



Institut für Föderalismus
Institut du Fédéralisme
Institute of Federalism

Avis de droit relatif à l'arrêt du Tribunal fédéral 145 I 73

À l'intention de la
Commission fédérale contre le racisme CFR
Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR
Commissione federale contro il razzismo CFR Inselgasse 1, CH-3003 Berne

Prof. Eva Maria Belser, docteure en droit / Liliane Minder, juriste, avocate

Décembre 2019

Université de Fribourg
Institut du Fédéralisme Av. Beauregard 1
CH-1700 Fribourg

Tél. +41 (0)26 300 81 25

www.federalism.ch



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÄT FREIBURG RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT

Sommaire

I. Contexte et problématique.....	2
II. Résumé succinct des principaux éléments	4

I. Contexte et problématique

Le 20 février 2018, le Grand Conseil du Canton de Neuchâtel a adopté à l'unanimité la loi sur le stationnement des communautés nomades (LSCN). Cette loi, composée de 34 articles, traite du séjour des communautés nomades suisses et étrangères dans le canton de Neuchâtel. Elle règle la coordination des autorités, la procédure de création des aires d'accueil, leurs modalités d'utilisation, les droits et obligations des communautés nomades et l'évacuation des campements illicites (art. 2 LSCN). Son but, énoncé à l'art. 1, est « de gérer, dans le respect des intérêts de la population sédentaire et du mode de vie des communautés nomades, le séjour et le transit de ces dernières ». La hiérarchie entre la LSCN et les autres actes normatifs n'est pas entièrement claire. Par son statut de loi spéciale, elle prime en principe d'autres actes cantonaux, notamment les dispositions du droit administratif ou la loi sur l'aménagement du territoire (LCAT). Dans son préambule, la LSCN cite toutefois la loi cantonale sur la police (LPol/NE), et, à l'art. 30, al. 3, renvoie à la loi cantonale sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA). Le Tribunal fédéral constate que le principe de proportionnalité, qui figure expressément dans la LPol (art. 42), mais pas dans la LSCN, s'applique également à cette dernière. S'agissant du droit d'être entendu, il renvoie à la LPJA¹.

Entrée en vigueur le 1^{er} avril 2018, la LSCN est la deuxième loi spéciale adoptée en Suisse pour régler le séjour des Roms, des Sintés et des Manouches sur le territoire cantonal. En 2014, le Canton de Bâle-Campagne avait été le premier à promulguer une loi sur les aires de séjour et de transit à l'intention des personnes ayant un mode de vie nomade². À la différence de la loi neuchâteloise, qui vise essentiellement à préserver équitablement les intérêts des communautés nomades et de la population résidente et prévoit peu de mesures pour corriger la pénurie considérable d'aires d'accueil, la loi bâloise a principalement pour but de mettre à la disposition des communautés nomades suisses les aires de séjour et de transit nécessaires (art. 1, al. 1). Elle prévoit que le plan directeur cantonal fixe le nombre d'aires d'accueil permanentes et temporaires nécessaires, leur taille et leurs modalités, et que les communes qui accueillent ces aires réservent des zones spéciales (art. 2, al. 1 et 2). Le canton fournit à ses frais des terrains issus de son patrimoine administratif, et prend en charge l'accès, le raccordement aux réseaux d'eau, d'évacuation des eaux usées et d'électricité, ainsi que les installations sanitaires ; il assume en outre les travaux de construction et l'entretien architectural des aires d'accueil et prend en charge les éventuelles charges sociales des personnes séjournant sur les aires d'accueil (art. 3). Les communes doivent quant à elles assumer l'exploitation et l'entretien ordinaire desdites aires. Enfin, le maintien de l'ordre et de la tranquillité relève de la loi sur la police et de la loi sur les communes (art. 4, al. 1). Les communes du canton de Bâle-Campagne sont autorisées à facturer aux communautés nomades un forfait journalier n'excédant pas les coûts occasionnés (art. 4, al. 2). Elles peuvent par ailleurs exiger une caution proportionnée pour en garantir le versement (art. 4, al. 3). Enfin, les communes sont habilitées à édicter un concept d'exploitation et un règlement ainsi qu'à régler l'exploitation des aires d'accueil (art. 4, al. 4).

À la différence de la loi du canton de Bâle-Campagne, qui prévoit des mesures pour créer les aires nécessaires et réduire la charge financière des communes, la nouvelle loi neuchâteloise s'attache principalement à réglementer le séjour des communautés nomades sur le territoire cantonal. Elle fixe

¹ ATF 145 I 73, consid. 7.1.2. et 7.2.2.2

² Loi du Canton de Bâle-Campagne du 20 février 2014 sur les aires de séjour et de transit pour les gens du voyage

également à ces dernières de nombreuses obligations et soumet leur séjour à différentes restrictions formelles et temporelles. Il y a lieu d'examiner si les dispositions de la loi spéciale ne contreviennent ni à la Constitution, ni au droit international, et en particulier à l'interdiction de discriminer. À l'exception de la loi de Bâle-Campagne, la loi cantonale neuchâteloise est la première du genre et pourrait servir de modèle aux autres cantons qui souhaiteraient réglementer le séjour des communautés nomades sur leur territoire³. Dès lors, la question de sa compatibilité avec la Constitution fédérale et le droit international revêt un intérêt général pour le statut des personnes ayant un mode de vie nomade ou semi-nomade en Suisse. C'est pourquoi la CFR a mandaté Rainer J. Schweizer, professeur émérite en droit public, droit européen et droit international, et Max De Brouwer, afin qu'ils rédigent un avis de droit clarifiant les questions juridiques liées à la protection des droits fondamentaux et à l'interdiction de discriminer. L'avis de droit est parvenu à la conclusion que la LSCN enfreignait diverses normes constitutionnelles et de droit international⁴.

Dès l'adoption de la nouvelle loi, deux citoyens neuchâtelois d'origine yéniche, ainsi que l'association *schäft qwant* et la Société pour les peuples menacés, ont immédiatement déposé un recours demandant son annulation au Tribunal fédéral. Dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, ils ont invoqué une violation des art. 4 et 5 de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, des art. 17 et 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU), de l'art. 2 de la loi sur le libre passage (LFLP), des art. 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que de diverses dispositions de la Constitution fédérale. Le 13 février 2019, le Tribunal fédéral a rejeté le recours (cf. ATF 145 I 73).

La CFR s'interroge sur les conséquences de cette décision de la plus haute instance juridique sur la protection des droits fondamentaux en général et sur la protection contre la discrimination des communautés nomades, notamment rom, sinté et manouche, en particulier. Les recourants estiment qu'en approuvant le maintien de la LSCN, la Suisse a violé ses obligations internationales. Ils ont donc porté le cas devant le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD).

Le présent avis de droit analyse sur mandat de la CFR l'arrêt du Tribunal fédéral relatif à la LSCN. Il examine tout d'abord brièvement les principales dispositions de la loi neuchâteloise et les considérants de l'arrêt relatifs aux droits fondamentaux et au droit international. Il développe ensuite les prescriptions de la Constitution fédérale et du droit international concernées.

Enfin, il conclut sur une évaluation de l'arrêt ATF 145 I 73 et de la LSCN⁵ sous l'angle des droits constitutionnel et international. Les considérants se fondent essentiellement sur la Constitution fédérale, la Convention européenne des droits de l'homme, les Pactes de l'ONU et la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Cependant, en raison notamment de la plainte déposée par les recourants auprès du CERD, il semble également judicieux d'examiner brièvement les principales dispositions de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de

³ Une brève évaluation de la compatibilité du droit du canton de Neuchâtel avec la Constitution fédérale et le droit international a été réalisée par Morgane Ventura dans VENTURA, *Nouvelle faiblesse dans la jurisprudence du TF pour protéger les Yéniches*, AJP/PJA 2019, p. 563-571

⁴ Cf. SCHWEIZER / BROUWER, avis de droit LSCN

⁵ Cf. jurisprudence relative à l'ATF 145 I 73 : VENTURA, *Nouvelle faiblesse dans la jurisprudence du TF pour protéger les Yéniches*

discrimination raciale. Le présent avis de droit vise principalement à se prononcer sur la protection contre la discrimination. Les autres droits fondamentaux concernés et les autres questions suscitées par la LSCN et l'arrêt du Tribunal fédéral, par exemple la compatibilité des exigences formelles, notamment, avec le droit fédéral, ne sont que brièvement abordés.

La LSCN soulève des points critiques non seulement sur son contenu, mais aussi sur la procédure d'élaboration. En effet, le droit d'être entendu et la participation effective des communautés nomades aux décisions de l'État participent aussi de l'égalité des droits, conformément à la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques ainsi qu'à la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Conformément à l'art. 5, al. 1, LSCN, la loi a été élaborée de concert avec les communes et les organes de contrôle chargés de son application, mais pas en collaboration avec les communautés concernées. Toutefois, ce dernier point ne sera abordé que superficiellement dans le présent avis de droit.

II. Résumé succinct des principaux éléments

Le présent avis de droit parvient à la conclusion que dans l'arrêt analysé, le Tribunal fédéral n'a pas suffisamment tenu compte des obligations de la Suisse en matière de respect et de protection des droits des Roms, des Sintés et des Manouches ainsi que de développement de leur identité, et a donc rejeté le recours à tort. Il fonde ses arguments comme suit :

- Le Tribunal fédéral n'a **pas suffisamment tenu compte de la force obligatoire des droits fondamentaux**. En vertu de cette dernière, non seulement le législateur cantonal ne peut contrevenir aux droits fondamentaux inscrits dans la Constitution fédérale ou le droit international, mais il doit aussi fonder ses décisions sur lesdits droits. Or, la LSCN s'attache à préserver unilatéralement les intérêts liés à l'aménagement du territoire ainsi que d'autres intérêts publics (de la population résidente), tout en accordant trop peu de poids au droit des communautés nomades à la protection contre la discrimination et au respect et au développement de leur mode de vie.
- Le Tribunal fédéral ignore l'**obligation de mettre en œuvre du canton**. Il ne tient notamment aucun compte des obligations programmatiques visant à protéger les minorités nationales qui découlent de la Constitution fédérale, de la Convention européenne des droits de l'homme, des Pactes de l'ONU et de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Pourtant, s'agissant de vérifier si un canton se conforme à son obligation de mettre en œuvre et prend toutes les mesures nécessaires afin de s'acquitter des obligations découlant de la Constitution et du droit international, le contrôle abstrait des normes est un instrument particulièrement indiqué.

Dans la mesure où la Constitution et le droit international obligent la Confédération et les cantons à respecter, à protéger et à développer le mode de vie nomade, il incombe aux autorités de créer les aires de séjour et de transit exigées par les prescriptions contraignantes du droit supérieur. Sous l'angle des obligations ad hoc découlant du droit international auxquelles la Suisse est tenue depuis 1999, d'une part, et des recommandations pressantes des organes compétents, d'autre part, il est surprenant de constater que le Tribunal fédéral considère la problématique des aires d'accueil comme une question d'ordre purement politique dont il ne tient pas compte dans son arrêt.

- À la question de savoir si une norme cantonale doit être annulée, la prudence s'impose indubitablement. Si ladite norme semble problématique, il convient en premier lieu d'en examiner la conformité avec les droits constitutionnel et international. Le **maintien d'une norme cantonale** n'est indiqué que si les circonstances de son application laissent présager que celle-ci sera conforme aux règles constitutionnelles et internationales et qu'un contrôle ultérieur sera d'emblée possible. **Dans le cas présent, ces règles ne sont pas remplies.** Premièrement, diverses dispositions de la loi ont vocation à être appliquées dans l'urgence par la police ; deuxièmement, les obligations des communautés nomades sont formulées de façon très ouverte, mais aussi très vague ; troisièmement, dans la mesure où la loi n'accorde pas d'effet suspensif aux recours, et en raison de la nature même du mode de vie nomade, les recours ne peuvent offrir une protection efficace contre les décisions disproportionnées ou contre toute autre violation du droit supérieur.
- Dans la mesure où la LSCN s'applique aux membres des communautés nomades, elle **touche directement à leur mode de vie et à son caractère sensible.** Pour qu'une **loi spéciale** comme la LSCN soit compatible avec l'interdiction de la discrimination directe, il faudrait que ce rattachement à un facteur de stigmatisation, en l'occurrence le mode de vie itinérant, s'avère indispensable, satisfasse un intérêt prépondérant et soit proportionné. Or, la LSCN n'a pas pour but de garantir le respect, la protection et le développement du mode de vie nomade. Au contraire, elle renferme de nombreuses règles visant à résoudre les problèmes effectifs ou présumés liés au séjour des communautés nomades, ainsi qu'à imposer des **obligations spéciales** à ces dernières. Nombre de ces obligations sont non seulement formulées de façon ouverte, mais engendrent aussi des inégalités entre les personnes nomades et le reste de la population. En outre, certaines de ces règles véhiculent des stéréotypes, par exemple que les communautés nomades portent atteinte à l'intérêt public, comme la protection des eaux ou de l'environnement, et doivent donc être astreintes à la propreté ; la loi leur impose des obligations évasives, dont la violation peut mener à une sanction radicale, l'évacuation.
- La LSCN s'avère également problématique car elle omet de tenir compte des besoins particuliers des personnes concernées, comme l'exigent pourtant les droits constitutionnel et international. Elle ne prévoit pas non plus de dispositions pour les personnes particulièrement vulnérables, comme les enfants, les adolescents ou les malades. Par conséquent, diverses dispositions violent le droit à l'égalité de traitement, car **elles n'opèrent pas les distinctions juridiques qui auraient dû s'imposer en raison des différences effectives.**
- S'agissant de la **protection de la sphère privée**, le Tribunal fédéral a considéré à tort que la réglementation cantonale relative à l'évacuation des campements illicites était conforme aux droits constitutionnel et international. Or, la formulation potestative de l'art. 24 n'offre pas une protection suffisante contre les mesures arbitraires ou disproportionnées.
- S'agissant de la **liberté de mouvement**, le Tribunal fédéral aurait au moins dû examiner plus attentivement l'art. 23, al. 2, LSCN, qui habilite la police neuchâteloise à différer le départ et à retenir le convoi afin que la communauté nomade procède aux nettoyages nécessaires sur l'aire d'accueil.
- S'agissant des **garanties procédurales**, il y a lieu de saluer le fait que le Tribunal fédéral octroie le

droit d'être entendu, qui n'est accordé qu'aux « représentants de la communauté nomade concernée » en vertu de l'art. 26, al. 1, LSCN, à *toute personne* concernée par la décision d'évacuation et que l'autorité doit lui accorder *l'ensemble* des autres droits procéduraux, conformément à la loi générale en la matière : la loi cantonale sur la procédure et la juridiction administrative (LPJA). A contrario, le maintien de l'art. 28 s'avère problématique. Celui-ci annule l'effet suspensif d'un recours contre la décision d'évacuation, empêchant ainsi les communautés nomades de se défendre efficacement contre les décisions disproportionnées ou illégitimes. S'avère également problématique le fait que si le recours est admis, le tribunal ne peut que constater l'illicéité de la décision attaquée. Par conséquent, l'art. 28 LSCN entrave l'application proportionnée, respectueuse et mesurée de la loi. Il existe donc un risque non négligeable que les droits et les libertés des personnes concernées soient restreints de manière disproportionnée et que les violations de leurs droits fondamentaux ne puissent être réparées efficacement.

- **De manière générale, l'arrêt néglige d'imposer le droit supérieur découlant de la Constitution et du droit international.** Le législateur dispose certes d'un pouvoir discrétionnaire considérable, notamment dans la mise en œuvre des droits fondamentaux et dans leur appréciation en regard des (autres) intérêts publics. Toutefois, il aurait appartenu au Tribunal fédéral d'annuler les dispositions cantonales qui, selon toute vraisemblance, risquent de violer les droits fondamentaux justiciables, et de veiller à ce que le canton tienne suffisamment compte de ses obligations programmatiques. Le Tribunal fédéral aurait aussi dû faire primer le droit supérieur sur les dispositions qui constituent une entrave au mode de vie des Roms, des Sintés et des Manouches. Tant le droit constitutionnel que le droit international obligent la Confédération et les cantons à adopter sans délai une politique visant à éliminer les discriminations directes et indirectes à l'encontre des communautés nomades et à développer leur mode de vie par tous les moyens appropriés. La LSCN ne s'y emploie en aucun cas.