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Des vices de fond n'entraînent qu'à de rares exceptions la nullité d'une décision; en revanche, de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité (ATF 122 I 97, consid. 3a et jurisprudence citée). Une décision nulle ne déploie pas d'effets juridiques pour les personnes concernées, et ce dès son adoption. La nullité peut être constatée d'office par toute autorité et en tout temps, y compris au stade de l'exécution.

D'une manière générale, la nullité d'une décision est plutôt reconnue dans des cas d'incompétence de l'autorité ou de violation des règles essentielles de procédure. Ne sont pas essentielles en particulier les règles qui confèrent aux parties des droits qu'elles peuvent renoncer à exercer : ainsi le droit d'être entendu. Il y a donc simplement annulabilité en cas de violation de ce droit, violation qui peut d'ailleurs, à certaines conditions, être « guérie » en procédure de recours (Pierre Moor, droit administratif, vol. II, 2^e éd., Berne 2002, p. 317 ; Häfelin/Müller, op. cit., p. 200, qui citent tous deux de nombreux exemples de nullité). Quant aux vices matériels dont une décision pourrait être entachée, soit ceux liés au contenu de ladite décision, ils créent un motif d'annulabilité, et non de nullité, sauf cas tout à fait exceptionnels. A ce propos, Moor indique notamment que *« la nullité s'examinant d'office, l'administration devrait sans cesse veiller à la légalité des décisions qu'elle exécute, devenant ainsi, à l'inverse de la relation de subordination, autorité de contrôle. C'est pourquoi, mis à part les cas où une décision serait matériellement impossible à exécuter, la nullité n'est admise que dans des hypothèses*

telles que, dans les circonstances actuelles, elles restent théoriques » (Moor, op. cit., p. 321 ; v. également Häfelin/Müller, op. cit., p. 201).

En l'espèce, comme l'a fait Me NGuyen, nous distinguerons les décisions rendues par l'ODR de celles prises, sur recours, par le DFJP. Pour ce qui concerne les premières, le principal grief qui leur est fait a trait à l'absence de motivation et d'indication de voies de droit. Or, selon la jurisprudence et la doctrine susmentionnées, aucun de ces deux vices n'entraîne la nullité de la décision. Comme déjà relevé, le défaut de motivation, composante du droit d'être entendu, peut, à certaines conditions, être corrigé en instance de recours. Lorsque cela n'est pas admissible, la décision en question est annulée. Ce vice est régulièrement sanctionné par la juridiction administrative, qui n'a pour autant, à notre connaissance, jamais constaté la nullité d'une décision pas ou insuffisamment motivée. Quant à l'absence d'indication des voies de droit, elle a pour unique conséquence qu'elle ne doit pas être préjudiciable à l'administré, ce qui signifie que celui-ci n'est pas tenu au strict respect du délai de recours, si on ne peut admettre qu'il en a eu connaissance d'une autre manière (v. à ce propos Benoît Bovay, procédure administrative, Berne, 2000, p. 271s). En revanche, une telle absence n'entraîne en aucun cas la nullité de la décision ainsi viciée (Häfelin/Müller, op. cit., p. 200, ch. 976). Ainsi, nous sommes d'avis que les décisions rendues par l'ODR ne peuvent être considérées comme nulles.

Quant à celles du DFJP, elles seraient nulles du fait que celui-ci a refusé d'entrer en matière sur le fond, estimant que les actes de l'ODR n'étaient pas des décisions. Ce n'est donc pas la procédure devant le DFJP qui est contestée, mais bien le contenu des décisions sur recours rendues par ce dernier. Or, comme on l'a vu, l'illégalité, voire même l'inconstitutionnalité d'une décision ne constituent pas des motifs de nullité, sauf cas tout à fait exceptionnel. On peut, comme l'a fait le professeur Moor, contester l'analyse juridique à laquelle le DFJP a procédé, et il est vrai que cette analyse est contestable. Il n'en demeure pas moins que l'analyse du professeur Moor ne constitue qu'un avis divergeant de celui du DFJP. En conclure que les décisions rendues par ce dernier sont entachées d'un vice manifeste nous paraîtrait quelque peu hâtif. Si le canton constatait la nullité des décisions du DFJP, on pourrait d'ailleurs se trouver dans une situation délicate sous l'angle de la sécurité du droit. En effet, il est vraisemblable que le DFJP ne reconnaîtrait pas la nullité de ses décisions. Nous nous trouverions alors en présence d'une décision de l'ODR juridiquement valable, mais que l'autorité d'exécution refuse d'exécuter, arguant du fait qu'elle doit tout d'abord être réexaminée dans le cadre d'un recours, et que l'autorité de recours refuse de réexaminer, estimant qu'il ne s'agit pas d'une décision et que les renvois doivent désormais être exécutés ! En outre, on peut s'interroger sur les effets de la nullité des décisions du DFJP : dans ce cas, les décisions de l'ODR, elles, subsisteraient, et ne pourraient plus être valablement contestées, le délai de recours étant échu depuis longtemps. Elles devraient donc être exécutées par les autorités cantonales.

Ainsi, la solution préconisée par Me NGuyen, qui consisterait à refuser d'exécuter les renvois tant que le DFJP ne serait pas entré en matière, nous paraît difficilement soutenable juridiquement et particulièrement problématique sous l'angle de la sécurité du droit. Nous sommes quant à nous d'avis que ni les décisions de l'ODR, ni celles rendues par le DFJP ne sont nulles, même si elles peuvent être contestables dans leur contenu. A



ce propos, on relève encore que même s'ils étaient matériellement incompétents, la Commission de recours en matière d'asile et le Tribunal fédéral, qui ont tous deux été saisis, auraient parfaitement pu constater la nullité des décisions du DFJP. Or, il n'en a rien été.



6. Conclusions

Au vu de ce qui précède, nous pouvons retenir les conclusions suivantes concernant la motion Melly et le projet de décret soumis au Grand Conseil :

- en tant qu'elle donne des instructions contraignantes au Conseil d'Etat dans un domaine relevant de sa compétence, la motion Melly est contraire à l'article 147 LGC et aurait donc dû être déclarée irrecevable ; autre est la question de savoir si le décret serait, s'il était voté, contraire au principe de la séparation des pouvoirs. Il n'est toutefois pas exclu que l'on puisse également répondre à cette question par l'affirmative ;
- les articles 2 et 5 du projet de décret soumis au Grand Conseil sont contraires au droit fédéral, le premier violant l'obligation faite aux cantons d'exécuter les renvois prononcés par les autorités fédérales, le second instituant un droit de séjour cantonal contraire à la répartition des tâches définie à l'article 121 Cst;
- les décisions rendues par l'ODR et le DFJP sur les dossiers qui leur ont été soumis par le Conseil d'Etat dans le cadre de la circulaire « Metzler » ne sont pas nulles, même si elles peuvent apparaître juridiquement contestables.

Nous demeurons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.



Jean-Luc Schwaar
Chef de service