



18.4.2007

Rapport explicatif

concernant la modification de l'ordonnance sur
le casier judiciaire (RS 331)

Nouvelle réglementation des droits d'accès des autorités
cantonales de naturalisation aux données du casier
judiciaire

1. Introduction

Le 29 novembre 2006, le Conseil fédéral a proposé d'accepter une motion Freysinger (06.3616), qui demandait que les autorités chargées des naturalisations au niveau du canton (mais non au niveau communal) aient les mêmes droits d'accès au casier judiciaire que l'autorité fédérale compétente, l'Office fédéral des migrations (ODM). Il s'agit de leur accorder un accès en ligne à toutes les données du casier judiciaire, c'est-à-dire les données sur les jugements et sur les procédures pénales en cours (cf. art. 365, al. 1, let. g, en relation avec l'art. 367, al. 2, let. e, et al. 4, du code pénal [CP] ; RS 311). Aujourd'hui, ces autorités peuvent seulement demander par écrit à l'autorité cantonale de coordination un extrait du casier judiciaire sur les jugements (cf. art. 22, al. 1, let. h, de l'ordonnance sur le casier judiciaire [ordonnance VOSTRA] ; RS 331).

La motion n'a pas encore été traitée par le Parlement. Une première motion avait été classée le 6 octobre 2006, le délai étant écoulé. Elle a donc été déposée de nouveau. Comme le Conseil fédéral est d'accord avec son auteur, le chef du Département fédéral de justice et police a décidé de ne pas attendre un mandat formel du Parlement mais d'entreprendre sans tarder les travaux de mise en œuvre (pour la nécessité d'opérer une modification à l'échelon législatif, v. le ch. 2). Cet objet est considéré comme urgent par beaucoup, à preuve le fait que plusieurs représentants des cantons ont par le passé fait des démarches auprès du Département fédéral de justice et police ou du Casier judiciaire pour demander une modification de la loi.

Une base légale formelle est nécessaire pour accorder des droits d'accès en ligne aux données du casier judiciaire, qui contient des données sensibles (cf. art. 19, al. 3, de la loi fédérale sur la protection des données ; RS 235.1). Il est nécessaire à cet effet de modifier l'art. 367, al. 2 et 4, CP, ce qui demandera un certain temps. Dans l'intervalle, l'art. 367, al. 3, CP permet expressément au Conseil fédéral de prévoir l'accès en ligne à VOSTRA par voie d'ordonnance, à condition qu'il le fasse dans la perspective de « l'entrée en vigueur d'une loi fédérale ». Cela signifie qu'une modification du CP doit être en train ou bien que le Conseil fédéral doit donner le mandat de l'élaborer au plus tard au moment où il adopte la modification d'ordonnance. Comme la modification de loi nécessaire devra être coordonnée avec d'autres projets de révision de la législation sur le casier judiciaire, c'est la deuxième option qui sera adoptée pour accorder un droit d'accès en ligne aux autorités cantonales. Par ailleurs, l'art. 367, al. 3, CP exige que le nombre de demandes de renseignements justifie l'extension des droits d'accès. C'est le cas avec 25 000 demandes de naturalisation par an au seul niveau fédéral. Il faut en plus que le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence soit consulté au préalable. Il l'a été au cours de la consultation des offices précédant la présente audition. Il a déclaré approuver l'octroi d'un accès en ligne, mais non l'extension du droit d'accès aux procédures pénales en cours, qu'il juge non conforme au principe de la proportionnalité, en raison du risque général de pré-condamnation et d'utilisation abusive des données. En outre, il estime que le droit d'accès des autorités de naturalisation devrait être limité, par des moyens techniques, aux données relatives aux étrangers. La position du Conseil fédéral est exposée au ch. 2.

La mise en œuvre anticipée de la motion Freysinger par voie d'ordonnance requiert une modification de l'ordonnance VOSTRA (exposée en détail au ch. 2). Cette modification étant « un projet de portée mineure », elle est soumise non pas à une procédure de consultation mais à une audition, en vertu de l'art. 10 de la loi sur la consultation (LCo; RS 172.061). Il appartient au chef de département d'ouvrir cette procédure. L'objet de la révision étant simple, une audition de trois mois suffit. Le Conseil fédéral pourra ainsi adopter la modification d'ordonnance et donner le mandat d'élaborer la modification de l'art. 367 CP au cours de l'automne 2007. Comme la connexion des autorités cantonales de naturalisation à VOSTRA (mise en place des profils ; formation des nouveaux utilisateurs) pourrait être effectuée avec les effectifs actuels du Casier judiciaire suisse, qui relève de l'Office fédéral de la justice, et que la modification proposée ne demande ni reprogrammation complexe de VOSTRA ni adaptation des législations cantonales, les nouvelles dispositions de l'ordonnance pourraient entrer en vigueur dès fin 2007.

2. Commentaire détaillé des modifications

2.1 Abrogation de la let. h de l'art. 22, al. 1

L'art. 22, al. 1, let. h, actuel de l'ordonnance VOSTRA règle le droit d'accès des autorités chargées des naturalisations au niveau du canton. Celles-ci peuvent demander par écrit un extrait du casier judiciaire contenant toutes les données relatives à des jugements. Mais contrairement à l'ODM, elles ne peuvent pas y accéder en ligne ni consulter des données concernant des procédures pénales en cours. L'instauration, à l'art. 21, al. 3, d'un droit d'accès en ligne pour les autorités chargées des naturalisations au niveau du canton (cf. ch. 2.2) rend la règle actuelle superflue.

2.2 Nouvel art. 21, al. 3

Quiconque veut obtenir la nationalité suisse doit parcourir trois étapes en cas de naturalisation ordinaire : la naturalisation au plan communal (1^{re} étape), cantonal (2^e étape) et enfin fédéral (3^e étape). Chaque étape a lieu sous réserve de la naturalisation à l'échelon supérieur. Les trois procédures ne sont cependant pas coordonnées : elles sont distinctes et décalées dans le temps.

Pour qu'une personne puisse obtenir le droit de cité cantonal, une autorisation fédérale préalable est nécessaire (art. 12, al. 2, de la loi sur la nationalité [LN] ; RS 141.0). Depuis le 1^{er} janvier 2005, cette autorisation est accordée par l'Office fédéral des migrations (ODM-NAT). Au seul niveau fédéral, 25 000 demandes de naturalisation sont déposées chaque année. L'obtention de la nationalité suisse est subordonnée à plusieurs conditions, dont le fait que le demandeur « se conforme à l'ordre juridique suisse » (art. 14, let. c, LN pour ce qui est du niveau fédéral). Il est donc hors de doute que les autorités de naturalisation ont un intérêt fondamental à accéder aux données de VOSTRA (cf. l'objectif défini à l'art. 365, al. 2, let. g, CP). Or, sans aucune raison objective, cet accès n'est pas le même pour toutes les autorités de naturalisation. Il est particulièrement absurde de donner l'accès en ligne aux données sur les procédures pénales en cours à l'ODM et non aux autorités

chargées de la naturalisation au niveau du canton. Plusieurs arguments peuvent être invoqués en faveur de l'accès de ligne de ces dernières.

- La réglementation actuelle induit des procédures inutilement complexes. Une autorité chargée des naturalisations au niveau du canton, apprenant qu'il existe une procédure pénale en cours, pourrait s'épargner de plus amples recherches de renseignements en demandant à la personne concernée si elle consent à une suspension de la procédure de naturalisation jusqu'à la fin de la procédure pénale. En effet, elle ne doit pas approuver la demande tant qu'elle n'est pas convaincue que les conditions de la naturalisation sont remplies. Comme le montre l'expérience de l'ODM en matière d'autorisation des naturalisations par la Confédération, les personnes désireuses de se faire naturaliser retirent d'elles-mêmes leur demande si elles apprennent que les autorités de naturalisation ont eu connaissance d'une procédure pénale en cours. Elles peuvent le faire sans frais supplémentaires. Elles peuvent aussi déposer de nouveau une demande en cas d'acquiescement ou de classement de la procédure. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF du 19 janvier 1998 ; 5A.26/1997), l'autorité de naturalisation serait en droit de refuser une naturalisation pour la seule raison qu'une procédure pénale est en cours. Pourvu qu'il apparaisse clairement, dans la décision, que ce refus repose sur des doutes quant au comportement légal du demandeur et n'éveille pas la fausse impression qu'il soit coupable au sens pénal du terme, il ne porte pas atteinte au principe de la présomption d'innocence. En règle générale, la suspension de la procédure de naturalisation sera cependant la mesure la plus raisonnable et la moins dispendieuse en temps.

Aussi longtemps que les autorités cantonales de naturalisation n'ont pas connaissance des procédures pénales en cours, elles ne peuvent pas gérer les naturalisations de manière suffisamment efficace. Si une procédure pénale est en cours au moment où l'ODM mène la procédure de naturalisation au niveau fédéral, la personne concernée ne sera certes pas naturalisée à mauvais escient. Mais la procédure de naturalisation au niveau cantonal est souvent déjà très avancée à ce stade. Il n'y a pas de sens à ce que l'autorité cantonale doive attendre une confirmation de Berne quand elle aurait pu se procurer les informations nécessaires bien avant. Si elle avait accès aux données sur les procédures pénales en cours, la possibilité de suspendre la procédure de naturalisation (et éventuellement de rejeter la demande) allègerait en outre le travail des autorités fédérales : les cas problématiques ne parviendraient pas jusqu'à l'ODM.

- Il peut cependant y avoir des cas dans lesquels une procédure pénale n'est ouverte qu'après l'autorisation fédérale, alors que la procédure de naturalisation cantonale n'est pas encore achevée. En effet, l'autorisation fédérale ne marque pas toujours la fin du processus de naturalisation. Dans de nombreux cantons, celui-ci dure souvent encore plusieurs mois. Là encore, il serait utile que les autorités cantonales aient accès aux données sur les procédures pénales en cours et puissent reporter leur décision. Aujourd'hui, où elles n'ont pas accès à ces informations, il existe un risque qu'une personne soit naturalisée sans qu'ait été prise en compte l'issue de la procédure pénale. Comme la procédure de naturalisation est achevée au niveau fédéral, le canton renonce à des demandes de renseignements supplémentaires auprès de l'ODM, qui seraient coûteuses en temps. Certes, une naturalisation peut être annulée dans les cinq ans en cas de

condamnation. Mais comme les cas ne sont pas systématiquement examinés a posteriori faute de personnel et que les condamnations pénales ne sont pas automatiquement transmises aux autorités de naturalisation, il serait plus sensé de permettre à ces dernières de vérifier, avant de prendre leur décision, si une procédure pénale est en cours. On éviterait ainsi des naturalisations à mauvais escient.

Le grand nombre de demandes de naturalisation justifie l'extension de l'accès en ligne au casier judiciaire aux autorités chargées des naturalisations au niveau du canton. L'abandon des demandes écrites aura aussi l'avantage de décharger les services cantonaux de coordination qui établissent les extraits du casier judiciaire à leur intention.

Un argument contre l'octroi d'un accès en ligne aux données sur les procédures pénales pendantes est le risque d'une pré-condamnation. On peut imaginer qu'une autorité chargée des naturalisations au niveau du canton soit insidieusement poussée à rejeter une demande de naturalisation parce qu'elle apprend que le requérant fait l'objet d'une procédure pénale pendante, même après un acquittement ou le classement de cette procédure : elle pourrait, au moment où elle reprend le dossier, refuser de lui accorder le droit de cité parce qu'elle considère d'un œil moins favorable les autres conditions de la naturalisation (par ex. le degré d'intégration). A notre avis, il serait injuste de penser que les autorités cantonales ne feront pas preuve de circonspection quant aux informations sur des procédures pénales en cours. Elles sont déjà confrontées avec des données de ce type, transmises par leurs propres autorités de poursuite pénale. Notons par ailleurs qu'une personne désireuse d'obtenir la nationalité suisse peut parer au risque de pré-condamnation en attendant que la procédure pénale soit achevée pour déposer sa demande. Dans l'idéal, le formulaire de demande de naturalisation devrait indiquer que l'autorité consulte des données sur d'éventuelles procédures pénales en cours.

Certes, toute nouvelle connexion en ligne recèle un certain risque d'abus. Ce risque peut cependant être réduit à un minimum si le personnel des autorités en question est correctement formé et contrôlé. Les responsables du casier judiciaire à l'Office fédéral de la justice sont habilités par l'art. 2, al. 2, de l'ordonnance VOSTRA à vérifier sur place si ces autorités remplissent leurs tâches conformément aux prescriptions en vigueur. Notons en outre que les autorités chargées des naturalisations au niveau du canton ont déjà l'habitude de manipuler avec circonspection des données sensibles en vue des naturalisations. Il ne paraît pas non plus judicieux de restreindre techniquement l'accès à VOSTRA à des données relatives à des étrangers, comme le demande le Préposé à la protection des données et à la transparence. En effet, ce serait priver les autorités cantonales de la possibilité de contrôler les données relatives à des personnes naturalisées pendant les cinq ans durant lesquels la naturalisation peut être annulée en vertu de l'art. 41 LN (RS 141.0).

Nous proposons donc d'insérer à l'art. 21 de l'ordonnance VOSTRA un nouvel al. 3 accordant aux autorités chargées des naturalisations au niveau du canton un droit d'accès en ligne à toutes les données du casier judiciaire. Le Conseil fédéral donnera au Département fédéral de justice et police le mandat d'élaborer une base légale (révision de l'art. 367, al. 2 et 4, CP) au plus tard lors de l'approbation de cette modification d'ordonnance, comme l'exige l'art. 367, al. 3, CP.

Les autorités chargées des naturalisations au niveau de la commune n'auront par contre toujours pas accès à VOSTRA. En effet, les décisions sont souvent prises par l'assemblée communale ; le risque serait grand que des données pénales qui rendraient la réinsertion sociale délicate soient trop largement diffusées. Les autorités communales devront donc continuer de se satisfaire de l'extrait du casier judiciaire destiné à des particuliers, qui contient moins de données sur les condamnations et aucune sur les procédures pénales en cours.

2.3 Adaptation de l'annexe 3

Dans la droite ligne des réflexions du ch. 2.2, il convient de modifier l'annexe 3 de l'ordonnance VOSTRA de manière à donner aux autorités chargées des naturalisations au niveau du canton les mêmes autorisations de traitement des données qu'au service de l'ODM chargé des naturalisations au niveau fédéral (dont les droits sont réglés à l'annexe 2).

La colonne « Autorités cantonales de naturalisation » sera donc biffée de la catégorie « par la voie écrite » et insérée dans la catégorie « avec accès direct (en ligne) », sous le titre « Autorités chargées des naturalisations au niveau du canton ».