

Clandestins mais pas criminels

Une récente jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne a jugé contraire au droit supérieur l'emprisonnement pour défaut de papiers d'identité de résidents illégaux. S'il est toujours possible de recourir à la contrainte – emprisonner un clandestin pour l'expulser –, le fait d'être sans titre de séjour ne devrait pas être passible de poursuites pénales.

Comment cette jurisprudence qui concerne un cas italien s'appliquera-t-elle en Suisse? A ce stade, les juristes consultés découvrent cet arrêt et les avis fluctuent au gré des personnes interviewées.

On se réjouira tout d'abord que le bon sens ait – partiellement – prévalu. La forteresse Europe, que d'aucun veulent ériger sur le rejet et l'exclusion, pose bel et bien des problèmes en termes de droits fondamentaux.

Mais en cas de désaveu de la Suisse, qui pratique également une telle criminalisation des personnes en séjour illégal, on entend déjà la droite populiste en appeler au respect de la volonté populaire. Elle qui n'est jamais en reste pour présenter un texte contraire au droit supérieur¹: initiative contre les minarets, expulsion des criminels étrangers ou encore – le scud est parti le 1^{er} août – l'initiative dite «contre l'immigration de masse».

En l'occurrence, ce dernier texte est contraire à la libre circulation des personnes qui vient pourtant d'être approuvée par le peuple il y a deux ans. Que se passera-t-il en cas d'acceptation de cette initiative? Le Conseil fédéral est chargé de renégocier les accords bilatéraux. On imagine d'ici la tête des dirigeants européens. Leur patience a des limites et la Suisse sera envoyée paître en des termes même pas polis.

Ce qui ne déplairait peut-être pas à la frange la plus excitée de l'extrême droite pour qui un bantoustan helvète n'est pas un épouvantail mais bien un sort enviable. En tous les cas, cela aurait l'intérêt de mettre la secte blochérienne devant ses contradictions. Car cela ruinerait tout simplement la Suisse; on doute que l'aile économique de l'UDC s'y retrouve. Et surtout, à force de refuser toute norme qui n'ait pas été adoubée par une Landsgemeinde, la formation conservatrice se place aussi en porte-à-faux de l'histoire dont elle prétend tirer sa vertu politique.

La Suisse doit son existence à un certain nombre de traités internationaux – celui de Westphalie et les traités consécutifs aux guerres napoléoniennes – contre les prétentions des Habsbourg honnis. Le droit protège le faible contre le fort, en bonne logique rousseauiste. Cela vaut pour les pays. Mais ce principe s'applique aussi aux personnes. Et c'est peut-être précisément ce qui déplaît à la formation au bouc, qui œuvre au démantèlement des normes de protection sociale.

L'extrême droite montre son vrai visage à double titre. Son discours est populiste mais ne défend en rien les intérêts populaires. Et sa lecture de l'histoire n'est que propagandiste, voire pure manipulation.

¹La revue hebdomadaire *Domaine public* a consacré une série d'articles forts intéressants à cette problématique. Voir notamment Alex Dépraz, «Les conséquences d'une acceptation de l'initiative du 1^{er} août», DP 1920, 8 août 2011.



SANS-PAPIERS *Un décision de la justice européenne condamne l'emprisonnement pour «séjour irrégulier». La Suisse, qui prévoit jusqu'à un an de prison, devra-t-elle s'y conformer?*

Pas de prison pour «séjour illégal»

MARIO TOGNI

Un étranger ne devrait plus pouvoir être sanctionné par une peine d'emprisonnement au seul motif qu'il est en situation irrégulière et qu'il n'a pas obtempéré à un ordre de quitter le territoire. C'est en substance l'avis émis, le 28 avril dernier, par la Cour de justice de l'Union européenne (UE), saisie par une juridiction italienne sur le cas de l'Algérien Hassen El-Dridi¹. Il s'agissait d'une demande de précision sur la controversée «directive retour», en vigueur depuis 2009 dans l'espace Schengen. Pour les défenseurs des migrants en Europe, notamment en France (lire ci-dessous), cette décision est saluée comme un coup porté à la criminalisation des sans-papiers.

Liée à la jurisprudence européenne par les accords de Schengen, la Suisse pourrait également en subir les conséquences. La Loi fédérale sur les étrangers (LEtr) prévoit en effet jusqu'à un an de prison pour simple séjour illégal. Mais les avis juridiques divergent sur l'impact de l'«arrêt El-Dridi».

Pour Marie-Claire Kunz, chargée du secteur réfugiés au Centre social protestant de Genève, la Confédération devra se mettre en conformité. «C'est une bonne nouvelle car il est hallucinant de punir pénalement le séjour irrégulier d'une personne. Ces gens n'ont commis aucun délit et sont en Suisse pour des raisons valables.» L'arrêt de la Cour de justice ne concerne pas la détention administrative, qui est autorisée comme dernier recours dans le cadre des mesures de contrainte en vue d'un renvoi.

Cantons alémaniques visés

Cette voie reste la norme en Suisse, mais certains cantons recourent également à des sanctions pénales, dont des peines de prison, assure Marie-Claire Kunz: «C'est davantage le cas en Suisse alémanique, notamment à Berne ou à Zurich, alors que la Suisse romande recourt plutôt à des peines pécuniaires.»

Difficile d'évaluer l'ampleur de la pratique, les compétences en la matière étant cantonales. Mais dans certains cantons, comme à Bâle-Ville, elle est loin d'être marginale. Dans sa réponse à une interpellation déposée ce printemps, le Conseil d'Etat bâlois mention-

ne 61 peines de prison prononcées en 2010 pour séjour illégal, sur un total de 547 condamnations pénales. Depuis 2006, le nombre de cas d'emprisonnement a oscillé entre 12 et 89 par an, précise-t-il. «Cette mesure est très courante et ne sert qu'à pourrir la vie des sans-papiers», confirme la Bâloise Anni Lanz, ancienne secrétaire de Solidarité sans frontières.

La jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) donne d'autres exemples, comme celui d'un Angolais condamné à quatre mois et demi de prison à Berne pour séjour illégal. Auparavant, l'homme avait déjà été placé en détention administrative, avant d'être relâché, son renvoi étant impossible. Il avait été arrêté et condamné par la suite pour être resté sur le territoire. Son recours au TF a été rejeté.

Pascal Mahon, professeur de droit et membre du Centre suisse de compétence pour les droits humains, reconnaît l'ambiguïté de la pratique. Il précise toutefois qu'il faut distinguer une détention dont le but est d'aboutir à une expulsion et une peine punissant le délit de séjour illégal. Selon lui, l'arrêt El-Dridi, lié à une mesure de renvoi, ne remet pas en cause la pénalisation du séjour irrégulier en tant que telle, du moins pas directement. «En revanche, une condamnation pénale visant à pousser une personne dont le renvoi s'est avéré impossible, malgré les mesures de contrainte, à quitter le territoire pourrait, à mon sens, tomber sous le coup de l'arrêt.»

La nuance n'est pas anodine. Selon Susanne Bolz, cheffe de la section protection à l'Organisation suisse d'aide aux ré-

fugiés, «l'emprisonnement pour infraction à la LEtr est souvent utilisé comme mesure de pression pour inciter quelqu'un à quitter la Suisse. Je doute que la pratique soit conforme à la jurisprudence européenne dans tous les cas. Le Tribunal fédéral devra s'assurer d'une application adéquate.»

La Suisse dans son droit

La Loi fédérale sur les étrangers doit-elle pour autant être réaménagée? L'Office fédéral de la justice (OFJ) estime que non et fait une autre lecture juridique de l'arrêt El-Dridi. Selon Daniel Wüger, responsable du droit européen à l'OFJ, la Cour de justice de l'UE se contente de s'opposer à une peine de prison intervenant dans le cadre d'une procédure d'éloignement. «Les Etats Schengen sont en revanche

compétents pour régler la situation d'une personne restant en situation irrégulière lorsque la voie administrative n'a pas abouti au renvoi après le délai de dix-huit mois.»

Une interprétation sujette à caution, jugent certains observateurs. Pour Pascal Mahon, une telle imbrication des mesures administratives et du droit pénal peut s'avérer problématique selon les cas. «Emprisonner quelqu'un qu'on n'a pu expulser pourrait ressembler à une manière de contourner la durée maximale de détention administrative. Cette superposition reste ambiguë.»

Malgré tout, Daniel Wüger considère que la législation suisse est conforme à la «directive retour», puisque la Cour se contente de rappeler la prévalence des mesures administratives sur toute autre sanction.

De plus, la pratique du Tribunal fédéral est déjà plus restrictive que la loi elle-même, assure-t-il, puisque que les juges n'autorisent l'emprisonnement qu'après épuisement des mesures d'éloignement.

Les cantons en font-ils spontanément de même? On peut en douter au regard de l'exemple bâlois. Pour justifier les peines prononcées, le Conseil d'Etat s'appuie uniquement sur le texte de la Loi sur les étrangers. Et d'ajouter: «Les cantons sont contraints légalement de poursuivre et de juger toute violation du droit en la matière.»

¹Entré illégalement en Italie, Hassen El-Dridi a fait l'objet d'un décret de renvoi en 2004, dont l'exécution n'a été ordonnée qu'en 2010. N'ayant pas respecté le délai de 5 jours pour quitter le territoire, M. El-Dridi a été condamné à un an de prison.



Les défenseurs des migrants saluent l'avis émis en avril dernier par la Cour de justice européenne qui stipule qu'un étranger ne devrait plus pouvoir être sanctionné par une peine d'emprisonnement au seul motif qu'il est en situation irrégulière et qu'il n'a pas obtempéré à un ordre de quitter le territoire. KEYSTONE

Coup de tonnerre en France

Comme l'Italie, la France s'est fait rappeler à l'ordre par les défenseurs des migrants à la suite de la publication de l'arrêt El-Dridi, prononcé par la Cour de justice européenne concernant l'emprisonnement pour séjour illégal (lire ci-dessus). Beaucoup d'organisations, comme le Syndicat de la magistrature, la Cimade (Service œcuménique d'entraide) ou le Gristi (Groupe d'information et de soutien des immigrés), ont salué cette décision comme un «coup d'arrêt majeur» aux politiques de pénalisation des étrangers en situation irrégulière. «Dès aujourd'hui, les juges français doivent refuser de condamner à l'emprisonnement tout étranger qui ne s'est pas conformé à une décision d'éloignement», écrivent-ils.

Dans un communiqué commun, les associations ont rappelé que la France

n'avait rien à envier à l'Italie, visée en premier lieu par l'arrêt, en matière de criminalisation des sans-papiers. Le simple séjour illégal est en effet punissable d'un an de prison, alors que le refus d'obtempérer à une injonction de quitter le territoire est passible de trois ans d'emprisonnement. La loi «Besson» sur l'immigration, adoptée le 11 mai, doit aussi être revue, estiment les ONG.

Selon Patrick Henriot, secrétaire national du Syndicat de la magistrature, cet arrêt est un véritable «boulet de canon»: «Au même titre qu'Hassen El-Dridi, dont la cour a exigé la libération, les personnes emprisonnées pour ce motif en France devraient être remises en liberté», a-t-il déclaré à Rue89. Selon la Cimade, ils seraient entre trois mille et quatre mille actuellement sous les verrous.

Mais le gouvernement de Nicolas Sarkozy ne l'entend pas de cette oreille. Le Ministère de l'intérieur a immédiatement réagi, estimant que le dispositif français était «suffisamment différent» de celui de l'Italie pour ne pas être concerné par l'arrêt. Jusqu'à nouvel avis, la France continuera à emprisonner les étrangers en situation irrégulière en cas de refus d'éloignement, a-t-il précisé.

En Italie, le gouvernement de Silvio Berlusconi avait pour sa part opéré un durcissement de sa politique migratoire en 2009, notamment en adoptant une loi punissant de un à quatre ans de prison le délit de rester sur le territoire italien en situation irrégulière. C'est précisément cette loi que la Cour de justice européenne a jugé non conforme aux principes de la directive retour. MTI

Retour sur la «directive de la honte»

Adoptée par le parlement

européen en 2008 et entrée en vigueur début 2009, la «directive retour» vise à harmoniser les procédures relatives au renvoi des étrangers en situation irrégulière dans les Etats membres de l'UE et associés, comme la Suisse. En portant, notamment, la durée maximale de détention administrative en vue d'une expulsion à dix-huit mois, le texte avait été vivement décrié par les ONG et qualifié de «directive de la honte». Pour nombre de défenseurs des migrants, la directive symbolise la dérive sécuritaire d'une Europe qui se mue en citadelle assiégée. A fin avril, quatorze pays européens, dont la France et l'Ita-

lie, n'avaient toujours pas signifié les mesures de transposition de la directive sur leur législation, le délai pour ce faire étant pourtant dépassé depuis le 24 décembre 2010. La Suisse, signataire des accords de Schengen, s'est quant à elle mise en conformité, à compter du 1^{er} janvier 2011, en adaptant ses lois sur les étrangers (LEtr) et sur l'asile (LAsi). La durée maximale de détention, encore plus étendue, a du être réduite de vingt-quatre à dix-huit mois. La directive retour avait également contraint la Confédération à mettre en place un contrôle indépendant des renvois forcés par voie aérienne, assuré par la Fédération des églises protestantes de Suisse. MTI