
Les aspects constitutionnels et conventionnels du principe de non-refoulement en relation avec les migrations

Introduction et plan

- principe de non-refoulement => deux volets

⇒ = droit fondamental garanti, dans la nouvelle Constitution fédérale de 1999, au titre des droits fondamentaux

- ↳ art. 25 al. 2 et 3 Constitution
- ↳ disposition qui «constitutionnalise» des garanties qui découlent du droit international

⇒ = limite matérielle à la révision de la Constitution

- ↳ art. 139 al. 3, 193 al. 4 et 194 al. 2 Constitution
- ↳ «droit international impératif» comme limite à la révision de la Constitution
- ↳ motif d'invalidation des initiatives populaires
- ↳ initiative populaire «pour le renvoi des étrangers criminels (initiative pour le renvoi)»

La notion de non-refoulement

■ refoulement et non-refoulement

- ⇒ Etats libres en principe de contrôler les flux migratoires et de fixer les conditions d'entrée, de séjour et d'établissement des étrangers
- ⇒ principe de non-refoulement = limite à cette liberté de principe
- ⇒ refoulement = mesure d'exécution d'une décision d'expulsion ou de renvoi
 - ↳ expulsion qui peut être de nature diverse
 - administrative (art. 61-67 LEtr)
 - politique (art. 121 al. 2 Constitution et 68 LEtr)
 - pénale (peine accessoire de l'ancien art. 55 CP, mais encore extradition et transfert)
- ⇒ idée du non-refoulement => l'expulsion ou le renvoi ne doit pas être exécuté lorsqu'il entraînerait certains risques

Le non-refoulement comme droit fondamental



- **l'art. 25 Constitution: double protection**
Protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement

¹Les Suisses et les Suissesses ne peuvent être expulsés du pays; ils ne peuvent être remis à une autorité étrangère que s'ils y consentent.

Suisses

Tout
«risque»

²Les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel Etat.

Réfugiés

Persécution

Protection spéciale et relative

³Nul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains.

Toute
personne

Torture,
etc.

Protection générale et absolue

Le non-refoulement comme droit fondamental



- la protection absolue de l'art. 25 al. 3 (I)

³Nul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains.

⇒ codification constitutionnelle d'obligations internationales

↳ art. 3 CEDH

«Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.»

↳ art. 7 Pacte ONU II

«Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.»

↳ art. 3 Convention ONU 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants

«Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture.»

Le non-refoulement comme droit fondamental



- la protection absolue de l'art. 25 al. 3 (II)

³Nul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains.

- ⇒ champ d'application personnel: toute personne
 - ↳ quel que soit son statut (national, étranger, type de permis, etc.)
 - ↳ et quel que soit son comportement: clandestin, délinquant, criminel, voire même «terroriste» ...

- ⇒ portée absolue de la protection:
 - ↳ aucune exception
 - ↳ pas de pesée des intérêts
 - ↳ «... les agissements de la personne considérée, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne sauraient être pris en compte»
(CourEDH, not. arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, du 25 octobre 1996)

Le non-refoulement comme droit fondamental



- la protection absolue de l'art. 25 al. 3 (III)

³Nul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains.

- ⇒ mais protection limitée à un certain type ou à certains types de risque(s)
- ⇒ 3 catégories ou degrés de risque(s) différent(s):
 - ↳ torture
 - ↳ peine ou traitement cruels ou inhumains
 - ↳ peine ou traitement dégradants

- ⇒ torture (art. 3 Convention ONU 1984)

«[Le] terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou tout autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.»

Le non-refoulement comme droit fondamental



- la protection absolue de l'art. 25 al. 3 (IV)

³Nul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains.

- ⇒ traitement cruel ou inhumain (doctrine)

... traitement qui provoque volontairement des souffrances mentales ou physiques d'une intensité particulière, sans pour autant remplir tous les critères de la torture.

- ⇒ traitement dégradant (doctrine)

... souffrances objectivement plus faibles, mais qui nuisent à l'honneur de la victime ou à sa propre estime.

- ⇒ difficulté de définir et de déterminer ces degrés de gravité du risque encouru

- ↳ gradation et exigence d'un *seuil de gravité minimum*
- ↳ exigence d'un *risque concret*, fondé sur des *motifs sérieux*
- ↳ pas seulement les traitements infligés par l'Etat, mais aussi certains traitements «privés» (trafiquants de drogue, tribu, famille) => obligation positive de protection de l'Etat

Le non-refoulement comme droit fondamental



■ la protection absolue de l'art. 25 al. 3 (V)

³Nul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains.

⇒ évaluation du risque de traitement prohibé

- ↳ examen de l'ensemble des circonstances du cas: type de traitement, durée, effets sur la santé mentale et physique, âge, genre et état de santé de la victime, etc.
- ↳ établissement du risque *concret* sur la base des éléments sérieux fournis par les parties ou que la Cour se procure d'office
- ↳ problématique de l'appréciation des éléments du risque et de la preuve (degré de vraisemblance suffisant, haute probabilité), moment de la prise en considération du risque, évaluation concrète de la situation et assurances diplomatiques, présomptions de non-violation, etc.

↳ exemples

cas de la maladie: l'expulsion d'une personne atteinte d'une maladie grave n'est pas nécessairement contraire au principe de non-refoulement, même si elle est susceptible de réduire son espérance de vie, sauf circonstances exceptionnelles

cas des «secundos»: l'expulsion des étrangers qui n'ont aucun contact avec leur pays d'origine n'est pas en général pas considérée comme une atteinte à l'art. 3 CEDH (mais est jugée sous l'angle de l'art. 8 CEDH)

cas de la peine de mort

Le non-refoulement comme droit fondamental



- la protection relative de l'art. 25 al. 2 (I)

²Les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel Etat.

⇒ également codification constitutionnelle d'obligations internationales

- ↳ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut de réfugié (Convention de Genève [CGR], art. 33 par. 1)
- ↳ protection reprise en droit interne par la loi sur l'asile (LAsi)
- ↳ personnes protégées = «réfugiés»
- ↳ caractère non absolu, relatif, de la protection
- ↳ risque: persécution

⇒ notion de «réfugiés» (art. 1^{er} CGR et art. 3 LAsi)

«... personnes qui, dans leur Etat d'origine ou dans le pays de leur dernière résidence, sont exposées à de sérieux préjudices ou craignent à juste titre de l'être en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leur appartenance à un groupe social déterminé ou de leurs opinions politiques.»

Le non-refoulement comme droit fondamental



■ la protection relative de l'art. 25 al. 2 (II)

²Les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel Etat.

⇒ «réfugiés»

- ↳ réfugiés reconnus comme tels au terme de la procédure d'asile
- ↳ requérants d'asile (octroi de l'asile n'est que «déclaratif»)

⇒ ne sont pas «réfugiés» et ne bénéficient pas de l'art. 25 al. 2

- ↳ personnes exclues de la qualité de réfugié selon art. 1^{er} let. F CGR
 - crime de guerre, crime contre la paix ou contre l'humanité
 - crime de droit commun en dehors du pays d'accueil avant la reconnaissance comme réfugié
 - coupables d'agissements contraires aux buts et principes des N.-U.

Le non-refoulement comme droit fondamental



■ la protection relative de l'art. 25 al. 2 (III)

²Les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel Etat.

- ⇒ personnes auxquelles l'asile n'est, au terme de la procédure, pas octroyé => distinction:
- ↳ personnes remplissant la condition de «réfugié» mais à qui l'asile est refusé pour certains motifs spéciaux (art. 52-54 LAsi)
 - personne qui n'est devenue un réfugié qu'en quittant son Etat d'origine ou de provenance ou en raison de son comportement ultérieur
 - actes répréhensibles compromettant la sûreté de la Suisse
 - ⇒ bénéficient de la protection de l'article 25 al. 2
 - ↳ autres cas, «normaux», de refus de l'asile (personnes n'ayant pas pu démontrer la réalité des motifs de persécution invoqués)
 - ⇒ perte de la protection de l'article 25 al. 2
 - ⇒ mais éventuellement protection de l'article 25 al. 3
 - art. 83 al. 1 LETr => admission provisoire si renvoi matériellement pas possible (al. 2), illicite (al. 3) ou non raisonnablement exigible (al. 4)
 - renvoi illicite (al. 3) se réfère aux cas de l'art. 25 al. 3 Cst.

Le non-refoulement comme droit fondamental



■ la protection relative de l'art. 25 al. 2 (IV)

²Les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel Etat.

⇒ protection non absolue: exceptions possibles, selon un système graduel (art. 32 et 33 CGR et 5 et 65 LAsi)

↳ art. 65 LAsi (et 32 CGR)

un réfugié «ne peut être expulsé que s'il compromet la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ou s'il a porté gravement atteinte à l'ordre public.»

↳ art. 33 par. 1 CGR (et 5 al. 1 LAsi)

«Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.»

↳ art. 33 par. 2 CGR (et 5 al. 2 LAsi)

«Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou un délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.»

Le non-refoulement comme droit fondamental



■ la protection relative de l'art. 25 al. 2 (V)

²Les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel Etat.

⇒ risque de « persécution »

↳ notion centrale du droit des réfugiés, complexe

↳ art. 3 al. 2 LA si

« ... mise en danger de la vie, de l'intégrité corporelle ou de la liberté, de même que les mesures qui entraînent une pression psychique insupportable. Il y a lieu de tenir compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes. »

↳ distinction pas facile entre la « persécution » et les notions de « torture, traitements cruels, inhumains ou dégradants » de l'art. 25 al. 3

- seuil du « minimum de gravité » de l'art. 3 CEDH ne correspond pas à la « persécution » au sens du droit des réfugiés
- illustration: arrêt CourEDH *Cruz Varas et autres c. Suède*, du 20 mars 1991
- en matière de protection des réfugiés, persécutions antérieures peuvent être prises en compte même après leur disparition: art. 1^{er} let. C, ch. 5 et 6 CGR et ATAF 2007/31, du 9 novembre 2007

Le non-refoulement comme droit fondamental



■ la protection relative de l'art. 25 al. 2 (VI)

²Les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel Etat.

⇒ risque de « persécution »

↳ autre différence entre les deux protections

- l'art. 25 al. 3 (ou 3 CEDH) offre une protection contre les mesures étatiques mais aussi non étatiques,
- alors que, en principe, l'art. 25 al. 2 ne protège que contre les persécutions étatiques ou quasi étatiques, et non pas contre les persécutions « privées » (famille ou clan par exemple, cf. CRA 28 janvier 2004, JAAC 68.142, excision en Somalie, protection admise sous l'angle de l'art. 3 CEDH)
- distinction atténuée par le passage de la théorie de l'imputabilité (*Zurechenbarkeitstheorie*) à la théorie de la protection (*Schutztheorie*), => admettre la protection du droit des réfugiés dès qu'un Etat n'est plus en mesure de protéger les personnes se trouvant sur son territoire

Le non-refoulement comme limite à la révision



- non-refoulement comme élément du *ius cogens* et des *règles impératives du droit international*

⇒ notion de *ius cogens*

↳ art. 53 Convention de Vienne sur le droit des traités

«[...] Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une *norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise* et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.»

⇒ généralement admis que le principe du non-refoulement = *ius cogens*

⇒ en droit interne => limite à la révision de la Constitution

↳ art. 139 al. 3 (ainsi que 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst.)

«Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les *règles impératives du droit international*, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.»

«Toute révision partielle doit respecter le principe de l'unité de la matière; elle ne doit pas violer les règles impératives du droit international.»

Le non-refoulement comme limite à la révision



■ invalidation des initiatives populaires: pratique

- ⇒ 1996: invalidation de l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable»
 - ↳ renvoi sans possibilité de recours de tous les requérants d'asile déboutés et entrés illégalement en Suisse

«... sont en nette contradiction avec les principes de non-refoulement du droit international contraignant.» (message, FF 1994 1471, 1487ss)

- ⇒ 2010: initiative «pour le renvoi des étrangers criminels»
 - ↳ Conseil fédéral (juin 2009): propose la validation

«[...] L'initiative sur le renvoi peut être interprétée de telle sorte que le principe du non-refoulement soit respecté. Ce principe ne donne pas droit au séjour et accorde seulement un droit à être protégé contre un renvoi dans certains pays précis. La privation de tous les droits à séjourner en Suisse, prévue dans le texte de l'initiative (art. 121, al. 3, Cst.), et l'obligation d'expulsion qui en découle (art. 121, al. 5, Cst.) n'interdisent pas aux autorités de considérer le principe du non-refoulement comme une interdiction provisoire ou durable de l'exécution de l'expulsion.

L'initiative comporte des solutions similaires à celles de l'initiative «Pour une politique d'asile raisonnable» déclarée non valable. Cependant, elle est formulée avec plus de retenue et peut par conséquent être mise en application conformément au droit international impératif.»

Le Gouvernement ajoute qu'il «ressort de l'argumentaire de l'initiative populaire, publié sur Internet, que ses auteurs n'ont pas l'intention de contrevenir au droit international impératif» et que, «[p]ar ailleurs, de simples doutes quant à sa validité ne justifieraient pas une invalidation.» (message, FF 2009 1471, 1487ss)

Le non-refoulement comme limite à la révision



⇒ 2010: initiative «pour le renvoi des étrangers criminels»

La Constitution fédérale est modifiée comme suit:

Art. 121, al. 3 à 6 (nouveaux)

³ Ils (les étrangers) sont privés de leur titre de séjour, indépendamment de leur statut, et de tous leurs droits à séjourner en Suisse:

a. s'ils ont été condamnés par un jugement entré en force pour meurtre, viol, ou tout autre délit sexuel grave, pour un acte de violence d'une autre nature tel que le brigandage, la traite d'êtres humains, le trafic de drogue ou l'effraction; ou
b. s'ils ont perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale.

⁴ Le législateur précise les faits constitutifs des infractions visées à l'al. 3. Il peut les compléter par d'autres faits constitutifs.

⁵ Les étrangers qui, en vertu des al. 3 et 4, sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse doivent être expulsés du pays par les autorités compétentes et frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans. En cas de récidive, l'interdiction d'entrer sur le territoire sera fixée à 20 ans.

⁶ Les étrangers qui contreviennent à l'interdiction d'entrer sur le territoire ou qui y entrent illégalement de quelque manière que ce soit sont punissables. Le législateur édicte les dispositions complémentaires.

Le non-refoulement comme limite à la révision



■ invalidation des initiatives populaires: pratique

⇒ initiative «pour le renvoi»

- ↳ mars et juin 2010: les Chambres ont suivi le Conseil fédéral
- ↳ et déclaré l'initiative valable (non invalidable)
 - 28 voix contre 13 au Conseil des Etats, 118 contre 69 au National

⇒ motivation (et critique):

- ↳ distinction «renvoi» ou «expulsion» / «refoulement» (= exécution du renvoi ou de l'expulsion)



- ↳ suppose pratiquement un dédoublement de la décision ...



Faculté de droit

Conclusions
