

Collège international de philosophie, Paris (cip)

Exil, création philosophique et politique

Philosophie et citoyenneté contemporaine 2010 – 2016

Séance du jeudi 10 mars 2011 : Exil, bannissement des errants, des gens de passage, des artistes, UOG, Genève

Du bannissement au 19^{ème} siècle dans le droit suisse

Christophe TAFELMACHER, avocat, Lausanne.

L'initiative sur le renvoi : un retour en arrière ?

En juin 2007, l'Union démocratique du centre (UDC) lançait son initiative « *Pour le renvoi des étrangers criminels* » (initiative sur le renvoi), menant immédiatement une campagne politique haineuse stigmatisant les « moutons noirs ».

Le texte proposé visait à introduire dans la Constitution fédérale suisse permet de priver automatiquement toute personne étrangère de son titre de séjour et de tous ses droits à séjourner en Suisse, si elle a été condamnée 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, de même que si elle a perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale¹. Cette liste n'était pas exhaustive, étant destinée à être complétée ultérieurement.

En février 2008, la Chancellerie fédérale constatait que le nombre de signatures récoltées étaient suffisant. Cette initiative, et la réponse à y apporter, a continué de polariser l'agenda politique et les médias jusqu'au jour de la votation populaire, le 28 novembre 2010. Au final, 1'397'923 citoyens et citoyennes suisses, soit 52,8% des votant.e.s, ont accepté l'initiative sur le renvoi.

Pour de nombreux commentateurs, ce vote constituait un retour en arrière en rétablissant le bannissement typique de l'Ancien-Régime. Il marquait donc une rupture avec les acquis de la modernité né des Lumières et de la Révolution française².

Il est en tous les cas certain qu'en instituant une mesure d'expulsion automatique, l'initiative sur le renvoi ne respecte pas les principes de l'activité de l'Etat régi par le droit tels que définis à l'article 5 de la Constitution fédérale. Il est en effet douteux qu'une mesure automatique, qui ne tient pas compte des circonstances personnelles, puisse respecter le principe de proportionnalité prévu au 2^{ème} alinéa de cette disposition. D'ailleurs, selon une jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral suisse, un automatisme aveugle, qui ne tiendrait compte ni de l'adéquation, ni de la nécessité, ni de la proportionnalité au sens strict d'une mesure, serait manifestement en contradiction avec l'ordre juridique fondamental³.

Il apparaît également certain que le texte de l'initiative ne respecte pas non plus la Convention européenne des droits de l'homme, si l'on se réfère aux arrêts rendus par la Cour européenne à Strasbourg qui soulignent le caractère essentiel du principe de proportionnalité s'opposant à tout système automatique⁴. Sur ce point

1 Sur le texte de l'initiative : voir l'arrêté fédéral publié le 18 juin 2010 dans la Feuille fédérale 2010, p. 3853 ss. Sur le résultat des votations : Feuille fédérale 2011, p. 2593.

2 Porret, Michel, « Le retour à l'Ancien Régime », *Le Temps*, Genève, vendredi 3 décembre 2010.

3 Voir les arrêts publiés aux ATF 130 I 16, consid. 5.4 ; 117 Ia 472, consid. 3 ; 110 Ib 201, consid. 2c.

4 Voir notamment : CourEDH, arrêt *Emre c. Suisse*, n° 42034/04, rendu le 22 mai 2008 (*Emre I*) ; arrêt *Emre c. Suisse (n° 2)*, n° 5056/10, rendu le 11 octobre 2011 (*Emre II*).

aussi, l'initiative sur le renvoi contrevient à l'article 5, 4^{ème} alinéa de la Constitution, selon lequel La Confédération et les cantons respectent le droit international.

Je m'attarderai pas plus longtemps sur les différentes questions que soulève cette initiative⁵. Il s'est agi pour moi du point de départ de ma réflexion, qui m'a porté à m'intéresser à cette notion de « bannissement » et à l'interroger. Pour le sens commun, il s'agit d'une mesure archaïque : mais n'est-elle pas restée très actuelle ? Quelles sont les catégories de personnes qui sont touchées ?

Un bref regard historique

Si le bannissement nous paraît revêtir un caractère archaïque, cela vient certainement du fait qu'on en trouve mention dans l'Antiquité déjà, en particulier chez les Athéniens et chez les Romains.

Athènes connaissait plusieurs notions. On trouve celle d'atimie, à savoir la déchéance des droits à la citoyenneté, définitive ou temporaire, selon la gravité des faits. Généralement prononcée par des tribunaux, elle sanctionnait des actes d'ordre privé, comme les spoliations, le manque de respect ou de soins aux parents ou encore les violences contre les personnes, mais surtout des délits d'ordre public tels que l'impiété, les fraudes, la corruption, les malversations ou les offenses aux magistrats. Une offense avérée à l'esprit de la démocratie pouvait aussi en être la cause : c'est ainsi qu'une proposition de loi jugée non conforme à la constitution pouvait faire l'objet d'une procédure judiciaire entraînant l'atimie⁶. Celle-ci entraîne abatis de la maison, confiscation des biens et privation de sépulture.

On trouve une autre mesure qu'il faut bien distinguer, à savoir l'ostracisme. Cette institution permet de déchoir des droits de citoyenneté et de bannir pendant dix ans un citoyen, mais sans impliquer la perte des droits civils ni la confiscation des biens. Prononcé par l'Assemblée par vote à bulletin secret⁷, l'ostracisme n'est pas une condamnation pénale prononcée par un tribunal, mais plutôt un mécanisme d'autodéfense populaire, créé à partir du V^{ème} siècle avant JC, pour protéger la jeune démocratie contre un retour possible de la tyrannie ou de l'oligarchie. Pour Cornelius Castoriadis, il s'agissait d'un garde-fous pour prévenir la démesure⁸.

Rome a très tôt connu l'« exilium », qui, depuis l'avènement de la République, devient une véritable peine sanctionnant un crime, appliquée aux personnes perturbant la paix et le vivre-ensemble⁹. Cette mesure se concrétisait de trois manières : l'exilé se voyait offrir le choix de tous les lieux ; moins un seul ; ou alors l'exilé était fixé dans un lieu à l'exclusion de tous ; enfin, il pouvait se trouver exilé sur une île, « in vinculum insulae »¹⁰. On peut mesurer la gravité de cette peine en précisant qu'elle pouvait se substituer à la peine de mort.

On voit déjà apparaître dans ces différentes mesures la signification multiple du bannissement, à la fois sanction judiciaire d'un délit, mesure politique contre d'éventuels abus de pouvoir, ou éloignement de personnes indésirables.

5 Sur ce sujet, je renvoie à d'autres contributions : Tafelmacher, Christophe, « Polémique sur l'expulsion des « criminels étrangers » et projet de transformation radicale de l'Etat », *Chimères, revue des schizoanalyses*, Paris 2010, n° 74, pp. 77-84. Tafelmacher, Christophe, Yilmaz, Hüsnü, « Suisse, CEDH et mise en péril de l'Etat de droit », *Plaidoyer*, Rédaction romande Lausanne, à paraître dans le n° 1/12.

6 N'ayant pu mener des recherches approfondies dans la littérature scientifique, je me suis fondé sur le site « Musagora », édité par le Centre national français de documentation pédagogique (www.cndp.fr/musagora/site.htm), et en particulier le dossier thématique « citoyenneté » : <http://www.musagora.education.fr/citoyennete/citoyennete/fr/droits-devoirs.htm>. On peut se référer aussi à : Humbert, Michel, *Histoire des institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Editions Dalloz, Paris 2003 ; Castoriadis, Cornelius, *Ce qui fait la Grèce, tome 2 : La cité et les lois*, Seuil, Paris 2008.

7 D'où l'origine du nom, les bulletins de vote étant constitués de tessons (« ostrakon »).

8 Caumières, Philippe, *Castoriadis : critique sociale et émancipation*, Textuel, Paris 2011.

9 Martín, Fernando, « El exilio en Roma: los grados del castigo », in : Marco Simón, Francisco, Pina Polo, Francisco, et Remesal Rodríguez, José (Eds.), *Vivir en tierra extraña: emigración e integración cultural en el mundo antiguo*, Col·lecció Instrumenta 16, Universitat de Barcelona, Barcelone 2004, pp. 247-254

10 Chauveau, Adolphe et Hélie, Faustin, *Théorie du Code pénal*, Cosse & Co. Editeur, Paris 1872, p. 137. Cet ouvrage, dont la première édition a été publiée 1834, a fait autorité en droit criminel pendant le XIX^{ème} siècle, dans plusieurs pays européens.

Une peine de l'Ancien Régime

Dans les droits germaniques et dans toute la Suisse, on retrouve le bannissement durant le Haut Moyen Age, à titre de sanction pour obtenir réparation¹¹. Dans les villes médiévales, il s'agissait d'une peine importante.

Durant tout l'Ancien Régime, le bannissement reste une mesure à laquelle les autorités urbaines avaient fréquemment recours et l'on retrouve son caractère multiple. A la fois peine judiciaire tant sur le plan pénal pour sanctionner divers délits que sur le plan civil en cas d'insolvabilité, le bannissement pouvait aussi résulter d'une décision des autorités souveraines. Il signifiait une perte d'honneur dans tous les cas, et entraînait parfois la perte du droit de cité quand il était perpétuel.

Avec la montée en puissance de l'Etat moderne, le bannissement tend à être remplacé par la privation de liberté ou les travaux forcés. Il reste toutefois une peine prononcée par l'Etat souverain sur son territoire contre ceux de ses propres citoyens qu'il estime irrécupérables¹².

Dès le XVII^{ème} siècle, le bannissement devient aussi une mesure policière, et non pénale, dans la lutte contre le vagabondage. Elle est alors dirigée contre les étrangers (aubains) saisis aux frontières, ou alors à l'occasion des « chasses au gueux ». L'Etat entend se protéger contre les indésirables, soit le plus souvent les pauvres.

Le bannissement a aussi été considéré comme un des moyens les plus efficaces de mater l'opposition lors des révoltes des sujets ou des soulèvements bourgeois durant les XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles.

On peut également souligner que le bannissement s'affirme intimement comme « double peine » : il accompagne le plus souvent une autre peine, telle que mutilation, marquage au fer rouge ou fouet.

Une nouvelle sensibilité pénale

A la fin de l'Ancien Régime et avec les Lumières, les progressistes voient le bannissement comme un « école du crime », comme une sanction sans finalité correctrice : il est vrai que l'arrachement communautaire et la marque corporelle entraîne la désocialisation. Les personnes bannies sont placées dans l'impasse sociale de la récidive¹³.

Il est éclairant de voir au cours du XIX^{ème} siècle la réflexion d'éminents pénalistes comme Adolphe Chauveau et Faustin Hélie, dont le traité de droit pénal a eu une grande influence :

« (...) Le bannissement a été parfaitement défini (...) : l'action de s'envoyer de peuple à peuple l'écume de la société. L'universalité de cette peine (...) démontre bien chez toutes les nations l'égoïsme de la loi. Au lieu de nous regarder comme une immense famille, nous rejetons sans pitié sur les peuples voisins un mal redouté... Quand le délit tient moins à la demeure du coupable qu'à ses inclinations ou à sa misère, il ne trouve dans son éloignement ni correction ni ressources.

*Il est certain que le bannissement, fût-il un remède efficace, est peu en harmonie avec la justice et les procédés que les nations se doivent entre elles. Le coupable, chassé d'un pays, doit nécessairement se réfugier dans un autre ; et partout où il porte ses pas ses inclinations perverses le poursuivent, il amène le fléau de sa corruption. Si le crime qu'il a commis a rendu sa présence dangereuse dans sa patrie, comment deviendrait-elle inoffensive dans la contrée qu'il a choisie pour asile ? Y trouvera-t-il des ressources plus abondantes pour prévenir sa rechute ? (...) Chaque nation, d'ailleurs, aurait le droit de se plaindre d'une loi qui fait de son territoire im repaire des bandits de ses voisins (...).*¹⁴

11 Là encore, je n'ai pu mener moi-même des recherches approfondies. Je me suis référé au site du *Dictionnaire historique de la Suisse* : <http://hls-dhs-dss.ch/index.php>. Pour le ce chapitre, je me suis largement inspiré de : Dubler, Anne-Marie, « Bannissement », article publié le 8 septembre 2004, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F27301.php>

12 Porret, art. cit.

13 Porret, art. cit.

14 Chauveau et Hélie, op. cit., pp. 137-138.

Pour Chauveau et Hélie, le bannissement ne paraît même pas justifié pour les délits politiques, comme cela était soutenu par d'autres pénalistes. Ils constatent en effet que la peine perd de son exemplarité en éloignant la souffrance de la personne bannie, et qu'elle n'est pas non plus égale dans les effets ressentis par chaque individu. Ainsi, « *en appliquant cette peine, le législateur ignore donc le degré de sévérité qu'il déploie, il ne connaît pas le mal qu'il inflige ; il sait seulement que ce mal, quel qu'il soit, sera perdu pour l'instruction de ceux qui pourraient imiter le condamné* »¹⁵.

Avec les Lumières et des théoriciens comme Cesare Beccaria avec son ouvrage *Des Délits et des Peines* publié en 1764¹⁶, se développe une nouvelle sensibilité. On préconise l'emprisonnement comme peine en lieu et place des châtiments corporels ou de la peine de mort, et surtout on attribue à la sanction une finalité correctrice.

Force est toutefois de constater qu'au-delà des critiques qui sont apportées au bannissement, cette peine est maintenue dans le Code pénal français du XIX^{ème}, comme le regrettent Chauveau et Hélie¹⁷.

En Suisse comme ailleurs, le droit pénal reste dominé par la peine de mort, par les peines corporelles ou infamantes, souvent assorties du bannissement, ceci jusqu'à la fin de l'Ancien Régime¹⁸. Les premières réformes s'appuyant sur les principes des Lumières apparaissent dès la seconde moitié du XVIII^{ème} siècle. Ce n'est qu'en 1848 que la Constitution fédérale abolit la peine de mort pour les délits politiques ; celle de 1874 interdira les peines corporelles.

Dans le Code pénal fédéral du 4 février 1853¹⁹, le bannissement est expressément prévu à l'article 5, avec cette cautèle : « *Mais, dans tous les cas où il s'agit de prononcer la peine du bannissement, il doit y avoir probabilité que le condamné pourra, par des moyens légitimes, pourvoir à son existence hors du pays* ».

Parmi les cantons, encore compétents pour adopter leur propre code pénal, plusieurs ont prévu le bannissement pour sanctionner des délits pénaux ou, sur le plan civil, pour non-paiement de dette. Souvent, elle ne vise que les « Suisses étrangers », à savoir les ressortissant.e.s d'un autre canton : les citoyen.ne.s du canton sont par contre protégé.e.s comme un renvoi forcé²⁰. Mais il subsiste des cantons qui prévoient le bannissement de leurs propres ressortissant.e.s, comme le relève un rapport du Conseil fédéral de 1865, de manière d'ailleurs critique :

« (...) *C'est évidemment un état de choses peu compatible avec le principe et les conditions de la vie d'un Etat confédéré que des Cantons, au lieu de frapper de peines de liberté ceux de leurs ressortissants qui sont tombés pour délit commun sous les coups de la loi pénale, les repoussent sur le territoire d'autres Cantons. Cette manière de procéder devient parfaitement insupportable dans le cas où les bannis n'ont pas les moyens de se procurer ailleurs leur entretien d'une manière honnête.* »²¹

Le bannissement subsiste également comme mesure de police, pour éloigner les indésirables, et surtout les personnes sans ressources. L'appauvrissement est considéré comme une raison suffisante pour bannir une personne, surtout si elle s'est éloignée de son lieu d'origine et qu'elle est donc considérée comme « étrangère ».

Liberté d'établissement

15 Chauveau et Hélie, op. cit., p. 139.

16 Voir aussi : Porret, Michel, *Beccaria. Le droit de punir*, Editions Michalon, Paris 2003.

17 Chauveau et Hélie, op. cit., pp. 139 et 140.

18 Gschwend, Lukas, « Droit pénal », article publié le 6 novembre 2006 dans *Dictionnaire historique de la Suisse*, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/f/F9616.php>.

19 Recueil Officiel III 335. Ce Code vise les délits contre la Confédération ou qui relèvent des Assises fédérales.

20 C'est le cas du canton de Lucerne, à titre d'exemple, comme il en ressort du Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale « *concernant un recours du Gouvernement de Lucerne sur l'application de la constitution fédérale* », du 6 avril 1859, *Feuille fédérale suisse*, 1859, Volume II, n° 35, p. 230.

21 Commission du Conseil des Etats, « Rapport

de la sur la gestion du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral en 1865, ainsi que sur le compte d'Etat de la même année », du 16 juin 1866, *Feuille fédérale suisse*, XVIII^{ème} année, Volume II, n° 27, 23 juin 1866, pp. 98-99.

L'évolution du bannissement au cours du XIX^{ème} siècle doit être vue aussi dans la perspective de la construction des Etats-Nations et de l'émergence des droits individuels, mais aussi de la liberté du commerce et de l'industrie.

Sous l'Ancien Régime, droit de choisir librement son domicile n'existait pas, privilège statutaire

Droit de changer de domicile se renforce à partir du 16ème (droit de détraction qui devient une simple taxe pour pouvoir partir)

Accords intercantonaux d'établissements, mais difficultés pour circuler entre cantons de confession différentes.

Introduction en CH : Constitution de 1798 (imposée par la France encore influencée par sa révolution), puis Acte de Médiation en 1803. Abolition de privilèges de naissance et citoyenneté suisse

Pacte fédéral de 1815 restaure les dispositions de l'Ancien Régime

La peine de bannissement pour des crimes graves a été déclarée inadmissible par un concordat du 17 juin 1812, confirmé le 9 juillet 1818 et auquel ont adhéré dix-huit Cantons. Toutefois, p

Constitution de 1848: la liberté d'établissement est au centre des réformes. Article 41, qui prévoit toujours la sentence pénale de renvoi, et la décision de police. En lien avec article 48 (égalité des droits)

Ce nouveau droit répond aux attentes des modernistes (émergence de la citoyenneté moderne, mais aussi besoin de main d'oeuvre qui circule). Tensions entre les cantons qui réintroduisent le bannissement pour leurs propres ressortissant.e.s

Constitution de 1874 (après un échec en 1872): la liberté d'établissement est toujours un enjeu central, et la notion s'élargit. Article 45. Transformation en droit individuel des citoyens suisses, qui vaut de commune à commune (article 44 : interdiction du renvoi de ses propres ressortissants)

Mais les exceptions à l'établissement subsistent: délits graves répétés, charge de la bienfaisance publique.

Persistance du bannissement

Bannissement intercantonal: Mesure pénale qui subsistera jusqu'en 1975

Mesure considérée comme allant de soi pour les étrangers: projet de CPS de 1918 (expulsion, sans discussion particulière), expulsion politique restera à l'état de projet ; un nouveau projet de Code unifié sur le plan suisse ne sera élaboré qu'en 1918, pour être adopté en 1937 et entrer en vigueur en 1942 seulement.

La liberté d'établissement et la nouvelle sensibilité pénale n'ont pas touché les étrangers : expulsion pénale et administrative.

Expulsion « politique » toujours possible Art. 121*

1 La législation sur l'entrée en Suisse, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers et sur l'octroi de l'asile relève de la compétence de la Confédération.

2 Les étrangers qui menacent la sécurité du pays peuvent être expulsés de Suisse.

Réflexions pour conclure

Triple dimension reste au-delà des siècles: caractère pénal, mesure de police, décision politique

Archaïsme ou modernité? Abolition de l'expulsion pénale en 2007 vs. Nouvelle forme de bannissement (interdiction de territoire dans le droit des étrangers, puis dans la lutte contre les hooligans)

Ce qui se joue avec les étrangers aujourd'hui n'est-il pas le reflet de ce qui s'est joué avec l'émergence des Etats-Nations? Voir la construction de la libre circulation dans l'Union européenne qui implique aussi une limitation du droit d'expulser

Troublant de constater à quel point les discours actuels sur l'expulsion des étrangers criminels sont en retrait par rapport aux critiques du 19ème sur le bannissement

Nécessité de redéfinir citoyenneté et l'ancrage des droits. En gardant le lien avec la nationalité, on reste dans la logique des statuts et privilèges de l'Ancien Régime (Colliaud-Thélène).

1 Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat

2 L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé.

3 Les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.

Garder de l'esprit des anciens l'idée de se protéger de celles et ceux qui ne respectent pas la constitution ?

Ostracisme : il pouvait s'agir également de

personnes incarnant à un moment donné un antagonisme politique fort, exerçant une trop forte influence sur ses pairs, susceptible de diviser ou de mettre en danger l'unité du corps politique.

Atimie : une proposition de loi jugée

non conforme à la constitution pouvait faire l'objet d'une procédure judiciaire entraînant l'atimie.