

Analyse et commentaires de Bernard Voutat (Professeur de droit constitutionnel, Faculté des SSP, Université de Lausanne)

à propos de la 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. Régler la question une fois pour toute ».

I. Faits et contexte

1. Déposée le 31 mai 2005 à la suite d'une décision du Conseil d'Etat de procéder au renvoi de requérants d'asile appartenant au groupe dit des « 523 », le cas échéant par des mesures de contrainte, la motion du député Serge Melly a été signée par 91 députés du Grand Conseil, soit la majorité absolue du législatif vaudois. Cette motion a été développée devant le Grand Conseil lors de sa séance du 7 juin 2005 et, à l'issue d'un débat de deux heures, renvoyée à l'examen d'une commission chargée de préavis sur la prise en considération et le renvoi au Conseil d'Etat (148 al. 2 LGC).
2. La commission chargée de l'examen de cet objet a conclu à la prise en considération de la motion et à son renvoi au Conseil d'Etat, par 6 voix contre 5 et l'avis contraire également du représentant du Conseil d'Etat, Monsieur Jean-Claude Mermoud. Ce préavis favorable à la prise en considération de la motion a été suivi par une majorité du Grand Conseil lors de sa séance du 5 juillet 2005 (78 voix contre 74 et 3 abstentions), de sorte que cet objet est désormais entre les mains du Conseil d'Etat, qui est chargé de présenter un projet de loi ou de décret dans le sens de la motion, le cas échéant en lui opposant un contre-projet (152 LGC).
3. Le dépôt de cette motion s'insère dans le contexte plus général de la politique du canton de Vaud dans le domaine de l'asile et concerne plus spécifiquement les procédures menées depuis le 1^{er} janvier 2002 en relation avec la circulaire dite Metzler relative à la régularisation de requérants déboutés, mais non renvoyés. Il s'agissait initialement d'un groupe de 1280 personnes, parmi lesquelles 175 personnes en provenance d'Erythrée et d'Ethiopie dont la situation n'a pas été examinée par l'ODR au motif de l'impossibilité d'un renvoi les concernant.
4. Un accord a été conclu le 26 mai 2004 entre le DFJP et le Conseil d'Etat. Le premier s'engageait à examiner la situation des requérants sous l'angle des critères figurant dans la directive Metzler, un taux d'acceptation de plus de 50% étant par ailleurs mentionné. Le Conseil d'Etat s'engageait de son côté à exécuter les décisions fédérales. C'est dans ce contexte que l'admission provisoire a été refusée à 523 personnes. Parmi celles-ci, certaines ont quitté la Suisse de leur propre gré, d'autres ont obtenu une admission provisoire, voire l'asile, ensuite d'une procédure qu'elles ont ouvertes elles-mêmes. A l'heure actuelle, ce sont un peu plus de 300 personnes qui restent concernées par l'acte de refus prononcé par l'autorité fédérale, à quoi s'ajoutent les personnes en provenance d'Erythrée et d'Ethiopie, qui entraînent dans les critères fixés par la directive Metzler, mais dont le dossier a été écarté par l'ODR.
5. Le 18 janvier 2005, le Conseil d'Etat a prononcé un moratoire partiel de l'usage des mesures de contrainte pouvant être prises à l'égard des familles avec enfant(s), des femmes kosovares isolées et des survivantes de Srebrenica. Ce moratoire excluait toutefois les célibataires et les couples sans enfant. Depuis mai 2005, le Conseil d'Etat a suspendu ce moratoire et a procédé dans plusieurs cas à l'exécution de renvois forcés par l'usage de mesures de contrainte. Par son intitulé même, la présente motion s'inscrit donc dans ce contexte précis où l'exécutif cantonal affirme sa volonté d'exécuter les renvois prononcés par l'autorité fédérale, en recourant aux moyens dont il dispose en vertu du droit fédéral, et procède dans les faits à des renvois exécutés par des mesures de contrainte.
6. Toute cette période a en outre été marquée par plusieurs prises de position et actions de

différents milieux — politiques, syndicaux, associatifs, Eglises, quelques autorités communales — en faveur des personnes faisant l'objet des mesures prises par le Conseil d'Etat ou susceptibles de l'être dans un proche avenir. Outre les aspects éthiques et politiques du débat, celui-ci s'est plus particulièrement fixé sur le terrain juridique, suite notamment au rejet d'un recours contre la décision de l'ODR prononcé par la Commission fédérale en matière d'asile qui s'est en l'espèce déclarée matériellement incompétente et au rejet de ce recours par le DFJP, à qui le dossier avait été transmis par la Commission, le département l'ayant déclaré irrecevable au motif que l'acte contesté n'était pas une décision.

7. Deux avis de droit consacrés, pour l'un (avis de droit du 8 septembre 2004 du Professeur Pierre Moor de l'Université de Lausanne), à la nature de l'acte de refus de l'admission provisoire en droit d'asile et, pour l'autre (avis de droit du 4 mars 2005 de Minh Son Nguyen, avocat et chargé de cours à la faculté de droit de l'Université de Lausanne), à la situation juridique des personnes pour lesquels un renvoi a été prononcé, doivent plus particulièrement retenir l'attention, attendu que l'un et l'autre convergent, entre autres éléments analysés, pour admettre que l'acte conduisant au refus de l'admission provisoire et au prononcé du renvoi constitue une décision au sens technique, qui doit par conséquent être motivée et pouvoir faire l'objet d'un recours conformément aux règles générales du droit administratif découlant du droit constitutionnel et du droit international. Partant, les décisions de l'autorité fédérale seraient frappées de nullité, de sorte que le canton, contrôlant préjudiciellement la décision d'irrecevabilité du DFJP, devrait renoncer à exercer sa compétence d'exécution des renvois.
8. Il va sans dire que le Conseil d'Etat, qui s'appuie sur des avis de droit de son administration (SPOP et SJIC), récuse pour l'essentiel cette argumentation, considérant notamment que les « décisions » en question — pour peu que cette qualification soit correcte — lient le canton dans la mesure où elles ne sont entachées d'aucun vice rédhibitoire (absence de déni de justice formel, absence de violation de la Constitution fédérale ou du droit international).
9. La nullité éventuelle des décisions négatives de l'autorité fédérale pourrait donc constituer un élément important d'appréciation de la validité juridique de la motion. Les opposants (une minorité parlementaire et la majorité du Conseil d'Etat) estiment en effet que, s'agissant de l'obligation faite au canton par le droit fédéral d'exécuter les décisions fédérales en matière d'asile, décisions par ailleurs considérées comme valides dans les cas d'espèce, la motion, une fois concrétisée dans un texte cantonal de rang législatif, porterait sur un objet dans lequel, pour l'essentiel, le canton n'est pas compétent du point de vue de la répartition des tâches entre le canton et la Confédération, et placerait ce dernier dans une situation d'illégalité violant le principe de la fidélité confédérale. Les partisans de la motion estiment au contraire que le canton, dans sa tâche d'exécution du droit fédéral, dispose d'une certaine marge de manœuvre et, dans la mesure où il est amené à contrôler à titre préjudiciel la validité des décisions fédérales, devrait en outre ne pas exécuter celles qui, comme les décisions auxquelles la motion renvoie, sont contraires à la Constitution fédérale et au droit international.
10. Par ailleurs, au moment de l'examen de la motion en commission, le Conseil d'Etat, s'appuyant sur une note de l'un de ses services (SJIC), en a contesté la validité juridique sous l'angle du droit cantonal. Il a notamment évoqué le fait que la motion, en droit vaudois, tend à l'adoption d'un acte de rang législatif (loi ou décret), un acte donc qui entre dans le domaine de compétence du Grand Conseil et non dans celui du Conseil d'Etat. Or, selon l'avis juridique émis par le SJIC, la motion Melly porterait sur un objet (l'exécution des renvois) relevant des compétences exclusives de l'exécutif et de ce fait ne pourrait donner lieu à un décret ou à une loi et, partant, à une motion.
11. La présente analyse portera tout d'abord et principalement sur le grief évoqué au point 10 (validité juridique de la motion du point de vue des règles du droit cantonal). Il

examinera ensuite le grief soulevé au point 9 (compétence du canton en matière d'exécution des décisions fédérales dans le présent contexte).

II. Analyse de la conformité de la motion au droit cantonal

(a) L'objet de la motion

12. La motion Melly et consorts demande que le Conseil d'Etat

- (i) renonce à recourir à des mesures de contraintes pour les requérants d'asile déboutés (point 4 ci-dessus) à la suite des procédures ouvertes dans le cadre de la circulaire Metzler ;
- (ii) renonce de même à soumettre ces personnes à des mesures prévoyant des interdictions de travail ou de formation, ainsi que la suppression de l'aide sociale allouée par la FAREAS ou encore débouchant sur des pratiques administratives telles que la multiplication de convocations au SPOP ou la délivrance de prolongations d'autorisations sommaires ;
- (iii) mette en place une commission consultative d'experts chargée d'examiner les dossiers de ces personnes en vue de chercher au cas par cas une issue digne à chaque dossier.

13. Les aspects soulevés sous (i) et (iii) sont clairs : d'une part, le canton ne recourra pas à des mesures de contrainte pour exécuter les décisions de renvoi de l'autorité fédérale relatives aux personnes considérées (qui peuvent être aisément identifiées par l'administration); d'autre part, un organe est institué, qui devra procéder à un réexamen des dossiers avant toute nouvelle mesure de renvoi. Le point (ii) est moins précis, attendu qu'il concerne certaines décisions ou pratiques, jugées « discriminatoires, contraignantes et susceptibles de remettre en cause la situation des requérants d'asile » concernés (interdiction de travail, convocations fréquentes auprès des services de l'administration).

(b) Analyse

14. En droit vaudois, la motion est une proposition soumise au Grand Conseil chargeant le Conseil d'Etat de présenter un projet de loi ou de décret. Elle est motivée et expose le sens de la législation souhaitée (art. 147 LGC). Lorsqu'elle est prise en considération, le Conseil d'Etat est invité à présenter, immédiatement en cas d'urgence, un projet de loi ou de décret dans le sens de la motion et éventuellement des conclusions du rapport de la commission (149 al. 2 let. a LGC). Une fois acceptée, la motion est impérative pour le Conseil d'Etat, qui doit présenter un projet de loi ou de décret au sens demandé. Le Conseil d'Etat peut accompagner celui-ci d'un contre-projet (art. 152 LGC).

15. La question qui se pose est donc de savoir si les matières visées par la motion Melly relèvent des compétences du Grand Conseil, auquel cas elles peuvent faire l'objet d'une loi ou d'un décret, ou au contraire si ces matières entrent dans le cercle des compétences exclusives du Conseil d'Etat. C'est en ces termes du moins que le Conseil d'Etat, se fondant sur une note de son service de législation (SJC) pose le problème. Selon cette note, la compétence des cantons en matière d'exécution des renvois de requérants déboutés est instituée par le droit fédéral (article 46 LAsi), lequel ne détermine cependant pas — par respect de l'autonomie des cantons dans l'aménagement des pouvoirs et la détermination de leurs compétences respectives, pourrait-on ajouter — quelle autorité au sein du canton est dépositaire de cette tâche. En outre, le droit vaudois n'est pas particulièrement explicite à ce sujet, attendu qu'il ne contiendrait pas de disposition d'application de la LAsi. Le service mentionne toutefois l'article 6 de la loi vaudoise du 29 août 1934 d'application de la loi fédérale sur le séjour

et l'établissement des étrangers (LSEE), qui prévoit que les autorités cantonales de police des étrangers et d'asile sont compétentes pour requérir les mesures de contrainte. Le DIRE étant désigné comme département en charge des domaines de la population et des migrations, selon le règlement du 12 novembre 1997 sur les départements de l'administration, on peut en déduire que ce département est actuellement en charge de l'exécution des législations fédérales dans ces domaines, notamment dans celui de l'exécution des mesures de contrainte.

16. Cette première partie de l'argumentation est pour l'essentiel correcte. Le droit vaudois ne contient pas de loi d'application de la législation fédérale sur l'asile. Toutefois, la loi vaudoise du 29 août 1934 d'application de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) mentionne à plusieurs reprises la législation fédérale relative à l'asile, de sorte que l'on doit considérer que cette loi intègre cette matière dans le droit cantonal, notamment dans le domaine des mesures de contrainte.
17. En revanche, on ne peut suivre l'argumentation soutenue par le Conseil d'Etat, selon laquelle les matières visées par la motion seraient de sa compétence « exclusive ».

Extrait de la note du SJIC : « Quoiqu'il en soit, on peut relever que le renvoi de requérants d'asile déboutés est une activité de rang administratif, en tant qu'elle s'inscrit dans le cadre de la procédure d'asile. Les cantons disposent d'ailleurs à cet égard d'une marge de manœuvre restreinte, puisque l'article 46 LAsi les enjoint d'exécuter les décisions de renvoi, sous réserve des cas où celui-ci est impossible, dans lesquels une admission provisoire peut être demandée à l'Office fédéral des migrations. Comme nous l'indiquions dans notre avis du 8 avril 2005, les autorités cantonales ne disposent d'un certain pouvoir d'appréciation que quant aux modalités d'exécution du renvoi. Le recours aux mesures de contrainte n'est ainsi qu'une possibilité offerte aux cantons par le droit fédéral (art. 13a LSEE). Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'une mesure s'inscrivant dans le cadre d'une procédure administrative et relevant ainsi en principe de la compétence de l'exécutif. Il ne s'agit pas ici d'édicter des règles générales et abstraites, mais d'entreprendre des démarches administratives pour régler la situation concrète des personnes dont la demande d'asile a été rejetée et qui font l'objet d'une décision de renvoi entrée en force. Dans ces conditions, même si le droit cantonal pourrait être plus précis quant à l'autorité compétente pour exécuter les renvois dans le canton de Vaud, il ne fait guère de doute que cette tâche incombe à l'autorité exécutive. En outre, le type d'acte visé par la motion nous paraît de nature individuelle et concrète, et non générale et abstraite comme doit l'être une loi, du moins si l'on se réfère à la définition donnée par l'article 110, 1^{er} alinéa, lettre a Cst-VD ».

En effet, fondée sur une conception fonctionnelle — et dogmatique (Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, volume I : l'Etat, Berne, Staempfli, 2000, n° 54 ss, 1652 ss et 1680 ss) — de la séparation des pouvoirs, cette analyse considère que la répartition des compétences entre différents organes résulterait de la « nature » supposée des tâches étatiques. Selon cette conception, au pouvoir législatif reviendrait la fonction d'édicter les lois (fonction législative); au pouvoir exécutif celle de les exécuter (fonction exécutive). On notera que, s'agissant des procédures de renvoi par des mesures de contrainte, l'analyse du SJIC va très loin en les considérant comme des activités à caractère administratif incombant tout naturellement à l'exécutif, voire à un département au sein de celui-ci, voire encore — le SJIC reconnaît que la loi n'est pas des plus claires à ce sujet — à l'administration.

18. En réalité, la conception qui prévaut en droit vaudois relative à l'aménagement du principe de la séparation des pouvoirs n'est pas fonctionnelle, mais organique, à savoir que les tâches, sans considération de leur éventuelle nature, sont réparties entre des organes distincts dont la composition est différente et qui exercent les compétences que leur attribuent la Constitution et la loi. C'est en tout cas ce qui ressort de l'article 89 Cst. VD, qui n'utilise pas la notion de fonction, mais celle de pouvoir, pour désigner les trois autorités — législative, exécutive et judiciaire — dont se compose le canton. La Constitution précise (article 92) que le Grand Conseil est l'autorité suprême du canton, sous réserve des droits du peuple, et que le Conseil d'Etat est l'autorité exécutive supérieure du canton (article 112), par quoi il faut entendre, notamment, qu'il dirige

l'administration cantonale et qu'il édicte des règles de droit dans la mesure permise par la Constitution ou loi, ainsi que les dispositions nécessaires à l'application des lois et des décrets. Les articles 19 ss de la loi du 11 février 1970 sur l'organisation du Conseil d'Etat (LOCE) consacrent ces différents principes, attendu que les compétences du Conseil d'Etat trouvent leur fondement dans la Constitution ou la loi (article 19), en dehors des autres tâches qu'il peut assumer en tant qu'exécutif (tâches de représentation, de coordination et de gestion des finances publiques notamment).

19. Il faut donc conclure de ce qui précède que les compétences du Conseil d'Etat ne sont pas déterminées d'après la nature supposée d'une tâche particulière, mais par la Constitution ou la loi. S'agissant de l'exécution de mesures de contrainte prises à l'égard de requérants d'asile déboutés, la loi actuelle est — relativement — claire. Ces mesures sont requises par les autorités cantonales de police des étrangers et d'asile, qui exercent cette compétence sous la responsabilité d'un département, dont le chef statue sur l'expulsion des étrangers, ce dernier répondant par ailleurs de son activité devant le Conseil d'Etat, autorité collégiale à qui il incombe, notamment, d'assurer la direction de l'ensemble de l'administration (articles 116, 117 et 123 Cst. VD).
20. La motion Melly ayant pour objet l'application de mesures touchant les requérants d'asile, elle porte donc sur l'édiction de règles de rang législatif modifiant ou dérogeant à celles établies dans la loi cantonale d'application de la LSEE. Il est donc erroné de considérer que le Grand Conseil ne serait pas compétent, sous l'angle du droit cantonal, pour édicter de telles règles, attendu qu'il est lui-même à l'origine de celles qu'il souhaite modifier, dans une mesure qu'il convient certes d'établir et qu'il appartiendra au Conseil d'Etat de préciser, sous réserve des décisions finales du Grand Conseil lui-même.
21. La note du SJIC évoque *in fine* un ultime argument, à savoir que :

« Au vu de ce qui précède, nous sommes d'avis que la motion Melly touche à des objets relevant de la compétence du Conseil d'Etat. Il en va ainsi de l'injonction faite au Conseil d'Etat de renoncer à l'usage des mesures de contrainte à l'encontre des requérants déboutés, mais également de la demande visant à la création d'une commission d'experts chargée de réexaminer les dossiers en cause en vue de chercher une issue digne à chacun d'entre eux. En effet, cette mesure vise encore une fois à régler un problème dont nous n'ignorons pas l'importance politique, mais qui demeure *ponctuel, individuel et concret*, et qui s'inscrit dans le cadre d'une procédure administrative régie par le droit fédéral. L'autorité compétente pour en connaître ne peut donc être qu'exécutive. *D'ailleurs, la motion ne demande pas l'élaboration d'un texte législatif, mais intime l'ordre au Conseil d'Etat d'agir d'une certaine manière dans le cadre de ses compétences.* On aurait à la rigueur pu admettre la demande visant à la création d'une commission d'expert, si cette requête s'était inscrite dans un cadre général de traitement des dossiers de renvois. Or, rien de tel en l'espèce, puisque cette commission ne serait chargée, à en croire les motionnaires, que de régler les cas actuellement en souffrance. On pourrait comparer cette motion avec une demande visant à ce que le Conseil d'Etat renonce à licencier un collaborateur ou au contraire qu'il engage un candidat jugé valable. Accepter une telle motion reviendrait par exemple à en rendre une possible concernant l'élection du nouveau procureur général, pour prendre un dossier d'actualité récente. Il s'agit dans un cas comme dans l'autre de procédures administratives, visant à régler un cas individuel et concret, et qui relèvent toutes deux de la compétence du Conseil d'Etat. Ainsi, en tant qu'elle excède le cadre posé par l'article 147 LGC, la motion Melly n'est juridiquement pas recevable ».

Ce passage (certains extraits sont soulignées par nous) reprend l'argumentation précédente (ch. 17) relative à la nature purement exécutive des tâches visées par la motion. Il prolonge cependant cette argumentation en limitant le champ des objets susceptibles d'être visé par une motion parlementaire à l'élaboration de textes législatifs.

22. En réalité, le rang des objets, en droit vaudois, se détermine d'après l'organe qui les a adoptés, et non en fonction de leur nature supposée. Il ressort en effet de l'article 110 Cst. VD que le Grand Conseil exerce ses compétences, d'une part, sous la forme de lois pour les règles générales et abstraites de durée indéterminée et, d'autre part, sous la forme de décrets pour les autres actes, soit des actes qui ne revêtent pas les deux

caractéristiques précédentes ou qui n'en présentent qu'une des deux. En l'espèce, l'acte dont il est demandé l'élaboration porte sur un nombre déterminé de situations et devrait être adopté pour un temps limité. On notera que la distinction entre les deux types d'acte, dans la mesure où elle n'est pas toujours facile à établir, a néanmoins une portée réduite, voire nulle, dès lors que la loi comme le décret sont soumis au référendum facultatif (article 84 al. 1 let. A Cst. VD) et qu'ils occupent de ce fait la même position dans la hiérarchie des actes normatifs. Dans cette optique, les compétences législatives du Grand Conseil vaudois ne se limitent pas à la seule adoption des lois, c'est-à-dire de textes de portée générale et de durée indéterminée. Tout au contraire, la Constitution lui accorde la possibilité d'adopter sous la forme du décret des actes concrets et de durée déterminée. Dans la mesure, enfin, où la motion est un instrument chargeant le Conseil d'Etat de présenter un projet de loi ou de décret sur la base d'un vœu formulé d'une manière générale à propos d'une question particulière, cette proposition peut donc porter, comme c'est le cas de la motion Melly, sur l'élaboration, puis l'adoption d'un acte concret de durée déterminée. Il n'y a rien dans la systématique de la Constitution vaudoise ou dans celle de la loi sur le Grand Conseil qui permettrait d'exclure certains objets du cercle des compétences du Grand Conseil, autorité suprême du canton, sous réserve des droits du peuple et dans le cadre des compétences que lui accorde la Constitution. De son côté, le Conseil d'Etat exerce les compétences que lui attribue la Constitution, c'est-à-dire le peuple, ou la loi, c'est-à-dire le Grand Conseil.

23. A cet égard, on relèvera que la dernière partie de la citation, qui évoque un certain nombre d'exemples censés démontrer la nature purement exécutive des procédures suivies dans le domaine du renvoi (forcé) des requérants d'asile n'est pas convaincante sur le plan juridique. En réalité, le Conseil d'Etat engage les agents de l'Etat (fonctionnaires) ou nomme le procureur général, non pas en vertu du fait qu cette activité serait par nature exécutive, mais parce que la loi l'y autorise. Dans certains Etats, certaines fonctions administratives ou judiciaires sont repourvues à la suite d'une élection par le corps électoral lui-même. Certes, le Grand Conseil ne pourrait actuellement pas intervenir dans une procédure en cours tendant à la désignation du procureur général. Il pourrait cependant modifier la loi, attendu que cette modification pourrait avoir un effet sur la personne désignée ou sur les procédures ultérieures de désignation d'une personne nouvelle à cette fonction. Mais nous sommes ici dans le domaine de la politique fiction. Encore que l'objection du SJIC soulève de facto la question de savoir si, la motion étant prise en considération, le Conseil d'Etat est autorisé à poursuivre les procédures de renvoi prises à l'encontre des requérants entrant dans le cercle des personnes visées par la motion. Assurément, tant qu'un décret n'est pas adopté, le Conseil d'Etat est juridiquement habilité à agir selon la législation en vigueur. Quant à savoir si le maintien de sa ligne de conduite est politiquement opportune, il lui appartiendra de se déterminer à ce sujet.
24. En définitive, la motion, qui a un caractère impératif pour le Conseil d'Etat, implique l'adoption d'un décret dérogeant à la loi cantonale d'application de la loi fédérale sur l'établissement et le séjour des étrangers sur un point au moins, à savoir la compétence accordée au chef du Département en charge des questions de population et de migration — actuellement le DIRE — de statuer sur le renvoi des étrangers, sous réserve des décisions que prendrait le collège gouvernemental dans ce domaine. Pour les autres aspects, le décret ne ferait que compléter la loi, qui ne contient aucune disposition touchant les matières en cause. Bien que ce décret serait postérieur à la loi précitée et que sa portée serait spécifique par rapport à celle-ci, il conviendrait peut-être de mentionner explicitement cet effet dérogatoire du décret dans le texte soumis au Grand Conseil et préciser la place de ce décret par rapport à la loi. Mais ceci est une question pure de technique législative.

II. Analyse de la conformité de la motion au droit fédéral

25. Deux questions se posent : d'une part, celle de savoir dans quelle mesure le décret adopté ensuite de la motion serait contraire au droit fédéral ; d'autre part celle de savoir si le Conseil d'Etat pourrait ne pas donner suite à la motion s'il estimait que celle-ci contrevient effectivement au droit fédéral.

(i) En ce qui concerne la première question

26. La Constitution fédérale prévoit à son article 42 que la Confédération accomplit les tâches, c'est-à-dire exerce les compétences que lui attribue la Constitution. Selon l'article 121 de la Constitution fédérale, la Confédération dispose d'une compétence exclusive pour légiférer à propos de l'entrée, de la sortie, du séjour et l'établissement des étrangers, ainsi que sur l'octroi de l'asile. Cette compétence est exercée, notamment, à travers la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE) et la loi fédérale sur l'Asile (LAsi).

27. L'article 46 de la Constitution fédérale prévoit de son côté que les cantons mettent en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi, précision étant faite (alinéa 2) que la Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible et tient compte de leurs particularités. Cet article définit ce qu'il est convenu d'appeler le fédéralisme d'exécution, forme du fédéralisme en Suisse par laquelle les cantons assument la mise en œuvre et l'exécution du droit fédéral dans son ensemble. Il convient donc d'examiner la marge de manœuvre du canton en matière de séjour et d'établissement des étrangers, ainsi que dans le domaine de l'asile.

28. Le droit fédéral englobe les traités internationaux auxquels la Suisse est liée, la Constitution fédérale, ainsi que les lois et ordonnances fédérales. Aussi convient-il également d'examiner dans quelle mesure le projet de décret est compatible avec l'ensemble du droit fédéral, non seulement avec la législation en matière de séjour et d'établissement des étrangers et en matière d'asile, mais aussi avec d'autres normes relevant du droit fédéral, qu'elles soient constitutionnelles (comme par exemple les droits fondamentaux : dignité humaine, principe de la bonne foi, garanties en matière de procédure judiciaires, protection contre l'expulsion et le refoulement, etc.), ou législatives (loi fédérale sur la procédure administrative), ou encore qu'elles relèvent du droit international (comme la Convention internationale des droits de l'enfant). Le cas échéant, il convient également de déterminer si, parmi ces normes relevant du droit fédéral et international, certaines d'entre elles doivent primer sur d'autres dans l'examen de la situation juridique qu'il s'agit d'éclaircir.

29. S'agissant du renvoi des étrangers, la législation fédérale contient deux dispositions dont l'articulation n'est pas complètement limpide et dont l'interprétation détermine en fait la marge de manœuvre du canton dans ce domaine. D'une part, selon l'article 46 LAsi, le canton est *tenu d'exécuter* la décision de renvoi. Cette disposition concrétise un principe général selon lequel les cantons sont en effet tenus d'exécuter le droit supérieur. Ils ne peuvent par exemple pas édicter des normes cantonales contraires au droit fédéral, ni non plus se soustraire aux décisions fédérales prises sur la base de ce même droit fédéral. D'autre part, selon les articles 13 a et 13 b LSEE, l'autorité cantonale *peut* ordonner la détention administrative (mesure de contrainte), afin d'assurer le déroulement d'une procédure de renvoi, ainsi que l'exécution d'une décision de renvoi. Alors que la disposition de la loi sur l'asile impose au canton une obligation générale d'exécuter les décisions fédérales de renvoi, la disposition relevant du séjour et de l'établissement des étrangers se borne à accorder au canton la faculté de recourir à des mesures de contrainte, parmi d'autres possibilités, pour exécuter une décision de renvoi. Le dispositif ne prévoit pas, au moins explicitement, que le canton *doive* recourir à des mesures de contrainte dans le cas où les autres possibilités s'avéraient inopérantes.

Pour apprécier la marge de manœuvre du canton, il convient de préciser que l'obligation faite au canton d'exécuter le droit fédéral et les décisions prises sur la base du droit fédéral trouve deux limites principales.

30. La première limite se trouve dans les principes généraux du fédéralisme d'exécution. Selon ces principes, lorsqu'un canton assume des tâches d'exécution du droit fédéral, il dispose d'une certaine marge de manœuvre. Cette marge peut dépendre des circonstances dans lesquelles le canton est amené à exécuter le droit fédéral ou à appliquer une décision fédérale, et donc du contexte dans lequel s'inscrit l'action du canton. C'est du reste l'un des fondements du fédéralisme d'exécution que de rapprocher l'application du droit fédéral du terrain concret de cette application. Les cantons ne sont donc pas conçus dans cet aménagement particulier des principes du fédéralisme comme de simples et aveugles exécutants du droit fédéral, mais sont amenés à le mettre en œuvre et à le concrétiser en tenant compte d'éléments d'appréciation qui échappent à l'autorité fédérale au moment où celle-ci a statué ou légiféré. La Constitution fédérale prévoit du reste une telle manière de concevoir les tâches d'exécution, dès lors qu'elle impose à la Confédération d'accorder aux cantons la plus grande marge de manœuvre possible, attendu néanmoins qu'elle doit également veiller à une application en principe uniforme du droit fédéral sur le territoire helvétique.
31. Il a beaucoup été question ces dernières années, notamment dans la presse et dans les arènes parlementaires, de l'exception vaudoise en matière d'asile. Cette notion d'exception vaudoise désigne en effet une appréciation en partie différente effectuée par les autorités cantonales vaudoises par rapport à celle de nombreux autres cantons à propos des politiques fédérales dans le domaine de l'asile et, surtout, une évaluation particulière de leur capacité à les mettre en œuvre. Pour des raisons dans le détail desquelles il n'est pas nécessaire de s'étendre ici, la mise en œuvre du droit fédéral se heurte dans le canton de Vaud à un certain nombre d'obstacles, qui tiennent pour beaucoup à une mobilisation de l'opinion publique sans doute peu comparable à celle qui prévaut ailleurs dans le pays. Ce phénomène impose dès lors d'admettre que, pour des raisons qui tiennent à une appréciation politique des retombées possibles d'une application analogue à celles des autres cantons de certaines décisions fédérales, les autorités cantonales (et ici le Grand Conseil lui-même, la plus haute autorité politique du canton) aient été mises devant l'obligation de nuancer certaines mesures d'application des décisions fédérales, sans pour autant que soit fondamentalement mis en péril le principe d'une application cohérente et uniforme du droit fédéral. C'est ainsi que, par le passé, le canton a usé de sa marge de manœuvre dans l'exécution de renvois prononcés par les autorités fédérales, notamment en ne respectant pas toujours les délais impartis, voire en procédant au réexamen de certains dossiers à la lumière d'éléments nouveaux étant survenus entre le moment de la décision fédérale et celui où il s'agissait de la mettre en œuvre, voire encore en n'exécutant pas certaines décisions fédérales. Cette position est du reste régulièrement exposée par le Conseil d'Etat du canton de Vaud, notamment dans son rapport 2002 sur la politique d'asile et dans son rapport du 18 septembre 2003, dans lesquels il affirme à réitérées reprises vouloir appliquer le droit fédéral « avec discernement », le cas échéant en n'appliquant pas certaines décisions fédérales.
32. On rappelle que l'on est ici en présence d'un nombre *très limité* de cas où les décisions fédérales sont certes appliquées (le canton intervient auprès des personnes concernées pour les engager à quitter le territoire helvétique, notamment en mettant en place des programmes dits d'aide au retour), mais avec un certain discernement, qui tient à sa connaissance particulière des dossiers et du contexte politique vaudois. C'est d'ailleurs ce que le Conseil d'Etat a fait en décidant de ne pas faire appel aux mesures de contrainte à l'encontre des femmes kosovares isolées. Ce qui est valable pour cette catégorie de personnes doit l'être également pour les autres qui se trouvent dans la même situation. S'agissant de traiter par un décret un nombre fort limité de cas, un peu

plus de 300 personnes, on ne saurait parler d'obstacle fait par le canton de Vaud à l'application du droit fédéral, comme semble l'affirmer le Conseil d'Etat dans l'exposé des motifs présentant le projet de décret qu'il propose au Grand Conseil, avec une recommandation de rejet.

33. Les mesures de contrainte ne constituent pas un moyen anodin d'exécuter le droit fédéral. Dans ce domaine là, plus sans doute que dans bien d'autres domaines où le canton est amené à mettre en œuvre le droit fédéral, l'appréciation des moyens doit être laissée à l'autorité cantonale, et cela d'autant plus lorsque cette autorité est, comme dans le contexte du traitement de la motion Melly, la plus haute autorité du canton. Comme déjà indiqué, mettre des personnes en détention et les contraindre par la force à quitter le pays constituent des mesures qui ne sauraient être considérées comme relevant de simples actes administratifs laissés à l'entière responsabilité des agents de l'administration, voire du seul gouvernement ou de l'un de ses membres. Il s'ensuit que la formulation postestative des articles 13 a et 13 b de la LSEE peut non seulement être comprise comme indiquant le fait que la canton a à sa disposition une palette de mesures différentes, mais aussi comme lui permettant, en dépit de cette pluralité d'instruments, de renoncer, dans certaines situations, à l'usage de mesures de contraintes. Il est clair qu'une norme générale du droit cantonal, qui exclurait dans tous les cas le recours à des mesures de contrainte, violerait le droit fédéral. On ne peut en effet exciper de la formulation postestative des articles 13 a et 13 b de la LSEE une faculté générale pour le canton de renoncer en tout temps et pour tous les cas à recourir à des mesures de contrainte. On ne peut pour autant pas totalement exclure la possibilité d'un tel renoncement dans certains cas, même s'il s'avérait que les autres moyens sont impuissants à remplir leur objectif, soit ici le départ de certaines personnes étrangères pour lesquelles un renvoi a été prononcé. D'autres éléments entourant la mise en œuvre du droit fédéral doivent donc entrer en considération.
34. Hors les aspects de cette problématique qui entrent dans le cadre d'une interprétation générale du fédéralisme d'exécution, il convient d'ajouter le fait que, même lorsqu'il exécute le droit fédéral, le canton est tenu de respecter la Constitution fédérale et le droit international. Autrement dit, le canton n'est pas un exécutant aveugle du droit fédéral. Lorsqu'il s'agit de prendre une mesure de contrainte en application d'une décision fédérale, elle-même fondée sur le droit fédéral, le canton doit en examiner la validité juridique. On ne saurait exiger du canton qu'il exécute des décisions fédérales présentant des vices rédhibitoires ni non plus présumer, dans le contexte du fédéralisme d'exécution, que toutes décisions fédérales sont réputées valides, par nature, pourrait-on dire. Par ailleurs, lorsqu'il exécute des décisions fédérales, le canton peut évaluer sa marge de manœuvre à l'aune de certains principes généraux du droit public, légalité, intérêt public, proportionnalité et bonne foi notamment.
35. Pour ce qui est tout d'abord du respect des exigences relatives à la loi fédérale sur la procédure administrative, on rappelle que dans son avis de droit, le Professeur Pierre Moor a démontré que les refus de l'office fédéral d'accorder l'admission provisoire sur la base de la circulaire Metzler étaient des décisions. Cet avis a été reconnu comme pertinent par le SJIC lui-même dans un document du 14 septembre 2004. Sur le plan de la procédure administrative, une décision doit être motivée et, surtout, pouvoir faire l'objet d'un recours (voir à ce sujet l'art. 44 de la loi fédérale sur la procédure administrative). Or, les refus de l'ODM n'étaient pas du tout motivés. D'autre part, le Département fédéral de justice et police, autorité de recours compétente dans ces cas, n'a pas du tout examiné les recours quant au fond, car il a considéré qu'il ne s'agissait pas de décisions. C'est dire donc qu'il n'y a eu aucun contrôle du bien-fondé matériel des refus de l'office fédéral des migrations. Cette absence de contrôle viole gravement les principes fondamentaux de l'Etat de droit (déni de justice formel). *Les décisions prises en la matière sont donc nulles.* Cette nullité peut être constatée par toute autorité dans le cadre de l'application des mesures de contrainte. Les décisions nulles étant

inexécutables, il s'ensuit que le canton peut s'autoriser, par voie de décret, à ne pas faire usage des mesures de contrainte. De ce point de vue, un décret prévoyant la renonciation à l'application des mesures de contrainte à l'égard de la population concernées par la procédure d'examen des situations selon la Circulaire Metzler peut en réalité être conçue comme conforme au droit fédéral dans son ensemble, sous l'angle des garanties de procédure fixées notamment par la Constitution. Ces garanties étant en l'espèce fondées à être appliquées, le décret aurait alors pour effet de corriger une situation juridique entachée des décisions viciées de l'autorité fédérale.

36. Il reste l'article 9 Cst. et la Convention internationale des droits de l'enfant. Cet aspect a lui aussi déjà été analysé dans l'avis de droit de Me NGUYEN. On se contentera ici de préciser que les autorités cantonales doivent respecter non seulement la LSEE, mais également l'article 9 Cst. et les normes de la Convention internationale des droits de l'enfant qui, si elles étaient appliquées correctement, conduiraient, selon toute probabilité, à considérer comme nulles un nombre significatif des décisions rendues dans le cadre des procédures indiquées par la motion Melly. A y regarder de plus près, le décret vise précisément au respect de ces textes. Partant, on ne saurait soutenir qu'il est contraire au droit fédéral.
37. On notera que les deux avis de droit précités pourraient constituer également des motifs pouvant conduire le canton à demander la révision des décisions prises par l'autorité fédérale sur la base de la circulaire dite Metzler, attendu qu'à ce jour aucune instance n'a admis sa compétence (formelle dans un cas, matérielle dans l'autre cas) pour trancher un recours.
38. Il découle de ce qui précède que le canton peut également renoncer à prononcer une interdiction générale de travail à l'encontre des personnes ayant fait l'objet de décisions sur lesquelles pèsent un grief sérieux de nullité (et qui ne sont donc pas comme telles exécutoires), cela dans l'attente de pouvoir être portées devant une instance de recours ou d'être l'objet d'une révision de la part de l'autorité fédérale. Dans les deux cas, il s'agit d'autoriser ces personnes à exercer une activité lucrative, conformément à une pratique antérieure, du reste codifiée dans un arrêté sur l'activité lucrative provisoire des personnes ayant présenté une demande d'asile et des étrangers admis à titre provisoire (AALPA), adopté par le gouvernement en mai 1996 et révisé le 3 décembre 2001. Il ressort en effet de cet arrêté que le canton a décidé d'autoriser les déboutés de l'asile à poursuivre leur travail, en application de la législation fédérale qui prévoit (article 43 LAsi) la possibilité d'autoriser l'exercice d'une activité lucrative.
39. Pour le reste, la motion Melly prévoit la mise en place d'une commission consultative d'experts. Une telle commission existe à Neuchâtel et sa conformité au droit fédéral n'est pas contestée.

(ii) En ce qui concerne la seconde question.

40. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure le Conseil d'Etat pourrait ne pas présenter un projet au Grand Conseil dans l'hypothèse où il estimait que la concrétisation de la motion Melly contrevient au droit fédéral. En réalité, le Conseil d'Etat a pris acte du caractère contraignant de la motion en droit vaudois et a présenté un projet de décret, qui sera débattu au Grand Conseil dans les semaines à venir. Le Conseil d'Etat maintient toutefois que la motion Melly, quelle que soit la façon dont elle est concrétisée, implique l'adoption de règles de droit cantonal contradictoires au droit fédéral. Aussi propose-t-il au Grand Conseil de rejeter le projet de décret qu'il lui propose, consacrant de longs développements de son exposé des motifs à indiquer les éléments qui, selon lui, sont de nature à démontrer les violations du droit fédéral entraînées par l'adoption du décret tel qu'il l'a lui-même formulé(!).
41. Assurément, le glissement du débat sur un terrain strictement juridique débouche sur une

situation à la Kafka où le gouvernement fait mine de se soumettre (formellement) aux injonctions du parlement, sans toutefois tenir compte dans le projet des arguments à la fois juridiques et politiques des motionnaires, qui représentent tout de même la majorité absolue du Grand Conseil. Ces derniers ne font, en réalité, qu'invoquer une politique cantonale ancienne, mais par rapport à laquelle la majorité du Conseil d'Etat, et en particulier son nouveau ministre en charge du dossier de l'asile, a décidé de rompre, mettant en péril, soit dit en passant, les relations antérieures entre l'administration cantonale et les requérants d'asile sous l'angle du principe général de la bonne foi, (consacré par la Constitution fédérale) qui doit guider la conduite des autorités et des administrés dans leurs relations réciproques. Il n'a du reste pas échappé à la presse vaudoise le fait que le traitement de ce dossier tenait, hélas, de plus en plus de la comédie dramatique et de la gabegie politico-juridique, avec au final une perte de dignité dans le règlement d'un problème, certes délicat, mais circonscrit à un nombre relativement peu élevé de situations.

42. C'est le lieu de rappeler ici que le droit n'est pas une science exacte, que ses usages ne se réduisent pas à la seule question de son respect (ou de sa violation éventuelle) et que son invocation (ici par le Conseil d'Etat dans sa réponse à la motion Melly) relève plus d'un jeu politique dont l'enjeu est de pouvoir se présenter comme ayant le droit avec soi. En l'espèce, la motion Melly heurte la majorité du Conseil d'Etat (ils sont tout de même trois sur quatre à avoir rendu publique leur divergence dans cette affaire), moins parce qu'elle contreviendrait au droit fédéral, ce qui à *tout le moins* est discutable, que parce qu'elle contredit une ligne politique cantonale qui actuellement se modifie dans le domaine de l'asile.
43. L'analyse effectuée plus haut rend au moins vraisemblable la possibilité que soit interprétées différemment les différentes dispositions pertinentes du droit tant international que fédéral. Deux avis de droit ont été émis, qui convergent sur la conclusion selon laquelle les décisions en question peuvent raisonnablement être considérées comme nulles, de sorte que le canton, en vertu du droit fédéral lui-même, ne saurait se considérer comme étant tenu de les exécuter. D'autre part, l'invocation du droit fédéral dans le domaine de la politique d'asile, et en particulier dans celui des mesures de contrainte, prend une dimension tout de même singulière. Il convient de rappeler ici que de sérieux doutes pesaient sur la constitutionnalité des mesures de contrainte elles-mêmes au moment de leur adoption, selon plusieurs analyses émanant de juristes tout à fait éminents. Plus largement, la politique fédérale dans le domaine des migrations (séjour et établissement, asile) fait l'objet d'analyses récurrentes mettant en question d'éventuelles violations des principes élémentaires de l'Etat de droit, notamment en relation avec le respect du principe de non-refoulement. La présente procédure, ponctuée par un accord *politique* concernant l'application de la directive Metzler, accord dans lequel figurait explicitement la mention d'un taux d'acceptation des dossiers avant même leur examen par l'autorité compétente, laisse à nouveau songeur quant à la réalisation des principes de l'Etat de droit dans les pratiques suivies par les autorités politiques et administratives dans le domaine de l'asile.
44. Le Conseil d'Etat, en tant qu'autorité exécutive du canton, a certes raison de rendre attentif le Grand Conseil, lorsqu'il propose l'adoption d'un décret ou d'une loi, à certaines questions juridiques souvent complexes, concernant ici la conformité d'une règle cantonale au droit supérieur. Il dispose à cette effet de services juridiques comptant des professionnels du droit de très haut niveau. Dans le cas d'espèce, on doit relever que le Conseil d'Etat n'est pas pour autant le dépositaire ultime de l'interprétation du droit fédéral. Considérant ce qui précède, le parlement (rappelons une fois encore que la motion a été signée par la majorité absolue des parlementaires) pouvait s'attendre, en tant qu'autorité suprême du canton, à être orienté d'une manière moins unilatérale qu'il ne l'a été dans cette affaire, que ce soit sur le traitement de la motion (avec à la clé la question de la séparation des pouvoirs) ou sur la nature du principe de la primauté du

droit fédéral dans le contexte du fédéralisme d'exécution ou encore sur l'interprétation des normes fédérales impliquées par la motion Melly. Au final, le projet de décret que le Conseil d'Etat propose au Grand Conseil avec une recommandation de rejet est en réalité un plaidoyer politique contre les objectifs des motionnaires, que ce soit à travers l'exposé des motifs ou la formulation même de certaines dispositions du décret, alors qu'il eût pu déboucher sur une présentation plus nuancée de la législation fédérale pertinente avec, à la clé, une proposition plus équilibrée de décret, le cas échéant appuyée par une analyse juridique moins unilatérale dans sa compréhension des obligations cantonales dans le domaine du droit des étrangers.

Conclusions

45. Il ressort de la première partie de cette analyse que le Conseil d'Etat doit présenter un projet au Grand Conseil. S'agissant de régler un nombre limité de situation, il s'impose que ce projet prenne la forme d'un décret.
46. Il ressort de la seconde partie de cette analyse (i) que la motion Melly présente certes des aspects problématiques sous l'angle de leur compatibilité avec le droit fédéral. Considérant toutefois la marge de manœuvre dont dispose le canton dans le contexte du fédéralisme suisse dit d'exécution, marge autrefois revendiquée par le canton, la portée des dispositions fédérales (LSEE et LAsi) en matière de renvoi de requérants déboutés n'est sans doute pas aussi réduite que le prétend le Conseil d'Etat.
47. D'autre part, il ressort également de cette analyse, seconde partie également (i), que des griefs sérieux pèsent sur certaines décisions fédérales. Attendu que, nonobstant la marge de manoeuvre dont dispose le canton dans ce domaine, il lui incombe de ne pas appliquer celles qui violeraient le droit supérieur, ce refus ne constitue dès lors pas une violation du droit fédéral, à moins de considérer que les décisions fédérale prises en application du droit fédéral sont présumées compatibles avec celui-ci.
48. Il ressort enfin de l'analyse, seconde partie (ii), que le souci exprimé par le gouvernement cantonal de respecter le droit fédéral s'exprime d'une manière si unilatérale dans la conception du contenu de ce droit et l'appréciation de la marge de manœuvre du canton en matière d'asile (nulle dans cette perspective) que l'on est en droit de se demander s'il ne s'agit pas en fait d'un souci plus politique que proprement juridique de transformer, au nom du droit, la politique vaudoise en matière d'asile.