

**Constitution et politique d'immigration:  
la quadrature des trois cercles**

**Avis de droit**

relatif à  
la conformité du modèle dit des trois cercles  
et de son application aux ressortissants des pays de l'ex-Yougoslavie  
aux Conventions internationales pertinentes et à la Constitution fédérale

Andreas Auer  
Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

le 31 juillet 1996

## Table

Introduction	1
I Evolution de la réglementation	1
II Le modèle des trois cercles	4
1) La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale	5
a) Généralités	5
b) Applicabilité	6
c) Violation	8
2) Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques	10
3) Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels	11
4) Le principe d'égalité garanti par l'art. 4 Cst	12
5) Le principe de la légalité	15
III Le statut des ressortissants de l'ex-Yougoslavie	20
1) Le droit international	21
2) Le droit constitutionnel	22
Conclusion	25

## Introduction

1.- Par lettre du 17 juin 1996, l'Union syndicale suisse, agissant au nom de plusieurs associations économiques, m'a demandé de rédiger un bref avis de droit relatif aux directives édictées en date du 1er novembre 1995 par l'Office fédéral des étrangers (OFE) et l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers du travail (OFIAMT) concernant le statut des ressortissants de l'ex-Yougoslavie et les décisions que le Conseil fédéral a prises en cette matière depuis 1991. Il s'agirait en particulier d'examiner si ces directives sont "conformes au droit international public, au droit des étrangers, au droit administratif et si elles respectent les principes de la légalité et de la proportionnalité".

2.- Après un bref mais indispensable rappel de l'évolution de la réglementation applicable en la matière depuis 1991 (I), il y aura lieu de distinguer deux aspects qui s'en dégagent, à savoir le "modèle des trois cercles" comme élément central de la politique de la Suisse à l'égard des étrangers depuis 1991 (II) et l'application de ce modèle aux ressortissants de l'ex-Yougoslavie à partir du mois de novembre de la même année (III). La réponse aux questions posées n'est en effet pas nécessairement la même pour ces deux aspects. Je me suis permis de simplifier quelque peu ces questions en abordant, pour chacun des deux aspects, le problème de la conformité aux engagements internationaux de la Suisse et la compatibilité avec les exigences constitutionnelles.

## I Evolution de la réglementation

3.- Dans son rapport sur la politique à l'égard des étrangers et des réfugiés du 15 mai 1991<sup>1</sup>, le Conseil fédéral a présenté le modèle de recrutement dit "des trois cercles" comme principe essentiel de la "nouvelle politique suisse des années nonante à l'égard des étrangers". Le "cercle intérieur", caractérisé par le principe de la libre circulation, est constitué par les ressortissants de la CE (aujourd'hui de l'UE) et de l'AELE à l'égard desquels il s'agit d'abolir progressivement les mesures de limitation. L'objectif ici est d'adapter le droit suisse aux exigences du droit communautaire. Le "cercle médian", caractérisé par un recrutement restreint, comprend les pays tels que les Etats-Unis et le Canada dont les ressortissants restent soumis à des mesures de limitation, mais qui peuvent être recrutés comme main d'oeuvre. Le "cercle extérieur" enfin, pour lequel tout recrutement est en principe exclu, comprend tous les autres Etats dont les ressortissants ne pourront recevoir d'autorisation de séjour et de travail que dans des cas exceptionnels. Le gouvernement a relevé notamment que les modalités de la politique de limitation à l'égard des ressortissants des pays du cercle médian et extérieur dépendront des effets de la libre circulation des personnes dans le cercle intérieur et, aussi, de l'efficacité de la limitation des migrations irrégulières en provenance de pays qui n'en font pas partie<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> FF 1991 III 316-348.

<sup>2</sup> FF 1991 III 329.

4.- Le Conseil fédéral a pris soin de noter que, pour décider de la sévérité de la politique de limitation à l'égard des pays des cercles médian et extérieur, il y a lieu de tenir compte des critères suivants: a) la reconnaissance et le respect effectif des droits de l'homme; b) l'appartenance de ces pays à la même culture (marquée par les idées européennes au sens large), étant entendu que les conditions de vie sont similaires aux nôtres; c) des rapports commerciaux et économiques de longue date; d) de bonnes relations traditionnelles avec la Suisse en matière de recrutement de main d'oeuvre et e) les besoins de l'économie en spécialistes. Il a ajouté qu'au vu de ces critères, "on peut se demander s'il sera possible à l'avenir de compter toutes les régions traditionnelles de recrutement au nombre des pays dans lesquels nous engagerons notre main d'oeuvre. En effet, une partie des personnes qui demandent l'asile en Suisse sont originaires de certains de ces pays"<sup>3</sup>.

5.- Le Conseil fédéral n'a pas attendu longtemps pour apporter une réponse négative à cette question. Par décision du 23 septembre 1991, il a attribué la Yougoslavie au cercle extérieur avec effet au 1er novembre 1991, moyennant une réglementation transitoire de deux à trois ans. Il a annoncé aussi qu'il procédera à une révision de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 (OLE)<sup>4</sup> pour limiter le recrutement des saisonniers et des personnes au bénéfice d'une autorisation de courte durée aux pays de la CE et de l'AELE. Selon le complément aux directives OFE/OFIAMT de décembre 1991, certaines exceptions au principe de l'interdiction du recrutement sont encore admises, au plus tard jusqu'au 31 octobre 1994. Par ailleurs, selon les mêmes directives, les ressortissants de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, de même que les citoyens de Monaco, San Marino, Andorre et de la Cité du Vatican peuvent être considérés comme appartenant au cercle médian.

6.- Le 16 octobre 1991, le Conseil fédéral a modifié l'OLE dans le sens indiqué. L'art. 8 al.1er OLE dispose qu'une "autorisation initiale sera accordée en premier lieu aux travailleurs ressortissants d'Etats de l'Association Européenne de Libre Echange (AELE) et de la Communauté Européenne (CE), et en second lieu aux travailleurs ressortissants d'autres pays de recrutement traditionnels". L'alinéa 3 prescrit qu'une "première autorisation saisonnière ne sera accordée en principe qu'à des ressortissants d'Etats de l'AELE et de la CE, et à titre exceptionnel seulement à des ressortissants d'autres pays de recrutement traditionnel"<sup>5</sup>. Ces modifications sont entrées en vigueur au 1er novembre 1991.

7.- Cette réglementation a été modifiée et complétée par l'ordonnance du 19 octobre 1994, en ce sens que non seulement la première, mais toute autorisation saisonnière ne sera accordée, en principe, qu'à des ressortissants d'Etats de l'AELE et de la CE, et à titre exceptionnel seulement à des ressortissants d'autres pays de recrutement traditionnel. D'autre part, le nouvel art. 28 al.1er OLE dispose que seuls les ressortissants d'Etats de l'AELE et de la CE peuvent demander la transformation d'une autorisation saisonnière en autorisation à

3 Ibid.; comp. FF 1992 III 292.

4 RS 823.21

5 RO 1991 2236.

l'année, à condition que le saisonnier ait travaillé en Suisse régulièrement comme saisonnier pendant 36 mois au cours des quatre années consécutives (let.a) ou qu'il s'agisse d'un cas personnel d'extrême gravité (let.b). Enfin, une disposition transitoire prévoit que les saisonniers ressortissants de pays non traditionnels de recrutement, qui ont travaillé régulièrement en Suisse entre le 1er novembre 1993 et le 1er octobre 1994 et qui ne remplissent pas les conditions requises pour la transformation, pourront obtenir des autorisations saisonnières pour la période de contingentement 1994/95 et, pour la dernière fois, pour celle de 1995/96<sup>6</sup>.

8.- Enfin, la modification du 25 octobre 1995 a remplacé le terme Communauté européenne (CE) par Union Européenne (UE) aux art. 8 al.1, 3 et 5 et 28 al.1 OLE, tout en apportant une importante exception au principe de l'art. 8 al.1 lequel ne s'applique pas "aux personnes hautement qualifiées qui demandent une autorisation pour l'exercice d'une activité déterminée de durée limitée, conformément aux accords économiques et commerciaux conclus par la Suisse" (art. 8 al.1bis). Elle a introduit une disposition transitoire selon laquelle "les saisonniers ressortissants de pays non traditionnels de recrutement qui ont obtenu des autorisations saisonnières pendant les périodes de contingentement 1993/94 et 1994/95 et n'ont pas rempli les conditions requises pour la transformation, pourront encore obtenir, pour la dernière fois au cours de la période de contingentement 1995/96, des autorisations saisonnières valables jusqu'au 31 décembre 1996 au plus tard" (art. 58 al.2 OLE)<sup>7</sup>.

9.- Sur cette base, l'OFE et l'OFIAMT ont édicté les directives du 1er novembre 1995 concernant "l'attribution extraordinaire, en 1996 d'autorisations de séjour à l'année aux titulaires d'une autorisation saisonnière ou de courte durée originaires de la Slovénie, de la Croatie, de la Bosnie-Herzégovine, de la Macédoine et de la Yougoslavie (Serbie et Monténégro)", qui prévoient ce qui suit:

1. D'une manière générale, tous les saisonniers et titulaires d'une autorisation de courte durée doivent quitter la Suisse au terme de leur autorisation imputée sur le contingent 1994/1995, y compris ceux qui ont travaillé régulièrement en Suisse pendant huit années ou plus.
2. Les saisonniers qui auront travaillé en Suisse pendant huit années consécutives (depuis la période de contingentement 1988/1989) et qui ont bénéficié d'une autorisation de séjour imputée au contingent 1995/1996, pourront obtenir par la suite, conformément aux chiffres 4 et 5, une autorisation à l'année imputable sur le contingentement cantonal.
3. Les travailleurs qui ont bénéficié d'une autorisation de courte durée pendant huit années consécutives pour le compte du même employeur (ch. 2.3 des directives du 21 octobre 1994) pourront bénéficier une nouvelle fois d'une telle autorisation en 1995/1996 et obtenir par la suite, selon les chiffres 4 et 5, une autorisation à l'année imputable sur le contingentement cantonal.

6 RO 1994 2310.

7 RO 1995 4869-4873.

4. Le saisonnier ou le titulaire d'une autorisation de courte durée qui sollicite l'octroi d'une autorisation à l'année doit apporter la preuve qu'il aura une occupation durable. Une autorisation à l'année ne sera accordée que si, après examen par les autorités du marché de l'emploi, l'occupation dans l'entreprise semble être assurée à long terme (carnet de commandes, besoin de main d'oeuvre à moyen terme). A l'appui de la demande, le requérant doit produire un contrat de durée indéterminée et les documents permettant une appréciation de la situation économique de l'entreprise.
5. La demande d'autorisation de séjour à l'année doit être déposée deux mois avant l'échéance de l'autorisation accordée au cours de la période de contingentement 1995/1996. Cette demande ne peut pas être présentée à l'échéance d'une autorisation accordée au cours de la période 1994/1995, même si sa validité dépassait le 1er novembre 1995.
6. Si la demande d'autorisation de séjour à l'année est rejetée, l'autorité cantonale compétente prend une décision formelle avec indication des voies de recours.
7. L'octroi d'une autorisation de séjour à l'année imputée sur le contingent cantonal nécessite l'approbation de l'Office fédéral des étrangers.
8. L'étranger qui a obtenu une autorisation saisonnière ou de courte durée au cours de la période de contingentement 1995/1996 devra quitter sans délai notre pays, si à l'échéance de celle-ci (au plus tard le 31 décembre 1996), il n'a pas obtenu d'autorisation de séjour à l'année.

Ces directives entrent en vigueur le 1er novembre 1995.

10.- Il s'avère donc que tant le modèle des trois cercles que son application aux ressortissants de l'ex-Yougoslavie reposent sur un ensemble disparate de dispositions réglementaires, de décisions, de rapports et de directives émanant de l'autorité exécutive et de l'administration fédérales. Ces dispositions établissent une série de distinctions qui sont toutes fondées sur la nationalité, voire sur l'origine nationale ou ethnique des personnes concernées. Sur la nationalité, dans la mesure où tant les art. 8 al.1 et 3, 28 al.1 et 58 al.2 OLE que les différentes directives se réfèrent explicitement aux "ressortissants" des pays concernés. Sur l'origine nationale ou ethnique, dans la mesure où l'appartenance d'une personne à un pays de recrutement traditionnel, c'est-à-dire à un "pays marqué par les idées européennes au sens large"<sup>8</sup>, ne dépend pas du lien formel et juridique de nationalité, mais bien d'un facteur ethnique et culturel plus large sur lequel ni l'Etat ni l'individu n'ont de prise. C'est dans cette perspective qu'il s'agit d'examiner la conventionnalité et la constitutionnalité du modèle et de son application.

## II Le modèle des trois cercles

11.- Seront examinées successivement la conformité du modèle aux conventions internationales ratifiées par la Suisse ainsi que sa compatibilité avec les exigences de la Constitution fédérale.

1) La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

a) Généralités

12.- Conclue à New York le 21 décembre 1965, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ci-après la Convention) a été approuvée par l'Assemblée fédérale en date du 9 mars 1993<sup>9</sup> et ratifiée par le Conseil fédéral le 29 novembre 1994, après que le corps électoral fédéral a accepté, lors du scrutin du 25 septembre 1994<sup>10</sup>, la modification du Code pénal et du Code pénal militaire punissant la discrimination raciale. Elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 29 décembre 1994<sup>11</sup>.

13.- L'art. 2 al.1 de la Convention a la teneur suivante:

Les Etats parties condamnent la discrimination raciale et s'engagent à poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer toute forme de discrimination raciale et à favoriser l'entente entre toutes les races, et, à cette fin:

a) Chaque Etat partie s'engage à ne se livrer à aucun acte ou pratique de discrimination raciale contre des personnes, groupes de personnes ou institutions et à faire en sorte que toutes les autorités publiques et institutions publiques, nationales et locales, se conforment à cette obligation;

b) Chaque Etat partie s'engage à ne pas encourager, défendre ou appuyer la discrimination raciale pratiquée par une personne ou une organisation quelconque;

c) Chaque Etat partie doit prendre des mesures efficaces pour revoir les politiques gouvernementales nationales et locales et pour modifier, abroger ou annuler toute loi et toute disposition réglementaire ayant pour effet de créer la discrimination raciale ou de la perpétuer là où elle existe;

d) (...).

14.- Lors de la ratification de la Convention, la Suisse a tenu à formuler une "réserve portant sur l'art. 2 al.1 let.a", en ce sens qu'elle "se réserve le droit d'appliquer ses dispositions légales relatives à l'admission des étrangères et des étrangers sur le marché du travail en Suisse"<sup>12</sup>. Dans son message du 2 mars 1992, le Conseil fédéral avait en effet admis, d'une part, que la Convention s'applique au domaine de l'admission de ressortissants étrangers et que, d'autre part, la politique suisse en cette matière était "discutable du point de vue de la Convention" et qu'elle "pourrait, en raison de ses effets, se voir reprocher d'être incompatible" avec celle-ci. Il s'agirait donc, en faisant une telle réserve, de conserver la liberté d'action de la Suisse<sup>13</sup>. La réserve, déposée selon les modalités prévues par l'art. 20 de la Convention, ne semble pas avoir soulevé

9 RO 1995 1163.

10 FF 1994 V 521.

11 RS 0.104.

12 Art. 1er let.b de l'arrêté fédéral du 9 mars 1993, RO 1995 1163.

13 FF 1992 III 265, 290 - 294.

des objections de la part d'autres Etats parties, de sorte que l'on doit admettre qu'elle est valable au regard du droit international applicable<sup>14</sup>.

## b) Applicabilité

15.- L'art. 1er al.1er de la Convention définit la discrimination raciale par "toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique". Il faut donc qu'il y ait une différenciation, que celle-ci soit basée sur l'un des critères mentionnés et qu'elle poursuive un but ou produise un effet interdit par cette disposition.

16.- Il appert d'abord que le modèle des trois cercles est construit tout entier sur "une distinction, exclusion, restriction ou préférence" et qu'elle est fondée sur "l'origine nationale ou ethnique". La distinction que ce modèle opère est à la fois positive et négative. Elle est positive pour les ressortissants de l'UE et de l'AELE qui se voient accorder un traitement de faveur pour l'octroi des autorisations de séjour; elle est fondée sur le critère de la nationalité. La distinction est en revanche négative pour les ressortissants des pays appartenant au cercle médian et, surtout, extérieur; elle est fondée sur l'origine nationale ou ethnique<sup>15</sup>. Les conditions préliminaires d'une discrimination raciale, au sens de l'art.1er al.1er de la Convention, sont ainsi remplies.

17.- Plus délicate est la réponse à la question de savoir si le modèle des trois cercles poursuit un but ou produit un effet qui sont proscrits par la Convention. Elle doit être tranchée par l'affirmative. On sait que le modèle des trois cercles a pour effet de restreindre, sinon de fermer l'accès au marché suisse du travail à tous les ressortissants d'autres pays que ceux de l'UE et de l'AELE. Il affecte donc indiscutablement "la vie publique" au sens de la disposition précitée. On doit même admettre qu'il a pour but et pour effet de "compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité" des droits économiques, sociaux et culturels qui figurent expressément parmi les droits de l'homme et des libertés fondamentales énumérés à l'art. 5 let.e de la Convention. Il est vrai que le droit suisse ne consacre pas formellement un droit au travail et que la Convention ne peut et ne veut avoir pour objet de créer un tel droit. Il n'en reste pas moins qu'en ratifiant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966<sup>16</sup>, la Suisse a reconnu ce droit, non pas certes comme droit individuel, mais comme exigence de principe<sup>17</sup>. Au surplus, l'énumération qui figure à l'art. 5 de la Convention

<sup>14</sup> Nguyen Quoc Dinh/Patrick Daillier/Alain Pellet, *Droit international public*, 3e éd. Paris 1987 164-169.

<sup>15</sup> *Supra* no 10.

<sup>16</sup> RS 0.103.1. L'art. 6 de ce Pacte oblige les Etats parties à reconnaître le droit au travail, voir *infra* no 31-33.

<sup>17</sup> FF 1991 I 1171; 1992 III 288.

7

n'est pas exhaustive et l'on ne saurait en aucun cas limiter la portée de l'ensemble de la Convention au contexte exemplatif de cette disposition. Cela mis à part, l'ordre juridique suisse consacre bel et bien la possibilité, pour les étrangers, d'accéder au marché du travail. Or, le modèle des trois cercles ferme cette possibilité pour tous ceux qui font partie du cercle extérieur. En ce sens et indépendamment de l'existence ou de l'absence d'une prétention juridique à un emploi, le modèle des trois cercles affecte directement la situation économique et sociale de tous ceux — suisses et étrangers, employeurs et employés — qui s'engagent sur le marché du travail en Suisse. Cela suffit pour conclure à l'applicabilité de la Convention.

18.- Un autre argument conduit au même résultat. La Convention consacre un certain nombre de dispositions spécifiques qui limitent son champ d'application<sup>18</sup>. Il y a, d'une part, l'art. 1er al.2 qui permet aux Etats parties de traiter différemment leurs propres ressortissants et les étrangers. Il y a ensuite l'art. 1er al.3 qui réserve les lois nationales concernant la nationalité, la citoyenneté et la naturalisation. Or, si les auteurs de la Convention avaient voulu exclure d'emblée le domaine de l'admission d'étrangers du champ d'application de celle-ci, on peut penser qu'ils auraient pu et dû mentionner expressément cette exclusion dans l'une ou l'autre de ces deux dispositions.

19.- Le Conseil fédéral a d'ailleurs tiré de l'art. 1er al.3 de la Convention un argument supplémentaire qui, à vrai dire, n'est guère convainquant, mais mérite néanmoins d'être rappelé. Cette disposition n'exempt du champ d'application de la Convention les législations relatives à la nationalité et à la naturalisation que pour autant qu'elles ne sont pas "discriminatoires à l'égard d'une nationalité particulière". Or, si les lois nationales sur la nationalité et la naturalisation ne doivent pas être discriminatoires à l'égard d'une nationalité particulière, cette interdiction vaut aussi et même à plus forte raison pour les lois relatives à l'admission des étrangers, tant il est vrai que les premières impliquent un lien bien plus étroit entre l'Etat et les personnes visées que les secondes<sup>19</sup>.

20.- Enfin et pour tout dire, si la Convention ne s'appliquait point à la politique et à la réglementation juridique en matière d'admission d'étrangers, on ne voit pas pourquoi la Suisse aurait fait la réserve que l'on sait à ce sujet. Or elle l'a faite précisément parce que cette politique et cette réglementation pourront avoir des effets non conformes à la Convention<sup>20</sup>. La Convention s'applique donc bel et bien à l'admission des ressortissants étrangers sur le territoire d'un Etat partie, non pas parce qu'elle conférerait aux intéressés un droit quelconque à cette admission, mais en ce sens que la politique et la

---

<sup>18</sup> Drew Mahalic/ Joan Gambee Mahalic, *The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, *Human Rights Quarterly* 1987 74 ss.

<sup>19</sup> FF 1992 III 291. L'argument n'est guère convainquant parce qu'il est pour le moins particulier de conférer à une disposition qui est destinée à limiter le champ d'application de la Convention une interprétation qui a pour effet d'étendre ce champ à des actes d'autorité qui, selon cette interprétation, ne tombent pas sous le coup de l'art. 1er al.1er de la Convention.

<sup>20</sup> FF 1992 III 293/94.

législation des Etats parties doivent, en ce domaine aussi, être exemptes de toute discrimination.

### c) Violation

21.- Selon la pratique du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, un traitement de faveur tel que les art. 8 al.1er et 3 et 28 OLE le confèrent aux ressortissants des pays de l'UE et de l'AELE ne pose pas de problèmes au regard de la Convention<sup>21</sup>.

22.- En revanche, la distinction négative inhérente au modèle des trois cercles se traduit, à tout le moins pour les ressortissants d'Etats appartenant au cercle extérieur — et ils sont nombreux — par une discrimination pure et simple, fondée sur leur origine nationale ou ethnique<sup>22</sup>, qui est incompatible avec la Convention. Tous les éléments de la discrimination interdite par celle-ci sont réunis. Elle tombe en plein dans les définitions de la discrimination retenues par la doctrine récente: l'appartenance d'une personne à un groupe est prise dans un sens absolu, sans égards aux caractéristiques personnelles, comme facteur déterminant d'un traitement particulier qui vise à dénier à cette personne, parce qu'elle est considérée comme inférieure, une place égale dans l'Etat ou au sein de la société<sup>23</sup>.

23.- Mais ce sont surtout les différents critères qui sont censés déterminer l'appartenance d'un pays au cercle médian ou extérieur qui posent problème. Si la notion de "pays de recrutement traditionnel" contenue à l'art. 8 al.1 OLE ne se réfère ouvertement à aucun des critères interdits par l'art. 1er al.1 de la Convention, elle est fondée, du moins en partie, sur le critère de "l'appartenance d'un pays à une culture marquée par les idées européennes au sens large"<sup>24</sup> dont les autorités attendent qu'il facilite l'intégration des étrangers concernés. Ainsi, comme le note d'ailleurs le Conseil fédéral, "la politique suisse en matière d'admission des étrangers fait une distinction de principe selon la capacité des ressortissants étrangers à s'intégrer dans la société suisse et opère une généralisation sur la base de la nationalité", en admettant que "des particularités ethniques et nationales des personnes venant de certains pays rendent plus difficile leur intégration dans la société". En d'autres termes, "le critère de la capacité d'intégration rend assurément plus difficile l'admission des ressortissants appartenant à d'autres groupes ethniques ou à d'autres races, en raison de leur capacité d'intégration restreinte". En créant "des catégories déterminées d'Etats dont les ressortissants n'ont pratiquement aucune chance d'avoir accès au marché du travail", la Suisse viole la Convention<sup>25</sup>. Pour Alexandre Guyat, l'un des rares auteurs qui a examiné la question, la politique

21 Mahalic/Mahalic (note 18) 78; FF 1992 III 292.

22 Supra no 10.

23 Peter Müller, Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit, AJP/PJA 1996 659, 662; comp. Andreas Auer, La prohibition de la discrimination des requérants d'asile et des réfugiés, in: Walter Kälin (éd.), Droit des réfugiés, Fribourg 1991 269.

24 Supra no 4.

25 FF 1992 III 293.

des trois cercles "constitue un excellent exemple d'une distinction, fondée officiellement sur la nationalité, mais violant néanmoins le principe de l'égalité matérielle entre les races", en ce sens que, sans être fondée formellement sur le critère de la race, elle a pour résultat une différence de traitement basée essentiellement sur la race: "Noirs, Arabes, Asiatiques, pour ne citer qu'eux, se voient *de facto* exclus du marché suisse du travail"<sup>26</sup>. A noter que Dietrich Schindler est semble-t-il arrivé, il y a une bonne vingtaine d'années déjà, à une conclusion identique<sup>27</sup> et que lors de la discussion parlementaire du modèle des trois cercles, le rapporteur de langue allemande a clairement indiqué qu'à son avis, la distinction des cercles 2 et 3 représente le danger de produire des effets discriminatoires et racistes<sup>28</sup>.

24.- C'est bien d'ailleurs parce que le modèle des trois cercles constitue une violation de la Convention que la Suisse a dû faire une réserve formelle à ce sujet<sup>29</sup>. Cette réserve, bien-sûr, n'a pas pour effet d'effacer le caractère fondamentalement discriminatoire de la politique des trois cercles. Elle rend simplement inapplicables les mécanismes de protection institués par la Convention et empêche que la responsabilité internationale de la Suisse soit engagée.

25.- Il n'est pas certain d'ailleurs que la Suisse ne puisse pas être tenue pour responsable, en l'espèce, d'une violation de la Convention. En effet, selon la lettre claire de la réserve qu'elle a émise, celle-ci ne porte formellement que sur l'art. 2 al.1er let.a de la Convention qui empêche la Suisse de se livrer à un "acte ou pratique de discrimination raciale". Pour le Conseil fédéral, des lois et des pratiques discriminatoires en matière d'immigration constituent incontestablement de tels "actes ou pratiques"<sup>30</sup>. Cela se peut certes. Mais il semblerait que le modèle des trois cercles rentre davantage dans le cadre de l'art. 2 al.1er let.c de la Convention qui évoque en toute lettre les politiques gouvernementales, les lois et les dispositions réglementaires "ayant pour effet de créer la discrimination raciale ou de la perpétuer là où elle existe". Or, force est de constater que la réserve susmentionnée ne s'étend pas à cette disposition dont la violation engage par conséquent la responsabilité internationale de la Suisse. Selon cette interprétation, notre pays se serait donc formellement engagé à "revoir la politique gouvernementale nationale" des trois cercles et à "modifier, abroger ou annuler" les dispositions de l'OLE qui la mettent en oeuvre, du moment que cette politique et ces dispositions réglementaires, de l'avis même du Conseil fédéral, ont bien pour résultat de créer ou de perpétuer la discrimination raciale.

26.- Par arrêté du 23 août 1995, le Conseil fédéral a institué une Commission fédérale contre le racisme dont il avait déjà décrit la nécessité et circonscrit les tâches dans son message du 2 mars 1992<sup>31</sup>. Ayant un rôle consultatif, la

26 Alexandre Guyat, *L'incrimination de la discrimination raciale*, Berne 1996 47.  
 27 Avis de droit du 12 janvier 1973, cité dans FF 1992 III 323, note 102.  
 28 BOAF 1991 CN 999 (Monsieur Engler).  
 29 Supra no 14.  
 30 FF 1992 III 291.  
 31 FF 1992 III 316.

Commission a notamment pour tâche d'élaborer des mesures et des propositions d'actes législatifs à l'attention du Conseil fédéral et de soumettre à ce dernier des études et des recommandations. En date du 6 mai 1996, la Commission lui a adressé une prise de position concernant le modèle des trois cercles comme base de recrutement de la main d'oeuvre étrangère. Dans ce document, qui a été rendu public, la Commission ne ménage pas ses mots:

"Le modèle des trois cercles, écrit-elle en substance, est fondamentalement raciste. La répartition arbitraire du monde en cercles concentriques dont le centre est la Suisse est ethno- et eurocentriste. Les catégories introduites dans le modèle des trois cercles fixent les personnes en fonction de leur origine. Le modèle des trois cercles crée de nouvelles réalités sociales qui exercent des effets négatifs et discriminatoires sur une partie de la population vivant en Suisse. Cela va à l'encontre de la Convention (...), porte atteinte à la dignité humaine et menace en fin de compte la paix publique dans notre pays." C'est pourquoi la Commission "propose au Conseil fédéral de repenser les conséquences du modèle des trois cercles en matière de politique suisse à l'égard des étrangers, de les mettre en parallèle avec les engagements fondamentaux pris par la Suisse du fait de son adhésion à la Convention et d'en tirer les conclusions qui s'imposent".

27.- Certes, la Commission fédérale contre le racisme n'est pas un organe judiciaire et sa prise de position n'a, juridiquement, de force contraignante pour personne. Elle ne la motive pas d'ailleurs par des arguments juridiques mais, conformément à son mandat, en prenant en considération des motifs plus larges, psychologiques, sociologiques et politiques. Il n'en reste pas moins que, s'agissant de l'application de la Convention et de l'évaluation de sa mise en oeuvre juridique par la Suisse, cette prise de position revêt une importance certaine. La réponse du Conseil fédéral, qui conteste les conclusions de la Commission en affirmant un peu péremptoirement que cette nouvelle formule aurait non seulement "recueilli un large consensus au Parlement", mais qu'elle aurait été "jugée tant dans les institutions de l'ONU que par le Tribunal fédéral comme parfaitement compatible avec nos engagements<sup>32</sup>" et qui regrette au surplus que la Commission fédérale contre le racisme ait cru bon de se comporter, pour l'un de ses premiers actes, "de manière raciste", n'y change rien: il n'appartient au Conseil fédéral pas plus qu'à quiconque d'être juge et partie à la fois.

## 2) Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

28.- Conclu le 16 décembre 1966 à New York, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>33</sup> (ci-après Pacte II) a été approuvé par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1991<sup>34</sup> et ratifié par le Conseil fédéral en date du 18 juin 1992. Il est entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992.

29.- Aux termes de l'art. 26 du Pacte II, "toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A

<sup>32</sup> BOAF 1996 CN Tournus 1050; intervention de Monsieur Jean-Pascal Delamuraz, Président de la Confédération.

<sup>33</sup> RS 0.103.2

<sup>34</sup> RO 1993 747.

cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation." Cette disposition consacre donc expressément le principe de non-discrimination comme un principe fondamental et général en matière des droits de l'homme, de même qu'elle confère à toute personne les garanties de protection égale et efficace contre la discrimination<sup>35</sup>. Selon le Comité des droits de l'homme, elle oblige tout Etat partie, lorsqu'il adopte un texte législatif, à "faire en sorte que son contenu ne soit pas discriminatoire"<sup>36</sup>.

30.- En apportant une réserve formelle à l'art. 26 du Pacte II, la Suisse en a limité la portée aux autres droits garantis par cet instrument international<sup>37</sup>. Dès lors, l'art. 26 du Pacte II semble avoir, pour la Suisse, le même contenu et les mêmes effets que l'art. 2 al.2 du même Pacte, qui correspond d'ailleurs à l'art. 14 CEDH. Si tel est le cas<sup>38</sup>, force est de constater que le modèle des trois cercles ne porte pas atteinte à cette disposition<sup>39</sup>, dans la mesure où il ne semble toucher, même indirectement, aucun autre droit contenu dans le Pacte II.

### 3) Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

31.- Conclu le même 16 décembre 1966 à New York, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ci-après Pacte I) a été approuvé par l'Assemblée fédérale en date du 13 décembre 1991<sup>40</sup>. Ratifié le 18 juin 1992, il est entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992<sup>41</sup>.

32.- Aux termes de l'art. 2 al.2 du Pacte I, les Etats parties "s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation". On admet généralement que les droits garantis par le Pacte I n'expriment qu'un programme et ne confèrent en

<sup>35</sup> Décision du Comité des droits de l'homme du 9 avril 1987, *Zwaann-de-Vries c. Pays-Bas*, RUDH 1989 95, comp. ATF 121 V 229, 233 B.

<sup>36</sup> Observation générale 18 (37) du 9 novembre 1989, cité par Kälin/Malinverni/Novak (éd.), *La Suisse et le Pacte des Nations-Unies relatif aux droits de l'homme*, Bâle 1991 176.

<sup>37</sup> FF 1991 I 1129, 1140; RO 1993 797; Peter Mock, *Quelques réflexions sur les réserves déposées par la Suisse lors de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, AJP/PJA 1994 984, 990; Claude Rouiller, *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, RDS 1992 115, 116; ATF 121 V 229, 234 B.; 121 V 246, 250 T.

<sup>38</sup> Pour une critique de la réserve, voir Mock (note 37) 990/91.

<sup>39</sup> Contra Jean-François Aubert, *L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale*, AJP/PJA 1994 1079, 1080, qui estime que tous les comportements discriminatoires (au sens de la Convention) imputables à l'Etat lui-même sont contraires à l'art. 4 Cst., 26 du Pacte II et 14 CEDH. Mais l'affirmation n'est pas motivée.

<sup>40</sup> RO 1993 724.

<sup>41</sup> RS 0.103.1.

principe pas de droits subjectifs et justiciables aux individus<sup>42</sup>. Il est douteux cependant que tel soit aussi le cas du principe d'égalité qui a certes une portée dépendante du contenu des droits énoncés par le Pacte I, mais qui, selon la doctrine et la pratiques internationales, est directement applicable et pleinement justiciable<sup>43</sup>. L'opinion contraire exprimée par le Tribunal fédéral ne paraît guère fondée<sup>44</sup>. Ce n'est pas parce qu'une garantie d'égalité est dépendante d'autres droits qu'elle n'est pas directement applicable: l'expérience de l'art. 14 CEDH enseigne tout le contraire<sup>45</sup>. Ce n'est pas non plus parce que les droits énoncés par le Pacte I n'engagent que le législateur que le principe d'égalité qui les complète et les entoure n'est pas justiciable<sup>46</sup>.

33.- Si tel est le cas, alors il faut bien admettre que le modèle des trois cercles viole le principe d'égalité consacré à l'art. 2 al.2 du Pacte I. Le lien avec les autres droits énoncés se fait à travers l'art. 6 du Pacte I qui oblige les Etats parties à reconnaître le droit au travail (al.1er) et à élaborer des "programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, sociale et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales" (al.2). Or, les buts de la limitation du nombre des étrangers — dont le modèle des trois cercles fait clairement partie — comprennent notamment celui d'assurer un "équilibre optimal en matière d'emploi"<sup>47</sup>. En ce qui concerne le caractère discriminatoire de ce modèle, nous avons vu qu'il est difficilement contestable<sup>48</sup>.

#### 4) Le principe d'égalité garanti par l'art. 4 Cst.

34.- Le principe d'égalité garanti par l'art. 4 Cst. consacre, pour l'Etat, une interdiction générale de discriminer, à savoir de faire subir à une personne un traitement particulier pour un motif qui n'est pas justifié par les faits et par les circonstances<sup>49</sup>. Il s'agit d'un principe qui doit être respecté par les autorités législatives, exécutives et judiciaires dans l'ensemble de leur activité<sup>50</sup>. La

<sup>42</sup> FF 1991 I 1141; ATF 120 Ia 1, 12 Verband Studierender an der Universität Zürich; Malinverni (note 36) 54-56.

<sup>43</sup> Jörg Künzli, Soziale Menschenrechte: blosse Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche? AJP/PJA 1996 527, 535/36.

<sup>44</sup> ATF 121 V 246, 250: "Quant à l'art. 2 al.2 (du Pacte I), il n'a pas de portée autonome. Comme cela ressort de sa lettre, il formule des garanties — notamment l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité — en liaison seulement avec les obligations programmatiques que les Etats s'engagent à réaliser progressivement. A cet égard, il existe également une différence avec le (Pacte II) qui consacre, à son art. 26, un droit indépendant à l'égalité et à une égale protection de la loi".

<sup>45</sup> Voir notamment l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 22 février 1994 *Burghartz c. Suisse*, Série A vol. 280B.

<sup>46</sup> Künzli (note 43) 535.

<sup>47</sup> Art. 1er let.c OLE.

<sup>48</sup> *Supra* no 22-27.

<sup>49</sup> ATF 122 I 18, 25 G.; 121 I 102, 104 K.; Georg Müller, Commentaire de la Constitution fédérale, art. 4, no 30 (1995).

<sup>50</sup> ATF 121 II 198, 204 Caisse de prévoyance du personnel des établissements publics médicaux du canton de Genève.

question de savoir s'il existe une raison objective pour opérer à une distinction est jugée en fonction du temps et des conceptions dominantes qui toutes deux évoluent<sup>51</sup>. Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral semble avoir distingué l'inégalité dans la loi, à savoir une distinction juridique que ne justifient pas les faits à réglementer, et la discriminations, à savoir "un traitement inégal qui touche l'homme dans sa valeur de personne (discriminations fondées sur le sexe, la race, etc)" et qui n'est admissible au regard de l'art. 4 Cst. qu'en présence de "raisons pertinentes et sérieuses découlant des différences de fait"<sup>52</sup>. Quel que soit l'apport de cette jurisprudence<sup>53</sup>, il n'est pas contesté que les discriminations fondées sur la race ou l'origine nationale tombent d'emblée sous le coup de l'art. 4 Cst.<sup>54</sup>.

35.- Quant aux distinctions qui se rattachent au critère de la nationalité, elles ne sont compatibles avec l'art. 4 Cst. que pour autant qu'elles se justifient par les faits à réglementer. Il faut donc que ce critère soit pertinent dans le domaine considéré. Le droit positif connaît maints exemples où la distinction fondée sur la nationalité est jugée admissible: droits politiques, établissement et séjour, fiscalité, assurances sociales, exercices de certaines professions, accès au marché du travail, etc. Ce n'est qu'en de rares occasions que la jurisprudence a conclu à l'absence de pertinence du critère de la nationalité<sup>55</sup>.

36.- En matière de politique d'admission de ressortissants étrangers, le critère de la nationalité s'impose d'emblée pour déterminer positivement le cercle de personnes qui sont soumises à cette politique et, négativement, celui des personnes qui n'y sont par définition pas soumises, à savoir les nationaux. Que donc les étrangers, à la différence des Suisses, soient assujettis aux règles relatives à la police des étrangers ne peut être considéré comme une entorse au principe d'égalité. Il est vrai aussi que l'Etat n'est pas tenu de traiter de la même façon tous les étrangers qui demandent à être admis sur son territoire. Ici encore, la nationalité s'offre, à côté d'autres facteurs, comme l'un des critères de distinction dont la pertinence par rapport à la matière à réglementer ne peut être niée. Encore faut-il cependant que les distinctions nationales, géographiques, ethniques ou autres dont il se double soient elles-mêmes justifiées par les circonstances et non-discriminatoires.

37.- Tel paraît bien être le cas des dispositions de l'OLE qui se réfèrent aux ressortissants d'Etats de l'AELE et de l'UE<sup>56</sup>. Que la Suisse décide de soumettre tous les ressortissants de ces Etats à un régime identique qui est censé réaliser à moyen terme le principe de la libre circulation contenu dans le droit communautaire ne peut être considéré comme une violation du principe d'égalité. Etre ressortissant d'un Etat qui est — ou qui n'est pas — membre de ces entités inter- ou supranationales est une donnée dont la Suisse peut, et probablement même doit, tenir compte en définissant sa politique d'entrée et

51 ATF 121 I 49, 51 X.; 116 Ia 359, 368 Rohner.

52 ATF 106 Ib 182, 188, 189 Henggeler.

53 Auer (note 23) 271/272.

54 Müller (note 49) no 18a.

55 ATF 114 Ia 8 Gaioni (redevance de chasse); 119 Ia 35 Dr. S. (exercice de la profession d'avocat).

56 Art. 8 al.1, 3 et 5; art. 28 al.1 OLE.

de séjour des étrangers<sup>57</sup>. En d'autres termes, la définition du cercle intérieur, qui implique, d'une part, une assimilation entre tous les Etats de l'AELE et de l'UE et, d'autre part, une distinction entre ces Etats et tous les autres Etats, résiste au grief d'inégalité.

38.- Il en va de même des dispositions réglementaires qui se réfèrent aux "pays traditionnels de recrutement"<sup>58</sup>. Au-delà de l'appartenance d'un Etat à une organisation internationale ou à une communauté supranationale, les relations personnelles, économiques, commerciales et institutionnelles privilégiées qui peuvent se tisser entre la Suisse et un certain nombre d'autres pays peuvent être prises en considération dans la définition de la politique en matière d'immigration. L'art. 4 Cst. ne s'oppose donc pas à ce que de pareilles "traditions" puissent servir de points de référence pour déterminer le degré d'ouverture ou de fermeture de la politique en question. On ne saurait donc dénier une certaine pertinence à la notion de pays de recrutement traditionnel. Cela suffit pour qu'au regard de l'art. 4 Cst., l'emploi de cette notion par le législateur soit admissible. C'est ainsi que dans deux arrêts récents non publiés, le Tribunal fédéral a pu se contenter de relever qu'avant 1991 déjà, l'OLE établissait, en ce qui concerne le recrutement de la main d'oeuvre étrangère, une distinction selon "l'origine nationale des étrangers"<sup>59</sup>.

39.- Encore faut-il, cependant, que ces "traditions" soient définies par des critères qui sont eux-mêmes pertinents et non discriminatoires. C'est ici que le modèle des trois cercles comporte des failles constitutionnelles. Nous avons vu en effet que, pour distinguer les pays du cercle médian de ceux du cercle extérieur, le Conseil fédéral a établi cinq critères<sup>60</sup> dont deux seulement sont en relation directe avec la notion de pays de recrutement traditionnel<sup>61</sup>. Parmi les trois autres critères, deux dénotent une pertinence difficilement contestable en cette matière, même s'ils n'ont pas de rapport direct avec la notion précitée: le "respect des droits de l'homme" et les "besoins de l'économie en spécialistes venant de ces pays". Le dernier critère en revanche, à savoir "l'appartenance de ces pays à une culture marquée par les idées européennes au sens large et dans lesquelles les conditions de vie sont similaires aux nôtres" repose sur un *a priori* et opère une généralisation qui ne sont pas compatibles avec les exigences de l'art. 4 Cst. En réalité, le critère de la nationalité cède ici le pas à celui de l'origine nationale ou ethnique et ce dernier s'explique (mal!) par certaines particularités lesquelles, selon "l'expérience", rendraient l'intégration des personnes originaires de ces pays plus difficile, sinon impossible, ce qui justifierait leur exclusion. Discriminatoire<sup>62</sup>, cet élément est aussi fondamentalement contraire aux exigences du principe d'égalité.

<sup>57</sup> Daniel Thürer/Christine Kaufmann, Ausländerrecht, in: Schindler et al. (éd.), Le droit suisse et le droit communautaire: convergences et divergences, Zurich 1990 45-73.

<sup>58</sup> Art. 8 al.1 et 3; art 58 al.2 OLE

<sup>59</sup> Arrêts rendus par la 2e Cour de droit public le 16 avril 1996 dans les causes A. A. et P. Z., cons. 2 b); NZZ du 11/12 mai 1996.

<sup>60</sup> Supra no 4.

<sup>61</sup> Il s'agit des "rapports commerciaux et économiques établis de longue date" et des "bonnes relations traditionnelles avec la Suisse en matière de recrutement de main-d'oeuvre".

<sup>62</sup> Supra no 21-27.

40.- C'est donc à un double point de vue que l'art. 4 Cst. est touché. Le critère de la "culture européenne au sens large et des conditions de vie similaires" implique, d'une part, une distinction insoutenable entre les ressortissants des pays qui rempliraient ces conditions et tous les autres, sans égard aucun aux aspects subjectifs qui peuvent toujours compléter, voire contredire les aspects prétendument objectifs choisis. D'autre part, il y a là une assimilation tout aussi insoutenable qui veut que tous les ressortissants des pays non européens et non développés soient également incapables de s'intégrer et d'être intégrés en Suisse.

## 5) Le principe de la légalité

41.- Élément constitutif de l'Etat fondé sur le droit, le principe de la légalité, qui a valeur constitutionnelle, comporte un double aspect. En vertu de la règle de la suprématie de la loi, celle-ci doit être observée et respectée non seulement par les administrés, mais aussi par les autorités. Les organes de l'Etat, qu'ils soient législatifs, exécutifs ou judiciaires, fédéraux, cantonaux ou communaux, doivent se soumettre à l'ensemble des normes dont se compose l'ordre juridique, respecter la hiérarchie qui s'établit entre elles et veiller à ce que tout acte étatique qui leur est imputable soit conforme aux règles supérieures. Le respect de la loi est présumé conforme à la justice<sup>63</sup>.

42.- Mais le sens principal du principe de la légalité est que l'ensemble de l'activité étatique doit reposer, en principe, sur la loi. En exigeant que les actes administratifs trouvent un fondement dans la loi, le principe de la légalité met en oeuvre le principe démocratique et contribue ainsi au renforcement de la légitimité des actes étatiques. Signifiant que le pouvoir exécutif et son administration ne peuvent ni légiférer ni prendre de décision en dehors du cadre que leur prescrit le législateur, il concrétise le principe de la séparation des pouvoirs. Par ailleurs, l'exigence de la base légale vise à prévenir l'arbitraire et à favoriser la sécurité du droit<sup>64</sup>. C'est ce qu'exprime la jurisprudence en considérant que le principe de la légalité "vise d'une part à protéger le citoyen contre l'arbitraire d'un organe étatique qui serait habilité en même temps à adopter et à appliquer la loi, d'autre part à garantir le principe démocratique, à savoir les droits politiques des citoyens"<sup>65</sup>.

43.- Que l'ensemble de l'activité étatique doive reposer sur une loi ne signifie pas que cette dernière doit prévoir en détail et de façon précise n'importe quelle manifestation de cette activité. Aussi, la jurisprudence et la doctrine nuancent-elles la portée du principe de la légalité selon les domaines de l'activité étatique en question et en fonction de différents critères tels que l'existence et la gravité d'une atteinte à un droit fondamental, les destinataires

---

63 Pierre Moor, Droit administratif, vol. I, Les fondements généraux, 2e éd. Berne 1994 309

ss.  
64 Ibid. 329 ss;

65 ATF 103 Ia 383 Wäffler.

de la norme, les garanties de procédure ultérieures, etc<sup>66</sup>. Plus l'atteinte à une liberté est grave et plus le domaine en question est sensible, plus le principe de la légalité prend de la consistance en exigeant une densité normative accrue de la loi<sup>67</sup>.

44.- En droit des étrangers, le principe de la légalité, il faut bien le reconnaître, n'a jamais réussi à conquérir la place et acquérir l'importance auxquelles il peut légitimement prétendre. Y prédominent en fait et en droit les ordonnances du Conseil fédéral, les directives émanant des autorités administratives fédérales et les décisions, cantonales aussi bien que fédérales. Quant à la loi et à la constitution, elles ne semblent être là que pour la forme, pour répartir les responsabilités et fixer les procédures. Il y a différentes raisons à cette discrétion de la loi et de la légalité:

45.- Une première raison tient à l'histoire: la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE)<sup>68</sup>, fille de son temps, n'est qu'une loi cadre<sup>69</sup> qui se contente de fixer les principes et les procédures et qui n'atteint quelque degré de précision que pour restreindre ou exclure les conditions de séjour des étrangers. Elle ne dit rien sur des notions pourtant essentielles telles que la durée du séjour exigé pour pouvoir obtenir un permis d'établissement, les conditions du regroupement familial<sup>70</sup>, la définition de l'activité lucrative, les règles quantitatives et qualitatives qui limitent l'accès des étrangers au marché du travail, etc<sup>71</sup>.

46.- Une deuxième raison, bien connue, tient aux particularités de la juridiction constitutionnelle en Suisse: le Tribunal fédéral ne peut pas revoir la constitutionnalité des lois fédérales et des normes de délégation qu'elles contiennent<sup>72</sup>. Ainsi, le juge ne peut que prendre acte des insuffisances et des lacunes de la LSEE, sans être en mesure ni de sanctionner les dispositions qui seraient contraires à la Constitution<sup>73</sup>, ni d'enjoindre le législateur à satisfaire les exigences du principe de la légalité.

47.- Une troisième raison est imputable aux aléas de la démocratie directe en Suisse: reconnaissant les lacunes de la LSEE<sup>74</sup>, les autorités fédérales ont bien

66 ATF 121 I 22 Anouk Hasler; 279, 283 Circus Gasser Olympia AG; 121 II 88 Amstutz Altöl AG; Moor (note 63) 338 ss.

67 ATF 117 Ia 472, 480 Sozialdemokratische Partei Basel-Stadt; 109 Ia 273 Hans Vest; Adrian Ritter, Schutz der Freiheitsrechte durch genügend bestimmte Normen, Coire 1994 passim.

68 RS 142.20.

69 Giorgio Malinverni, Commentaire de la Constitution fédérale, art. 69ter no 15 ss (1995).

70 Sous réserve toutefois des art. 7 et 17 LSEE.

71 Pierre Moor/Yves Hofstetter, Les autorisations et les décisions de police des étrangers, in: Les étrangers en Suisse, Lausanne 1982 29, 30.

72 Art. 113 al.3 et 114bis al.3 Cst.; Walter Haller, Commentaire de la Constitution fédérale, art. 113 al.3, no 142 ss (1995).

73 Tel est le cas en particulier des mesures de contraintes votées le 18 mars 1994; Andreas Auer, La Constitution fédérale, les droits de l'homme et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers, AJP/PJA 1994 749, 751; Niccolò Raselli, Die neuen Zwangsmassnahmen im Lichte von Verfassung und Menschenrechten, ASYL 1994 79-88.

74 FF 1978 II 166, 174, 178.

tenté d'adapter cette loi devenue archaïque aux exigences accrues de la légalité en adoptant, le 19 juin 1981, une loi sur les étrangers<sup>75</sup> relativement complète, mais on sait que le peuple n'en a point voulu<sup>76</sup>.

48.- Une quatrième raison s'explique par la double limitation du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral en cette matière, une limitation qui est très largement la conséquence de l'exclusion du recours de droit administratif pour laquelle le législateur a opté<sup>77</sup>. C'est ainsi que, lorsqu'il est appelé à examiner le respect du principe de la légalité en dehors du champ d'application d'un droit constitutionnel spécifique, le Tribunal fédéral ne l'examine que "sous l'angle limité de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire en relation avec l'art. 4 Cst."<sup>78</sup>. Au surplus, en présence d'une délégation qui accorde au Conseil fédéral un large pouvoir d'appréciation pour régler la matière à coups d'ordonnances, il n'est pas habilité à substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral<sup>79</sup>.

49.- S'y ajoute, comme cinquième raison, une certaine timidité de la jurisprudence qui a tendance à n'appliquer qu'avec une extrême retenue les principes — pourtant constitutionnels — de la séparation des pouvoirs, de la légalité et de l'égalité de traitement au domaine de la police des étrangers. C'est ainsi notamment que, dans l'arrêt Notburga K., du 20 mars 1992, le Tribunal fédéral a dû recourir à une construction juridique fort osée pour conclure à la constitutionnalité des mesures de limitation des étrangers: puisque l'art. 18 al.3 LSEE prévoit que les décisions cantonales accordant une autorisation de séjour doivent obtenir l'approbation de l'autorité fédérale compétente, le Conseil fédéral peut, dit-il, fixer dans une ordonnance les critères et les règles selon lesquelles cette approbation sera donnée<sup>80</sup>. En somme, la compétence de prendre des décisions administratives impliquerait un pouvoir normatif autonome: rarement, en Suisse, la théorie des pouvoirs implicites a servi si directement à conférer à la loi un sens qui ne se dégage ni de sa lettre, ni de sa systématique et encore moins des travaux préparatoires et à affirmer la constitutionnalité d'une ordonnance — l'OLE — qui contient des règles primaires essentielles, sinon constitutives du droit suisse des étrangers: limitation du nombre d'étrangers, conditions requises pour l'exercice d'une activité lucrative, statut des saisonniers, situation des frontaliers, regroupement familial et, *last but not least*, le modèle des trois cercles<sup>81</sup>.

75 FF 1981 II 553.

76 FF 1982 II 985.

77 Art. 100 let.b OJ; Urs Bolz, Rechtsschutz im Ausländer-und Asylrecht, Bâle 1990 80 ss.

78 ATF 121 IV 345, 351 A.

79 ATF 121 II 465, 467 R.; 120 Ib 97, 102 Metallwerke Refonda AG.

80 ATF 118 Ib 81, 88 Notburga K. et al.; cette jurisprudence a été confirmée notamment dans les arrêts précités du 16 avril 1996. Quant au raisonnement du pouvoir normatif implicite, découlant de la compétence fédérale d'approbation des décisions cantonales, il a été développé par Toni Pfanner, Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers, St. Gall 1985 103/104.

81 A supposer que l'art. 18 al.3 LSEE puisse être considéré comme une délégation législative, il ne remplirait en aucun cas les exigences de la densité normative s'imposant dans un domaine où les droits des administrés sont si directement touchés.

50.- Cette retenue, que l'on peut qualifier d'extrême et qui a pour effet de nier le caractère justiciable de larges parts du droit suisse des étrangers, a été quelque peu atténuée dans un arrêt récent, du 1er décembre 1995, dans lequel le Tribunal fédéral a considéré, sauf erreur pour la première fois, qu'une disposition de l'OLE manquait de base légale. Il s'agit de l'art. 55 al.3 OLE qui met à la charge de l'employeur les frais d'assistance et le rapatriement pour les étrangers qui ont été occupés sans autorisation et qui a été interprété par les autorités comme s'étendant aux frais médicaux et pharmaceutiques. Cette disposition, estiment les juges, ne trouve pas de fondement suffisamment précis à l'art. 25 al.1 LSEE. "D'une manière générale, l'introduction d'obligations nouvelles et importantes à la charge du citoyen doit (...) rester dans la compétence du législateur qui ne saurait confier cette tâche au Conseil fédéral sans une délégation de compétence précise fixant expressément l'étendue et le cadre de l'obligation en cause". Et encore: les "règles qui imposent une responsabilité ayant des conséquences financières étendues doivent figurer dans la loi elle-même"<sup>82</sup>.

51.- C'est dans cette optique qu'il convient de répondre à la question de savoir si l'ancrage normatif du modèle des trois cercles respecte les exigences découlant du principe de la légalité. Cet ancrage, on l'a vu<sup>83</sup>, se trouve, d'une part, dans un certain nombre de dispositions de l'OLE et, d'autre part, dans une série de décisions du Conseil fédéral. Les directives en revanche, fort nombreuses en la matière, ne peuvent d'emblée pas satisfaire les conditions de ce principe constitutionnel. En effet, comme le Tribunal fédéral ne cesse de le rappeler, de telles directives n'ont pas caractère de loi et sont dénuées de toute force obligatoire; elles ne sont pas considérées comme du droit fédéral<sup>84</sup> et ne peuvent fonder ni des droits ni des obligations pour les administrés<sup>85</sup>. Tout au plus, ajoute-t-il parfois, "peuvent-elles créer une pratique administrative uniforme et présenter à ce titre une certaine utilité"<sup>86</sup>. Quant aux directives cantonales prises en application de l'OLE, elles ne peuvent pas faire l'objet d'un recours de droit public, dans la mesure où ni l'OLE, ni l'art. 4 Cst., ni l'art 31 Cst., ni l'art. 2 DT ne confèrent à l'intéressé un intérêt juridique au sens de l'art. 88 OJ<sup>87</sup>. Cela signifie en l'espèce que les pouvoirs que l'administration fédérale tient des directives qui mettent en oeuvre le modèle des trois cercles<sup>88</sup> ne peuvent être valablement exercés qu'à la condition qu'ils trouvent un fondement suffisant dans la norme à l'exécution de laquelle ils se rapportent<sup>89</sup>.

52.- Force est de constater que le modèle des trois cercles ne peut se fonder sur aucune disposition, même implicite, qui ait force de loi. La LSEE ne le mentionne point, ni directement, ni indirectement. Et même l'OLE ne contient qu'une partie des règles que l'administration en déduit. Or, il s'agit manifestement de règles primaires que l'administration ne peut édicter que sur

82 ATF 121 II 465, 470/471 R., renvoyant à l'ATF 104 Ib 205, 209 X. AG.

83 Supra no 10.

84 ATF 121 IV 64, 66 J.; 119 Ib 33, 41 X.; 117 Ib 358, 364 M.

85 ATF 122 I 44, 45 Rudolf Kreis.

86 ATF 117 Ib 225, 231 Association vaudoise des petites familles; Moor (note 63) 264, 334.

87 ATF 122 I 44 Rudolf Kreis.

88 Supra no 9.

89 Moor (note 63) 334.

la base d'une délégation législative précise, une délégation qui fait défaut en l'espèce. Certes le Conseil fédéral avait le droit de proposer, comme il l'a fait dans son rapport du 15 mai 1991<sup>90</sup>, une réorientation de la politique fédérale en matière d'admission des étrangers, en fonction notamment de la nécessité d'intégrer la Suisse de façon optimale dans la nouvelle construction européenne. Sans doute pouvait-il suggérer aussi, comme compensation à l'ouverture plus grande à l'égard des ressortissants d'Etats de l'UE et de l'AELE, une politique de plus grande fermeture à l'égard d'autres étrangers. Mais il devait faire en sorte que cette nouvelle politique trouve une base quelconque dans une disposition législative jouissant de la légitimité démocratique qu'impose l'importance de la réorientation envisagée. Il n'est plus admissible que les autorités fédérales continuent à se réfugier derrière la votation populaire négative du 6 juin 1982 pour poursuivre, à l'abri de la loi et du contrôle démocratique qu'elle rend possible, une politique à l'égard des étrangers qui est conçue, définie et appliquée par une seule et même autorité, à savoir l'administration. Pareille confusion des pouvoirs contredit diamétralement les finalités démocratiques et libérales du principe de la légalité. Le modèle des trois cercles barre l'accès au marché suisse du travail à un très grand nombre d'étrangers. Ce faisant, il impose aux opérateurs économiques des obligations qui ont des conséquences financières importantes. Il limite par ailleurs très fortement le droit des cantons, garanti par l'art. 69ter al.2 Cst. et mis en oeuvre par l'art. 4 LSEE, de prendre des décisions en matière de séjour des étrangers. Travailleurs, employeurs, cantons — tous sont soumis aux aléas d'une politique qui implique des choix délicats et qui affecte directement nos relations internationales et ceci sans avoir été approuvée ni par les députés ni par le peuple. Même s'il est incontestable que la politique à l'égard des étrangers relève de la compétence du Conseil fédéral, on ne peut justifier, sous l'angle de la légalité, pareil silence et pareille mise à l'écart du législateur démocratique.

53.- A noter que le principe de la légalité veut que le législateur adopte formellement une règle de droit qui prescrit en des termes positifs ou négatifs au moins les grandes lignes de la politique en matière d'admission d'étrangers et/ou qui délègue au Conseil fédéral le pouvoir de la mettre en oeuvre, voire de la compléter dans certaines circonstances déterminées. Il ne suffit donc pas que le parlement s'abstienne de désapprouver formellement la politique menée par l'exécutif. Ainsi le simple fait que l'Assemblée fédérale a formellement pris acte du rapport du Conseil fédéral présentant le modèle des trois cercles<sup>91</sup> ne peut suppléer à l'absence de base légale de ce modèle<sup>92</sup>. Il est frappant de constater que lors de la discussion aux Chambres, les voix critiques à l'égard du modèle des trois cercles ont été nettement plus nombreuses et plus approfondies<sup>93</sup> que les voix de ceux qui exprimaient leur accord avec la nouvelle politique<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Supra no 3.

<sup>91</sup> Décision du Conseil national du 10 juin 1991 (BOAF 1991 CN 1020) et du Conseil des Etats du 3 octobre 1991 (BOAF 1991 CE 883).

<sup>92</sup> Cet argument a été parfois invoqué à l'appui de la légalité des mesures de contingentement, Pfanner (note 80) 107.

<sup>93</sup> Au Conseil national, les députés suivants ont pris position, d'une façon ou d'une autre, contre le modèle des trois cercles: Couchepin ("une querelle inutile"), Engler ("discriminatoire"),

54.- Quant au Tribunal fédéral, il s'est contenté, dans les arrêts A. A. et P. Z., précités, du 16 avril 1996, de rappeler la jurisprudence Notburga K., sans examiner si le raisonnement du pouvoir normatif implicite, fort douteux en ce qui concerne le principe de la limitation du nombre d'étrangers, peut s'appliquer aussi au principe de la priorité dans le recrutement, c'est-à-dire au modèle des trois cercles. Peut-on raisonnablement soutenir, en droit, que la compétence fédérale d'approuver les décisions cantonales octroyant un permis de séjour<sup>95</sup> implique la compétence de définir abstraitement les groupes d'Etats dont les ressortissants sont admis, sont admis exceptionnellement ou sont exclus du marché suisse de travail? En tout état de cause, ces arrêts ne se prononcent pas formellement sur la légalité et la constitutionnalité de la politique des trois cercles.

### III Le statut des ressortissants de l'ex-Yougoslavie

55.- L'application du modèle des trois cercles aux ressortissants de l'ex-Yougoslavie s'est faite, juridiquement, par une décision de principe du Conseil fédéral, du 23 septembre 1991, suivie d'une série de décisions complémentaires émanant de la même autorité, qui ont abouti à plusieurs modifications de l'OLE et/ou à l'adoption de directives de l'administration fédérale. Les grandes étapes et les effets juridiques de ces modifications successives méritent d'être rappelés.

56.- Première conséquence normative de la décision de principe du 23 septembre 1991, la modification de l'OLE du 16 octobre 1991 a eu pour effet d'exclure, à partir du 1er novembre 1991, les ressortissants de l'ex-Yougoslavie de la possibilité d'obtenir une autorisation initiale de séjour et un premier permis saisonnier. Les personnes titulaires d'une autorisation à l'année ou d'un permis d'établissement n'ont pas été touchées par cette mesure, pas plus que les travailleurs yougoslaves qui avaient obtenu une autorisation de séjour auparavant<sup>96</sup>. Quant aux saisonniers yougoslaves, ils pouvaient demander jusqu'au 31 décembre 1994 que leur permis saisonnier soit transformé en permis de séjour, aux conditions fixées par l'art. 28 OLE. Depuis le premier janvier 1995, une telle transformation est en revanche exclue. Enfin, en vertu de l'art. 58 al.2 OLE, qui a remplacé les dispositions transitoires de l'ordonnance du 19 octobre 1994, les saisonniers ressortissants des pays de l'ex-Yougoslavie qui ont obtenu des autorisations saisonnières pendant les périodes de contingentement 1993/94 et 1994/95 et qui n'ont pas rempli les conditions pour

---

Ruf, Rychen, Madame Fankhauser, Seiler Rolf ("problematisch"), Schmid ("erhebliche Skepsis"), Bodenmann, Madame Gardiol ("choquant, schizophrénique"), Meier, Reimann ("unannehmbar"), Madame Segmüller ("diskriminierend"). Au Conseil des Etats, il s'agit de Messieurs Iten, Schiesser, Miville, Bühler et Onken ainsi que de Mesdames Simmen et Meier ("erhebliche Bedenken"), voir BOAF 1991 CN 996-1020 ; CE 868-877.

<sup>94</sup> Au Conseil national, il n'y a guère que Messieurs Schüle, Couteau et Bonny qui se sont prononcés pour le modèle des trois cercles; quant au Conseil des Etats, ceux qui ne l'ont pas critiqué n'ont pas pris position sur la question.

<sup>95</sup> La jurisprudence a précisé qu'il s'agit d'une compétence originaire découlant directement de l'art. 69ter Cst., ATF 120 Ib 6, 9 X.

<sup>96</sup> Chiffre 34 des directives du 27 septembre 1991.

la transformation, ont pu encore obtenir, au cours de la période 1995/96, une autorisation saisonnière dont la validité expire impérativement au 31 décembre 1996. A chacune de ces échéances, la situation juridique des travailleurs originaires des pays de l'ex-Yougoslavie s'est trouvée — et se trouvera — modifiée dans un sens restrictif. On ferme une première porte, puis une deuxième, on attend un peu, on en ferme encore une et, après un autre délai d'attente, on boucle tout.

57.- A noter que le Conseil fédéral, en adoptant ces modifications successives de l'OLE, n'a pas prévu de réglementation transitoire proprement dite. Il n'a admis d'exception ni pour le blocage des autorisations initiales de séjour et des premiers permis saisonniers, ni pour le gel des transformations des permis saisonniers en permis de séjour. Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs relevé<sup>97</sup>. Quant à l'art. 58 al.2 OLE, il n'a pour objet que de poser un nouveau principe d'exclusion — de fermer l'ultime porte — à savoir que les dernières autorisations saisonnières devront impérativement expirer à la fin de l'année 1996.

58.- Les modifications réglementaires successives, mettant graduellement en oeuvre la décision du 23 septembre 1991 qui, elle, est la conséquence, sinon la cause<sup>98</sup> du modèle des trois cercles, reproduisent implicitement les irrégularités conventionnelles<sup>99</sup> et constitutionnelles<sup>100</sup> dont souffre ce modèle. Elles posent, au surplus, un certain nombre de problèmes autonomes de conformité au droit international et au droit constitutionnel interne.

## 1) Le droit international

59.- On peut dans un premier temps se demander si la décision du 23 septembre 1991 est conforme aux obligations internationales que la Suisse a contractées à l'égard du pays concerné. La Convention d'établissement et consulaire entre la Suisse et la Serbie du 16 février 1888<sup>101</sup> consacre, à l'article

<sup>97</sup> Arrêt P. Z. cons. 2a).

<sup>98</sup> A ce point de l'exposé, il est permis de se demander si la décision du 23 septembre 1991 a été la conséquence ou la cause du choix du modèle des trois cercles. On peut penser en effet que l'application au cas concret a été, en l'espèce, l'une des causes de l'adoption de la règle. En d'autres termes, ce n'est pas parce que le Conseil fédéral a retenu le modèle des trois cercles que les ressortissants de l'ex-Yougoslavie ont été expulsés du royaume des pays traditionnels de recrutement. C'est plutôt l'inverse: parce que les autorités estimaient — pour des raisons tenant notamment au contexte économique et au besoin de sécurité — qu'il convenait de recalcer les travailleurs ex-yougoslaves, elles ont conçu et retenu le modèle des trois cercles qui permet de placer le problème dans une perspective plus large et de justifier le recalage par des motifs aussi honorables que la nécessité d'adapter le droit suisse au droit communautaire, le respect des droits de l'homme, etc. Plusieurs éléments pointent dans cette direction, notamment certains passages du message du Conseil fédéral (supra no 4), le rapprochement des dates et aussi le fait que la décision de faire passer les ressortissants ex-yougoslaves dans le cercle extérieur a été prise avant même que le rapport du Conseil fédéral présentant le modèle des trois cercles ait été discuté au Conseil des Etats.

<sup>99</sup> Supra no 12 à 27, 31-33.

<sup>100</sup> Supra no 34-54.

<sup>101</sup> RS 0.142.118.181.

premier, le principe de la libre circulation des ressortissants serbes (naguère: yougoslaves) en Suisse. Mais on sait que les différents traités d'établissement que la Suisse a conclu au siècle dernier ont fait l'objet d'une réinterprétation, le plus souvent tacite, à partir de la Première Guerre Mondiale, en ce sens que seuls les ressortissants au bénéfice d'un permis d'établissement peuvent se prévaloir de la liberté de circulation et de l'égalité de traitement qu'ils garantissent. Ces traités ne s'appliquent dès lors aux ressortissants des puissances contractantes que sous réserve des règles de police des étrangers. La jurisprudence<sup>102</sup> et la doctrine<sup>103</sup> n'ont pu que prendre acte de cette réinterprétation, en rappelant encore que celle-ci n'a pas besoin, pour être valable, de l'approbation par l'Assemblée fédérale. La Convention précitée ne peut donc constituer un obstacle juridique à l'adoption et à la mise en oeuvre de la décision du 23 septembre 1991.

60.- Il y a ensuite la Convention de 1965. La décision du Conseil fédéral du 23 septembre 1991 et les modifications réglementaires correspondantes ont bien pour cible les ressortissants des pays de l'ex-Yougoslavie. Difficile, sinon impossible de ne pas y voir une discrimination au sens de l'art. 1er al.1er de la Convention qui, nous l'avons vu<sup>104</sup>, s'applique. Quelles que soient dès lors les motivations de cette décision — caractère de *non-safe countries* des pays concernés, non respect des droits de l'homme, nombre important de demandeurs d'asile et de réfugiés provenant de ces pays — c'est toujours et délibérément une nationalité particulière qui est visée et pénalisée, à savoir les ressortissants de l'ex-Yougoslavie, qu'ils soient Serbes, Croates, Bosniaques, Macédoniens ou Slovènes. L'appartenance à l'un de ces Etats suffit pour exclure les personnes concernées du marché du travail en Suisse, alors même qu'ils représentaient en 1991 encore, après celui des Italiens, le deuxième groupe de travailleurs étrangers en Suisse. Plus de 200'000 personnes étaient à ce moment directement ou indirectement concernées et plusieurs dizaines de milliers de travailleurs, et indirectement leur familles, risquent de tomber sous le coup de l'expiration des derniers permis saisonniers et autorisations de courte durée au 31 décembre 1996. Les autorités exécutives et administratives fédérales ont ainsi mis la Suisse en situation de violation directe des engagements internationaux qu'elle avait pris en ratifiant la Convention.

## 2) Le droit constitutionnel

61.- La décision, prise en date du 23 septembre 1991, de ne plus reconnaître la Yougoslavie, dès le 1er novembre 1991, comme faisant partie des pays traditionnels de recrutement et de classer ses ressortissants dans le cercle extérieur est une décision d'ordre politique, un acte gouvernemental, dont il y a

<sup>102</sup> ATF 119 IV 65 M.; 110 Ib 63, 66 Pensionnat Mont-Olivet; 106 Ib 125, 128 Shala (à propos de la Convention serbo-suisse).

<sup>103</sup> Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel 1967 No 1035; Augustin Macheret, *L'immigration étrangère en Suisse à l'heure de l'intégration européenne*, Genève 1969, 107 ss; Walter A. Stoffel, *Die völkervertraglichen Gleichbehandlungsverpflichtungen der Schweiz gegenüber den Ausländern*, Fribourg 1979 114 ss; Pfanner (note 80) 34 ss;

<sup>104</sup> *Supra* no 15-20.

lieu de penser qu'il rentre dans les attributions constitutionnelles du Conseil fédéral. On peut certes discuter de l'opportunité de cette décision et redouter les conséquences personnelles difficiles, sinon dramatiques qu'elle peut impliquer, mais d'un point de vue juridique, il suffit de constater qu'elle relève typiquement de l'autorité qui exerce "l'autorité directoriale et exécutive supérieure de la Confédération", qui "dirige les affaires fédérales" et qui est "chargé des relations extérieures"<sup>105</sup>, à savoir le Conseil fédéral<sup>106</sup>.

62.- En revanche les directives du 21 octobre 1994, complétées par celles du 1er novembre 1995<sup>107</sup>, posent un problème constitutionnel certain. Elles prévoient en effet que les titulaires d'une autorisation saisonnière ou de courte durée originaires de la Slovénie, de la Croatie, de la Bosnie Herzégovine, de la Macédoine et de la Yougoslavie (Serbie et Monténégro) pourront exceptionnellement obtenir une autorisation à l'année, imputable sur le contingent cantonal. Mais cette possibilité est soumise à un certain nombre de conditions. Il faut notamment que les personnes concernées aient travaillé en Suisse depuis huit années consécutives, fournissent la preuve d'avoir une occupation durable, produisent un contrat de durée indéterminée et une appréciation de la situation économique de l'entreprise et qu'elles déposent leur demande deux mois avant l'échéance de l'autorisation accordée au cours de la période de contingentement 1995/1996, soit avant le 31 août 1996. On est donc en présence d'un régime transitoire exceptionnel qui institue une possibilité d'obtenir un permis de séjour à l'année, et ceci en dérogation aux dispositions légales et, surtout réglementaires applicables et moyennant des conditions particulières qui n'ont été édictées que pour les personnes et les circonstances visées.

63.- Force est de constater que ce régime exceptionnel est dénué de toute base légale et même réglementaire. On ne peut qu'être frappé par la légèreté avec laquelle l'administration compétente s'écarte des dispositions de l'OLE qui signifient en clair qu'il ne devrait y avoir, au plus tard à partir du 1er janvier 1997, pour les ressortissants de l'ex-Yougoslavie, ni permis de séjour initial, ni transformation de permis saisonnier en permis à l'année, ni permis de courte durée, ni permis saisonnier. On a quelque peine à comprendre aussi sur quelle base légitime se fondent les conditions particulières, particulièrement difficiles à remplir d'ailleurs, qui imposent aux travailleurs concernés, à leur employeurs ainsi qu'aux cantons des obligations sensiblement différentes que celles qui s'appliquent aux ressortissants des autres pays. Il y a là une double illégalité qu'un Etat fondé sur le droit ne peut tolérer: rien dans la loi au sujet du modèle des trois cercles<sup>108</sup>, rien dans le règlement concernant le régime exceptionnel des travailleurs de l'ex-Yougoslavie. L'administration légifère et décide dans un monde qui n'est certes pas arbitraire — car des motivations il y en a — mais qui s'est mis résolument en marge et à l'abri du principe constitutionnel de la légalité.

<sup>105</sup> Art. 95 et 102 ch.1 et 8 Cst.

<sup>106</sup> Kurt Eichenberger, Commentaire de la Constitution fédérale, art. 95 no 48-56; art. 102 ch.1 no 17 (1988).

<sup>107</sup> Supra no 9.

<sup>108</sup> Supra no 52-54.

64.- Ces illégalités se doublent d'une série d'inégalités dont on a de la peine à déceler la pertinence et donc la conformité à l'art. 4 Cst. Huit années consécutives de travail en Suisse pour le saisonnier venu de l'ex-Yougoslavie, contre quatre au cours desquelles le saisonnier venu d'autres pays doit avoir travaillé régulièrement pendant au moins 36 mois<sup>109</sup>. Exigence d'une occupation durable et d'un contrat de durée illimitée, alors que le saisonnier venu d'ailleurs n'a besoin ni d'un engagement sur l'année entière, ni d'un contrat de travail à moyen terme pour obtenir la transformation de son permis<sup>110</sup>. Preuve d'une situation économique saine de l'entreprise qui veut continuer à engager, comme travailleur à l'année, un ancien saisonnier d'origine yougoslave, alors que les employeurs qui veulent engager d'autres travailleurs tombant sous le contingentement sont dispensés de cette preuve et soumis à des conditions moins strictes<sup>111</sup>. Encore une fois, ce n'est pas d'arbitraire qu'il s'agit, car il est possible sans grande peine de trouver quelques raisons, fussent-elles mauvaises, pour chacune de ces différences de traitement: récompenser la fidélité de l'engagement du saisonnier pour un employeur suisse; promouvoir la stabilité du nouvel emploi obtenu; garantir la conformité à certains impératifs économiques, etc. Mais ces raisons ne semblent guère justifiées par les circonstances à régler, en ce sens qu'il s'agit avant tout de mettre en oeuvre la décision du 23 septembre 1991, tout en atténuant quelque peu — pour les régions, les entreprises et même les travailleurs les plus touchés par cette mesure — les effets négatifs qui en découlent. Quoi qu'il en soit, il y a, dans l'illégalité qualifiée dans laquelle baigne le régime exceptionnel, des critères et des conditions qui constituent des inégalités de traitement et qui conduisent à une situation qui, au surplus, heurte le sentiment de justice et d'équité<sup>112</sup>. On sait que l'art. 4 Cst. ne tolère ni les unes ni l'autre.

---

109 Art. 28 al.1 let.a OLE.

110 Art. 28 OLE.

111 Art. 16 OLE.

112 ATF 113 Ia 76 Y.; 109 Ia 166 W.; 106 Ia 7 X.

- 65.- Le modèle des trois cercles est contraire à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965. Malgré la réserve que la Suisse a apporté à cette Convention, elle est juridiquement tenue de revoir la politique et de modifier les dispositions réglementaires qui consacrent ce modèle.
- 66.- Le modèle des trois cercles contrevient également au principe d'égalité garanti à la fois par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et par l'art. 4 de la Constitution fédérale.
- 67.- L'ancrage normatif du modèle des trois cercles ne satisfait pas les exigences principe constitutionnel de la légalité.
- 68.- L'application du modèle des trois cercles aux ressortissants des pays de l'ex-Yougoslavie est à son tour contraire à la Convention de 1965, de même qu'elle ne respecte ni le principe de la légalité, ni l'interdiction constitutionnelle des inégalités dans la loi.

Genève, le 31 juillet 1996

  
Andreas Auer