

Rapport

**du groupe de travail
pour la mise en œuvre
des nouvelles dispositions constitutionnelles
sur l'expulsion des étrangers criminels**

**à l'intention du
Département fédéral de justice et police**

Berne, le 21 juin 2011

Table des matières

Préface.....	8
1. Introduction.....	12
1.1 Genèse de l'« initiative sur le renvoi ».....	12
1.2 Constitution et mandat du groupe de travail.....	14
1.3 Composition et fonctionnement du groupe de travail	16
2. Principes d'interprétation des (nouvelles) normes constitutionnelles	18
2.1 Méthode et particularités de l'interprétation constitutionnelle.....	18
2.1.1 Principe de la validité des règles générales d'interprétation.....	18
2.1.2 Les différents éléments de l'interprétation	18
2.1.3 Caractère général et principe de l'égalité des normes constitutionnelles, éléments d'interprétation spécifiques du droit constitutionnel.....	19
2.2 Portée du principe de proportionnalité.....	20
2.3 Compatibilité de normes constitutionnelles avec le droit international	22
2.3.1 Primauté des normes impératives du droit international.....	22
2.3.2 Contradiction avec des normes non impératives du droit international	22
3. Interprétation de l'art. 121 Cst.	24
3.1 Aperçu de l'organisation et de la structure de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.	24
3.2 Interprétation des conséquences juridiques.....	25
3.2.1 Privation du titre de séjour et de tous les droits à séjourner en Suisse	25
3.2.2 Expulsion et renvoi de Suisse.....	26
3.2.2.1 Terminologie et théorie des trois niveaux.....	26
3.2.2.2 Portée de « l'expulsion automatique » et prise en compte des obstacles à l'exécution relevant du droit international public.....	27
3.2.3 Statut de séjour en cas de report temporaire de l'exécution du renvoi	28
3.2.4 Interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans ; en cas de récidive, interdiction d'entrer sur le territoire fixée à 20 ans.....	29
3.2.5 Sanctions encourues en cas de violation de l'interdiction d'entrée.....	29
3.3 Interprétation des faits constitutifs des infractions et des mandats législatifs.....	30
3.3.1 Lignes directrices pour l'élaboration de la législation d'exécution	30
3.3.2 Infractions entraînant l'expulsion	31
3.3.2.1 Regroupement des infractions.....	31
3.3.2.2 Description précise des infractions et infractions complémentaires	31
3.3.2.3 Condamnations à l'étranger et prise en compte de toutes les formes de culpabilité et de participation à un délit ainsi que des tentatives de délit	32

3.3.3	L'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale en tant que motif d'expulsion.....	33
3.3.3.1	Prestations des assurances sociales.....	33
3.3.3.2	Prestations de l'aide sociale	33
3.3.3.3	La notion de l'abus.....	33
3.3.4	Compétence législative générale d'établir d'autres faits constitutifs d'infractions entraînant l'expulsion.....	34
3.4	Interprétation à la lumière du droit international public.....	34
3.4.1	Position du Conseil fédéral	34
3.4.2	Idées directrices de la CEDH et du Pacte II de l'ONU	35
3.4.2.1	Garanties procédurales	35
3.4.2.2	Garanties matérielles.....	35
3.4.3	Garanties conférées par la Convention relative aux droits de l'enfant	38
3.4.4	Exigences découlant de l'ALCP et de la Convention AELE.....	38
3.4.5	Conclusion : examen au cas par cas et prise en compte du principe de la proportionnalité.....	41
3.5	Conséquences d'une mise en œuvre contraire au droit international	42
3.5.1	Accord sur la libre circulation des personnes	42
3.5.2	Convention européenne des droits de l'homme	42
3.5.3	Pacte II de l'ONU et Convention relative aux droits de l'enfant	44
4.	Point de vue des représentants du comité d'initiative concernant l'interprétation de normes constitutionnelles.....	44
4.1	Remarques générales	44
4.2	Compléments des représentants du comité d'initiative concernant la relation entre droit international et droit interne	46
4.2.1	Primauté des nouvelles normes constitutionnelles sur des règles non impératives du droit international	46
4.2.2	Conclusion : le droit constitutionnel prime les règles non impératives du droit international	48
5.	Dans quel acte intégrer les dispositions d'exécution ?.....	49
5.1	Cadre constitutionnel et nature juridique des mesures d'éloignement	49
5.2	Avantages et inconvénients respectifs d'une mise en œuvre dans le droit pénal ou dans la législation sur les étrangers	50
5.3	Conclusion.....	52
6.	Conditions de l'expulsion	52
6.1	Introduction : quatre variantes de mise en œuvre	52
6.2	Éléments de référence	53
6.2.1	Prescriptions constitutionnelles.....	53
6.2.1.1	Art. 121, al. 3 et 4, Cst.	53
6.2.1.2	Principe de proportionnalité	53
6.2.2	Conclusions	54
6.2.2.1	Formes de criminalité visées	54
6.2.2.2	Gravité des infractions	55
6.3	Infractions graves	56

6.3.1	Meurtre.....	56
6.3.2	Viol ou autres délits sexuels grave	56
6.3.3	Actes de violence d'une autre nature tels que le brigandage	57
6.3.4	Prise en compte par les différentes variantes de la gravité des infractions en cas de meurtre, de délit sexuel et d'acte de violence.....	60
6.3.5	Traite d'êtres humains	60
6.3.6	Compléter la liste avec d'autres infractions graves ?.....	60
6.3.7	Mise en œuvre selon les différentes variantes	61
6.4	Autres infractions.....	62
6.4.1	Trafic de drogue.....	62
6.4.2	Effraction.....	63
6.4.3	Autres infractions possibles selon la proposition des représentants du comité d'initiative.....	64
6.5	Problématique des chauffards.....	64
6.5.1	Efforts visant à empêcher et à sanctionner les infractions commises par des chauffards	64
6.5.2	Définition du « chauffard »	65
6.5.3	Le comportement de chauffard sous l'angle du droit	66
6.5.4	Inscription des infractions commises par des chauffards dans les listes d'infractions pour la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi	66
6.5.4.1	Selon le droit en vigueur	66
6.5.4.2	Selon les modifications prévues de la loi	67
6.5.5	Possibilités d'extension des listes d'infractions dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6 Cst.	68
6.5.6	Conclusion	68
6.6	Nouvelle infraction d'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales.....	69
6.6.1	Prescriptions selon l'art. 121, al. 3, let. b, Cst.....	69
6.6.2	Proposition des représentants du comité d'initiative (variante 1).....	69
6.6.3	Proposition de la majorité du groupe de travail (variantes 2 à 4).....	69
6.6.3.1	Rattachement de la réglementation et note marginale	69
6.6.3.2	Rapport aux faits constitutifs de l'escroquerie	70
6.6.3.3	Faits constitutifs objectifs.....	70
6.6.3.4	Éléments subjectifs de l'infraction.....	71
6.6.3.5	Peine encourue.....	71
6.6.3.6	Rapport aux actuelles infractions d'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales.....	72
6.7	Peine minimale	72
6.7.1	Introduction	72
6.7.2	Conditions d'une peine légère	72
6.7.3	Conditions minimales possibles pour une expulsion	74
6.7.4	Proposition du groupe de travail	75
6.8	Explications relatives à d'autres conditions et notions	76
6.8.1	Condamnation (exécutoire).....	76
6.8.2	Types de peine et d'exécution, formes d'infraction et de participation.....	76
6.8.3	Lieu et moment de commission de l'acte.....	77

6.8.4	Notion d'expulsion.....	77
6.9	Explications relatives aux diverses variantes des listes d'infractions	78
6.9.1	Variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)	78
6.9.1.1	Liste des infractions au sens étroit	78
6.9.1.2	Peine minimale	79
6.9.1.3	Appréciation.....	79
6.9.2	Variante 2 (proposition de la majorité du groupe de travail)	79
6.9.2.2	Peine minimale	80
6.9.2.3	Expulsion facultative	80
6.9.2.4	Appréciation.....	81
6.9.3	Variante 3 (autre proposition du groupe de travail).....	81
6.9.3.1	Liste d'infractions au sens étroit	81
6.9.3.2	Peine minimale	82
6.9.3.3	Expulsion facultative	82
6.9.3.4	Appréciation.....	82
6.9.4	Variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers).....	83
6.9.4.1	Révocation obligatoire des autorisations	83
6.9.4.2	Interdiction d'entrée obligatoire.....	83
6.9.4.3	Appréciation.....	83

7.	Questions liées à l'exécution, modifications du droit en vigueur et données statistiques	84
7.1	Introduction.....	84
7.2	Tâches du tribunal pénal	84
7.2.1	Pouvoir d'examen	84
7.2.2	Voies de recours de droit pénal	85
7.2.3	Procédure de l'ordonnance pénale	85
7.3	Début et durée de l'expulsion ; rapport avec la sanction principale	87
7.3.1	Introduction	87
7.3.2	Priorité des diverses sanctions	88
7.3.3	Garantie d'exécution de l'expulsion et des sanctions précédentes	89
7.3.3.1	Introduction	89
7.3.3.2	Mesures existantes pour garantir l'exécution de sanctions précédentes.....	90
7.3.3.3	Mesures existantes pour garantir l'exécution de l'expulsion.....	90
7.3.3.4	Besoin de réglementation	91
7.3.4	Début, durée et fin de l'expulsion.....	91
7.3.4.1	Début	91
7.3.4.2	Durée	91
7.3.4.3	Fin de l'expulsion	92
7.4	Interruption et annulation de l'expulsion	93
7.4.1	Conséquences du caractère de mesure de l'expulsion	93
7.4.2	Interruption par l'autorité d'exécution.....	93
7.4.3	Annulation par le juge	94
7.5	Procédure d'exécution.....	94
7.5.1	Compétences cantonales dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures.....	94

7.5.2	Autorité cantonale compétente en matière d'exécution et forme d'intervention requise.....	95
7.5.3	Motifs de report de l'expulsion judiciaire	95
7.6	Procédure de recours	97
7.6.1	Exigences constitutionnelles en matière de protection juridique	97
7.6.2	Le tribunal cantonal supérieur comme dernière instance de recours	97
7.6.3	Délais de recours et de traitement	98
7.6.4	Motifs de recours et autres dispositions procédurales	99
7.7	Dispositions d'exécution de la variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)	99
7.8	Dispositions d'exécution de la variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers).....	100
7.8.1	Adaptation du droit des étrangers	100
7.8.2	Adaptation du droit d'asile	101
7.9	Renvois à des modifications d'autres lois fédérales	101
7.9.1	Incidences sur les lois pénales et les codes de procédure	101
7.9.2	Incidences sur la loi fédérale sur les étrangers (LEtr).....	102
7.9.2.1	Relation entre mesures de droit des étrangers et expulsion.....	102
7.9.2.2	Effets de l'expulsion	103
7.9.2.3	Extinction des autorisations et de l'admission provisoire.....	103
7.9.2.4	Renvoi.....	103
7.9.2.5	Interdiction d'entrée	103
7.9.2.6	Admission provisoire en cas d'obstacles à l'exécution du renvoi	104
7.9.3	Incidences sur la loi sur l'asile (LAsi)	104
7.9.3.1	Expulsion en cas de procédure d'asile en cours	104
7.9.3.2	Procédure d'asile ouverte lors de l'exécution de l'expulsion du territoire suisse.....	104
7.9.3.3	Extinction de l'asile	105
7.9.3.4	Expulsion de réfugiés reconnus.....	105
7.9.4	Dispositions finales	105
7.10	Indications statistiques	107
7.10.1	Relevés de l'Office fédéral de la statistique concernant les différentes variantes.....	107
7.10.1.1	Variante 1	107
7.10.1.2	Variante 2 (et 4)	107
7.10.1.3	Variante 3	108
7.10.2	Remarques générales.....	108
7.10.3	Remarques concernant les différentes variantes.....	109
7.10.3.1	Variante 1	109
7.10.3.2	Variantes 2 et 3.....	109
7.10.3.3	Variante 4	110
7.10.4	Chiffres comparatifs	110
7.10.5	Peines de moins de six mois	111

8.	Conformité au droit international des listes d'infractions et des propositions de réglementation de l'exécution	113
-----------	--	------------

8.1 Variante 1	113
8.2 Variante 2	114
8.3 Variantes 3 et 4	114
9. Appréciation globale	115
9.1 Appréciation de la situation initiale sur le plan du droit constitutionnel et du droit international	115
9.2 9.2 Quatre variantes : différences et effets.....	119
9.3 Conclusions et recommandation	125
Annexe : propositions de formulation	126
Variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)	126
Variante 2 (proposition de la majorité du groupe de travail)	128
Variante 3 (autre proposition du groupe de travail)	131
13.4 Variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers)	134
Bibliographie.....	139

Préface

L'État de droit, le fédéralisme et l'État social, ainsi que la forme typiquement suisse de participation démocratique, sont autant d'éléments qui caractérisent la Confédération suisse en tant que collectivité politique. Ces principes structurels, qui sont aussi évoqués dans le but de l'État et sur lesquels se fondent la Constitution, sont d'importance équivalente ; ils se complètent l'un l'autre et se réfèrent l'un à l'autre. Les rapports entre ces principes structurant peuvent toutefois aussi être la source de tensions. Le quotidien constitutionnel connaît de fréquents conflits de buts. On le voit particulièrement avec les initiatives populaires acceptées par le constituant (le peuple et les cantons) alors qu'elles sont difficilement compatibles avec des principes de l'État de droit, avec les droits fondamentaux ou avec des accords internationaux.

La résolution de ces conflits de buts est d'abord l'affaire du législateur, mais elle concerne aussi les autres organes de l'État qui, à l'heure de prendre une décision concrète, doivent trouver une voie médiane entre tous les avis en présence et faire un choix. Ce choix ne peut consister à accorder au principe démocratique, traditionnellement tenu en haute estime en Suisse, la priorité absolue sur tous les autres principes. La démocratie directe doit, elle aussi, s'inscrire dans le cadre de l'État de droit, faute de quoi elle n'est plus qu'une forme de gouvernement qui menace les libertés et exclut les minorités. Cette considération reste valable même si, en Suisse, seules les normes impératives du droit international peuvent être opposées à la volonté du constituant, mais pas le reste du droit international, ni même le droit constitutionnel existant.

Pour surmonter ces divergences et résoudre ces contradictions – en tant que système rationnel, l'ordre juridique devrait être fiable, prévisible et exempt de contradictions – la doctrine et la pratique ont développé différents outils (interprétation conforme au droit international, renégociation ou dénonciation de traités en cas de violations d'obligations du droit international, interprétation constitutionnelle harmonisante, primauté du droit le plus récent ou le plus spécialisé, etc.). En appliquant ces principes éprouvés, les autorités fédérales se sont toujours efforcées d'interpréter les dispositions problématiques de manière aussi conforme que possible au droit international, de lever les contradictions en respectant les prescriptions du droit constitutionnel et de ne rogner les buts visés par les auteurs d'une initiative que pour des raisons juridiques impératives.

L'initiative populaire dont il est question ici, pour le renvoi des étrangers criminels, en est une excellente illustration. Le Conseil fédéral et le Parlement ont considéré que cette initiative était contraire, sur plusieurs points, au droit international et qu'elle contrevenait à des principes fondamentaux de la Constitution fédérale (en particulier le principe de la proportionnalité), à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), au Pacte II de l'ONU, à la Convention relative aux droits de l'enfant et à l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). Le peuple et les cantons ont cependant accepté l'initiative, l'érigeant ainsi au rang de droit constitutionnel. Le groupe de travail institué par le Département fédéral de justice et police (DFJP) pour examiner la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions s'est ainsi trouvé face à une mission difficile.

Le mandat du groupe de travail était d'élaborer des propositions pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles et de montrer les conséquences juridiques de ces propositions. Les représentants du comité d'initiative ont présenté, dès la première séance, une proposition de mise en œuvre approuvée par la direction de l'Union démocratique du centre (UDC), proposition qu'ils ont maintenue jusqu'au terme des réunions.

La majorité du groupe de travail estime cependant que ce projet n'est pas de nature à résoudre les conflits et les contradictions évoqués ici, qu'il contrevient à des principes constitutionnels fondamentaux et à des accords internationaux, et qu'il est aussi en contradiction avec les conceptions développées par la doctrine et la pratique. Le groupe de travail a dès lors élaboré d'autres propositions, dont le législateur pourra s'inspirer pour une mise en œuvre au niveau de la loi qui soit conforme au droit.

Bâle, juin 2011

Heinrich Koller

Condensé

L'acceptation de l'initiative sur le renvoi par le peuple et les cantons en votation populaire, le 28 novembre 2010, a entraîné l'intégration, dans le droit constitutionnel en vigueur, des al. 3 à 6 de l'art. 121 Cst. ainsi que du ch. 8 de l'art. 197 Cst. Partant, les étrangers condamnés pour avoir commis certaines infractions ou ayant perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale sont privés de tous leurs droits à séjourner en Suisse et doivent être expulsés. Les personnes concernées doivent en outre être frappées d'une interdiction d'entrer sur le territoire. Le législateur est tenu d'édicter les lois d'exécution nécessaires dans un délai de cinq ans. Aussi le groupe de travail institué le 22 décembre 2010 par la cheffe du Département fédéral de justice et police soumet-il, dans le présent rapport, les propositions qu'il a élaborées, en exposant leurs conséquences juridiques. Dirigé par le professeur Heinrich Koller, le groupe de travail réunissait également deux représentants du comité d'initiative, deux représentants des cantons, ainsi que deux représentants de l'administration.

Après l'introduction qui porte sur la chronologie de l'initiative sur le renvoi, au premier chapitre, les chapitres 2 et 3 traitent de l'interprétation de l'art. 121 Cst. Une disposition constitutionnelle doit en principe être interprétée selon la même méthode que le droit contenu dans des lois et des ordonnances. Sont ainsi déterminants l'énoncé, la systématique, le but et la genèse d'une telle norme juridique. De plus, la Constitution doit être interprétée de manière conforme au droit international et dans l'optique d'une harmonie de l'ordre juridique. Le principe de la proportionnalité requiert dans chaque cas une pondération des intérêts privés et des intérêts publics concernés, en dépit de « l'expulsion automatique » prévue par le droit constitutionnel. Il en va de même des règles (non impératives) de droit international public figurant dans l'Accord sur la libre circulation des personnes, la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte II de l'ONU et la Convention relative aux droits de l'enfant. Ces obligations de droit international contiennent qui plus est des prescriptions matérielles concernant l'examen de chaque cas. Le chapitre 3 se termine par des explications sur les conséquences qu'entraînerait une mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi contrevenant au droit international public.

Sur des points essentiels, les représentants du comité d'initiative ne parviennent pas à se rallier à l'avis de la majorité des membres du groupe de travail, notamment s'agissant de l'interprétation constitutionnelle et des rapports entre l'art. 121 Cst. et le droit international public ; ils s'en expliquent dans le chapitre 4. Les représentants du comité d'initiative contestent, par ailleurs, qu'il y ait contradiction de normes entre les nouvelles dispositions constitutionnelles et les traités internationaux mentionnés. Ils estiment que, même en admettant qu'une telle contradiction existe, les nouvelles dispositions du droit constitutionnel, plus récentes, priment les règles non impératives du droit international ; selon eux, cette primauté s'impose donc également pour la législation d'exécution.

La législation d'exécution peut s'inscrire dans le code pénal (expulsion judiciaire) aussi bien que dans la loi sur les étrangers (renvoi relevant du droit des étrangers). Le chapitre 5 met en lumière les avantages et les inconvénients de l'une et l'autre de ces solutions. La majorité du groupe de travail marque une préférence pour une mise en œuvre dans le code pénal.

Le chapitre 6 aborde les conditions de l'expulsion judiciaire, dont l'élément-clé est la liste des infractions, qui énumère les faits constitutifs devant entraîner le renvoi ou l'expulsion des délinquants étrangers. La liste des infractions doit également inclure, comme nouvel énoncé de fait légal, l'abus de prestations sociales. En ce qui concerne les conditions de l'expulsion judiciaire, le groupe de travail a élaboré quatre variantes, jointes en annexe,

comprenant des propositions de formulation des dispositions législatives. La variante 1 est proposée par les représentants du comité d'initiative ; la majorité du groupe de travail a élaboré les variantes 2 à 4. Les variantes 1 à 3 prévoient une mise en œuvre au niveau du code pénal ; la variante 4 comporte la même liste d'infractions que la variante 2, mais prévoit une mise en œuvre dans la loi fédérale sur les étrangers. Les variantes 2 à 4 imposent une peine minimale comme condition à l'expulsion. Dans la variante 1, par contre, l'expulsion est indépendante de l'importance de la peine prononcée.

Les quatre variantes se distinguent non seulement par les conditions de l'expulsion, mais également par leur réglementation d'exécution. Le chapitre 7 fournit pour chaque variante des réponses aux différents éléments de la question suivante : quelle autorité (autorité compétente en matière d'étrangers, autorité pénale, autorité judiciaire) rend quelle décision dans quelle procédure (procédure administrative, procédure judiciaire, procédure de l'ordonnance pénale) ? Chacune des variantes distingue la procédure de décision de la procédure d'exécution, contient des prescriptions visant à accélérer la procédure et prévoit des moyens de droit limités. Les principales différences concernent la compétence des autorités, notamment pour ce qui est de l'examen d'éventuels obstacles (liés au droit international) à l'exécution du renvoi. D'autres questions relatives à l'exécution concernent la fixation du début et de la durée de l'expulsion et la possibilité de la révoquer ou, pour le moins, de la suspendre. Le chapitre 7 se termine par des renvois aux modifications d'autres lois fédérales et par des données statistiques qui, en dépit de quelques imprécisions, apportent de premières indications sur le « degré d'efficacité » de chacune des quatre variantes.

Les chapitres 8 et 9 analysent la conformité des quatre variantes avec le droit international public et leur concordance avec la volonté du législateur. Tandis que la variante 1 met fidèlement en œuvre les intentions du constituant dans une approche très littérale, mais s'accommode de certaines violations du droit international public, les variantes 2 à 4 sont compatibles avec les obligations de la Suisse en matière de droit international, mais ne tiennent pas compte à tous les égards de la volonté du constituant. Enfin, le chapitre 9 compare les quatre variantes en les soumettant à une évaluation critique et esquisse les répercussions possibles de leur mise en œuvre sur la charge de travail des autorités ainsi que les conséquences qui y sont liées sur le plan des finances et du personnel.

1. Introduction

1.1 Genèse de l'« initiative sur le renvoi »

Le 19 juin 2007, une liste pour la récolte de signatures a été présentée à l'appui de l'initiative populaire fédérale « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) ». La Chancellerie fédérale a procédé à l'examen préliminaire de cette liste le 26 juin 2007¹. Le comité a déposé l'initiative munie des signatures requises le 15 février 2008. Par décision du 7 mars 2008², la Chancellerie a constaté l'aboutissement de l'initiative, qui a recueilli 210 919 signatures valables.

« L'initiative vise à ce que les étrangers qui ont été condamnés pour certaines infractions ou qui ont perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale soient privés des tous leurs droits à séjourner en Suisse et soient expulsés. Par ailleurs, les personnes concernées doivent être frappées d'une interdiction d'entrer sur le territoire et punies si elles contreviennent à l'interdiction d'entrée et entrent illégalement en Suisse. La marge d'appréciation des autorités pour ordonner de telles mesures doit disparaître.³ ».

Le texte de l'initiative figure à la page suivante.

Dans son message du 24 juin 2009 aux Chambres fédérales, le Conseil fédéral a proposé de soumettre l'initiative sur le renvoi au peuple et aux cantons en leur recommandant de la rejeter. Parallèlement, il a soumis un *contre-projet indirect*⁴ au Parlement. Ce contre-projet prévoyait des modifications de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)⁵, qui visaient la révocation systématique des autorisations délivrées en vertu du droit des étrangers en cas d'infractions pénales graves. Ce faisant, le respect du principe constitutionnel de la proportionnalité et des dispositions du droit international public devait être garanti⁶.

La Commission des institutions politiques du Conseil des États (CIP-E) a opté pour un *contre-projet direct*, qui a reçu l'aval des deux chambres et a été complété par un projet d'article constitutionnel sur l'intégration⁷. Le 18 juin 2010, l'Assemblée fédérale a déclaré l'initiative valable et décidé de la soumettre au peuple et aux cantons en lui opposant le contre-projet direct⁸. Le contre-projet direct prévoyait d'inscrire dans la Constitution fédérale (Cst.)⁹ un art. 121b, lequel disposait à l'al. 3 que la décision relative au retrait du droit de séjour, à l'expulsion ou au renvoi devait être prise dans le respect des droits fondamentaux et des principes de base de la Constitution¹⁰.

¹ FF 2007 4725.

² FF 2008 1745.

³ Message du Conseil fédéral du 24 juin 2009 concernant l'initiative populaire « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) » et la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2009 4571, ch. 3.

⁴ FF 2009 4571.

⁵ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20).

⁶ Cf. FF 2009 4571, ch. 5 (Grandes lignes du contre-projet indirect) et FF 2009 4601 (propositions de modification).

⁷ Cf. synthèse de la procédure parlementaire : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20090060 (sous « Synthèse message / rapport et délibérations »)

⁸ Arrêté fédéral du 18.10.2010, FF 2010 3853.

⁹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

¹⁰ Cf. FF 2010 3855 et, sur la même page, le texte de l'art. 121a Cst. (Intégration).

Lors de la votation populaire du 28 novembre 2010, l'*initiative sur le renvoi* a été acceptée par le peuple, par 1 397 923 voix pour et 1 243 942 voix contre, ainsi que par les cantons, par 17½ oui contre 5½ non. Le contre-projet direct a quant à lui été rejeté par le peuple, par 1 407 830 voix contre et 1 189 269 voix pour, et par tous les cantons¹¹.

L'art. 121 Cst. de la section 9 « Séjour et établissement des étrangers » a désormais la teneur ci-après (les modifications faisant suite à l'acceptation de l'initiative sur le renvoi figurent en italique)¹² :

Art. 121

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

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

³ *Ils sont privés de leur titre de séjour, indépendamment de leur statut, et de tous leurs droits à séjourner en Suisse :*

- a. s'ils ont été condamnés par un jugement entré en force pour meurtre, viol, ou tout autre délit sexuel grave, pour un acte de violence d'une autre nature tel que le brigandage, la traite d'êtres humains, le trafic de drogue ou l'effraction; ou*
- b. s'ils ont perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale.*

⁴ *Le législateur précise les faits constitutifs des infractions visées à l'al. 3. Il peut les compléter par d'autres faits constitutifs.*

⁵ *Les étrangers qui, en vertu des al. 3 et 4, sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse doivent être expulsés du pays par les autorités compétentes et frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans. En cas de récidive, l'interdiction d'entrer sur le territoire sera fixée à 20 ans.*

⁶ *Les étrangers qui contreviennent à l'interdiction d'entrer sur le territoire ou qui y entrent illégalement de quelque manière que ce soit sont punissables. Le législateur édicte les dispositions correspondantes.*

Les dispositions transitoires de la Constitution sont modifiées comme suit¹³ :

Art. 197, ch. 8

8. Disposition transitoire ad art. 121 (Séjour et établissement des étrangers)

Dans les cinq années qui suivent l'acceptation par le peuple et par les cantons de l'art. 121, al. 3 à 6, le législateur définit les faits constitutifs des infractions en vertu de l'art. 121, al. 3, il les complète et il édicte les dispositions pénales relatives à l'entrée illégale sur le territoire visée à l'art. 121, al. 6.

¹¹ Arrêté du Conseil fédéral du 17 mars 2011 constatant le résultat de la votation populaire du 28 novembre 2010, FF 2011 2593. Pour davantage de renseignements, voir également la page thématique du Conseil fédéral sur l'initiative sur le renvoi : <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/abstimmungen/2010-11-28.html>

¹² RO 2011 1199.

¹³ RO 2011 1200.

1.2 Constitution et mandat du groupe de travail

Par décision du 22 décembre 2010, la cheffe du Département fédéral de justice et police a décidé de constituer un groupe de travail composé de spécialistes internes et externes à l'administration fédérale pour étudier la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion et le renvoi des étrangers criminels. La décision instituant ce groupe de travail a la teneur suivante :

Berne, le 22 décembre 2010

Décision instituant le groupe de travail pour la mise en œuvre du nouvel article constitutionnel sur l'expulsion et le renvoi des étrangers criminels.

1. Mandant et teneur du mandat

Le Département fédéral de justice et police (DFJP) est chargé de soumettre au Conseil fédéral un projet de loi pour la mise en œuvre de l'initiative populaire « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) », acceptée par le peuple et les cantons le 28 novembre 2010.

La cheffe du DFJP institue un groupe de travail. Celui-ci a pour mission de présenter un rapport contenant des propositions pour concrétiser dans la loi les nouvelles dispositions constitutionnelles (art. 121, al. 3 à 6, et art. 197, ch. 8, Cst.) et passant en revue les effets juridiques des différentes propositions.

Le groupe de travail s'attachera plus particulièrement à :

- a) définir les autres délits sexuels graves et les actes de violence qui entraîneront la révocation du droit de séjour (art. 121, al. 3, let. a, Cst. en relation avec l'art. 197, ch. 8, Cst.) ;
- b) préciser les faits constitutifs des infractions qui entraîneront la révocation du droit de séjour et examiner la nécessité de compléter éventuellement la liste des infractions (art. 121, al. 3, let. a, et 4, Cst. en relation avec l'art. 197, ch. 8, Cst.) ;
- c) définir la notion de « perception abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale » au sens de l'art. 121, al. 3, let. b, Cst. et, plus particulièrement, déterminer si une infraction doit avoir été commise pour que le droit de séjour soit révoqué ;
- d) définir la marche à suivre dans les cas de peu de gravité (art. 121, al. 3, let. a, et 4, Cst. en relation avec l'art. 197, ch. 8, Cst.) ;
- e) adapter, au besoin, les dispositions de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) concernant l'extinction et la révocation des autorisations (art. 61 ss LEtr), les mesures d'éloignement (art. 64 ss LEtr) et la sanction punissant le non-respect d'une interdiction d'entrée (art. 115, LEtr) au sens de l'art. 121, al. 5 et 6, Cst.
- f) déterminer l'autorité compétente pour décider de la révocation du droit de séjour (autorités pénales ou autorités compétentes en matière de migration) ;
- g) déterminer le statut juridique des personnes visées par les nouvelles réglementations en cas d'obstacles à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion (principalement respect du principe de non-refoulement, identité inconnue, absence de documents de voyage, retour dans le pays de provenance possible uniquement en cas de départ volontaire) ;
- h) examiner la relation des nouvelles réglementations avec les autres dispositions constitutionnelles pertinentes (par ex. art. 5, al. 2, Cst., principe de la proportionnalité ; art. 14 Cst., droit au mariage et à la famille) ;

- i) examiner la relation des nouvelles réglementations avec les règles non impératives du droit international, par ex. Pacte II de l'ONU, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Convention relative aux droits de l'enfant, Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP).

2. Lignes directrices

- 2.1 Le groupe de travail analyse les questions énumérées au chiffre 1, élabore des propositions pour concrétiser dans la loi les nouvelles dispositions constitutionnelles et met en lumière les effets juridiques de chacune de ces propositions.
- 2.2. Il recherche des solutions consensuelles, sans passer par des votes en cas de divergences. Dans son rapport, il présente les éventuelles divergences de vues et les raisons pour lesquelles il n'a pas été possible d'aboutir à un consensus.

3. Composition

- 3.1 Présidence : professeur Heinrich Koller
- 3.2 Membres :
 - 2 représentants du comité d'initiative
 - 1 représentant de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP)
 - 1 représentant de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS)
 - 1 représentant de l'Office fédéral de la justice (OFJ)
 - 1 représentant de l'Office fédéral des migrations (ODM)

4. Organisation

- 4.1 Le président établit le calendrier pour la rédaction du rapport et veille à la remise du rapport au département dans les délais impartis. Il informe régulièrement la cheffe du département de l'avancement des travaux et lui soumet, au besoin, des propositions.
- 4.2 Le président est habilité à commander des expertises, des analyses et des avis à des membres du groupe de travail ou à des tiers. Le cas échéant, il formule, en collaboration avec les membres du groupe de travail, les mandats y afférents et fixe les délais pour leur exécution.
- 4.3 Le groupe de travail peut inviter à ses séances des représentants de services fédéraux et des experts extérieurs à l'administration fédérale ou se référer à leurs expertises, analyses et avis selon le ch. 4.2.
- 4.4 Les offices et les services du DFJP sont tenus de fournir au groupe de travail les informations dont il a besoin pour exécuter sa mission.
- 4.5 Un procès-verbal de décision étendu est établi concernant les séances du groupe de travail.
- 4.6 Le groupe de travail siège à Berne. Le président fixe la fréquence des séances. Au besoin, des séances spéciales peuvent être organisées.

5. Aspects financiers

- 5.1 Les membres extérieurs à l'administration fédérale touchent une indemnité journalière de Fr. 300.--. L'indemnité journalière du président est de Fr. 375.--.
- 5.2 Pour leurs déplacements, les membres se voient rembourser le prix du trajet en train en première classe. Le remboursement des frais de repas et d'hébergement se fait conformément aux dispositions s'appliquant aux employés fédéraux.
- 5.3 Une indemnité supplémentaire pourra être versée en cas de prestations extraordinaires.

6. Confidentialité et information

- 6.1 Les délibérations du groupe de travail sont confidentielles. Les membres du groupe de travail sont néanmoins autorisés à discuter de questions de fond avec des membres de leurs organisations respectives et avec des tiers concernés et, au besoin, à se faire conseiller par des experts.
- 6.2 Le DFJP informe le public de la teneur du mandat et de la composition du groupe de travail.
- 6.3 Le groupe de travail peut, avec l'accord de la cheffe du DFJP, informer régulièrement le public de l'avancement des travaux.

7. Délais

Le groupe de travail a jusqu'au 15 juin 2011 pour remettre son rapport à la cheffe du DFJP.

8. Bases légales

L'institution de ce groupe de travail se fonde sur l'art. 57 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010).

9. Entrée en vigueur

La présente décision entre en vigueur immédiatement.

Département fédéral de justice et police DFJP

Simonetta Sommaruga

Conseillère fédérale

1.3 Composition et fonctionnement du groupe de travail

Le groupe de travail était dirigé par le professeur Heinrich Koller, ancien directeur de l'Office fédéral de la justice (OFJ). En faisaient également partie : Manuel Brandenburg et Gregor Rutz, représentants du comité d'initiative ; Margrith Hanselmann et Roger Schneeberger, représentants respectivement de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) et de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) ; Albrecht Dieffenbacher, de l'Office fédéral des migrations (ODM), et Ridha Fraoua, de l'OFJ, qui représentaient l'administration fédérale. Le secrétariat était assuré par Dirk Olschewski, de l'ODM.

Le groupe de travail a consulté à plusieurs reprises, lors de ses séances, des experts du droit pénal et du droit relatif à l'exécution des peines, des assurances sociales et du droit international public¹⁴.

Ces personnes et les collaborateurs de l'OFJ et de l'ODM ont rédigé de nombreux documents de travail, rapports intermédiaires et propositions pour transposer les nouvelles dispositions constitutionnelles dans la loi. Le contenu de ces différents documents est intégré dans le présent rapport final. Conformément au ch. 2.2 de la décision instituant le groupe de travail, ce dernier a recherché des solutions consensuelles. Les principales divergences de vues sont exposées dans le présent rapport. Le groupe de travail s'est réuni pour la première fois le 26 janvier 2011 et a ensuite tenu xx séances d'une demi-journée à Berne.

Les représentants du comité d'initiative ont présenté, lors de la première séance déjà, un projet de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles, élaboré en collaboration avec la direction de l'Union démocratique du centre (UDC). Ce projet prévoit d'introduire dans le code pénal (CP¹⁵) les normes relatives à l'expulsion du territoire suisse (projet relatif à l'art. 73^{bis} ss CP).

Le groupe de travail a néanmoins estimé qu'il était nécessaire de commencer par clarifier un certain nombre de questions fondamentales et de mener une réflexion sur des questions générales touchant à la mise en œuvre des initiatives populaires, à l'interprétation des dispositions constitutionnelles et à la hiérarchie des normes de droit (notamment la relation avec le droit international public), pour se pencher ensuite sur les autres sujets (liste des infractions, définition de la gravité des infractions pertinentes et autres conditions pour l'expulsion, question de l'obtention abusive de prestations sociales, problématique de l'exécution des renvois et des expulsions, mise en œuvre dans le droit pénal ou le droit des étrangers, compatibilité des propositions avec les principes de la Constitution et du droit international public). La structure du présent rapport suit cette manière de procéder.

¹⁴ Ont pris part aux séances du groupe de travail en tant qu'experts de l'administration fédérale : Peter Häfliger et Gabriella D'Addario Di Paolo (domaine de direction Droit pénal et procédure pénale, OFJ), Reto Feller (unité Accompagnement législatif I, OFJ), Daniel Wüger et Adrian Scheidegger (unité Droit européen et protection internationale des droits de l'homme, OBJ). Ces personnes ont également apporté une contribution essentielle à la rédaction du présent rapport final. Les personnes suivantes ont été entendues en tant qu'experts extérieurs à l'administration fédérale : Martin Gabl, directeur du service des affaires sociales de la ville de Berne, et Joe Keel, directeur de l'office chargé de l'exécution des décisions de justice du canton de Saint-Gall.

¹⁵ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

2. Principes d'interprétation des (nouvelles) normes constitutionnelles

2.1 Méthode et particularités de l'interprétation constitutionnelle

2.1.1 Principe de la validité des règles générales d'interprétation

L'interprétation de la Constitution suit, pour l'essentiel, les mêmes règles méthodiques que l'interprétation des lois et des ordonnances¹⁶. Si le point de départ est le libellé de la norme (élément de l'interprétation grammaticale), il ne peut toutefois s'agir là du seul élément déterminant. Cela est d'autant plus vrai lorsque le libellé n'est pas absolument clair ou que plusieurs interprétations sont possibles. Dans ce cas, il y a lieu de rechercher la véritable portée du texte en se fondant sur d'autres éléments d'interprétation, comme la genèse de la norme (élément de l'interprétation historique) et son but (élément de l'interprétation téléologique). Il convient également de tenir compte du sens qui se dégage de la norme dès lors qu'elle est placée en contexte avec d'autres dispositions (élément de l'interprétation systématique).

Qu'il s'agisse d'interpréter des dispositions législatives ou des dispositions constitutionnelles, *il n'existe pas de hiérarchie des éléments d'interprétation*. De même, aucune méthode d'interprétation ne saurait primer les autres approches, ni s'appliquer de manière exclusive. Il faut au contraire tenir compte simultanément des différents éléments d'interprétation et déterminer, dans chaque cas, quelle méthode (ou combinaison de méthodes) est la mieux à même de restituer le sens véritable de la norme constitutionnelle qu'il s'agit d'interpréter (*pluralisme des méthodes*)¹⁷.

2.1.2 Les différents éléments de l'interprétation

Traditionnellement, l'interprétation constitutionnelle se fonde aussi sur les différents éléments suivants¹⁸ :

- *l'interprétation grammaticale* permet de déterminer le sens de la norme à la lecture du texte. Cette méthode examine l'usage qui est fait des termes aussi bien dans le langage courant que dans la langue juridique. Plus une norme est rédigée en termes généraux et plus l'interprétation grammaticale touche à ses limites ;

Les représentants du comité d'initiative font valoir que le libellé de la norme est le point de départ de toutes les méthodes d'interprétation¹⁹. Le Tribunal fédéral se fonde sur ce seul élément lorsqu'il en résulte une solution manifestement juste quant au fond²⁰.

- *l'interprétation systématique* repose sur le contexte dans lequel s'inscrit la norme. Elle examine la relation matérielle de la norme constitutionnelle ou de l'alinéa qu'il s'agit d'interpréter avec d'autres normes constitutionnelles ou avec les autres alinéas de la norme concernée. Pour plus de précisions sur les aspects particuliers de l'interprétation systématique appliquée aux dispositions constitutionnelles, se référer au ch. 2.1.3 .

¹⁶ Cf. ATF 131 I 74, consid. 4.1, et 124 II 193, consid. 5a ; TSCHANNEN, *Verfassungsauslegung*, § 9 n. marg. 1.

¹⁷ HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 130.

¹⁸ Cf. entre autres TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 4 n. 17 ss ; SEILER, p. 38 ss ; KRAMER, p. 57 ss.
¹⁹ ATF 131 II 697, consid. 4.1.

²⁰ ATF 125 II 177, consid. 3, p. 179.

- l'*interprétation historique* se fonde sur l'analyse de la genèse de la norme. Le sens donné à une norme constitutionnelle doit refléter la volonté du constituant. Bien souvent toutefois, il est difficile d'identifier les intentions qui ont présidé à l'élaboration de la norme, car le constituant est un organe collectif. Les travaux préparatoires (message du Conseil fédéral, délibérations parlementaires, argumentaire du comité d'initiative) fournissent néanmoins certains éléments de réflexion ;
- l'*interprétation téléologique* tire le sens de la norme de sa finalité, sachant que chaque norme répond à un besoin particulier en matière de réglementation. Le but poursuivi doit toujours être contenu dans la norme elle-même. Il n'est pas possible d'apprécier le sens d'une norme au regard d'un but étranger à cette norme.

2.1.3 Caractère général et principe de l'égalité des normes constitutionnelles, éléments d'interprétation spécifiques du droit constitutionnel

Nonobstant les parallèles avec l'interprétation législative exposés ci-dessus, l'interprétation constitutionnelle présente certaines particularités dont il faut tenir compte.

Il s'agit tout d'abord du *caractère général des normes constitutionnelles*. Les mandats législatifs découlant de normes d'attribution de tâches, par exemple, ont fréquemment une signification relativement abstraite et ne reflètent qu'un premier consensus quant à la nécessité que l'État exécute une tâche et quant au domaine et à la finalité de cette tâche. Bien souvent, l'interprétation de ce type de norme consiste davantage en une concrétisation qu'en une interprétation proprement dite : il s'agit moins d'identifier la volonté normative préexistante, ayant une validité générale, que de construire un sens qui est adapté au problème que l'on veut résoudre²¹.

Ensuite, il faut tenir compte du *principe de l'égalité des normes constitutionnelles*, qui ne s'applique toutefois que dans la mesure où le constituant n'a pas lui-même expressément soumis certaines normes à une hiérarchie déterminée. Ce principe est sujet à deux restrictions²² :

- Les règles impératives du droit international priment la Constitution fédérale. Toute révision partielle ou totale de la Constitution doit respecter ces dispositions (art. 193, al. 4, et 194, al. 2, Cst.). Les normes impératives du droit international qui sont expressément transposées dans la Constitution – par ex. à l'art. 10, al. 3 (interdiction de la torture), et à l'art. 25, al. 2 et 3 (interdiction de refouler une personne sur le territoire d'un État où elle est persécutée ou risque la torture) – prévalent sur les autres normes constitutionnelles « usuelles ».
- Dans un cas déterminé, une évaluation mettant en balance tous les aspects constitutionnels concernés par le problème dont il est question peut conclure à la primauté de telle ou telle norme constitutionnelle. On signalera toutefois que les principes développés pour l'interprétation législative – selon lesquels la loi postérieure déroge à la loi antérieure (*lex posterior derogat legi priori*) et les dispositions spéciales l'emportent sur la loi générale (*lex specialis derogat legi generali*) – ne sauraient être appliqués sans autre réflexion à l'interprétation constitutionnelle.

À la lumière de ces deux particularités (caractère général et principe de l'égalité des normes constitutionnelles), deux éléments d'interprétation spécifiques des normes constitu-

²¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 n° 10.

²² TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 n° 16.

tionnelles doivent être pris en considération en complément des méthodes d'interprétation générales :

- la mise en concordance pratique (ou *interprétation « harmonisante »*)²³ s'impose lorsque, dans le cadre d'un projet législatif, le législateur non seulement doit examiner la norme d'attribution de tâches, mais doit aussi intégrer dans sa réflexion tous les objectifs constitutionnel concernés par cette problématique. Les normes constitutionnelles doivent être interprétées de manière à éviter, dans la mesure du possible, des conflits de normes à l'intérieur de la Constitution. Si le conflit de normes ne peut être évité, il y a lieu de rechercher une optimisation permettant aux deux normes de déployer leurs effets. Cette manière de procéder est la seule à même de garantir que l'ordre juridique suisse soit, autant que faire se peut, exempt de contradictions.
- l'*interprétation conforme au droit international* consacre la prééminence des règles impératives du droit international sur la Constitution, les autres normes du droit international public devant être « respectées » (art. 5, al. 4, Cst.). Par conséquent, tous les organes de l'État sont tenus, dans le cadre de leur activité normative ou d'application du droit, d'interpréter – dans la mesure où cela est nécessaire et possible – les normes constitutionnelles de manière conforme au droit international (cf. ch. 2.3).

2.2 Portée du principe de proportionnalité

Le *principe de proportionnalité* revêt une importance particulière dans l'interprétation de normes constitutionnelles. Dans la Constitution fédérale, il est défini expressément à l'art. 5, al. 2, comme un « principe de l'activité de l'État régi par le droit », tandis que l'art. 36, al. 3, en fait une condition à la « restriction des droits fondamentaux ». On trouve aussi dans la Constitution d'autres renvois implicites au principe de proportionnalité, par exemple en matière de garanties de procédure (art. 29 ss Cst.), de collaboration entre la Confédération et les cantons (art. 44 ss Cst.) et de droit fiscal (cf. notamment l'art. 127, al. 2, Cst.). Le principe de la proportionnalité des mesures prises par l'État se retrouve en filigrane en tant qu'idée directrice limitant le pouvoir de l'État dans tout l'ordre constitutionnel et juridique. C'est le cas, par exemple, dans le droit administratif, en ce qui concerne les atteintes de l'État, dans le droit pénal, dans la forme particulière du principe de la responsabilité pour faute, ou encore dans le droit privé, sous la forme de l'interdiction du formalisme excessif. Dans le contexte qui nous occupe, ce sont avant tout les principes relatifs à l'activité de l'État régi par le droit et les conditions à la restriction des droits fondamentaux qui sont pertinents.

Le principe de proportionnalité de l'activité de l'État est dérivé, de diverses manières, de l'« idée » supérieure qui conçoit le droit comme un système « juste », qui garantit, au moyen de la loi générale, l'égalité, la liberté et de la sécurité. Une pondération intérêts en présence est indispensable, dans tous les cas, pour trouver un équilibre entre des intérêts divergents (liberté et limitation de la liberté, égalité ou inégalité de traitement, intérêts publics ou privés). Certains voient dans le principe de proportionnalité l'expression de réflexions sur l'adéquation d'une mesure. Pour Forstmoser et Vogt²⁴, il existe plusieurs moyens d'atteindre un but, aussi le législateur doit-il s'abstenir de toujours recourir à la sanction la plus rigoureuse et privilé-

²³ RHINOW / SCHEFER, n° 524, 529; HANGARTNER, p. 473.

²⁴ FORSTMOSER / VOGT, § 12 n° 229.

gier une approche différenciée, l'arsenal des mesures les plus sévères devant être réservé aux cas graves. Ces principes de l'interdiction du formalisme excessif, de la recherche de la juste mesure dans l'activité de l'État de manière à protéger l'individu, sont intrinsèquement liés à la notion de justice.

L'origine de ces principes remonte au Moyen-âge (protection contre les détentions arbitraires dans la Magna Charta de 1215 et dans la règle de l'Habeas Corpus de 1679) et au XVIII^e siècle, à l'époque où les principes généraux du droit et de la structure de l'État ont progressivement vu le jour (légalité, proportionnalité, séparation des pouvoirs). En 1789 enfin, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a consacré, au côté des libertés fondamentales, ces principes relatifs à l'activité de l'État. En Suisse, c'est au XIX^e siècle que le principe de proportionnalité a fait son apparition dans le droit administratif général en tant que principe directeur de la législation en matière de police. Le Tribunal fédéral l'a ensuite érigé, au XX^e siècle, en principe général de rang constitutionnel (dans le cadre de sa jurisprudence relative à la liberté de commerce et d'industrie, à la garantie de la propriété et à la liberté personnelle).

Conformément à la doctrine et à la pratique, le Tribunal fédéral a vu dans le principe de proportionnalité un principe fondamental pertinent pour tous les domaines du droit public, qui doit dès lors régir le droit administratif dans son ensemble et *guider aussi bien l'application du droit que l'activité législative*²⁵. La doctrine et la pratique sont aussi unanimes quant à la fonction du principe de proportionnalité : le principe de proportionnalité a pour but de protéger les citoyens contre des atteintes de l'État disproportionnées²⁶. Comme l'a indiqué le Conseil fédéral dans son message relatif à une nouvelle constitution fédérale²⁷, cette définition vaut pour tous les principes de l'activité de l'État régi par le droit, qui sont fixés à l'art. 5 Cst. : ces principes sont destinés à limiter le pouvoir de l'État dans l'État de droit.

Le principe de la proportionnalité de l'activité de l'État est, avec les autres principes définis à l'art. 5 Cst. (principe de la légalité, nécessité pour l'activité de l'État de répondre à un intérêt public, conformité aux règles de la bonne foi, respect du droit international), un pilier fondateur de l'État de droit suisse. Et vu qu'il dirige tous les aspects de l'activité de l'État, il déploie aussi ses effets dans l'*interprétation des normes constitutionnelles* (interprétation « harmonisante » ; cf. ch. 2.1.3). L'art. 36 Cst. fait de la proportionnalité d'une mesure – aux côtés de l'existence d'une base légale, de la protection d'un intérêt public et de l'inviolabilité de l'essence des droits fondamentaux – une condition à la restriction des droits fondamentaux. Il s'ensuit qu'une *pesée minutieuse des intérêts en présence* est impérative à chaque fois qu'il s'agit de restreindre un droit fondamental. Un automatisme aveugle, qui ne tiendrait compte ni de l'adéquation, ni de la nécessité, ni de la proportionnalité au sens strict d'une mesure, serait manifestement en contradiction avec l'ordre juridique fondamental²⁸.

²⁵ Cf. ATF 96 I 234, consid. 5.

²⁶ ATF 102 Ia 234, consid. 5c.

²⁷ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 133.

²⁸ Cf. ATF 130 I 16, consid. 5.4 ; 117 Ia 472, consid. 3 ; 110 Ib 201, consid. 2c.

2.3 Compatibilité de normes constitutionnelles avec le droit international

2.3.1 Primauté des normes impératives du droit international

L'art. 139, al. 3, Cst. pose trois limites au droit d'initiative : le non-respect du principe de l'unité de la forme, de celui de l'unité de la matière ou des règles impératives du droit international. Lorsque l'Assemblée fédérale, en sa qualité d'organe de contrôle, identifie une contradiction entre l'objet d'une initiative et les limites inscrites à l'art. 139, al. 3, Cst., elle la déclare nulle (ou partiellement nulle).

La notion (de droit interne) de « règles impératives » du droit international se rattache d'abord à celle de *droit international impératif (jus cogens)*, dont l'art. 53, 2^e phrase, de la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁹ donne une définition générale. Il n'existe pas de liste faisant autorité des normes du jus cogens. Dans la pratique des États, on reconnaît néanmoins que les garanties et interdictions suivantes ont le caractère de normes impératives du droit international : l'égalité souveraine des États, l'interdiction du recours à la force, l'interdiction de la torture, du génocide et de l'esclavage, les principes fondamentaux du droit international humanitaire (« jus in bello »), de même que l'interdiction d'expulser un réfugié dans un État où sa vie ou sa liberté seraient en danger en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social déterminé ou de ses opinions politiques (principe du non-refoulement). Le Conseil fédéral a aussi exprimé à plusieurs reprises l'opinion que la notion de « règles impératives du droit international » inclut également les garanties de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)³⁰ auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité, ainsi que certaines garanties du Pacte II de l'ONU³¹ auxquelles il est également impossible de déroger même en état de nécessité³².

Dans son message concernant l'initiative sur le renvoi, le Conseil fédéral a constaté que le texte de l'initiative pouvait être interprété de telle sorte que le principe du non-refoulement soit respecté et que les autres normes du droit international impératif n'étaient pas touchées par l'initiative³³. L'Assemblée fédérale s'est ralliée à cette opinion et les propositions visant à déclarer nulle (ou partiellement nulle) l'initiative sur le renvoi ont été rejetées tant par le Conseil national que par le Conseil des États³⁴.

2.3.2 Contradiction avec des normes non impératives du droit international

Si une initiative populaire n'est contraire qu'aux « autres » normes du droit international, c'est-à-dire à celles qui ne sont pas impératives, elle doit être déclarée valable et soumise au vote du peuple et des cantons.

²⁹ Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111).

³⁰ Convention du 4.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

³¹ Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

³² Pour plus de détails sur cette question, cf. le Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, du 30.3.2011, FF 2011 3401, en part. ch. 2.4.1.

³³ FF 2009 4571, ch. 1.3.2. L'opinion a aussi été exprimée, dans des ouvrages de doctrine, qu'une mise en œuvre de l'initiative respectant les normes impératives du droit international semblait possible : cf. GÄCHTER / KRADOLFER, p. 19 ; REICH, p. 509 ss, 518.

³⁴ BO 2010 E 328 (28 voix contre 13) et BO 2010 N 711 (118 voix contre 69).

Dans son rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, le Conseil fédéral a démontré que jusqu'à lors, douze initiatives populaires avaient été soumises au vote alors qu'elles posaient des problèmes de compatibilité avec des dispositions non impératives du droit international. Parmi ces initiatives, trois seulement – l'initiative « pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit », l'initiative « internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents très dangereux et non amendables » et l'initiative « contre la construction de minarets » – ont été acceptées par le peuple et les cantons. Les autorités fédérales se sont efforcées de proposer une mise en œuvre conforme au droit international pertinent même si, ce faisant, les intentions des auteurs desdites initiatives ne pouvaient pas être entièrement respectées³⁵.

Le droit international n'occupe pas une place unique dans la hiérarchie des normes du droit interne. Le jus cogens se situe au dessus de la Constitution. Parmi les autres normes du droit international, certaines ont sans doute un rang constitutionnel, mais pour la plupart d'entre elles, ce n'est pas le cas³⁶. Mais quelle que soit sa place dans la hiérarchie des normes, une norme concrète de droit international doit être « respectée » par la Confédération et les cantons (art. 5, al. 4, Cst.). De cette disposition constitutionnelle et de l'art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités découle *l'obligation d'interpréter le droit interne – et en particulier le droit constitutionnel – de manière conforme au droit international*³⁷.

L'interprétation conforme au droit international n'est cependant pas une panacée et elle atteint ses limites lorsqu'il existe une contradiction insurmontable entre le droit interne et le droit international. On se trouve dans pareil cas face à un conflit de normes, qui doit être résolu par l'application d'une règle de conflit. En vertu de la jurisprudence « Schubert » développée par le Tribunal fédéral, certaines règles de primauté se dégagent néanmoins pour la résolution de conflits entre les lois internes et le droit international³⁸. S'agissant des conflits entre le droit de rang constitutionnel et le droit international, les choses sont moins claires. Une partie de la doctrine est d'avis qu'on peut parler, dans ce cas, d'une *primauté conditionnelle*³⁹ du droit international, qui doit cependant être motivée de manière plus détaillée dans un cas concret (concernant l'importance du principe de proportionnalité en général, cf. ch. 2.2)⁴⁰.

Pour les représentants du comité d'initiative, il n'existe pas de primauté conditionnelle des règles non impératives du droit international. Ils estiment au contraire que la Constitution prime le droit international non impératif.

³⁵ FF 2010 2067, ch. 8.7.2.

³⁶ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 n° 39 et § 9 n° 20 ss ; cf. également le Rapport du Conseil fédéral du 5.3.2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, ch. 8.4.

³⁷ Cf. Message du Conseil fédéral du 20.11.1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 137 ; RHINOW / SCHEFER, n° 562 ; cf. également ATF 125 II 417, consid. 4d, p. 425 et, récemment, ATF 136 III 168. Cf. aussi art. 27, 1^{re} phrase, de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. »

³⁸ Cf. Rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne (note 32), ch. 5.2 et 5.3.

³⁹ *Bedingter Vorrang*, selon la terminologie que l'on trouve chez RHINOW / SCHEFER, n° 3644.

⁴⁰ Cf. aussi la vue d'ensemble dans le rapport sur la relation entre droit international et droit interne (note 36), ch. 8.6.1.

Si l'interprétation conforme au droit international ne permet pas d'atteindre le but visé et que les normes de droit international concernées ne priment pas la norme constitutionnelle, la dénonciation du traité international doit être considérée. Tous les traités internationaux ne peuvent cependant pas être dénoncés, que ce soit pour des raisons juridiques (absence d'une clause de dénonciation) ou effectives (intérêts politiques prépondérants). Dans ce cas, la Suisse doit assumer ses obligations internationales et s'attendre à des conséquences⁴¹.

Les représentants du comité d'initiative sont quant à eux d'avis que les « raisons effectives » évoquées ci-dessus ne peuvent pas avoir pour effet qu'un traité international non impératif prime une norme constitutionnelle.

Il devient ainsi clair qu'avec l'acceptation d'une initiative populaire contraire au droit international, les problèmes ne sont que reportés à la phase de mise en œuvre⁴² :

« Si une initiative contraire au droit international non impératif est acceptée, les autorités s'efforceront de la mettre en œuvre conformément au droit international. Dans ce contexte, il n'est pas toujours facile de décider à partir de quel point une mise en œuvre conforme n'est plus justifiable, si bien qu'il faut envisager la renégociation ou la dénonciation du traité, ou encore la violation des obligations internationales de la Suisse. Si les autorités choisissent la voie de la mise en œuvre conforme au droit international, elles ne pourront peut-être pas concrétiser l'ensemble des objectifs poursuivis par l'initiative et risquent de décevoir les attentes des citoyens ayant voté en faveur de cette dernière. »

3. Interprétation de l'art. 121 Cst.

3.1 Aperçu de l'organisation et de la structure de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

Au cas où les éléments contenus à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. devraient être intégrés dans une structure, il paraîtrait tout naturel de les organiser en faits constitutifs de l'infraction, conséquences juridiques et mandats législatifs, comme suit :

- conditions expressément citées (*faits constitutifs d'une infraction*) entraînant les conséquences juridiques prévues dans le texte de la Cst. :
 - condamnation par un jugement entré en force pour une infraction (al. 3, let. a) ;
 - obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale (al. 3, let. b).
- *conséquences juridiques* entraînées par les faits constitutifs d'une infraction avérée :
 - privation du titre de séjour (al. 3, phrase introductive) ;
 - privation de tous les droits à séjourner en Suisse (al. 3, phrase introductive) ;
 - expulsion de Suisse (al. 5) ;

⁴¹ Décrites dans le rapport sur la relation entre droit international et droit interne (note 36), ch. 6.2. Une estimation des conséquences d'une dénonciation de la CEDH se trouve chez FORSTER, p. 424.

⁴² Rapport sur la relation entre droit international et droit interne (note 36), ch. 9.6.

- interdiction d'entrée d'une durée de 5 à 15 ans ; en cas de récidive, interdiction d'entrer sur le territoire fixée à 20 ans (al. 5) ;
 - sanctions en cas de violation de l'interdiction d'entrer sur le territoire ou d'entrée en Suisse de quelque manière que ce soit (al. 6).
- *mandats exprès au législateur* d'édicter, dans un délai de cinq ans à compter de la date d'acceptation de l'article constitutionnel (art. 197, ch. 8, Cst.), des dispositions d'exécution concrétisant et complétant les normes constitutionnelles :
- En vertu de la première phrase de l'al. 4, le législateur doit « préciser » les faits constitutifs des infractions visées à l'art. 121, al. 3, Cst. Il s'agit donc de définir dans la loi quelles formes de trafic de drogue et d'effraction et quel « autre délit sexuel grave » ou « acte de violence d'une autre nature » entraînent les conséquences juridiques prévues par la Cst. De plus, il convient de désigner les comportements qualifiant l'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale au sens de l'al. 3, let. b.
 - La formulation potestative de la deuxième phrase de l'al. 4 indique clairement qu'il appartient au législateur de déterminer si les faits constitutifs des infractions visées à l'al. 3 doivent être complétés par d'autres faits constitutifs d'une infraction.
 - La deuxième phrase de l'al. 6 demande que soient édictées des dispositions pénales applicables en cas de contravention à l'interdiction d'entrer sur le territoire ou d'entrée illégale en Suisse de quelque manière que ce soit.

3.2 Interprétation des conséquences juridiques

3.2.1 Privation du titre de séjour et de tous les droits à séjourner en Suisse

Le « titre de séjour » est le droit de séjourner en Suisse accordé aux étrangers conformément aux art. 32 ss LEtr. Aussi la « privation du titre de séjour » entraîne-t-elle la perte des titres de séjour ci-après :

- autorisation de séjour (permis B ; art. 33 LEtr) ;
- autorisation d'établissement (permis C ; art. 34 LEtr) ;
- autorisation de courte durée (permis L ; art. 32 LEtr) ;
- autorisation frontalière (permis G ; art. 35 LEtr) ;
- statut des étrangers admis à titre provisoire (permis F ; art. 41, al. 2, et 83 ss LEtr) ;
- requérants d'asile (permis N ; art. 42 ss LAsi⁴³).

À ce titre, les permis F et N *ne sont pas* des autorisations relevant du droit des étrangers, mais ne font qu'attester un droit de résider en Suisse⁴⁴.

Les autorisations susmentionnées sont également délivrées à des citoyens de l'UE et de l'AELE, auquel cas elles portent une mention qui le précise. Les bases légales déterminantes figurent dans les accords pertinents⁴⁵.

⁴³ Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (RS 142.31).

⁴⁴ SPESCHA / KERLAND / BOLZLI, p. 117, 310.

⁴⁵ Cf. annexe I de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des

Actuellement, près de deux tiers des ressortissants étrangers qui résident en permanence en Suisse proviennent d'États membres de l'UE ou de l'AELE.⁴⁶

De plus, le texte constitutionnel prescrit que, dans certaines conditions, des étrangers peuvent également être privés de « tous leurs droits à séjourner en Suisse ». Cette disposition inclut les situations dans lesquelles un étranger remplirait bien les conditions juridiques ou de droit international fixées pour l'octroi d'un titre de séjour. On songe ici, par exemple, au cas où un étranger remplit les conditions visées à l'art. 42, al. 2, LEtr (droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa validité pour les membres de la famille d'un ressortissant suisse), mais commet une infraction visée à l'art. 123, al. 3, Cst. Le cas échéant, le droit légal prévu à l'art. 42, al. 2, LEtr s'éteint alors.

3.2.2 Expulsion et renvoi de Suisse

3.2.2.1 Terminologie et théorie des trois niveaux

Au préalable, il convient de définir le terme *expulsion*. Sur le plan constitutionnel, ce terme est employé à l'art. 25, al. 1, Cst., ainsi qu'à l'art. 121, al. 2, Cst. Il signifie que l'État impose de manière contraignante à une personne (sous menace d'exécution sous contrainte) de quitter le territoire. L'expulsion est généralement complétée par une interdiction de retour⁴⁷.

Outre la révocation des autorisations, la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), restée en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, prévoyait expressément l'expulsion d'étrangers (art. 10 LSEE). Cette expulsion concernait des étrangers *établis* et n'était possible qu'à certaines conditions (notamment en cas de condamnation pour un crime ou un délit ; en cas d'absence de volonté ou de faculté de s'intégrer dans l'ordre en vigueur en Suisse ; en cas de dépendance considérable et répétée de l'assistance publique). Cette expulsion comprenait aussi bien le renvoi de Suisse qu'une interdiction d'entrée en Suisse. Par souci de systématisation et de simplification, cette expulsion a été remplacée par la révocation de l'autorisation d'établissement, prévue à l'art. 63 LEtr, lors de l'entrée en vigueur de la LEtr.

Au niveau de la loi, le terme *expulsion* n'est plus utilisé aujourd'hui qu'en relation avec les expulsions pour raisons de sécurité intérieure et extérieure (cf. art. 68 LEtr). Dans la LEtr, en revanche, une « expulsion » prononcée faute de titre de séjour, au sens du terme allemand « Wegweisung », est qualifiée de « renvoi » (cf. art. 64, al. 1, LEtr). Dans la terminologie constitutionnelle, le renvoi au sens de la loi est cependant une forme d'expulsion. Si la personne expulsée n'obéit pas de son propre gré à son devoir de quitter la Suisse, l'expulsion a lieu sous contrainte, c'est-à-dire que l'étranger est renvoyé⁴⁸. Le *renvoi* (ou « refoulement », « Rückschiebung ») signifie donc l'exécution sous contrainte d'une expulsion. Au niveau de la loi, le « renvoi ou l'expulsion » (qui correspondent au terme allemand *Ausschaffung*) sont traités aux art. 69 ss LEtr.

personnes (RS 0.142.112.681) ainsi que la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE ; RS 0.632.31) ou l'annexe K de l'accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (RO 2003 2685).

⁴⁶ Cf. SPESCHA / KERLAND / BOLZLI, p. 57.

⁴⁷ Cf. Message relatif à une nouvelle constitution fédérale (note 37), p. 171; REICH, p. 513.

⁴⁸ RHINOW / SCHEFER, n° 1766; REICH, p. 513.

De ces notions, il y a lieu de retenir que la question de savoir si un étranger doit quitter la Suisse touche trois niveaux :

- Le *premier niveau* a trait à la privation du titre de séjour accordé par une autorisation ou du droit à séjourner en Suisse en vertu d'une disposition légale ou du droit international public.
- Le *deuxième niveau* porte sur l'obligation matérielle de quitter le pays (renvoi).
- Le *troisième niveau* se rapporte à l'exécution du renvoi, dans la mesure où un départ volontaire n'a pas eu lieu (expulsion).

3.2.2.2 Portée de « l'expulsion automatique » et prise en compte des obstacles à l'exécution relevant du droit international public

La disposition-clé de l'initiative sur le renvoi exige, à l'art. 121, al. 5, Cst., que dans certaines conditions les étrangers soient « expulsés du pays ». Conformément au texte constitutionnel, les autorités chargées de l'application des lois ne disposent d'aucune marge d'appréciation pour les décisions à rendre aux deux premiers niveaux. Sur ce point, les al. 3 et 5 de l'art. 121 Cst. requièrent une « expulsion automatique ». En revanche, l'initiative ne se prononce pas explicitement au sujet du troisième niveau, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'expulsion doit aussi obligatoirement être exécutée (renvoi) lorsque l'un des faits constitutifs prévus est avéré. Partant, l'énoncé de l'article constitutionnel n'exclut pas de tenir compte des obstacles à l'exécution du renvoi, du moins dans la mesure où ces derniers découlent de règles impératives du droit international public ou d'une vraie impossibilité d'exécuter le renvoi. Le cas échéant, la décision de ne pas exécuter le renvoi ou celle de le reporter peuvent être justifiées⁴⁹.

Autrement dit :

- Les autorités chargées de l'application des lois doivent examiner la *licéité* de l'exécution d'un renvoi et s'y opposer si elle s'avère contraire au principe de non-refoulement⁵⁰, selon lequel personne ne doit être expulsé dans un État dans lequel il risque d'être torturé ou de subir un autre type de peine ou de traitement cruel et inhumain, et qui relève du droit international impératif (cf. également l'art. 25, al. 3, Cst. et le ch. 2.3.1 ci-dessus). Vu sa validité absolue, le principe de non-refoulement tient uniquement compte de ce qui pourrait arriver à la personne à renvoyer dans l'État de destination, peu importe pour quels motifs elle est renvoyée. Cette interprétation qui, dans certains cas, permet de vérifier la licéité d'une expulsion, est en adéquation avec la position adoptée par le Conseil fédéral dans son message aux Chambres fédérales. Le Conseil fédéral a en effet expliqué que le texte constitutionnel n'interdisait pas aux autorités de « considérer le principe de non-refoulement comme une interdiction provisoire ou durable de l'exécution de l'expulsion »⁵¹. Du reste, même les auteurs de l'initiative ne contestent pas la possibilité d'examiner le principe de non-refoulement⁵².

⁴⁹ Cf. également REICH, p. 513 ss, donc également GÄCHTER / KRADOLFER, p. 18 ss.

⁵⁰ Au niveau du droit international public, inscrit à l'art. 33 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30), à l'art. 3 CEDH et à l'art. 7 du Pacte II de l'ONU.

⁵¹ FF 2009 4577

⁵² Cf. en particulier p. 23 de l'argumentaire du 1^{er} septembre 2010 relatif à la votation du 28 novembre 2010 :

- L'examen doit également porter sur la *possibilité* (technique) de procéder au renvoi⁵³. Toute impossibilité d'exécuter un renvoi doit résulter d'une circonstance extérieure sur laquelle ni la personne renvoyée et tenue de coopérer, ni les autorités chargées de l'exécution du renvoi n'ont une quelconque influence. On pense ici, par exemple, à un refus des autorités étrangères de délivrer à la personne expulsée les documents nécessaires pour entrer dans son pays ou à l'impossibilité de la renvoyer dans un pays tiers en raison d'un conflit armé.

Le ch. 3.4 ci-après expose en détail dans quelle mesure le droit international public impose la prise en compte d'autres obstacles à l'exécution en tant que découlant de la CEDH, de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁵⁴, de la Convention relative aux droits de l'enfant⁵⁵ ou du Pacte II de l'ONU⁵⁶. Une prise en compte intégrale de tous les obstacles à l'exécution du renvoi relevant des règles non impératives du droit international public serait, à cet égard, incompatible avec la volonté présumée du législateur (cf. ci-dessous, ch. 3.4.5).

Les représentants du comité d'initiative estiment qu'aucun autre obstacle à l'exécution découlant des règles du droit international public ne doit être pris en compte du fait que l'initiative sur le renvoi, qui relève du droit constitutionnel, prévaut sur les règles non impératives du droit international public.

3.2.3 Statut de séjour en cas de report temporaire de l'exécution du renvoi

Selon le droit en vigueur, l'ODM prononce l'admission provisoire lorsque « l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée » (art. 83, al. 1, LEtr). Ces personnes, auxquelles une autorisation F est délivrée, sont soumises à des règles particulières en matière d'octroi d'une autorisation de séjour, d'accès au marché du travail, de regroupement familial et de mesures d'intégration.

Le texte constitutionnel ne répond pas expressément à la question du statut réservé aux étrangers qui demeurent (temporairement) en Suisse à la suite du caractère illicite ou de l'impossibilité de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion. Du fait que ces personnes sont également privées de « tous leurs droits à séjourner en Suisse », la conversion du permis F en permis B, actuellement possible en vertu de l'art. 84, al. 5, LEtr, c'est-à-dire la possibilité de déposer une demande d'octroi d'une autorisation de séjour après cinq ans de présence sur le territoire suisse, semble exclue. Du reste, s'agissant du statut de séjour, il semble aller de soi de se référer à la réglementation prévue au chap. 11 (art. 83 ss) LEtr. L'admission provisoire maintient l'obligation de quitter la Suisse et ne confère pas de droit de séjour, puisqu'elle dépend uniquement de circonstances factuelles, donc susceptibles

<http://www.initiative-pour-le-renvoi.ch> (rubrique « Arguments »).

Se référer aussi à BRANDENBERG MANUEL / RUTZ GREGOR A., Eine Verfassungsnorm im Lichte der Verfassung, document de travail concernant la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi du 27 avril 2011, ch. 3.2.

⁵³ Indications sur de tels « véritables obstacles à l'exécution », cf. également REICH, p. 518.

⁵⁴ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681).

⁵⁵ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

⁵⁶ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

d'évoluer en tout temps⁵⁷. Au besoin, le législateur peut édicter des modifications ponctuelles.

3.2.4 Interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans ; en cas de récidive, interdiction d'entrer sur le territoire fixée à 20 ans

Le droit en vigueur prévoit la possibilité de prononcer, à certaines conditions, une interdiction d'entrer sur le territoire en vertu de l'art. 67 LEtr. De plus, l'art. 68, al. 3, LEtr lie l'expulsion d'un étranger pour maintenir la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse à une interdiction d'entrée. Cette dernière n'a pas de caractère pénal ; au contraire, il s'agit d'une mesure (de droit administratif) visant à maintenir éloigné l'étranger dont la présence en Suisse n'est pas souhaitée ; il lui est dès lors interdit d'entrer (légalement) en Suisse. Selon le droit en vigueur, l'interdiction d'entrée est en règle générale prononcée pour une durée maximale de cinq ans ; elle peut néanmoins être prononcée « pour une durée plus longue » lorsque la personne concernée constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics (art. 67, al. 3, LEtr), voire pour une durée illimitée dans des cas graves (cf. art. 67, al. 4, et art. 68, al. 3, LEtr).

L'art. 121, al. 5, première phrase, Cst. impose aux autorités compétentes de frapper les étrangers expulsés du pays d'une interdiction d'entrer sur le territoire et ce, pour une durée allant de cinq à quinze ans. La Cst. permet ainsi au législateur de fixer au cas par cas, dans le respect du principe de la proportionnalité, les critères relatifs à la durée de l'interdiction d'entrer sur le territoire (par ex. pour tenir compte de la gravité de l'infraction ou de l'abus, de l'intégration professionnelle et sociale, de la situation familiale, etc.). La loi d'exécution peut cependant également laisser le soin de fixer la durée de l'interdiction d'entrée à l'autorité chargée de l'application de la loi appelée à rendre une décision conformément au pouvoir d'appréciation qui lui est conféré.

En cas de récidive, la durée de l'interdiction d'entrée s'élève obligatoirement à vingt ans (art. 121, al. 5, deuxième phrase, Cst.). Il y a lieu de parler de récidive lorsque l'étranger concerné – déjà privé une fois de son titre de séjour, de tous ses droits à séjourner en Suisse et expulsé du pays conformément à l'art. 121, al. 3 et 4, Cst. – remplit les conditions posées pour les faits constitutifs d'une infraction entraînant son expulsion au sens de l'art. 121, al. 3 et 4, Cst. après être une nouvelle fois entré soit légalement soit illégalement en Suisse. Si l'exécution de l'expulsion a été reportée, un cas de récidive peut survenir même sans nouvelle entrée en Suisse.

3.2.5 Sanctions encourues en cas de violation de l'interdiction d'entrée

Entrer sur le territoire suisse au mépris d'une interdiction d'entrée en vigueur est illégal et déjà punissable selon le droit en vigueur (cf. art. 115, al. 1, let. a, en relation avec l'art. 5, al. 1, let. d, LEtr : peine privative de liberté d'un an au plus ou peine pécuniaire). En principe, l'art. 121, al. 6, première phrase, Cst. ne prévoit certes pas d'exceptions à la punissabilité. Des dispositions telles que l'art. 115, al. 5, LEtr, qui répondent à un besoin pratique, devraient cependant continuer à être licites (« En cas d'exécution immédiate du renvoi ou de l'expulsion, le juge peut renoncer à poursuivre l'étranger sorti ou entré illégalement, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine »).

⁵⁷ Cf. REICH, p. 515 et renvois indiqués.

En outre, il convient également de citer l'art. 291 CP (rupture de ban). Selon cette norme pénale, celui qui contrevient à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération ou d'un canton prononcée par une autorité compétente est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Dans l'ancien droit, l'art. 291 CP s'appliquait en cas de non-respect d'un renvoi ou d'une expulsion (art. 10 de la LSEE aujourd'hui abrogée ; cf. ch. 3.2.2.1 ci-dessus)⁵⁸. L'expulsion judiciaire visée par l'art. 55 aCP ayant été supprimée, de même que l'expulsion du territoire d'un canton lors de l'introduction de la LEtr, le champ d'application de cet élément constitutif est limité : l'art. 291 CP n'est plus applicable qu'en cas de violation d'un ordre d'expulsion en vertu de l'art. 68 LEtr et de l'art. 121, al. 2, Cst. (expulsion prononcée par fedpol ou par le Conseil fédéral). Selon le droit en vigueur, les violations d'une interdiction d'entrée valable sont évaluées conformément aux art. 115 ss LEtr. Le groupe de travail n'a pas tranché la question de savoir dans quelle mesure l'art. 291 CP ou les art. 115 ss LEtr sont applicables en cas de violation d'une expulsion judiciaire.

Si un étranger expulsé du pays et frappé d'une interdiction d'entrer sur le territoire au sens de l'art. 121, al. 3 et 4, Cst. entre en Suisse, son entrée est illégale. La portée de la précision, apportée à l'art. 121, al. 6, Cst., selon laquelle sont punissables les étrangers « qui entrent illégalement de quelque manière que ce soit » sur le territoire suisse ne tombe pas sous le sens et nécessite des éclaircissements. L'interprétation la plus naturelle serait que l'étranger frappé d'une interdiction d'entrer sur le territoire est susceptible de contrevenir encore à d'autres conditions d'entrée (cf., pour le droit en vigueur, l'art. 5, al. 1, let. a à c, LEtr). À cet égard, il ne saurait être attribué une signification propre aux termes « qui y entrent illégalement de quelque manière que ce soit ».

3.3 Interprétation des faits constitutifs des infractions et des mandats législatifs

3.3.1 Lignes directrices pour l'élaboration de la législation d'exécution

En vertu de l'art. 121, al. 4, Cst., le législateur peut *préciser* les faits constitutifs des infractions visées à l'art. 121, al. 3, Cst. ou les *compléter* par d'autres faits constitutifs (deuxième phrase). S'agissant de décider si et comment les faits constitutifs des infractions doivent être complétés, la Cst. accorde une marge d'appréciation importante au législateur.

Les *lignes directrices générales* concernant la conception de la législation d'exécution s'appuient, en particulier, sur les principes de l'activité de l'État régi par le droit (principe de la proportionnalité et respect du droit international public) ainsi que sur la réalisation des droits fondamentaux (cf. art. 5, 35 et 36 Cst.). Le texte constitutionnel ne contient en tout cas aucun élément indiquant la possibilité de légiférer en dehors de ces lignes directrices générales. En outre, il semble impératif de tenir compte du principe de la proportionnalité non seulement dans l'élaboration de la liste des infractions, mais également dans l'évaluation de chaque cas d'espèce⁵⁹.

⁵⁸ Cf. ATF 100 IV 244 consid. 1.

⁵⁹ Le respect du principe de la proportionnalité dans la législation d'exécution (et dans l'évaluation de chaque cas) est également postulé par HANGARTNER, p. 473 ss et (avec une certaine retenue) par GÄCHTER / KRADOLFER, p. 18 ss. Cf. également ch. 2.2 ci-dessus.

Comme *lignes directrices spécifiques* applicables en cas d'extension des faits constitutifs d'une infraction, le législateur peut a priori s'appuyer sur deux critères dont sont imprégnés les faits constitutifs expressément cités à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. : il s'agit en effet, primo, d'infractions – pour la plupart graves ou moyennement graves – que la collectivité (et les médias) associent le plus fréquemment aux étrangers et secundo, essentiellement, d'états de fait visant à protéger l'intégrité physique, psychique ou sexuelle.

3.3.2 Infractions entraînant l'expulsion

3.3.2.1 Regroupement des infractions

Les infractions pénales figurant à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. peuvent être regroupées de la manière suivante :

- infractions ayant une correspondance directe dans le CP :
 - homicide intentionnel (art. 111 ss CP) ;
 - viol (art. 190 CP) ;
 - brigandage (art. 140 CP) ; et
 - traite d'êtres humains (art. 182 CP).
- faits constitutifs d'infractions se rattachant à des (plusieurs) dispositions pénales existantes :
 - trafic de drogue : cf. art. 19 ss de la loi sur les stupéfiants (LStup)⁶⁰ ;
 - effraction : cf. en particulier les art. 139 CP (vol), 144 CP (dommages à la propriété) et 186 CP (violation de domicile).
- catégories de délits relativement ouvertes :
 - autres délits sexuels graves et
 - actes de violence d'une autre nature.

3.3.2.2 Description précise des infractions et infractions complémentaires

Les mandats législatifs relatifs au regroupement des infractions pénales présentées ci-dessus doivent se voir attribuer les importances suivantes :

- Les infractions appartenant au groupe ayant une correspondance directe dans le CP doivent être converties en normes légales et précisées. L'homicide intentionnel doit notamment inclure les faits constitutifs du meurtre, de l'assassinat et du meurtre passionnel (cf. art. 111 à 113 CP)⁶¹.
- Une description précise est également nécessaire pour le groupe d'infractions se rattachant à des (plusieurs) dispositions pénales existantes : recourir aux normes pénales de la LStup permettra ainsi de concrétiser le trafic de drogue comme motif d'expulsion. Les condamnations légères pour trafic de drogue ne devraient pas entraîner l'expulsion. Cette interprétation de la Cst. découle de la prise en compte du

⁶⁰ Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (RS 812.121).

⁶¹ Cf. également l'argumentaire des auteurs de l'initiative (note 52), p. 15.

principe de la proportionnalité ainsi que de l'élément d'interprétation systématique, c'est-à-dire de la comparaison avec les autres infractions graves énumérées à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. Le même genre de réflexions vaut pour la description précise de l'effraction.

- Le législateur doit aussi concrétiser le groupe des catégories de délits relativement ouvertes dans un « mandat législatif de description » : l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. impose en effet que seules doivent figurer comme motif d'expulsion dans une disposition légale les infractions contre l'intégrité sexuelle d'une gravité comparable aux faits constitutifs du viol. Le point de départ de la description précise des « autres délits sexuels graves » est le titre 5 du livre 2 du code pénal (art. 187 à 200). Conformément au texte constitutionnel, qui cite par exemple les faits constitutifs du brigandage (art. 140 CP), il convient de préciser également la nature des « actes de violence d'une autre nature ». L'art. 140 CP est certes classé parmi les infractions contre le patrimoine. À cet égard, le principal critère de qualification du brigandage, qui le distingue des faits constitutifs du vol, est l'usage de violence à l'égard d'une personne ou le recours à la menace d'un danger imminent pour sa vie ou son intégrité corporelle. Du point de vue constitutionnel, ce critère de qualification ouvre la voie vers la description précise des « actes de violence d'une autre nature ». En d'autres termes, la description précise doit être axée principalement sur les faits constitutifs des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle (cf. art. 122 à 136 CP).

Pour chaque forme de « description précise » de l'infraction, le législateur doit considérer des critères supplémentaires concernant la gravité d'un acte (par ex. peine minimale prononcée dans un cas d'espèce). Cette considération est nécessaire pour respecter le principe de la proportionnalité et le postulat de droit constitutionnel qui impose que la liste des motifs d'expulsion soit cohérente en elle-même.

Enfin, le législateur peut, en se fondant sur la deuxième phrase de l'art. 121, al. 4, Cst., compléter les trois groupes d'infractions évoqués par d'autres éléments constitutifs d'une infraction – y c. ceux relevant du droit pénal accessoire. Les lignes directrices générales et spécifiques pour l'élaboration de la législation d'exécution doivent servir, là aussi, de fil conducteur (cf. ch. 3.3.1).

3.3.2.3 Condamnations à l'étranger et prise en compte de toutes les formes de culpabilité et de participation à un délit ainsi que des tentatives de délit

Le texte constitutionnel de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst., fait référence à une condamnation par jugement entré en force ; il ne se limite aucunement aux seuls jugements exécutoires prononcés par des tribunaux suisses. En conséquence, vu la formulation ouverte de sa teneur, des condamnations prononcées à l'étranger, pour autant que les autorités suisses en aient connaissance, se prêtent en principe aussi à la définition d'un motif d'expulsion. Le législateur n'est par contre soumis à *aucune obligation constitutionnelle* de tenir compte des condamnations prononcées à l'étranger.

En outre, la référence générale à des éléments constitutifs d'infractions se traduit par l'ouverture de la Constitution à prendre en compte toutes les formes de culpabilité et de participation à un délit (culpabilité principale et complicité, de même qu'instigation et complicité) s'agissant non seulement d'infractions effectivement consommées, mais aussi de tentatives.

3.3.3 L'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale en tant que motif d'expulsion

3.3.3.1 Prestations des assurances sociales

Le terme *assurances sociales* employé à l'art. 121, al. 3, let. b, Cst. doit en premier lieu être dissocié des prestations fournies par des assureurs privés, auxquelles le texte constitutionnel ne se rapporte nullement. En clair, les assurances sociales auxquelles se réfère le texte constitutionnel sont les (dix) branches d'assurance considérées comme telles dans le recueil systématique du droit fédéral⁶². Il s'agit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS), de l'assurance-invalidité (AI), des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, de la prévoyance professionnelle, de l'assurance-maladie, de l'assurance-accidents, de l'assurance militaire, des allocations pour perte de gain, des allocations familiales et de l'assurance-chômage. Partant de la différenciation, usuelle en droit des assurances sociales, entre prestations en nature et prestations en espèces, le terme « prestations des assurances sociales » comprend, en particulier, les indemnités journalières, les rentes, les prestations complémentaires annuelles, les allocations pour impotent et leurs compléments, de même que les traitements ou les soins, les moyens auxiliaires, les mesures individuelles de prévention et de réadaptation, les frais de transport et les prestations analogues⁶³.

3.3.3.2 Prestations de l'aide sociale

Si le *droit de l'aide sociale* est cantonal, il n'en demeure pas moins que les normes de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS), que la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) recommande d'appliquer, apportent des réponses circonstanciées aux questions se rapportant à l'organisation de l'aide sociale⁶⁴. Ces normes peuvent également être exploitées pour traiter les questions ici soulevées. L'art. 121, al. 3, let. b, Cst. ne définit pas de restriction à certains genres de prestations d'aide sociale. Il convient de partir du principe que les prestations évoquées ici ont une portée générale de droit constitutionnel. Selon la position officielle des normes CSIAS, elles comprennent aussi bien la couverture des besoins vitaux (frais de logement, soins médicaux de base, aide sociale de base) que les prestations spécifiques et les suppléments d'intégration⁶⁵.

3.3.3.3 La notion de l'abus

La Cst. s'abstient de préciser le sens exact de l'abus. L'interdiction de l'abus de droit inscrite à l'art. 2, al. 2, du code civil (CC)⁶⁶, est cependant applicable à l'ordre juridique dans son intégralité ; elle engage les autorités aussi bien que les particuliers. On parle d'abus de droit lorsqu'une institution juridique est utilisée pour réaliser des intérêts contraires à

⁶² Cf. RS 83.

⁶³ Cf. art. 14 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).

⁶⁴ Cf. version de janvier 2011, qui peut être consultée sous <http://www.skos.ch/fr> (rubriques « Normes CSIAS », « Consulter les normes »).

⁶⁵ Cf. notamment les normes CSIAS (note 64), ch. A.6.

⁶⁶ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

son but et que cette institution juridique ne veut pas protéger⁶⁷. Partant, l'obtention de prestations de l'aide sociale est abusive si, en toute objectivité, elle ne vise pas à garantir à la personne dans le besoin le minimum vital (social) lui permettant d'assurer son existence. Le même principe s'applique, par analogie, à l'obtention abusive de prestations des assurances sociales, le but de la branche de l'assurance sociale concernée devant toutefois être pris en compte dans l'examen de chaque cas.

L'art. 121, al. 3, let. b, Cst. laisse le législateur décider s'il entend organiser les éléments constitutifs de l'abus comme des sanctions administratives ou pénales. Ce choix résulte de l'absence de l'exigence d'une *condamnation* par un jugement entré en force (cf. à cet égard l'art. 121, al. 3, let. a, Cst.). L'on ne saurait toutefois en conclure que l'obtention abusive de prestations, déjà établie par l'autorité – par jugement ou sous la forme d'une décision – mais n'ayant pas encore *force de chose jugée* remplisse les faits constitutifs d'une infraction entraînant l'expulsion. Fût-elle souhaitée par le législateur, une telle exclusion de droits juridiques aurait dû être expressément précisée dans le texte constitutionnel.

3.3.4 Compétence législative générale d'établir d'autres faits constitutifs d'infractions entraînant l'expulsion

Le législateur peut, de manière générale, compléter les faits constitutifs (motifs d'expulsion) visés à l'art. 121, al. 3, Cst. par d'autres faits constitutifs d'infractions, en vertu de l'art. 121, al. 4, deuxième phrase, Cst. Le cas échéant, la législation d'exécution devra respecter les lignes directrices mentionnées au ch. 3.3.1. Pour le reste, le législateur dispose d'une large marge d'appréciation politique ; la formulation potestative fait clairement apparaître que le législateur peut sans autre s'abstenir de compléter les faits constitutifs d'une infraction ou ne les compléter qu'ultérieurement. Une interprétation littérale de cette compétence législative ferait apparaître la Constitution comme très ouverte. L'élément d'interprétation historique lui confère pourtant une autre image : l'argumentaire des auteurs de l'initiative met en effet en lumière la préoccupation essentielle de l'initiative sur le renvoi⁶⁸ : « Moins de criminalité étrangère égale plus de sécurité » et « Combattre les abus pour renforcer nos institutions sociales ». Ces objectifs sont déjà repris aux let. a et b de l'art. 121, al. 3, Cst ; les actes de violence, les délits sexuels ainsi que l'abus de prestations sociales, cités une fois encore par les auteurs de l'initiative, y figurent déjà. En cas d'interprétation fondée sur le contexte historique, la marge de manœuvre autorisée par le cadre constitutionnel sur le plan juridique devrait par conséquent s'avérer extrêmement ténue.

3.4 Interprétation à la lumière du droit international public

3.4.1 Position du Conseil fédéral

Dans le condensé de son message concernant l'initiative sur le renvoi, le Conseil fédéral avait déjà averti qu'en cas d'acceptation de l'initiative populaire, outre des conflits majeurs

⁶⁷ ATF 131 I 185 consid. 3.2.4. Illustration : l'étranger qui maintient un mariage de complaisance dans l'intention d'obtenir la prolongation d'une autorisation de séjour délivrée par la police des étrangers commet un abus de droit (cf. art. 51, al. 1, let. a, LEtr).

⁶⁸ Argumentaire des auteurs de l'initiative (note 52), p. 2.

avec des garanties de l'État de droit inscrites dans la Constitution fédérale, « d'importantes dispositions du droit international public non impératif ne pourraient plus être respectées, par exemple certaines clauses de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne ». Cette affirmation est motivée en détail dans le message lui-même et documentée par un examen sous l'angle de la CEDH, du Pacte de l'ONU II, de la Convention relative aux droits de l'enfant et de l'ALCP⁶⁹. Aucun élément ne justifie qu'il faille s'écarter des explications déjà données dans le message. Le condensé ci-après récapitule les exigences découlant des traités internationaux évoqués, auxquels notre pays a souscrit.

3.4.2 Idées directrices de la CEDH et du Pacte II de l'ONU

3.4.2.1 Garanties procédurales

L'art. 1 du protocole additionnel n° 7 à la CEDH⁷⁰ et l'art. 13 du Pacte II de l'ONU prévoient plusieurs garanties procédurales concernant l'expulsion des étrangers. En particulier, l'intéressé doit avoir la possibilité, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner la décision rendue concernant son cas. Ces garanties ne sont applicables qu'aux personnes qui se trouvent légalement sur le territoire d'un État partie au Pacte. Elles ne se rapportent directement qu'à la seule procédure, non au contenu des motifs de l'expulsion ; ces garanties ont cependant pour but de prévenir les expulsions arbitraires⁷¹.

3.4.2.2 Garanties matérielles

Dans un cas d'espèce, l'expulsion d'un étranger peut contrevenir à l'art. 8 CEDH, qui protège, outre le respect de la vie privée, le droit à l'unité familiale. En effet, l'expulsion d'un membre de la famille rend impossible la poursuite de la vie familiale dans l'État qui a prononcé la mesure ; à l'inverse, le refus d'accorder l'entrée dans le pays à un membre de la famille peut empêcher la (re)constitution de l'unité de la famille⁷². L'art. 8 CEDH a la teneur suivante :

Art. 8 Droit au respect de la vie privée et familiale

(1) Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

(2) Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

⁶⁹ FF 2009 4571, 4579 ss

⁷⁰ Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 1988 (RS 0.101.07).

⁷¹ D'après le Comité des droits de l'homme dans sa remarque générale n° 15 [27] (1996) ch. 9 ss concernant l'art. 13 du Pacte II de l'ONU.

⁷² FF 2009 4571, 4581.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, la CEDH ne confère pas de droit à l'entrée et au séjour dans un État contractant. Cependant, si un étranger réside légalement dans un État contractant, son expulsion porte atteinte à son droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH).

La Cour européenne des droits de l'homme statue sur la licéité de l'atteinte, au sens de l'art. 8, al. 2, CEDH, en vertu des critères équivalents ci-après :

- nature et gravité de l'infraction (ou des infractions) ;
- durée du séjour, temps écoulé depuis que l'infraction a été commise (ou depuis que les infractions ont été commises) et comportement de l'intéressé depuis cette date ;
- durée d'une éventuelle interdiction d'entrée ;
- situation familiale de l'intéressé (durée du mariage, vie de famille effective, niveau de connaissance du partenaire à la date du mariage, enfants et âge des enfants) ;
- gravité des problèmes auxquels serait confronté le partenaire de la personne visée par l'expulsion dans l'État de destination, intérêts et intérêt supérieur de l'enfant ou des enfants, en particulier eu égard aux difficultés dans l'État de destination ;
- comparaison des liens sociaux, culturels et familiaux dans le pays d'accueil et dans l'État de destination ;
- s'agissant des délinquants ayant immigré dans le pays d'accueil alors qu'ils étaient encore très jeunes ou qui y sont nés et y ont suivi toute leur formation scolaire, la Cour européenne des droits de l'homme tient en outre compte des éléments suivants : connaissances linguistiques des intéressés ; âge lors de l'expulsion ; parenté dans l'État de destination ; comparaison des chances d'intégration dans le pays d'accueil et dans l'État de destination.

Ces critères *ne sont pas pondérés de manière fixe*, mais en appréciant les conditions propres à chaque cas⁷³. Partant, ne tenir compte que d'un seul critère fixe (par ex. faits constitutifs d'une infraction avérée) constituerait une violation de l'art. 8 CEDH. Aussi une mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi conforme à la CEDH présuppose-t-elle que la législation d'exécution prévoit l'examen de chaque cas d'espèce par une pesée des intérêts dont le résultat doit être ouvert.

L'art. 17 du Pacte II de l'ONU pose d'ailleurs les mêmes exigences concernant l'appréciation détaillée et appropriée des circonstances propres à chaque cas d'espèce :

Art. 17

(1) Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

(2) Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Cette disposition est en grande partie appliquée de manière identique à l'art. 8 CEDH : le Comité des droits de l'homme examine s'il y a atteinte au droit au respect de la vie privée

⁷³ Cf. par exemple le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 août 2001 dans l'affaire *Boultif* contre la Suisse et celui du 22 mai 2008 dans l'affaire *Emre* contre la Suisse, tirées de la bibliographie, cf. GÄCHTER / KRADOLFER, p. 15.

et familiale et, le cas échéant, si l'atteinte est compatible et proportionnée avec les objectifs du Pacte.⁷⁴ Selon la pratique du Comité des droits de l'homme, l'expulsion d'un membre de la famille ne porte pas systématiquement atteinte à des droits protégés ; il y a cependant lieu de conclure à une telle atteinte si l'expulsion modifie considérablement une vie de famille établie depuis longtemps⁷⁵.

Dans les décisions rendues jusqu'à ce jour, le Comité des droits de l'homme a examiné la proportionnalité des expulsions sur la base des critères suivants (tout en accordant une certaine marge d'appréciation à chaque État concerné) :

- gravité des infractions ;
- liens familiaux dans l'État de résidence ;
- liens familiaux dans l'État de destination ;
- possibilités de maintenir des contacts avec la famille dans l'État de résidence ;
- possibilité de faire valoir tous les motifs s'opposant à l'expulsion au cours de la procédure et de les faire examiner de manière exhaustive par l'autorité compétente (et éventuellement par une autorité de recours).

La pratique du Comité des droits de l'homme concernant l'art. 17 du Pacte II de l'ONU ne diffère pas beaucoup de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de l'art. 8 CEDH⁷⁶. En particulier, la conclusion sur le caractère licite ou illicite d'une atteinte à des droits protégés découle toujours d'une pondération de l'ensemble des circonstances pertinentes de chaque cas d'espèce.

L'art. 23 du Pacte II de l'ONU garantit la protection de la famille. Dans sa jurisprudence actuelle concernant les cas d'expulsion, le Comité a examiné cette disposition en même temps que l'art. 17 du Pacte II de l'ONU ; dans le contexte qui nous intéresse, elle ne revêt pas une importance qui lui soit propre⁷⁷.

Enfin, il convient de mentionner l'art. 12, al. 4, du Pacte II de l'ONU. Cette disposition prévoit que nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays. Peuvent en principe se prévaloir de cette garantie, en vertu de la pratique du Comité, non seulement les ressortissants du pays concerné, mais également les étrangers qui y ont vécu depuis leur prime jeunesse et n'ont plus guère de liens avec le pays dont ils ont la nationalité, s'ils n'ont pas eu, jusque-là, la possibilité de devenir citoyens de leur pays de séjour⁷⁸. Selon la pratique du Comité, à vrai dire, le fait que l'intéressé n'ait pas eu l'occasion de se naturaliser ne vaut pas (et ce dernier ne saurait donc, dans ce cas, invoquer l'art. 12, al. 4, du Pacte II de l'ONU) si la naturalisation n'a pas pu lui être accordée pour des raisons qui lui sont imputables, par exemple en raison de sa délinquance⁷⁹. Aussi la portée de l'art. 12

⁷⁴ Comité des droits de l'homme *Canepa v. Canada*, 558/1993 (1997), ch. 11.4.

⁷⁵ Comité des droits de l'homme *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), ch. 9.7.

⁷⁶ Cf. GÄCHTER / KRADOLFER, p. 15.

⁷⁷ Comité des droits de l'homme *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), ch. 12.10; *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), ch. 10.

⁷⁸ Comité des droits de l'homme *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), cf. 12.3 ss ; *Canepa v. Canada*, 558/1993 (1997), ch. 11.3 ; *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), ch. 9.6 ; remarque générale 15 [27] (1996), ch. 20.

⁷⁹ Comité des droits de l'homme *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), ch. 12.8. La doctrine a parfois une interprétation plus large selon laquelle les personnes qui séjournent longtemps dans un pays peuvent invoquer ces dispositions si elles ont établi avec l'État concerné un lien personnel et émotionnel si fort qu'elles s'y identifient comme s'il s'agissait de leur « propre pays », cf. NOWAK, art. 12, point 58.

du Pacte II de l'ONU ne va-t-elle, dans la pratique du Comité des droits de l'homme, pas au-delà de celle de l'art. 17 du Pacte II de l'ONU.

3.4.3 Garanties conférées par la Convention relative aux droits de l'enfant

L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale tant du point de vue de la situation de l'enfant qui s'est rendu pénalement responsable et devrait, de ce fait, être expulsé, que de celle d'une expulsion des parents ou des personnes qui détiennent l'autorité parentale (art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant). De plus, l'art. 9 (pas de séparation de l'enfant contre le gré de ses parents), l'art. 10, par. 2 (droit d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec les deux parents) et l'art. 40 de la Convention relative aux droits de l'enfant (garanties en cas d'infraction à la loi pénale) accordent d'autres droits qu'il convient d'examiner et de pondérer au cas par cas⁸⁰. S'agissant de l'expulsion de parents à la suite d'une condamnation pénale, le comité relève que la décision en matière d'expulsion doit accorder une importance majeure à l'intérêt supérieur de l'enfant⁸¹.

3.4.4 Exigences découlant de l'ALCP et de la Convention AELE

L'ALCP octroie aux personnes qui peuvent se prévaloir de cet accord (les citoyens de l'UE et les membres de leur famille au sens de l'art. 3 de l'annexe I ALCP) des droits individuels relevant du droit des étrangers qui sont directement applicables. Il accorde notamment, à des conditions qui varient en fonction de la catégorie de personnes concernées, des droits individuels en matière d'entrée et de sortie, de séjour, d'exercice d'une activité lucrative et de poursuite du séjour en Suisse (cf. en particulier les art. 1 à 4 de l'annexe I ALCP). Ces droits sont valables immédiatement et ne requièrent aucun acte administratif supplémentaire. Des droits analogues sont accordés par les dispositions correspondantes de la convention instituant l'AELE⁸².

Les droits liés à l'ALCP ne sont pas inconditionnels ; ils peuvent être limités par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. De telles restrictions incluent toutes les mesures ayant une incidence sur le droit d'entrer librement et de séjourner dans le pays, dont font notamment partie le renvoi, l'expulsion ou l'interdiction d'entrée. À cet égard, l'art. 5 de l'annexe I ALCP prévoit les dispositions suivantes⁸³ :

⁸⁰ Cf. explications apportées dans le message du Conseil fédéral, FF 2009 4571, 4583. Cf. également, pour l'importance de la Convention relative aux droits de l'enfant, le récent ATF 135 I 153 consid. 2.2.

⁸¹ Cf. *Norway* CRC/C/15/Add.263, ch. 21 ss et *Norway* CRC/C/15/Add.126, ch. 30 ss, citation d'après: IMPLEMENTATION HANDBOOK ON CRC, p. 126 et 137.

⁸² Cf. Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE ; RS 0.632.31) et accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (RO 2003 2685).

⁸³ Cf. pour la teneur de la réglementation des directives de la CEE et de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne JAAG / PRIULI, n° 14 ss.

Art. 5 Ordre public

(1) Les droits octroyés par les dispositions du présent accord ne peuvent être limités que par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

(2) Conformément à l'art. 16 de l'accord, il est fait référence aux directives 64/221/CEE [...], 72/194/CEE [...] et 75/35/CEE [...].

L'application de cette disposition doit tenir compte, comme précisé à l'al. 2, des directives 64/221/CEE⁸⁴, 72/194/CEE⁸⁵ et 75/35/CEE⁸⁶, de même que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne publiée avant la signature de l'ALCP (jour de référence : le 21 juin 1999). Lorsque l'accord renvoie à des notions de droit communautaire, le Tribunal fédéral tient également compte de modifications ultérieures de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne afin de ne pas compromettre l'objectif d'uniformiser l'évolution du droit.⁸⁷ Ainsi, les aspects suivants de la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi revêtent une certaine importance au regard de l'ALCP :

- S'agissant d'évaluer les circonstances qui justifient d'invoquer des raisons d'ordre public, les autorités nationales disposent d'une certaine marge de manœuvre qui doit cependant être qualifiée de relativement étroite⁸⁸. Il doit exister une *menace réelle et suffisamment grave à l'ordre public*. Le désordre social entraîné par toute violation de l'ordre juridique ne suffit pas. Il faut que l'un au moins des *intérêts fondamentaux de la société* soit touché. Tel est le cas, en particulier, lorsque, face à un comportement donné, le pays d'accueil prend, à l'égard de ses propres ressortissants également, des mesures (pénales) de contrainte ou d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement et ce, même s'il ne saurait prononcer l'expulsion de ses propres ressortissants⁸⁹.
- Le *comportement personnel* de l'intéressé est seul déterminant pour apprécier si le refus ou le retrait d'une autorisation ou une mesure d'éloignement peuvent se justifier en vertu de l'ALCP. Interprété à la lumière de l'art. 3, al. 1, de la directive 64/221/CEE, l'art. 5, annexe I, ALCP n'autorise pas les mesures ordonnées uniquement sur la base de considérations préventives d'ordre général⁹⁰.
- Une condamnation pénale ne suffit pas, à elle seule, pour justifier une limitation des droits octroyés par l'ALCP.⁹¹ Une condamnation pénale ne peut être prise en compte que dans la mesure où le *comportement personnel sur lequel elle s'appuie* constitue une *menace actuelle pour la sécurité et l'ordre publics*. En conséquence, il s'agit d'évaluer le risque de récidive, les exigences posées quant au risque de récidive à

⁸⁴ JO L 56 du 4 avril 1964, p. 850.

⁸⁵ JO L 121 du 26 mai 1972, p. 32.

⁸⁶ JO L 14 du 20 janvier 1975, p. 14.

⁸⁷ ATF 136 II 5 consid. 3.4.

⁸⁸ Cf. CJUE du 4 décembre 1974, Rs 41/74, van Duyn, Rec. 1974, 1337, n° 18 ; cf. également JAAG / PRIULI, n° 18.

⁸⁹ ATF 130 II 176 consid. 3.4.1 ; 129 II 215 ; CJUE du 27 octobre 1977, Rs 30/77, Bouchereau, Rec. 1977, 1999, point 33 ss ; CJUE du 18 mai 1982, Rs 115/81 et 116/81, Adoui et Cornuaille, Rec. 1982, 1665, point 8 ; CJUE du 19 janvier 1999, Rs C-348/96, Calfa, Rec. 1999, I-11, point 21 ss.

⁹⁰ ATF 136 II 5 consid. 4.3 ; CJUE du 10 février 2000, Rs C-340/97, Nazli, Rec. 2000 I-957, point 59.

⁹¹ Cf. art. 3, al. 2, de la directive n° 64/221/CEE ; également ATF 130 II 493 consid. 3.2, p. 499.

prendre en compte étant d'autant plus faibles que les atteintes potentielles à des biens juridiques sont importantes⁹².

- Le caractère actuel de la menace doit être avéré non seulement à la date du retrait (par un tribunal pénal) d'une autorisation relevant du droit des étrangers, mais également lors de l'exécution de l'expulsion. Tout changement des états de fait survenant dans l'intervalle doit être pris en compte. De tels changements doivent aussi en tout temps pouvoir être invoqués par la suite⁹³.
- Le *principe de la proportionnalité* et les *droits fondamentaux* doivent être pris en compte lors de l'appréciation de chaque cas d'espèce. Les intérêts divergents, à savoir l'intérêt public à protéger la sécurité et l'ordre publics et les intérêts privés des personnes directement ou indirectement concernées, doivent être mis en balance. Doivent être pris en compte le genre et la gravité des faits constitutifs de l'infraction concernée, la durée du séjour, le temps écoulé depuis que l'acte délictueux a été perpétré ainsi que la situation familiale. Parmi les aspects liés aux droits fondamentaux, sont notamment pertinentes les garanties prévues par la CEDH (cf. indications figurant au ch. 3.4.2 ci-dessus). Le retrait automatique d'un droit octroyé par l'ALCP est illicite⁹⁴.

Il en résulte les *conséquences* ci-après, à prendre en compte dans la rédaction des textes de loi⁹⁵ :

- Pour que la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi soit conforme à l'ALCP, il ne faut pas qu'il soit possible d'ordonner une expulsion ou de prononcer une interdiction d'entrée en l'absence d'une menace actuelle, réelle et suffisamment grave à l'ordre public.
- Une réglementation conforme à l'ALCP engage chaque autorité compétente pour ordonner une mesure limitant la libre circulation à examiner ces critères au cas par cas. Cette obligation touche tout particulièrement l'autorité appelée à statuer dans la procédure sur la décision ou la mesure prononcée, qu'il s'agisse d'une cour pénale ou d'une autorité compétente en matière d'étrangers. Reporter l'examen individuel du cas au stade de la procédure d'exécution du renvoi ou de l'expulsion est illicite.
- Enfin, l'autorité doit avoir la possibilité de ne pas entrer en matière sur le *nouvel* examen d'une demande si de nouveaux motifs pertinents ne sont pas invoqués. L'autorité doit cependant prendre en compte le temps écoulé depuis sa dernière décision.

⁹² ATF 130 II 176 consid. 4.3.1.

⁹³ Cf. CJUE du 29 avril 2004, en rel. Rs C-482/01 et C-493/01, Orfanopoulos et Oliveri, Rec. 2004 I-5257.

⁹⁴ CJUE du 19 janvier 1999, Rs C-348/96, Calfa, Rec. 1999, I-11, points 27-28 ; CJUE du 29 avril 2004, Orfanopoulos et Oliveri, en rel. Rs C-482/01 et C-493/01, Rec. 2004 I-5257, point 68 ; CJUE du 7 juin 2007, Rs C-50/06, Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas, Rec. 2007, I-4383, point 44.

⁹⁵ Cf. également les projets des art. 73c et 67d, al. 1, CP, de même que de l'art. 63b LETr imprimés en annexe, conformément aux variantes 2 à 4.

3.4.5 Conclusion : examen au cas par cas et prise en compte du principe de la proportionnalité

Pour l'essentiel, les dispositions pertinentes des règles non impératives du droit international public requièrent l'*examen individuel de chaque cas d'espèce* et la prise en compte du *principe de la proportionnalité* au plus tard lors de la décision concernant l'exécution effective de l'expulsion (ou du renvoi). À cet égard, l'ALCP pose des conditions plus sévères, puisqu'il exige que l'autorité appelée à statuer procède déjà à l'examen de chaque cas d'espèce (cf. ci-dessus, ch. 3.4.4).

Si l'on privilégie une interprétation conforme aux règles du droit international public (interprétation harmonisante), il semble qu'une loi d'exécution prévoyant l'examen individuel de chaque cas au stade de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion serait compatible avec l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

Cette interprétation est critiquée en ce sens que le contre-projet direct se distinguait de l'initiative sur le renvoi en ce qu'il se proposait de prendre en compte les règles du droit international public ainsi que les prescriptions du droit constitutionnel (cf. p-art. 121b, al. 3, Cst.⁹⁶). Le contre-projet ayant été rejeté par le peuple et les cantons, il y a tout lieu d'estimer, en insistant sur l'élément d'interprétation historique, qu'une mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi conforme au droit international public désavouerait la volonté du constituant⁹⁷.

En revanche, « l'expulsion automatique » établie par le texte constitutionnel n'est vraisemblablement plus conciliable avec l'examen au cas par cas lors de la procédure décisionnelle requis selon l'ALCP. Au cas où il faudrait en venir à concrétiser ce point de l'ALCP, il n'y aurait pas lieu d'y parvenir par le truchement d'une interprétation qui soit conforme au droit international public, mais en partant du principe que l'ALCP prévaut⁹⁸. La deuxième variante de la liste des infractions s'appuie sur cette idée. L'explication qui la sous-tend est qu'en tant qu'acte législatif d'une nature plus spécifique sur le plan tant personnel que matériel, l'ALCP l'emporte par principe sur l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.⁹⁹.

L'écartèlement déjà explicité de manière générale au précédent ch. 2.3.2 suscité en cas d'infractions à des règles non impératives du droit international public apparaît une nouvelle fois clairement après l'interprétation de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. : tandis qu'une interprétation ainsi qu'une mise en œuvre strictement axées sur l'énoncé du texte constitutionnel et le contexte dans lequel il a vu le jour placeraient la Suisse en porte-à-faux avec le droit international, une interprétation conforme au droit international public ou la reconnaissance de la primauté de plusieurs dispositions de l'ALCP sur des normes constitutionnelles plus récentes prêteraient inévitablement le flanc à la critique, vu qu'elles ne prendraient pas suffisamment en compte la volonté du constituant. Une voie médiane ne semble pas en vue. En particulier, il ne faut pas s'attendre à ce qu'une mise en œuvre contraire au droit international incite la Cour européenne des droits de l'homme ou la Commission européenne des droits de l'homme à modifier leur pratique en faveur de la Suisse (cf. également ch. 4).

⁹⁶ FF 2010 3856 et précédent ch. 1.1.

⁹⁷ Cf. JAAG / PRIULI, n° 35.

⁹⁸ Cf. en général la (difficile) frontière qu'il faut tracer avec les cas dans lesquels une interprétation conforme aux règles du droit international public se justifie, cf. 2.3.2 précédemment.

⁹⁹ REICH, p. 518.

3.5 Conséquences d'une mise en œuvre contraire au droit international

3.5.1 Accord sur la libre circulation des personnes

Les possibles conséquences juridiques et politiques d'une priorité accordée à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. sur l'ALCP ont été examinées, notamment, par JAAG / PRIULI. Les auteurs de cette étude ont esquissé les niveaux potentiels d'escalade suivants¹⁰⁰ (la majorité du groupe de travail se rallie à ces représentations et conséquences) : le Conseil fédéral pourrait tenter de renégocier l'ALCP en complétant l'art. 5 de l'annexe I ALCP d'une réserve renvoyant à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. Au vu de la pratique de la Commission de l'Union européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne, les auteurs de l'étude estiment cependant qu'il n'y a pas lieu d'escompter que l'UE se montre très conciliante face à une solution spéciale. Les organes compétents de l'UE auront tôt fait de condamner toute mise en œuvre contraire au droit international et d'en débattre au sein du Comité mixte. La prochaine étape, s'il devait ne pas être mis fin à la violation de l'ALCP dans le délai imparti, serait une menace de dénonciation de l'accord. Quant à savoir si l'UE irait réellement jusqu'à dénoncer l'ALCP, Jaag / Priuli laissent la question ouverte. Selon eux, la violation de l'ALCP par la Suisse donnerait en tout cas le droit à l'UE de le faire¹⁰¹. En raison de la clause guillotine, visée à l'art. 25 ALCP, une dénonciation de l'ALCP entraînerait automatiquement l'extinction des autres accords bilatéraux de 1999¹⁰².

3.5.2 Convention européenne des droits de l'homme

Les personnes frappées d'expulsion qui ont épuisé les voies de recours prévues par le droit interne peuvent déposer un recours individuel auprès de la Cour européenne des droits de l'homme (art. 34 CEDH). Au premier plan figurent les réclamations invoquant une violation du principe de non-refoulement (art. 3 CEDH) ou du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH). Si la Cour conclut, dans un cas d'espèce, à la violation de la CEDH, son jugement est contraignant (art. 46, al. 1, CEDH). Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe contrôle ensuite l'application au niveau national du jugement (art. 46, al. 2, CEDH).

L'obligation d'appliquer le jugement n'est pas limitée au paiement de l'indemnité accordée par la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'art. 41 CEDH¹⁰³. Il convient en effet plutôt de remédier, autant que possible, aux conséquences réelles et juridiques de la violation constatée de la convention¹⁰⁴. En Suisse, le recourant a notamment la pos-

¹⁰⁰ JAAG / PRIULI, n° 36 ss

¹⁰¹ JAAG / PRIULI, n° 40.

¹⁰² Il s'agit des accords suivants : accord sur le transport aérien, accord sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, accord relatif aux échanges de produits agricoles, accord sur la reconnaissance mutuelle d'évaluations de la conformité, accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics et accord sur la coopération scientifique et technologique.

¹⁰³ Conseil de l'Europe, Surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 4^e rapport annuel, 2010, p. 18, ch. 8 ss, qui peut être consulté à l'adresse http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM_annreport2010_fr.pdf

¹⁰⁴ FROWEIN / PEUKERT, art. 46 n° 6 ss. Dans les cas d'expulsion, il s'agit habituellement de la révocation de l'expulsion ; il n'est pas encore établi si le raccourcissement de la durée d'une interdiction d'entrée suffirait. Cf. SCHEIDEGGER, p. 303.

sibilité de demander la révision de l'arrêt du Tribunal fédéral (art. 122 de la loi sur le Tribunal fédéral [LTF]¹⁰⁵).

L'État partie intéressé est en outre tenu d'adopter des mesures générales en vue de prévenir la répétition de violations de la CEDH du même genre¹⁰⁶. Dans les cas graves qui nécessitent, par exemple, des modifications législatives, il est également tenu de démontrer, dans un plan d'action, de quelle manière et dans quel délai il entend mettre en œuvre ces mesures. Un tel plan doit être déposé dans les six mois après l'entrée en force du jugement.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe peut condamner par une résolution intérimaire (publique) tout manquement ou retard dans la mise en œuvre du jugement.¹⁰⁷ L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe peut, pour sa part, débattre du cas sur le plan politique et adresser des recommandations au Comité des Ministres. Le secrétaire général du Conseil de l'Europe peut, sur la base de l'art. 52 CEDH, demander des renseignements complémentaires auprès de l'État partie concerné. Depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 14 à la CEDH¹⁰⁸, le 1^{er} juin 2010, le Comité des Ministres peut dans ces cas charger la Cour européenne des droits de l'homme de déterminer si l'État partie concerné s'est conformé à son obligation d'exécuter le jugement. Si la Cour constate une violation de l'obligation de l'État partie à y donner suite, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres afin qu'il examine les mesures à prendre (art. 46, al. 4 et 5, CEDH). Il serait en outre possible à d'autres États de déposer une requête étatique (conformément à l'art. 33 CEDH). Enfin, si un État partie enfreint gravement *les valeurs fondatrices du Conseil de l'Europe*, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe peut lui retirer temporairement son droit de représentation ; le Comité des Ministres peut sommer cet État de retirer son adhésion et, éventuellement, l'exclure (art. 8 du statut du Conseil de l'Europe¹⁰⁹).

L'art. 3 du statut du Conseil de l'Europe décrit de la manière suivante ces *valeurs fondatrices* sur lesquelles se fonde, conformément à son préambule, « toute démocratie véritable » : « Tout Membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du Droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre premier. »

¹⁰⁵ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).

¹⁰⁶ Cf. BESSON, p. 125 ss ; RUEDIN, notamment p. 85 ss et 201 ss ; SCHEIDEGGER p. 296 ss.

¹⁰⁷ Cf. par exemple la résolution intérimaire ResDH(2006)26 relative à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 (Grande Chambre) dans l'affaire Ilașcu et autres contre la Moldavie et la Fédération de Russie, dans laquelle les États membres du Conseil de l'Europe sont explicitement invités à adopter des mesures à l'encontre de la Russie, défaillante.

¹⁰⁸ Protocole n° 14 du 13 mai 2004 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention (RS 0.101.094).

¹⁰⁹ Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949, entré en vigueur pour la Suisse le 6 mai 1963 (RS 0.192.030).

3.5.3 Pacte II de l'ONU et Convention relative aux droits de l'enfant

En cas de réglementation incompatible avec le Pacte II de l'ONU, il faudrait s'attendre à ce que le Comité des droits de l'homme invite la Suisse, dans le cadre de la procédure d'examen des rapports des États parties, à expliquer sa position et à modifier ou abroger les dispositions correspondantes. Ses recommandations ne seraient pas contraignantes sur le plan juridique. À la suite de l'examen des rapports ou lors de leur prochain examen, la Suisse devrait cependant rendre compte de sa mise en œuvre des recommandations. La Suisse a par ailleurs reconnu, pour une période allant jusqu'à avril 2015, la compétence du Comité des droits de l'homme s'agissant d'examiner les communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du Pacte. Le Pacte II de l'ONU *n'est pas dénonçable*¹¹⁰.

Au contraire du Pacte II de l'ONU, la Convention relative aux droits de l'enfant est *révocable*. Elle ne connaît pas de procédure de communication individuelle¹¹¹. En cas de réglementation incompatible avec la Convention, il faudrait également s'attendre à ce que le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies invite la Suisse, dans le cadre de la procédure d'examen des rapports des États parties, à expliquer sa position et à modifier ou abroger les dispositions correspondantes. Comme pour le Pacte II de l'ONU, les recommandations du Comité des droits de l'enfant ne sont pas contraignantes sur le plan juridique.

4. Point de vue des représentants du comité d'initiative concernant l'interprétation de normes constitutionnelles

4.1 Remarques générales

Les représentants du comité d'initiative ont présenté un document de travail sur l'interprétation de normes constitutionnelles en général et, plus particulièrement, de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.¹¹². Les points de vue présentés dans ce document divergent notamment sur les points ci-après des positions de la majorité du groupe de travail exposées aux ch. 2 et 3 ci-dessus :

- Les nouvelles dispositions constitutionnelles subordonnent l'expulsion de Suisse à une condamnation pour des infractions concrètes particulièrement graves (assassinat, brigandage, viol) ou pour des infractions qui représentent une menace particulière pour l'ordre et la sécurité publics (effraction, trafic de drogue, abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales). Le libellé de la norme constitutionnelle tient déjà compte du *principe de proportionnalité*, de sorte que l'examen du respect de ce

¹¹⁰ Cf. art. 56 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (note 29).

¹¹¹ Un tel projet existe bel et bien, mais l'Assemblée générale des Nations Unies ne l'a pas encore adopté.

¹¹² Cf. document de travail BRANDENBERG / RUTZ (note 52), en particulier les ch. 2.3.2.1 (respect du principe de proportionnalité), 2.3.2.2 (droit au respect de la vie familiale), 2.4 (l'initiative sur le renvoi en tant que droit constitutionnel), 3.3.1 (droit au respect de la vie privée et familiale [art. 8 CEDH]), 3.3.2 (compatibilité avec l'accord sur la libre circulation des personnes [ALCP]).

principe est superflu lors de l'adoption de la législation d'exécution et de l'examen de cas individuels.

- L'initiative sur le renvoi n'enfreint pas le droit au respect de la vie familiale, garanti par l'art. 13, al. 1, Cst. Il n'y a pas atteinte à ce droit fondamental lorsque l'on peut raisonnablement exiger de personnes autorisées à séjourner en Suisse qu'elles suivent à l'étranger le membre de leur famille qui doit être expulsé et que ce départ est possible. Le départ de Suisse d'une personne étrangère est considéré comme étant *généralement nécessaire et raisonnablement exigible* s'il existe un motif d'expulsion au sens des nouvelles dispositions constitutionnelles.
- Une initiative constitutionnelle valable, érigée au rang de droit constitutionnel suite à son acceptation par le peuple et les cantons, ne saurait se voir opposer d'autres normes constitutionnelles. En pareil cas, le constituant serait toujours subordonné aux normes adoptées par le constituant précédemment. Les principes selon lesquels la loi postérieure déroge à la loi antérieure (*lex posterior derogat legi priori*) et les dispositions spéciales l'emportent sur la loi générale (*lex specialis derogat legi generali*) confirment d'ailleurs cette position. Par conséquent, il n'est pas possible d'atténuer la portée des réglementations prévues à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. en leur opposant des normes constitutionnelles générales ou antérieures.
- Le texte de l'initiative et le projet de mise en œuvre du comité d'initiative sont compatibles avec l'art. 8 CEDH, si tant est que l'on puisse même parler d'une atteinte au texte de la convention. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la justification d'une ingérence doit être examinée à la lumière du principe de proportionnalité. Le projet de mise en œuvre du comité d'initiative respecte ce principe puisqu'il fait dépendre la perte du droit de séjour d'une condamnation pour une infraction d'une certaine gravité ou pour une infraction représentant une menace particulière pour l'ordre et la sécurité publics.
- La confrontation de l'art. 8 CEDH et de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. ne révèle pas de divergences fondamentales. Le problème réside dans la jurisprudence ultérieure de portée très étendue de la Cour européenne des droits de l'homme, en raison de son *interprétation dynamique du texte de la convention*. Jusqu'ici, la Suisse a repris cette jurisprudence sans sourciller. Les nouvelles normes constitutionnelles devront permettre de corriger, dans une certaine mesure, la jurisprudence de la Cour.
- Dans les cas relevant de l'ALCP, une condamnation pénale ne peut être un motif d'expulsion que si les circonstances ayant prévalu au prononcé de cette mesure laissent entrevoir un comportement personnel qui représente une menace actuelle pour l'ordre public¹¹³. La Cour de justice de l'Union européenne donne une marge d'appréciation considérable aux États membres pour déterminer ce que l'on entend par trouble de l'ordre public. Cette question doit dès lors être examinée en priorité sous l'*angle politique*. Cependant, même en cas de contradiction, il serait possible de trouver une solution qui concilie les objectifs de l'initiative et ceux de l'ALCP, d'autant plus que ce dernier pose lui-même comme principe que les ordres juridiques de l'une et l'autre partie sont des ensembles dynamiques. Selon le mécanisme prévu dans l'accord pour régler les différends, le comité mixte pourrait par exemple prendre acte approbativement des nouvelles normes constitutionnelles suisses.

¹¹³ Cf. ATF 136 II 5, consid. 4.2.

4.2 Compléments des représentants du comité d'initiative concernant la relation entre droit international et droit interne

Au cas où, contrairement à l'opinion défendue par les représentants du comité d'initiative, l'initiative sur le renvoi serait incompatible avec certaines règles non impératives du droit international, il faudrait d'abord déterminer de quelle manière procéder lorsque des règles non impératives du droit international s'opposent à des normes constitutionnelles plus récentes.

4.2.1 Primauté des nouvelles normes constitutionnelles sur des règles non impératives du droit international

La relation entre droit international et droit constitutionnel est réglée, en partie, à l'art. 190 Cst., qui dispose que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Exception faite des règles impératives du droit international, cette obligation ne vaut toutefois pas pour les nouvelles normes constitutionnelles libellées en termes suffisamment précis pour être directement mises en œuvre par les autorités chargées d'appliquer le droit¹¹⁴. Cela signifie que les règles non impératives du droit international qui sont en contradiction avec une nouvelle norme constitutionnelle ne sont plus applicables. En ce qui concerne les normes constitutionnelles qui ne sont pas directement applicables, il s'ensuit, par analogie, que les dispositions d'exécution priment le droit international plus ancien¹¹⁵. Ce principe ne saurait être contourné par l'adoption de dispositions d'exécution conformes aux normes plus anciennes du droit international, en application de l'art. 5, al. 4, Cst., mais en contradiction avec des dispositions constitutionnelles plus récentes. En pareil cas, les nouvelles normes constitutionnelles priment la disposition programmatique plus ancienne de portée générale prévue à l'art. 5, al. 4, Cst., faute de quoi le peuple et les cantons se verraient dépossédés de leur pouvoir de constituant et seraient relégués à un rôle purement folklorique.

Cinq arguments – un relevant du droit international et quatre du droit national – plaident en faveur de la primauté des nouvelles normes constitutionnelles et de dispositions d'exécution conformes à ce droit constitutionnel plus récent.

Selon le droit international, premièrement, un État peut adopter des normes contraires à des règles non impératives du droit international. Certes, il ne devrait pas le faire, mais s'il le fait quand même, cela ne signifie que ses lois sont nulles, mais qu'il doit assumer la responsabilité de ses actes et qu'il s'expose aux conséquences prévues par le droit international (interventions diplomatiques, suspension ou dénonciation de l'accord concerné)¹¹⁶. Le droit international ne contient donc pas de règle qui voudrait que les normes internationales prévalent sur les dispositions du droit interne¹¹⁷.

Sous l'angle du droit interne, deuxièmement, les articles constitutionnels relatifs à la révision de la Constitution (cf. art. 192 ss Cst.), qui ne prévoient comme restriction que les règles impératives du droit international, permettent aussi de déroger au droit international non impératif. Aucun élément ne permet de

¹¹⁴ Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2110 s. ; KIENER / KRÜSI, p. 250.

¹¹⁵ BAUMANN, p. 260.

¹¹⁶ BAUMANN, p. 261.

¹¹⁷ HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 1917.

conclure que le constituant entendait admettre des initiatives contraires au droit international et les laisser lettre morte en cas d'acceptation¹¹⁸. Hangartner souligne justement à ce propos qu'il serait désastreux pour le processus politique de soumettre une initiative au vote du peuple et des cantons, mais de ne pas la mettre en œuvre, ou en partie seulement, si elle est acceptée¹¹⁹. En d'autres termes, le principe de la démocratie directe prescrit de déroger aux règles non impératives du droit international : des dérogations sont indispensables pour ne pas vider la démocratie directe de sa substance. Le Conseil fédéral négocie et signe les accords internationaux (art. 184, al. 2, Cst.). Le pouvoir du Parlement se limite à les approuver ou les rejeter. La détermination du contenu de ces accords internationaux – c'est-à-dire le travail législatif proprement dit – échappe à la compétence du Parlement, l'organe directement et démocratiquement légitimé, et se retrouve exclusivement entre les mains du Conseil fédéral et de sa diplomatie. Le droit international devient ainsi un droit qui émane du gouvernement et de l'administration. Le législateur démocratiquement élu se voit relégué au second plan, avec comme seul pouvoir la faculté de dire oui ou non. Cette situation est problématique non seulement du point de vue démocratique, mais aussi au regard des principes de l'État de droit. Le principe de la séparation des pouvoirs est ébranlé : on observe un déplacement unilatéral du pouvoir en direction du gouvernement et de l'administration, qui assument de plus en plus également le rôle de législateur. Le peuple et les cantons sont quant à eux privés de leurs compétences de manière encore plus manifeste. Si le Parlement a au moins la possibilité d'approuver ou de rejeter la plupart des accords internationaux, les droits de participation du peuple et des cantons sont encore moindres. Seule l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales est encore soumise obligatoirement au vote du peuple et des cantons (art. 140, al. 1, Cst.). En ce qui concerne le référendum facultatif en matière de traités internationaux également, seuls certains accords sont soumis au vote du peuple et pour autant que 50 000 citoyens ayant le droit de vote en fassent la demande : il s'agit des traités internationaux d'une durée indéterminée ou qui ne sont pas dénonçables, qui prévoient une adhésion à une organisation internationale ou qui tendent à une harmonisation juridique multilatérale (art. 141, al. 1, let. d, Cst.). Les traités internationaux qui n'entrent pas dans l'une de ces catégories ne peuvent être soumis au référendum facultatif que sur décision de l'Assemblée fédérale (art. 141, al. 2, Cst.). Jusqu'au 13 mars 1977, les accords internationaux n'étaient soumis au référendum facultatif que s'ils étaient conclus pour une durée indéterminée ou pour plus de 15 ans (art. 89, al. 4, anc. Cst.). En 1974 par exemple, il n'avait pas été nécessaire de soumettre la CEDH au référendum facultatif, car la convention pouvait être dénoncée passé un délai de cinq ans¹²⁰. Après des débats enflammés, le Parlement s'est rallié à cette opinion défendue par le Conseil fédéral dans son message¹²¹ et a décidé de ne pas soumettre volontairement la convention à l'approbation du peuple. Le fait que les dispositions de la CEDH et, plus encore, la jurisprudence de la Cour, de portée très étendue, puissent aujourd'hui être opposées à toute nouvelle norme constitutionnelle est choquant, compte tenu de la faible légitimation démocratique qui caractérise la CEDH, et suscite des interrogations au regard du droit constitutionnel.

¹¹⁸ BAUMANN, p. 261.

¹¹⁹ HANGARTNER YVO, SG-Komm. BV, n° 35 ad art. 139 Cst. et n° 33 ad art. 190 Cst.

¹²⁰ KELLER, p. 300.

¹²¹ FF 1974, p. 1046 ss.

Le troisième argument qui plaide en faveur de la primauté du droit constitutionnel le plus récent tient à l'absence de hiérarchie entre les normes constitutionnelles. Le principe de l'unité de la Constitution et de l'égalité de rang de ses normes impose de concilier les dispositions constitutionnelles¹²². On pourrait toutefois objecter à cet argument que l'art. 190 Cst. constitue une loi spéciale.

Il faut cependant dire, quatrième, que l'obligation d'appliquer les normes constitutionnelles postérieures contraires au droit international découle du sens et du but de l'art. 190 Cst. Le but de cette disposition était notamment d'éviter que les tribunaux aient une position de prééminence sur le législateur, ce qui serait étranger à la conception suisse de la séparation des pouvoirs. L'art. 190 Cst., qui correspond à l'art. 113, al. 3, de l'ancienne Constitution fédérale, est l'expression de la doctrine radicale et libérale qui avait cours au 19^e siècle concernant la répartition des pouvoirs et qui conférait au Parlement une souveraineté absolue. Cette conception reflétait les intérêts politiques du radicalisme qui dominait alors le Parlement et qui ne voulait pas voir ses compétences législatives limitées par le pouvoir judiciaire¹²³. Vu que la révision totale de la Constitution fédérale a consisté en une simple mise à jour du droit constitutionnel alors en vigueur¹²⁴, le sens et le but de l'art. 190 Cst. sont les mêmes que ceux de l'art. 113, al. 3, de l'ancienne Constitution. L'interprétation historique révèle, par conséquent, que l'art. 190 Cst. ne régleme pas la position du droit international dans l'ordre juridique interne, mais qu'il définit exclusivement les compétences du Tribunal fédéral¹²⁵.

Enfin, le cinquième et dernier argument plaçant pour la primauté des nouvelles normes constitutionnelles est le fait qu'une interprétation divergente de l'art. 190 Cst. aboutirait à ce que le droit international soit perçu, de manière générale, comme une limite à la révision de la Constitution. Cette conception serait non seulement incompatible avec la fonction de la Constitution en tant que loi fondamentale susceptible d'être modifiée en tout temps par le peuple et les cantons, mais elle reviendrait à instaurer un obstacle supplémentaire à d'éventuels projets de révision¹²⁶. De plus, elle aurait pour effet de transférer, des mains du peuple et des cantons à celles du Conseil fédéral et de la diplomatie (internationale), les compétences en matière d'élaboration de normes constitutionnelles.

4.2.2 Conclusion : le droit constitutionnel prime les règles non impératives du droit international

Comme exposé ci-dessus, une contradiction avec des règles non impératives du droit international n'entraîne pas l'inapplicabilité du droit national. Le droit en vigueur protège le droit d'initiative en ce sens qu'il consacre la primauté des initiatives populaires sur le droit international non impératif. Il s'ensuit qu'une initiative populaire dérogeant à des règles non impératives du droit international qui a été acceptée par le peuple et les cantons doit être mise en œuvre sans réserves eu égard au droit international non impératif. Cela vaut aussi pour l'initiative sur le renvoi, pour le cas où, contrairement à la position défendue

¹²² KIENER / KRÜSI, p. 247.

¹²³ BAUMANN, p. 265 ; KIENER / KRÜSI, p. 248 s.

¹²⁴ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale (note 37), p. 27 ; HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 63.

¹²⁵ EPINEY, p. 549 ; KIENER / KRÜSI, p. 248.

¹²⁶ BAUMANN, p. 262.

par le comité d'initiative, elle contreviendrait à des règles non impératives du droit international. Il y a lieu de mettre en lumière cette conception, qui n'est d'ailleurs pas nouvelle, pour tordre le cou à l'idée, fausse, avancée parfois, qui voudrait qu'une initiative populaire contraire à des règles non impératives du droit international ne pourrait pas être mise en œuvre.

Il faut donc se féliciter que le Conseil fédéral ait pris position sur la question, dans son rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, en concluant que les autorités sont en principe tenues d'appliquer une disposition constitutionnelle contraire au droit international lorsqu'elle est plus récente que la règle internationale¹²⁷. L'ordre constitutionnel suisse va toutefois encore plus loin que le Conseil fédéral : en matière de modification de la Constitution, qui est l'échelon normatif le plus élevé de l'État, le dernier mot revient au peuple et aux cantons. Aussi le droit constitutionnel doit-il primer les règles non impératives du droit international, même si elles sont plus récentes. Dans le cas contraire, le Conseil fédéral et sa diplomatie auraient tôt fait de contourner des décisions qu'ils jugent défavorables, prises par le peuple et les cantons, en signant ultérieurement un traité international. Par conséquent, les dispositions constitutionnelles priment les règles non impératives du droit international non seulement lorsque ces dernières sont plus anciennes, mais aussi lorsqu'elles sont plus récentes.

Le cas échéant, le Conseil fédéral aurait le mandat de négocier une adaptation du traité concerné. Si les négociations devaient échouer, la seule issue serait alors la dénonciation du traité. Cette procédure pourrait aussi s'appliquer aux conventions qui ne sont pas dénonçables, comme le Pacte II de l'ONU, faute de clause à cet effet : même en l'absence de cause spécifique, un droit de dénonciation peut être déduit de la nature même du traité concerné (art. 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)¹²⁸.

5. Dans quel acte intégrer les dispositions d'exécution ?

5.1 Cadre constitutionnel et nature juridique des mesures d'éloignement

Si l'approbation de l'initiative avait eu pour effet de compléter l'art. 123 Cst. « Droit pénal », des motifs importants plaideraient pour une mise en œuvre dans le code pénal¹²⁹. Or les nouvelles dispositions constitutionnelles sont venues compléter l'art. 121, al. 1 et 2, Cst., dans la section 9 « Séjour et établissement des étrangers ». L'art. 121, al. 1, Cst. contient une formulation impérative qui confère à la Confédération une compétence législative globale en matière d'étrangers et d'asile. Cette norme permet de réglementer toutes les questions concernant le fondement, la modification et la révocation du droit de séjour, ainsi que le statut des personnes étrangères¹³⁰. Actuellement, c'est essentiellement au travers de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) que cette compétence est mise

¹²⁷ Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 concernant la relation entre droit interne et droit international, FF 2010 2067, 2124.

¹²⁸ PETERS / PAGOTTO, p. 54 ss

¹²⁹ Cf. aussi l'endroit où sont placés l'art. 123a Cst. (initiative sur l'internement à vie) et l'art. 123b Cst. (initiative pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantile).

¹³⁰ BIAGGINI, art. 121 n° 6, 9 ; AUBERT / MAHON, art. 121 n° 11.

en œuvre. Les prescriptions relatives à l'extinction et à la révocation d'autorisations et aux mesures d'éloignement figurent à l'art. 60 ss LEtr. Ces prémisses amènent les conclusions suivantes :

- Conformément à l'art. 121, al. 2, Cst., les étrangers qui menacent la sécurité du pays peuvent être expulsés de Suisse (expulsion dite politique). Dans les cas politiquement très sensibles, le Conseil fédéral peut ordonner l'expulsion directement sur la base de l'art. 121, al. 2, Cst. En règle générale toutefois, les expulsions motivées par des raisons d'ordre politique sont du ressort de l'Office fédéral de la police (fedpol ; art. 68, al. 1, LEtr). Que l'expulsion soit ordonnée par le Conseil fédéral ou par fedpol, il s'agit dans les deux cas d'une *mesure de droit administratif*.
- Les nouvelles normes constitutionnelles figurant à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. peuvent être mises en contexte, à la faveur d'une *interprétation systématique*, avec les al. 1 et 2, ce qui plaide en faveur d'une mise en œuvre dans la LEtr, sous la forme d'une mesure de droit administratif. Dans le cas contraire, deux ordres différents seraient créés, avec, d'un côté, l'expulsion dite politique, fondée sur l'art. 121, al. 2, Cst., en tant que mesure de droit administratif, et de l'autre, l'expulsion dite obligatoire, fondée sur l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. et relevant quant à elle du droit pénal. Si l'option retenue pour la mise en œuvre des nouvelles normes constitutionnelles devait être celle du droit pénal, l'on pourrait examiner, dans un souci de cohérence de l'ordre juridique, la nécessité d'intégrer dans le code pénal les dispositions relatives à l'expulsion pour cause de condamnation à « une peine privative de liberté de longue durée »¹³¹, mesure qui, sous l'empire du droit actuel, relève du droit administratif. Il convient néanmoins de signaler que l'expulsion du territoire suisse telle qu'elle figurait dans l'ancien droit prévoyait des compétences similaires tant pour les juges pénaux que pour les autorités compétentes en matière d'étrangers.
- Le sens et le but de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. consistent à lutter contre les « abus de l'hospitalité suisse » commis par des personnes étrangères¹³². Aux yeux des étrangers concernés, les conséquences juridiques du renvoi ou de l'expulsion peuvent, il est vrai, avoir (également) un caractère pénal. La Constitution n'impose pas, cependant, une mise en œuvre dans le droit pénal : on ne saurait déduire une telle obligation du libellé de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

Au final, du point de vue de la systématique, l'endroit où sont placées les nouvelles normes dans la Constitution plaide plutôt pour une conception de l'expulsion des étrangers criminels en tant que mesure de droit administratif, à mettre en œuvre dans la LEtr. En revanche, le sens et le but de l'art. 121, al. 1 à 3, Cst. ne fournissent pas d'éléments concluants à ce sujet

5.2 Avantages et inconvénients respectifs d'une mise en œuvre dans le droit pénal ou dans la législation sur les étrangers

La Constitution ne donnant pas d'instructions claires quant à l'acte dans lequel il conviendrait d'intégrer les dispositions d'exécution, il y a lieu de faire une analyse générale des avantages et des inconvénients d'une mise en œuvre dans le droit pénal ou dans la légi-

¹³¹ Cf. art. 62, let. b, en relation avec l'art. 64, al. 1, let. c, LEtr.

¹³² C'est du moins ce qui ressort de l'argumentaire des auteurs de l'initiative (note 52), p. 8 ss et 21.

slation sur les étrangers. La question du choix de l'acte dans lequel doivent figurer les dispositions d'exécution prédétermine des questions touchant à la procédure et à la protection juridique, par exemple en ce qui concerne la compétence d'ordonner et d'exécuter la mesure ou les autorités de recours. Les constatations et considérations du groupe de travail à ce sujet sont les suivantes :

- Intégrer les dispositions d'exécution dans le code pénal, avec la possibilité d'une *expulsion du territoire suisse à titre de peine accessoire prononcée par un tribunal pénal*, est susceptible d'avoir un effet dissuasif plus marqué (prévention générale et spéciale). Le fait d'opter pour des normes pénales adresse un message clair : l'expulsion de Suisse est une conséquence directe d'un comportement criminel.
- Si la condamnation pénale et l'expulsion sont prononcées à l'issue de la même procédure (pénale), cela signifie qu'une même autorité peut garder la main sur le dossier (administration rationnelle de la justice). Il ressort toutefois d'une interprétation conforme au droit international des nouvelles normes constitutionnelles que le juge pénal est tenu d'examiner la conformité de l'expulsion avec les dispositions de l'ALCP. Le cas échéant, il devra demander à cette fin un avis (rapport officiel) aux autorités compétentes en matière d'étrangers, ce qui annulera en partie les avantages résultant d'une procédure rapide.
- En incluant les dispositions d'exécution dans le code pénal, l'on consacre la compétence du tribunal pénal. Les parties jouissent de droits étendus dans le cadre de la procédure pénale (cf. également les garanties prévues à l'art. 32 Cst.)
- Lorsqu'il juge des auteurs d'infractions de nationalité étrangère, le tribunal pénal compétent est conscient du fait que la condamnation qu'il prononcera peut avoir pour conséquence l'expulsion de la personne concernée. S'il appartient à une autorité compétente en matière d'étrangers de prononcer l'expulsion, suite à l'entrée en force d'un jugement pénal, ce lien de cause à effet peut ne pas être aussi évident pour le juge pénal compétent.
- Le 30 juin 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de loi qui propose, entre autres, d'inscrire dans le code pénal une nouvelle disposition sur l'expulsion facultative¹³³. Dans un souci de cohérence, il serait indiqué de mettre en œuvre également dans le code pénal les nouvelles dispositions constitutionnelles relatives à l'expulsion des étrangers criminels. Toutefois, aucune décision n'ayant encore été arrêtée quant à la suite à donner au projet mis en consultation, on ne peut ici tirer des conclusions que de manière limitée quant au choix de l'acte dans lequel devront figurer les dispositions d'exécution.
- La LEtr continuera de contenir des éléments pouvant entraîner le renvoi et dont la mise en œuvre sera du ressort des autorités compétentes en matière de migrations, par exemple les dispositions relatives à l'expulsion dite politique ou au renvoi pour cause de dépendance à l'aide sociale. Énumérer, dans le code pénal, les éléments constitutifs d'infractions justifiant l'expulsion nuirait par conséquent à la cohérence de l'ordre juridique suisse.
- Les art. 73 ss LEtr prévoient une série de mesures de contrainte spécialement adaptées pour tenir compte des faits (relevant de droit administratif) pouvant entraîner un

¹³³ Cf. art. 67c de l'avant-projet de modification du code pénal, qui peut être consulté sur le site <http://www.bj.admin.ch> (rubriques « Thèmes », « Sécurité », « Législation », « Modification du régime des sanctions »). Durant la consultation, cette proposition n'a toutefois guère recueilli d'avis favorables.

renvoi. Parmi ces mesures figure la possibilité d'ordonner une détention en phase préparatoire, une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ou une détention pour inoumission. Ces divers instruments pourraient aussi s'appliquer directement à l'expulsion d'étrangers criminels dans le cas où les dispositions d'exécution des nouvelles normes constitutionnelles seraient intégrées dans la LEtr. En revanche, si la mise en œuvre devait se faire dans le code pénal, il conviendrait d'envisager un lien avec la mesure de la détention pour des motifs de sûreté (art. 220 ss et 440 du code de procédure pénale, CPO¹³⁴).

5.3 Conclusion

Pour la majorité des membres du groupe de travail, les avantages résultant d'une mise en œuvre dans le code pénal l'emportent. Si les autorités fédérales devaient décider de réintroduire l'expulsion facultative et que la question du choix de l'acte dans lequel devront figurer les dispositions d'exécution de l'initiative sur le renvoi ne devait être tranchée qu'une fois cette décision prise, il serait plus logique d'intégrer ces dispositions dans le code pénal.

On ne saurait toutefois contester le fait qu'une mise en œuvre dans la LEtr présente aussi des avantages. Aussi le groupe de travail a-t-il également élaboré une variante de mise en œuvre dans la législation sur les étrangers (cf. annexe). Les représentants du comité d'initiative soutiennent quant à eux que l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. prescrit une mise en œuvre dans le code pénal et qu'une mise en œuvre dans la LEtr n'est dès lors pas envisageable.

6. Conditions de l'expulsion

6.1 Introduction : quatre variantes de mise en œuvre

Le groupe de travail présente dans le présent rapport quatre variantes de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers qui se sont rendus coupables d'une infraction (cf. propositions de formulation en annexe).

La variante 1 a été soumise par les représentants du comité d'initiative lors de la première séance du groupe de travail. Elle n'a plus subi de modifications importantes suite aux discussions du groupe de travail, hormis des changements dans la liste des infractions. Les variantes 2 à 4, élaborées par une majorité du groupe de travail, constituent des alternatives pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles. Les représentants du comité d'initiative rejettent expressément les variantes 2 à 4.

Dans une certaine mesure, il est possible de combiner les diverses variantes. On pourrait par exemple intégrer la liste des infractions de la variante 2 dans les dispositions d'exécution de la variante 3.

Les *conditions* pour que l'expulsion soit ordonnée sont expliquées aux ch. 6.2 à 6.8 ci-après. L'attention est en particulier vouée à la « liste des infractions » qui entraînent né-

¹³⁴ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0).

cessairement l'expulsion. Le ch. 6.9 contient l'exposé des motifs des différentes variantes, qui font aussi l'objet d'une première appréciation.

Les dispositions relatives à l'*exécution* de l'expulsion sont ensuite commentées (cf. ch. 7). Le ch. 9 offre une appréciation globale des quatre variantes.

6.2 Éléments de référence

6.2.1 Prescriptions constitutionnelles

6.2.1.1 Art. 121, al. 3 et 4, Cst.

Le premier élément de référence pour formuler une liste d'infractions est fourni par les nouvelles dispositions constitutionnelles, notamment l'art. 121, al. 3 et 4, Cst.

Selon l'*art. 121, al. 3, let. a, Cst.*, les étrangers sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse s'ils ont été condamnés pour l'une des infractions suivantes :

- meurtre ;
- viol ou tout autre délit sexuel grave ;
- acte de violence d'une autre nature tel que le brigandage ;
- traite d'êtres humains ;
- trafic de drogue ;
- effraction.

L'art. 121, al. 4, phrase 1, Cst. invite le législateur à *préciser* les faits constitutifs de ces infractions. Une telle précision est déjà nécessaire du seul fait que les prescriptions constitutionnelles ne trouvent pas toujours leur pendant dans le CP. En effet, certains groupes d'infractions se rapportent à plusieurs dispositions pénales existantes (par ex. l'effraction). D'autres catégories d'infractions sont formulées de manière assez ouvertes (par ex. « autre délit sexuel grave » ; cf. à ce sujet ch. 3.3.2.2). En particulier, les « actes de violence », le « trafic de drogue » et l'« effraction » sont des notions qui, faute d'être définies dans le droit pénal, requièrent une interprétation.

Le législateur peut *compléter* les faits constitutifs des infractions visées à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. par d'autres faits constitutifs (art. 121, al. 4, phrase 2, Cst.). À cet égard, comme pour la précision des faits constitutifs des infractions visées à l'*art. 121, al. 3, let. a, Cst.*, le législateur dispose d'une marge d'appréciation importante (cf. ch. 3.3.1).

6.2.1.2 Principe de proportionnalité

Les principes de l'activité de l'État régi par le droit, par exemple le principe de proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst. ; cf. ch. 2.2 et 3.3.1) constituent la ligne directrice générale pour l'élaboration de la législation d'exécution. Dans l'esprit de la majorité du groupe de travail, l'objectif de la législation d'exécution est de créer une réglementation cohérente et proportionnée en soi, autrement dit qui induit dans tous les cas des solutions proportionnées au but visé, bien que (ou parce que) l'autorité chargée d'appliquer le droit ne dispose *pas* de marge d'appréciation, au moment d'ordonner l'expulsion, pour tenir compte de la situation personnelle et familiale de l'auteur de l'infraction (les obstacles à l'exécution peuvent en revanche être examinés ultérieurement, cf. ch. 7.2.1 et 7.5.3).

Les propositions de réglementation en matière de droit pénal décrites ci-après placent l'expulsion au chapitre des mesures (art. 56 ss CP ; cf. propositions de formulation en annexe). Cette attribution systématique confère une importance encore accrue au principe de proportionnalité : le droit régissant les mesures prévoit qu'une mesure ne peut être prononcée que si l'atteinte aux droits de la personnalité qui en résulte pour l'auteur n'est pas disproportionnée au regard de la vraisemblance qu'il commette de nouvelles infractions et de leur gravité (art. 56 ss, en partic. art. 56, al. 2, CP)¹³⁵.

L'expulsion a pour objectif premier d'empêcher les étrangers qui ont commis une infraction déterminée en Suisse de perpétrer d'autres délits sur le territoire national.

- Dans la plupart des cas, l'expulsion permettra d'atteindre cet objectif *de manière adéquate*.
- C'est le *caractère nécessaire* de cette mesure qui soulève des problèmes : dans certains cas, une mesure moins incisive (par ex. mesure ambulatoire ou interdiction d'exercer une profession) permettrait tout aussi bien de protéger l'intérêt public visé. En particulier, l'expulsion n'apparaîtra pas nécessaire pour certains auteurs pour lesquels le pronostic est favorable. Le tribunal peut tenir compte de cet aspect jusqu'à un certain point, mais dans une mesure insuffisante, en fixant la durée de l'expulsion.
- Enfin, dans les cas d'infractions légères (en raison de la peine dont elles sont passibles ou de la peine prononcée dans un cas d'espèce), l'expulsion ne sera pas strictement *proportionnée au but visé*. Poser la condition d'une sanction minimale de six mois (dans le cas d'espèce) revient à exiger un degré de culpabilité minimal, pertinent au sens strict quant à la proportionnalité de la mesure au but visé (cf. ch. 6.7).

Les représentants du comité d'initiative rejettent l'idée d'une sanction minimale, estimant que la formulation claire de la norme constitutionnelle ne laisse pas de marge sur ce point.

Dans le cadre de la législation d'exécution, il n'est guère possible de tenir compte des aspects de l'adéquation et de la nécessité. Il en va de même s'agissant du principe de proportionnalité au sens strict, confiné dans d'étroites limites par les nouvelles dispositions constitutionnelles.

6.2.2 Conclusions

6.2.2.1 Formes de criminalité visées

Les appréciations de la Constitution fournissent certains points de repère utiles pour préciser et compléter les faits constitutifs visés à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst.

En principe, tout fait constitutif peut être intégré à la liste des infractions s'il entre dans le cadre de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst., indépendamment du bien juridique individuel ou général à protéger. Cependant, une interprétation étroite de la Constitution s'appuie sur les faits constitutifs énumérés à la let. a. Ces faits esquissent les formes de criminalité que le public associe souvent aux personnes de nationalité étrangère ou qu'il tient pour particulièrement nuisibles socialement. Ils reflètent la criminalité que les citoyens avaient à l'esprit au moment où ils ont accepté l'initiative (cf. ch. 3.3.1).

¹³⁵ Cf. STRATENWERTH, § 8, n° 12 ss. Si l'expulsion était une peine accessoire, comme le prévoyait l'ancien droit (art. 55 aCP), il faudrait en revanche tenir compte du principe de culpabilité.

La liste de la let. a indique que la plupart des infractions visées concernent des biens juridiques individuels, soit les infractions contre la vie, l'intégrité corporelle et l'intégrité sexuelle, notamment si elles comportent des *éléments de violence*. Par ailleurs, une importance particulière est aussi accordée à certaines infractions en matière de stupéfiants et à certains actes délictueux visant la propriété et le patrimoine.

6.2.2.2 Gravité des infractions

L'appréciation de la gravité des infractions doit s'inscrire dans l'approche suivante :

- Le droit pénal suisse établit une distinction, selon la gravité des faits, entre les crimes, les délits et les contraventions. En vertu de l'art. 10 CP, le code pénal distingue les crimes des délits en fonction de la gravité de la peine dont l'infraction est passible : sont des crimes les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans. Sont des délits les infractions passibles d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire. En revanche, les contraventions sont des infractions passibles d'une amende (art. 103 CP).

La *peine encourue* et la distinction qu'elle permet entre les catégories de crimes, délits et contraventions représentent l'élément dont dispose le législateur pour « catégoriser le degré de gravité » et le degré d'illicéité fondamental d'un acte.

- Le juge concrétise cette pondération fondamentale dans le cas d'espèce. Le droit pénal suisse constitue un droit pénal basé sur la faute. Autrement dit, la *peine infligée dans le cas d'espèce* est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 CP).

Ainsi, la gravité d'une infraction découle, d'une part, de la peine dont elle est passible et, d'autre part, de la peine infligée ou de la mesure imposée dans le cas d'espèce compte tenu de la culpabilité de l'auteur. Par exemple, le meurtre visé à l'art. 111 CP peut être qualifié d'infraction grave si l'on considère qu'il s'agit d'une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins cinq ans et de 20 ans au plus. Mais dans un cas d'espèce, l'auteur d'un homicide intentionnel peut être acquitté, par exemple en raison de son irresponsabilité au sens de l'art. 19, al. 1, CP, et échapper de ce fait à une sanction ou être soumis à une mesure (par ex. un internement). L'homicide intentionnel peut également avoir été commis en situation de légitime défense et entraîner une sanction atténuée en vertu de l'art. 16, al. 1, CP, par exemple une peine privative de liberté de quelques semaines, assortie d'un sursis.

L'art. 121, al. 3, let. a, Cst. contient une énumération de faits constitutifs d'infractions passibles de sanctions abstraites très variées. Le meurtre, le viol, le brigandage et la traite d'êtres humains constituent des crimes, souvent même sanctionnés par une peine qualifiée (art. 111 à 113 CP, art. 190 CP). Parallèlement, le trafic de drogue et l'effraction constituent des délits selon l'interprétation de ces notions. La législation d'exécution doit être axée sur les lignes prescrites par la Constitution, compte tenu des peines (qualifiées) encourues en cas de crime, respectivement des peines prévues en cas de délit.

6.3 Infractions graves

6.3.1 Meurtre

En vertu de l'art. 121, al. 3, let. a Cst., le meurtre, entre autres infractions, doit entraîner l'expulsion. Selon la systématique de la loi, il faut entendre le *meurtre* (art. 111 CP), l'*assassinat* (art. 112 CP), le *meurtre passionnel* (art. 113 CP), le *meurtre sur la demande de la victime* (art. 114 CP), l'*incitation et l'assistance au suicide* (art. 115 CP) et l'*infanticide* (art. 116 CP). Si l'on ne se référait qu'à l'interprétation systématique, toutes ces formes d'infraction devraient figurer dans la liste.

Le meurtre (art. 111 CP), l'assassinat (art. 112 CP) et le meurtre passionnel (art. 113 CP) font partie de la catégorie des crimes en raison de la sanction dont ils sont passibles. Ils peuvent valoir à l'auteur une peine privative de liberté d'au moins cinq ans (art. 111 CP), d'au moins dix ans (art. 112 CP) ou de un à dix ans (art. 113 CP). Le meurtre sur la demande de la victime (art. 114 CP) et l'infanticide (art. 116 CP) sont en revanche passibles d'une peine privative de liberté de un à trois ans ou d'une peine pécuniaire, et doivent donc être considérés comme des délits. L'incitation et l'assistance au suicide (art. 115 CP), qui peut entraîner une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire, représente également un moindre degré d'illicéité. Si le « meurtre » figurant à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. doit être compris comme englobant le « noyau dur » des homicides que sont l'assassinat, l'homicide et le meurtre passionnel, il serait indiqué de limiter le propos à ces infractions. Les art. 114 et 115 CP ne semblent pas revêtir le potentiel de violence auquel on entend faire face. Est punie toute personne qui incite ou assiste une autre personne au suicide ou qui tue une autre personne sur la demande sérieuse et instante de celle-ci. Ce type d'infraction s'avère en pratique de peu d'importance¹³⁶.

Dans le domaine de l'interruption de grossesse également (art. 118 CP), on trouve des variantes d'infraction passibles de peines criminelles (interruption de grossesse punissable avec le consentement de la femme enceinte, art. 118, al. 1, CP, et sans le consentement de la femme enceinte, art. 118, al. 2, CP). Mais ces variantes d'infraction ne doivent pas être nécessairement intégrées à la liste des infractions, compte tenu des formes de criminalité visées.

6.3.2 Viol ou autres délits sexuels grave

Le *viol* (art. 190 CP) est passible de un à dix ans de privation de liberté et constitue donc un délit sexuel grave. Si l'auteur du viol a agi avec cruauté (art. 190, al. 3, CP), la peine encourue s'élève même à trois ans de privation de liberté au minimum.

S'agissant des autres délits sexuels graves, l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. postule que leur degré d'illicéité est comparable à celui du viol. Au titre des « infractions contre l'intégrité sexuelle », on peut qualifier les infractions suivantes de comparables au viol en raison de la peine abstraite dont elles sont passibles :

- *Contrainte sexuelle* (art. 189 CP) : peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire ; en cas de contrainte sexuelle aggravée de cruauté (al. 3), la privation de liberté prévue est d'au moins trois ans ;

¹³⁶ Entre 1984 et 2006, on ne recense que huit condamnations exclusivement au titre de l'art. 114 CP et aucune condamnation exclusivement au titre de l'art. 115 CP ; en 2009, on ne relève à ces titres aucune condamnation de personnes étrangères (selon les données de l'OFS).

- *Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP)* : peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire ;
- *Encouragement à la prostitution (art. 195 CP)* : peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire.

L'art. 187 CP (*actes d'ordre sexuel avec des enfants*) est une infraction générale qui protège le développement sexuel des mineurs¹³⁷ en couvrant tous les cas où les éléments constitutifs plus graves du viol, de la contrainte sexuelle ou des actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance ne sont pas réunis. En de pareils cas, l'infraction est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En vertu de l'art. 187, ch. 3, CP, il est possible de renoncer à infliger une peine, par exemple en présence d'une relation amoureuse, une constellation dans laquelle la perte du droit de séjour ne respecterait guère le principe de proportionnalité. Si l'auteur a agi en admettant par erreur que sa victime était majeure, la sanction encourue est la privation de liberté pendant trois ans au plus ou une peine pécuniaire (art. 187, ch. 4, CP).

Les autres infractions contre l'intégrité sexuelle (*actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes*, art. 188 CP ; *actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues*, art. 192 CP ; *abus de la détresse*, art. 193 CP ; *pornographie*, art. 197 CP) sont passibles de peines privatives de liberté de trois ans au plus et constituent donc des délits. Si l'on intégrait les infractions passibles de cette peine, presque toutes les infractions contre l'intégrité sexuelle (et non pas seulement les infractions graves) figureraient dans la liste.

6.3.3 Actes de violence d'une autre nature tels que le brigandage

Le *brigandage* (art. 140 CP) entre dans la catégorie des infractions contre le patrimoine. Il s'agit d'une « infraction bipartite » composée d'un vol et d'une contrainte qualifiée¹³⁸ : pour commettre le vol ou pour sécuriser son butin, l'auteur doit recourir à un moyen de contrainte, en usant de violence à l'égard d'une personne, en la menaçant d'un danger imminent pour la vie ou l'intégrité corporelle ou en la mettant hors d'état de résister (art. 140, ch. 1, al. 1, CP). Eu égard à la sanction dont il est passible, ce crime peut être qualifié de grave (peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins. Les variantes qualifiées de l'infraction sont très graves : si l'auteur s'est muni d'une arme à feu ou d'une autre arme dangereuse (ch. 2), s'il a agi en qualité d'affilié à une bande ou s'il apparaît particulièrement dangereux (ch. 3) et s'il a mis la victime en danger de mort, lui a fait subir une lésion corporelle grave, ou l'a traitée avec cruauté (ch. 4).

Il y a lieu de s'interroger sur les autres infractions à porter sous ce titre dans la liste des infractions. Il est très difficile de cerner la notion d'« acte de violence ». Les faits constitutifs légaux ne permettent guère de la délimiter, puisque le code pénal ne connaît pas de « délit violent » à proprement parler (contrairement aux « délits sexuels »). La littérature et la jurisprudence ne fournissent pas de définition généralement reconnue du concept de

¹³⁷ MAIER PHILIPP, BaKomm, Strafgesetzbuch II, art. 187 CP, n° 1.

¹³⁸ NIGGLI MARCEL ALEXANDER / RIEDO CHRISTOF, BaKomm, Strafgesetzbuch II, art. 140 CP, n° 8.

violence¹³⁹. La référence analogique au brigandage permet de déduire qu'il s'agit en premier lieu d'infractions impliquant une violence contre la vie et l'intégrité corporelle, apparentés, de par leur degré d'illicéité et leur gravité, aux faits visés à l'art. 140 CP. Des éléments de violence sont inhérents aux infractions suivantes, qu'il faut qualifier de graves compte tenu de la peine dont elles sont passibles.

- *Meurtre (art. 111 ss CP)* : cf. ch. 6.3.1 ci-dessus.
- *Lésions corporelles (art. 122 ss CP)* : les *lésions corporelles graves (art. 122 CP)* constituent un crime qu'il faut qualifier de grave, compte tenu de la peine encourue (peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire d'au moins 180 jours-amende). Les *lésions corporelles simples (art. 123 CP)* se caractérisent par un degré d'illicéité relativement faible et sont passibles d'une peine privative de liberté de un à trois ans ou une peine pécuniaire. Pour autant que les lésions corporelles n'aient pas été causées par un moyen dangereux ou que la victime n'ait pas été une personne hors d'état de se défendre ou une personne confiée à la garde de l'auteur (ch. 2), la poursuite n'aura lieu que sur plainte. Si le délit de lésions corporelles simples est intégré à la liste des infractions, l'expulsion de l'auteur étranger des faits dépendra de la volonté de la victime de porter plainte contre lui.
- *Exposition (art. 127 CP), mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), agression (art. 134 CP)* : ces infractions sont passibles de peines privatives de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Sous l'angle de leur gravité abstraite, elles non plus ne sont pas comparables au brigandage.
- *Omission de prêter secours (art. 128 CP), fausse alerte (art. 128^{bis} CP), rixe (art. 133 CP), représentation de la violence (art. 135 CP), remettre à des enfants des substances nocives (art. 136 CP)* : ces infractions constituent des délits (passibles de peines privatives de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire). Est punissable quiconque a pris part à une rixe (art. 133 CP) ayant entraîné la mort d'une personne ou une lésion corporelle. En revanche, celui qui a participé à une agression dirigée contre une ou plusieurs personnes sera puni en vertu des dispositions plus lourdes de l'art. 134 CP. Une condition objective de la punissabilité est que la rixe ait entraîné la mort ou la lésion corporelle d'une personne. Cette condition indique quel degré de danger la rixe doit représenter pour justifier une sanction. La mort et les lésions corporelles en soi font cependant l'objet de poursuites au titre des infractions correspondantes (art. 111 ss et art. 122 ss CP).
- *Extorsion et chantage (art. 156 CP)* : l'infraction non qualifiée d'extorsion et de chantage (ch. 1) est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Comparativement au brigandage, elle se distingue donc par un degré d'illicéité plus faible. Des peines plus lourdes sont prévues si l'auteur fait métier de l'extorsion ou s'il a poursuivi à répétées reprises ses agissements contre la victime (ch. 2 : peine privative de liberté de un à dix ans), si l'auteur a exercé des violences sur une personne ou s'il la menacée d'un danger imminent pour la vie ou l'intégrité corporelle (ch. 3 : référence à l'art. 140 CP, brigandage) et si l'auteur a menacé de mettre en danger la vie ou l'intégrité corporelle d'un grand nombre de personnes ou de causer de graves dommages à des choses d'un intérêt public important (ch. 4 : peine privative de liberté d'un an au moins). Eu égard au fait que cette infraction présuppose le recours à la « violence », il paraît indiqué d'en intégrer les variantes qualifiées dans la liste des infractions.

- *Séquestration et enlèvement (art. 183, 184 CP)* : les art. 183 et 184 CP supposent le recours à la violence, à la ruse ou à la menace. La sanction encourue est une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. Dans ce cas également, le degré d'illicéité qui découle de la lourdeur de la peine abstraite n'est donc pas comparable à celui du brigandage. En présence de circonstances aggravantes, par exemple si l'auteur a cherché à obtenir rançon, s'il a traité la victime avec cruauté, si la privation de liberté a duré plus de dix jours ou si la santé de la victime a été sérieusement mise en danger, la sanction est une peine privative de liberté d'au moins un an (art. 184 CP). Dans ce cas également, il est justifié d'intégrer au moins les formes qualifiées de l'infraction dans la liste.
- *Prise d'otage (art. 185 CP)* : cette infraction est passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an (ch. 1). La peine sera la peine privative de liberté de trois ans au moins si l'auteur a menacé de tuer la victime, de lui causer des lésions corporelles graves ou de la traiter avec cruauté (ch. 2). Dans les cas particulièrement graves, notamment lorsque l'acte a été dirigé contre un grand nombre de personnes, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté à vie (ch. 3). La gravité de la peine encourue impose d'intégrer cette infraction dans la liste.
- *Contrainte sexuelle (art. 189 CP), viol (art. 190 CP)* : cf. ch. 6.3.2 ci-dessus.
- *Organisation criminelle (art. 260^{ter} CP)* : la peine encourue (peine privative de liberté de cinq ans au plus ou peine pécuniaire) est inférieure au seuil de répression du brigandage. Il ne semble pas impératif d'intégrer cette infraction dans la liste. Mais certains arguments plaident en faveur d'une telle intégration, car cette infraction comporte des éléments de violence et elle concerne les cas les plus graves de criminalité organisée. Il s'agit toutefois d'éléments à caractère subsidiaire, puisque généralement d'autres infractions sont aussi commises, l'organisation devant poursuivre l'objectif de commettre des crimes violents ou de s'enrichir par des moyens criminels. De telles infractions (par ex. l'extorsion et le chantage ou le trafic de drogue) suffisent à entraîner obligatoirement l'expulsion.
- *Financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP)* : l'art. 260^{quinquies} CP prévoit également une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire.
- *Génocide (art. 264 CP), crimes contre l'humanité (art. 264a CP), crimes de guerre (notamment art. 264e, al. 1, let. b, CP), haute trahison (art. 265 CP), actes exécutés sans droit pour un État étranger (art. 271, ch. 2, CP)* : ces infractions ne semblent certes pas correspondre aux formes de criminalité visées par le constituant ; mais le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre représentent dans certains cas des infractions violentes extrêmement graves contre la vie, l'intégrité physique et l'intégrité sexuelle (cf. entre autres art. 264, let. a, art. 264a, al. 1, let. a, b, f et g, CP). De ce fait, ces infractions peuvent justifier l'expulsion obligatoire à l'instar de l'assassinat, de l'homicide intentionnel ou du viol qui ne sont pas commis dans ce cadre particulier.

Les représentants du comité d'initiative sont d'avis que les lésions corporelles simples, l'agression et la rixe devraient être intégrées dans la liste des infractions.

De leur point de vue, les statistiques de la criminalité montrent clairement que la criminalité des étrangers, contre laquelle l'initiative entendait lutter, est marquée concernant ces infractions, qui relèvent de l'atteinte contre la vie et l'intégrité corporelle.

6.3.4 Prise en compte par les différentes variantes de la gravité des infractions en cas de meurtre, de délit sexuel et d'acte de violence

Les quatre variantes mentionnent dans la liste des infractions les trois formes les plus graves de l'homicide, à savoir le meurtre (art. 111 CP), l'assassinat (art. 112 CP) et le meurtre passionnel (art. 113 CP).

Les variantes adoptent des approches différentes (cf. ch. 6.9) pour concrétiser l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. en matière de délits sexuels (viol ou autres délits sexuels graves) et d'infractions violentes (actes de violence tel que le brigandage).

- Selon la variante 1, c'est-à-dire la proposition des représentants du comité d'initiative, l'évaluation de la gravité d'une infraction ne repose pas principalement sur la sanction dont cette infraction est passible ni sur la peine infligée dans le cas d'espèce, mais la nature de la violation du bien juridique. C'est pourquoi, outre le viol et le brigandage, la liste des infractions de la variante 1 comprend certes des délits sexuels et des actes de violence constituant des *crimes*, mais aussi des infractions qualifiées de *délits* et passibles à ce titre d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
- Les variantes 2 à 4 ne comprennent que les délits sexuels et les actes de violence devant être considérés comme des *crimes graves*. Les faits constitutifs fondamentaux du viol (peine privative de liberté d'un an à dix ans) et du brigandage (peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire d'au moins 180 jours-amende), visés à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst., servent de référence pour évaluer la gravité abstraite des infractions.
- La variante 3 place la barre un peu plus bas que les variantes 2 et 4, mais plus haut que la variante 1. Dans le domaine des délits sexuels et des actes de violence, outre le viol et le brigandage, elle comprend les actes visés à certains titres du CP qui sont considérés comme des *crimes*.

6.3.5 Traite d'êtres humains

L'art. 121, al. 3, let. a, Cst. cite explicitement l'infraction de la traite d'êtres humains (art. 182 CP). Cette infraction est passible d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire, une peine pécuniaire devant être infligée dans tous les cas selon l'al. 3. La traite d'êtres humains tombe ainsi dans la catégorie du crime. Si la victime est mineure ou si l'auteur fait métier de la traite d'êtres humains, la peine est une peine privative de liberté d'un an au moins (al. 2).

6.3.6 Compléter la liste avec d'autres infractions graves ?

En principe, il serait possible d'intégrer d'autres infractions dans la liste (art. 121, al. 4, Cst.). Par exemple, les infractions contre le patrimoine assimilables à des crimes entraient en ligne de compte :

- *Abus de confiance* (art. 138 CP) : la sanction encourue est une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. La forme qualifiée de l'infraction (ch. 2) est passible d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
- *Vol* (art. 139 CP) : le vol est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Une peine supérieure est prévue si l'auteur

fait métier du vol (ch. 2 : peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire d'au moins 90 jours-amende) ou s'il a commis le vol en qualité d'affilié à une bande ou qu'il s'avère particulièrement dangereux (ch. 3 : peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire d'au moins 180 jours-amende).

- *Escroquerie (art. 146 CP)* : cette infraction est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En revanche, si l'auteur fait métier de l'escroquerie, la sanction prévue est une peine privative de liberté de dix ans au plus ou une peine pécuniaire de 90 jours-amende au moins. L'escroquerie suppose la ruse et par conséquent une certaine dissimulation. Il convient aussi de relever certaines « formes spéciales d'escroquerie » passibles de la même peine : l'utilisation frauduleuse par métier d'un ordinateur (art. 147, al. 2, CP) et l'abus par métier de cartes-chèques et cartes de crédit (art. 148, al. 2, CP).
- *Usure (art. 157 CP)* : l'usure est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ; si l'auteur fait métier de l'usure (ch. 2), la sanction prévue est une peine privative de liberté de un à dix ans. Il serait possible de justifier l'intégration de cette infraction dans la liste par le fait que l'auteur exploite la gêne, la dépendance, l'inexpérience ou la faiblesse de la capacité de jugement d'une personne.
- *Recel (art. 160 CP)* : le recel est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Si l'auteur fait métier du recel, la peine sera une peine privative de liberté de dix ans au plus ou une peine pécuniaire de 90 jours-amende au moins (ch. 2).

6.3.7 Mise en œuvre selon les différentes variantes

Il n'est pas possible d'évaluer définitivement quelles infractions se rapportent exclusivement à l'art. 121, al. 4, Cst. L'interprétation de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. est en particulier déterminante : si on interprète cette disposition étroitement quant aux types d'infraction et à la gravité des faits, de manière à ne prendre en compte par exemple que les crimes dans le domaine des actes de violence, le nombre d'infractions visées par l'art. 121, al. 4, Cst. sera plus important (en l'occurrence les actes de violence considérés comme des *délits*). En revanche, si l'interprétation est large, les infractions visées par l'art. 121, al. 4, Cst. seront moins nombreuses. En outre, il est déterminant de savoir quelles infractions sont réputées être des « actes de violence » au sens de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst.

Chacune des variantes saisit la possibilité de compléter différemment la liste des infractions, conformément à l'art. 121, al. 4, phrase 2, Cst. (cf. ch. 6.9).

- Dans la variante 1, la liste des infractions est complétée par certaines infractions graves contre le patrimoine (vol par métier, vol en bande et recel par métier) et par des crimes créant un danger pour la collectivité (pour autant qu'ils ne soient pas classés parmi les actes de violence). La rupture de ban (art. 291 CP) et les infractions intentionnelles selon l'art. 115 LEtr reposent également sur l'art. 121, al. 4, Cst. Par ailleurs, la liste contient divers délits du domaine des infractions sexuelles (par ex. actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes, abus de la détresse) et des actes de violence (par ex. exposition, rixe). Si l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. est interprété de manière à ne prendre en compte que les infractions graves (à l'aune de la sanction dont elles sont passibles), ces délits figureront dans la liste en vertu de l'art. 121, al. 4, Cst.

- Les variantes 2 et 4 englobent, par la clause générale (cf. p-art. 73a, al. 1, let. a, CP ou p-art. 63a, al. 1, let. a, LEtr), de nombreux crimes graves reposant sur l'art. 121, al. 4, Cst. Citons les infractions graves contre le patrimoine, les crimes créant un danger pour la collectivité (pour autant qu'ils ne soient pas classés parmi les actes de violence), les crimes contre la santé publique (lesquels comportent cependant aussi des éléments de violence), les crimes contre les transports publics, les crimes contre l'État et la défense nationale et les crimes graves du droit pénal accessoire (par ex. traite d'enfants par métier, violations de la loi sur le matériel de guerre ou de la loi sur l'énergie nucléaire).
- La variante 3 complète avec retenue la liste des infractions en référence à l'art. 121, al. 4, Cst. Citons comme infractions supplémentaires graves l'escroquerie et les crimes contre la paix publique (dans la mesure où ces derniers ne sont pas classés parmi les actes de violence).

6.4 Autres infractions

6.4.1 Trafic de drogue

La notion de trafic de drogue (ou de commerce de stupéfiants) ne correspond à aucun fait constitutif d'une infraction de droit pénal. Elle requiert donc une concrétisation. L'art. 19, ch. 1, de la loi sur les stupéfiants (LStup) prévoit les peines dont sont passibles diverses actions en lien avec le commerce des drogues au sens large. Sont ainsi couverts la « vente » proprement dite de stupéfiants, la culture de plantes destinées à la production de drogues ou l'entreposage de celles-ci. En vertu de l'art. 121, al. 4, phrase 2, Cst., on pourrait intégrer d'autres actions punissables visées à l'art. 19 LStup dans la liste des infractions entraînant la perte du droit de séjour.

Les infractions visées à l'art. 19 LStup qui ne sont commises qu'en vue d'une *consommation personnelle* ne sont passibles que de l'amende, en vertu de l'art. 19a LStup. En outre, l'art. 19a, ch. 2, LStup permet à l'autorité compétente, dans les cas bénins, de renoncer à infliger une peine (malgré une condamnation formelle).

Les actes visés à l'art. 19, ch. 1, LStup constituent des délits, puisqu'ils sont passibles d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Les actes suivants tombent sous le coup de l'art. 19, ch. 1, LStup :

- al. 1 : culture de plantes à alcaloïdes ou de chanvre en vue de la production de stupéfiants ;
- al. 2 : fabrication, extraction, transformation ou préparation de stupéfiants ;
- al. 3 : entreposage, expédition, transport, importation, exportation ou transit ;
- al. 4 : offre, distribution, vente, courtage, procuration, prescription, mise en commerce ou cession ;
- al. 5 : possession, détention, achat ou autre forme d'acquisition ;
- al. 6 : financement d'un trafic illicite de stupéfiants ou entremise en vue d'un tel financement ;
- al. 7 : provocation publique à la consommation des stupéfiants ou révélation de possibilités de s'en procurer ou d'en consommer.

Dans les cas *graves*, la sanction prévue est une peine privative de liberté d'au moins un an, une peine pécuniaire pouvant lui être associée. De tels faits consti-

tuent donc des crimes. Des exemples d'actes graves sont cités au ch. 2, lorsque l'auteur :

- let. a : sait ou ne peut ignorer que l'infraction porte sur une quantité de stupéfiants qui peut mettre en danger la santé de nombreuses personnes ;
- let. b : agit comme affilié à une bande formée pour se livrer au trafic illicite des stupéfiants ;
- let. c : se livre au trafic par métier et qu'il réalise ainsi un chiffre d'affaires ou un gain important.

Mais on peut aussi envisager d'autres cas graves, car le ch. 2 n'est pas exhaustif. La jurisprudence du Tribunal fédéral fait apparaître les cas suivants :

- récidive, dans la mesure où l'auteur écoule une quantité globale de stupéfiants susceptible de mettre en danger la santé de nombreuses personnes¹⁴⁰ ;
- utilisation d'un produit de coupage toxique¹⁴¹.

Le ch. 3 vise les cas où l'auteur agit par négligence. La sanction prévue est alors une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire.

6.4.2 Effraction

La notion d'effraction, mentionnée dans les dispositions constitutionnelles, n'est elle non plus pas prédéfinie matériellement en droit pénal. Mais la forme de l'acte visé rejoint plusieurs dispositions pénales actuelles. En langage courant, la notion d'effraction couvre les combinaisons d'actes suivantes :

- *violation de domicile (art. 186 CP) en lien avec un vol (art. 139 CP) ou avec des dommages à la propriété (art. 144 CP)* : c'est ce que préconise la variante 1, mettant ainsi l'accent sur la violation du domicile d'autrui (peine privative de liberté de trois ans au plus ou peine pécuniaire) ;
- *vol (art. 139 CP)¹⁴² en lien avec une violation de domicile (art. 186 CP)* : c'est le choix des variantes 2 à 4, qui considèrent le vol ou la tentative de vol comme l'élément central en vue duquel l'auteur pénètre dans un appartement, une maison ou un local commercial. Le vol est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Généralement, le fait d'entrer dans ces locaux implique des dommages à la propriété au sens de l'art. 144 CP, mais tel n'est pas nécessairement le cas en raison de technologies toujours plus affinées. C'est pourquoi le « vol par introduction clandestine » est également concerné.

La violation de domicile et les dommages à la propriété ne sont punissables que sur plainte. Dans une situation d'effraction telle que prévue par la variante 1, l'expulsion de Suisse de l'auteur étranger de l'infraction dépend donc, en définitive, de la volonté de la victime de porter plainte contre lui.

Pour la formulation de la liste des infractions, les représentants du comité d'initiative sont d'avis qu'il n'est pas déterminant qu'une infraction soit poursuivie seulement sur plainte ; selon eux, *l'atteinte portée aux biens juridiques* qu'entraîne l'infraction est bien plus déterminante.

¹⁴⁰ FINGERHUTH / TSCHURR, art. 19 LStup, n° 199–202 avec renvoi au jugement du Tribunal fédéral 6S.190/2000 du 11.7.2001, consid. 2c.

¹⁴¹ FINGERHUTH / TSCHURR, art. 19 LStup, n° 199–202 avec renvoi à l'ATF 119 IV 186.

¹⁴² Le brigandage ne doit plus être explicitement cité sous ce titre, cf. ch. 6.3.3.

6.4.3 Autres infractions possibles selon la proposition des représentants du comité d'initiative

La *rupture de ban* (art. 291 CP) : celui qui aura contrevenu à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération ou d'un canton prononcée par une autorité compétente est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Il s'agit d'un délit.

L'art. 115 LETr prévoit une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire en cas d'entrée, de sortie et de séjour illégaux ou si une activité lucrative est exercée sans autorisation. La peine encourue est donc très faible comparativement aux infractions plus légères mentionnées dans la Constitution.

6.5 Problématique des chauffards

Dans le cadre des discussions à propos de la liste des infractions, la question s'est posée de savoir si les infractions commises par des « chauffards » doivent être prises en compte et dans quelle mesure.

6.5.1 Efforts visant à empêcher et à sanctionner les infractions commises par des chauffards

Ces dernières années, de nombreuses interventions parlementaires ont été déposées en lien avec l'amélioration de la sécurité routière. Depuis 2009, 16 interventions parlementaires et cantonales ont été déposées sur le seul thème des « chauffards »¹⁴³.

Par le projet « Via sicura », le Conseil fédéral tient compte de ces nombreuses interventions parlementaires qui demandent une amélioration de la sécurité routière, notamment des mesures contre les graves violations des prescriptions relatives à la vitesse. C'est pourquoi Via sicura propose des mesures qui ciblent explicitement les graves violations des prescriptions relatives à la vitesse. En voici quelques exemples :

- la détermination obligatoire de l'aptitude à la conduite en cas d'infraction aux prescriptions contre les règles de la circulation routière dénotant un manque flagrant d'égard envers les autres usagers de la route ;
- l'obligation de suivre un cours d'éducation routière complémentaire après une grave infraction aux prescriptions relatives à la vitesse ;
- l'installation d'un enregistreur de données (« boîte noire ») après une grave infraction aux prescriptions relatives à la vitesse ;
- la confiscation des véhicules automobiles en cas d'infraction commise sans scrupule.¹⁴⁴

¹⁴³ Initiatives cantonales 09.326 et 09.327 du canton d'Argovie et 10.303 du canton de Soleure. Initiatives parlementaires 09.446 Amstutz, 09.447 Malama, 09.448 Segmüller, 09.449 Aeschbacher, 09.450 Teuscher, 09.451 Jositsch, 09.452 Galladé, 09.453 Moser. Motions 09.3057 Chopard-Acklin, 09.3632 Barthassat et 09.3772 Heim. Postulat 09.3518 Segmüller. Interpellation 09.3331 Flückiger-Bäni.

¹⁴⁴ Message du Conseil fédéral du 20.10.2010 concernant Via sicura, le programme d'action de la Confédération visant à renforcer la sécurité routière, FF 2010 7703.

La collecte de signatures dans le cadre de l'initiative populaire « Protection contre les chauffards », un projet rédigé visant à compléter la Constitution, a été lancée le 14 avril 2010¹⁴⁵. Les mesures complètent ou accentuent les mesures de Via sicura.

Enfin, dans le cadre du projet d'harmonisation des peines dans le code pénal, mis en consultation le 8 septembre 2010, le Conseil fédéral propose des modifications du code pénal dans le but de renforcer les sanctions dont sont passibles les infractions commises par des chauffards¹⁴⁶. Ces modifications comprennent notamment les propositions de porter à cinq ans la peine maximale en cas d'homicide par négligence (art. 117 AP-CP) et en cas de lésions corporelles graves par négligence (art. 125, al. 2, AP-CP) et d'introduire une peine minimale de six mois en cas de mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 AP-CP). De plus, en cas de simple entrave à la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 1, AP-CP), une peine privative de liberté de dix ans au plus est désormais prévue. Une grave entrave à la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 2, AP-CP) sera désormais nécessairement passible d'une peine privative de liberté de un an au moins à dix ans au plus.

Au cours de la session d'été 2011, le Conseil des États a procédé, en qualité de premier conseil, à l'examen par article du projet Via Sicura. Il a suivi la proposition de sa Commission des transports et des télécommunications (CTT-E) et décidé d'alourdir les peines et d'étendre les faits constitutifs pour les chauffards : les personnes qui, en violant intentionnellement les règles élémentaires de la circulation, prennent le risque important d'un accident entraînant des blessés graves ou des morts, que ce soit en commettant des excès de vitesse particulièrement importants, en effectuant des dépassements téméraires ou en participant à des courses de vitesse illicites avec des véhicules à moteurs, doivent désormais encourir une peine privative de liberté comprise entre un et quatre ans, au lieu d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de trois ans au plus actuellement (nouvel art. 90, al. 2^{bis}, LCR)¹⁴⁷.

6.5.2 Définition du « chauffard »

La notion de « chauffard » est utilisée dans divers contextes, mais elle est rarement définie.

Les comportements les plus divers dans la circulation routière peuvent mettre des personnes en danger, les blesser ou les tuer. Ces comportements ne sont pas liés dans chaque cas à un excès de vitesse. La notion de chauffard n'est donc pas toujours liée à un excès de vitesse. Parmi d'autres comportements possibles, citons le « dépassement téméraire » ou la participation à des « courses de vitesse illicites avec des véhicules à moteur »¹⁴⁸. Le chauffard est donc décrit selon une acception plus large comme une « personne qui, en enfreignant intentionnellement les règles élémentaires de la circulation, s'est accommodée d'un fort risque d'accident pouvant entraîner de graves blessures ou la mort »¹⁴⁹ ou qui, en utilisant un véhicule automobile, viole gravement et sans scrupules les règles de la circulation¹⁵⁰.

¹⁴⁵ FF 2010 2409, 2411 ; cf. en outre : <http://www.raserinitiative.ch>.

¹⁴⁶ Cf. la documentation relative à la procédure de consultation disponible sous : <http://www.bj.admin.ch> (rubriques « Thèmes », « Sécurité », « Législation », « Harmonisation des peines »).

¹⁴⁷ Cf. BO E 2011 (13^e séance, le 16.6.2011, objet n° 10.992).

¹⁴⁸ Cf. le libellé de l'initiative sur les chauffards, FF 2010 2409.

¹⁴⁹ Cf. le libellé de l'initiative sur les chauffards, FF 2010 2411.

¹⁵⁰ Nouvel art. 90a, al. 1, let. a, P-LCR selon le projet « Via sicura ».

Toutefois, ces descriptions ne couvrent que l'infraction de mise en danger susceptible d'entraîner une sanction en vertu de la loi sur la circulation routière (LCR)¹⁵¹. Il va de soit que l'infraction commise par le chauffard est encore plus grave si, « en enfreignant intentionnellement les règles élémentaires de la circulation » ou en violant les règles de la circulation « gravement et sans scrupules », il a entraîné la mort de tiers ou causé des lésions corporelles à ceux-ci.

6.5.3 Le comportement de chauffard sous l'angle du droit

Fondamentalement, le comportement de chauffard constitue une violation grave des règles de la circulation. En vertu de l'art. 90, al. 2, LCR, une telle infraction est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Mais la violation grave des règles de la circulation ne constitue qu'une infraction de mise en danger. Lorsqu'une violation des règles de la circulation routière entraîne la mort d'une personne ou des lésions corporelles, seul le code pénal s'applique en règle générale. La plupart du temps, les dispositions applicables concernent les lésions corporelles par négligence (art. 125 CP) ou l'homicide par négligence (art. 117 CP). Dans certains cas, sous réserve que le dol éventuel, au minimum, soit avéré, il peut s'agir de lésions corporelles intentionnelles (art. 122 ou 123 CP) ou de meurtre (art. 111 CP).

Une situation de concours idéal entre l'art. 90 LCR et l'art. 117 ou l'art. 125 CP (et partant, une application simultanée) n'est possible que si, outre la personne blessée ou tuée, une autre personne a été concrètement mise en danger.

Il faut en outre mentionner la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) et la *simple* entrave à la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 1, AP-CP), pour lesquelles est désormais proposée une peine privative de liberté de dix ans au plus dans le cadre du projet d'harmonisation des peines. En outre, la perturbation *grave* de la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 2, AP-CP) devrait à l'avenir être obligatoirement passible d'une peine privative de liberté d'un an au moins à dix ans au plus¹⁵².

6.5.4 Inscription des infractions commises par des chauffards dans les listes d'infractions pour la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi

6.5.4.1 Selon le droit en vigueur

La peine maximale prévue par la LCR pour les simples infractions à la circulation routière est « une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire ». Une telle peine est notamment prévue pour les graves violations des règles de la circulation (art. 90, ch. 2, LCR), pour les conducteurs se trouvant dans l'incapacité de conduire (art. 91, al. 1 et 2 LCR), en cas d'opposition ou de dérobade aux mesures visant à déterminer l'incapacité de conduire (art. 91a LCR) ou en présence d'une grave violation des devoirs en cas d'accident (art. 92, al. 2, LCR).

¹⁵¹ Loi sur la circulation routière du 19.12.1958 (RS 741.01).

¹⁵² Les dispositions de l'art. 90, ch. 1, LCR s'appliquent à l'usager du trafic qui cause un danger abstrait simple ; si le danger, abstrait ou concret, est plus important, l'art. 90, ch. 2, LCR est applicable ; en revanche, la mise en danger concrète intentionnelle n'est régie que par l'art. 237, ch. 1, CP (SCHWAIBOLD MATTHIAS, BaKomm, Strafgesetzbuch II, 2^e édition, art. 237, n° 4).

Sur la base du droit en vigueur, les listes d'infractions ne concerneront donc un chauffard que s'il est condamné pour une infraction au code pénal. Dans les versions actuelles des listes d'infractions (cf. annexe), les faits constitutifs suivants peuvent s'appliquer à un comportement de chauffard :

- variante 1 : meurtre (art. 111 CP), lésions corporelles graves intentionnelles (art. 122 CP), lésions corporelles simples intentionnelles (art. 123 CP) et mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) ;
- variantes 2 et 4 : meurtre (art. 111 CP), lésions corporelles graves intentionnelles (art. 122 CP) et grave entrave à la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 2 CP) ;
- variante 3 : meurtre (art. 111 CP), lésions corporelles graves intentionnelles (art. 122 CP) et mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP).

S'agissant d'infractions impliquant des chauffards, les tribunaux ne prononcent qu'avec beaucoup de retenue une peine pour meurtre ou pour lésions corporelles intentionnelles : il faut au moins que le dol éventuel soit avéré, c'est-à-dire que l'auteur ait su que son comportement était susceptible d'entraîner la mort d'une personne ou de la blesser et qu'il se soit accommodé de cette éventualité. Généralement, les tribunaux infligent une sanction à titre d'homicide par négligence ou de lésions corporelles par négligence. Sur la base du droit actuellement en vigueur, ce n'est donc que dans des cas exceptionnels que les chauffards seront reconnus coupables d'une infraction figurant dans ces listes.

6.5.4.2 Selon les modifications prévues de la loi

Dans le cadre de « Via sicura », il est question de définir (en s'inspirant de l'initiative sur les chauffards) de nouveaux « faits constitutifs du comportement de chauffard », qui seraient passibles d'une peine privative de liberté de un à quatre ans (cf. ch. 6.5.1). Selon la définition de l'art. 10 CP, de tels faits constitueraient donc un crime. En outre, dans le cadre du projet d'harmonisation des peines, diverses infractions passeraient de la catégorie des délits à celle des crimes et deviendraient, pour certaines, passibles d'une peine minimale (cf. ch. 6.5.1). Les modifications prévues de la loi auront les effets suivants sur les quatre variantes (cf. propositions de formulation en annexe) :

- Variante 1 : aucun. Mais selon la volonté des représentants du comité d'initiative, les chauffards devraient être obligatoirement expulsés. Une adaptation de la liste des infractions devra donc être effectuée en temps opportun (cf. ch. 6.5.5).
- Variantes 2 et 4 : en raison de la peine privative de liberté d'au moins un an dont ils sont passibles, les nouveaux faits constitutifs du comportement de chauffard seraient couverts grâce à la clause générale des variantes 2 et 4. Même la simple entrave à la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 1, CP) serait à l'avenir couverte par la clause générale, en raison de la peine maximale encourue de dix ans.
- Variante 3 : l'homicide par négligence (art. 117 CP) et les lésions corporelles graves par négligence (art. 125, al. 2, CP) seraient désormais couverts par la variante 3, parce qu'ils constituent un crime contre la vie et l'intégrité corporelle d'autrui, compte tenu de la nouvelle sanction dont ils seraient passibles. Bien que les faits constitutifs du comportement de chauffard représentent un crime, ils ne seraient pas saisis par la variante 3 dans sa version actuelle, s'ils étaient intégrés dans la LCR.

Dans les quatre variantes, les éléments constitutifs du comportement de chauffard ne seraient ainsi couverts qu'incomplètement.

6.5.5 Possibilités d'extension des listes d'infractions dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6 Cst.

Le nouvel énoncé de fait légal du comportement de chauffard constitue une infraction de mise en danger et ne comprend que la constellation de base du comportement de chauffard. Outre cette infraction de mise en danger, les chauffards continueront d'être poursuivis en raison de faits constitutifs visés par le CP, par exemple dans les cas d'homicide intentionnel ou par négligence et de lésions corporelles intentionnelles ou par négligence.

Il faut en outre considérer que les nouveaux faits constitutifs du comportement de chauffard entreraient dans la catégorie des crimes, puisqu'ils seront passibles d'une peine privative de liberté comprise entre un et quatre ans. Cette infraction se situera donc au même niveau que l'homicide par négligence et les lésions corporelles graves par négligences, selon le projet d'harmonisation des peines. Ces deux infractions deviendront certes également des crimes (passibles d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus), mais la peine pécuniaire minimale prévue n'est que d'un jour-amende seulement. Il en résulte de nouvelles questions de délimitation, parce que le chauffard qui se rendrait seulement coupable d'une infraction constitutive du comportement de chauffard (soit une infraction de mise en danger) pourrait être plus sévèrement puni, selon les circonstances, que si la mise en danger se concrétisait par une lésion corporelle par négligence ou par un homicide.

Reste ouverte la question du rapport entre les nouveaux faits constitutifs du comportement de chauffard et les actuelles infractions de mise en danger figurant dans le CP (notamment « mise en danger de la vie d'autrui » ou « entrave à la circulation publique »).

Si les chauffards doivent être impérativement expulsés du territoire national, il faudrait garantir, dans les variantes 1 et 3, que les listes d'infractions couvrent les faits constitutifs du comportement de chauffard qu'il est prévu de créer (soit en les mentionnant explicitement, soit par le biais d'une clause générale). Les variantes 2 et 4 comprennent déjà une clause générale qui permettrait de couvrir cette nouvelle infraction.

En outre, il faudrait intégrer dans la liste des infractions au moins l'homicide par négligence et les lésions corporelles graves par négligence (art. 117 et art. 125, al. 2, AP-CP, selon le projet d'harmonisation des peines ; cf. ch. 6.5.1). Ces deux infractions, qui doivent désormais constituer un crime, devraient être mentionnées explicitement dans les variantes 1, 2 et 4. Dans la variante 3, elles sont déjà couvertes par le crime contre la vie et l'intégrité corporelle d'autrui. Ainsi, les infractions d'homicide par négligence et de lésions corporelles graves par négligence entraîneraient obligatoirement l'expulsion de l'auteur même commises indépendamment des éléments constitutifs d'un comportement de chauffard. Une limitation aux situations impliquant un chauffard serait difficile à régler et à justifier.

6.5.6 Conclusion

Compte tenu de l'état actuel de la législation, il n'est pas possible d'évaluer définitivement quelles infractions et, le cas échéant, quelles combinaisons de faits constitutifs devraient entrer dans les listes d'infractions afin de couvrir toutes les infractions commises par des

chauffards. Le groupe de travail estime qu'il ne lui incombe pas de résoudre cette problématique dans le cadre de la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion.

6.6 Nouvelle infraction d'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales

6.6.1 Prescriptions selon l'art. 121, al. 3, let. b, Cst.

En vertu de l'art. 121, al. 3, let. b, Cst., les étrangers sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse s'ils ont perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale. La Constitution laisse au législateur le soin de décider s'il entend traiter les faits constitutifs de l'abus par une sanction administrative ou par une sanction de droit pénal (cf. ch. 3.3.3.3).

6.6.2 Proposition des représentants du comité d'initiative (variante 1)

Les représentants du comité d'initiative ont soumis, lors de la première séance du groupe de travail, une proposition de nouvelle disposition pénale visant l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales (p-art. 151^{bis} CP). Cette proposition insère la nouvelle disposition dans le titre consacré aux infractions contre le patrimoine. La note marginale est la suivante : « *Abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales* ». Est puni quiconque obtient illégalement, pour lui-même ou pour un tiers, des prestations d'aide sociale ou des assurances sociales en fournissant des indications fausses ou incomplètes, en omettant de signaler une modification des circonstances ou de toute autre manière. En ce qui concerne les faits constitutifs objectifs, on peut largement se référer aux explications suivantes relatives à la proposition de la majorité du groupe de travail (cf. ch. 6.6.3). Contrairement à la proposition de la majorité du groupe de travail, la proposition des représentants du comité d'initiative ne pose pas comme condition que l'auteur ait induit une personne en erreur ou l'ait confortée dans son erreur. Cependant, le fait constitutif subjectif présuppose également l'intention.

La sanction encourue est également une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire (al. 1) ; dans les cas de peu de gravité, le juge peut prononcer une amende (al. 2). Selon la variante 1, les cas d'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales de peu de gravité entraînent également l'expulsion.

6.6.3 Proposition de la majorité du groupe de travail (variantes 2 à 4)

Le groupe de travail a repris l'idée de base des représentants du comité d'initiative et il a décidé de proposer également une infraction permettant de sanctionner l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales. La nouvelle disposition repose sur la compétence législative de la Confédération dans le domaine du droit pénal (art. 123, al. 1, Cst.).

6.6.3.1 Rattachement de la réglementation et note marginale

La nouvelle infraction s'insérera dans le titre consacré aux *infractions contre le patrimoine* (art. 137 ss CP), après l'*atteinte astucieuse aux intérêts pécuniaires d'autrui* (art. 151 CP).

Le titre marginal proposé pour le projet d'art. 151^{bis} CP est le suivant : « *Obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale* ».

6.6.3.2 Rapport aux faits constitutifs de l'escroquerie

Alors que l'escroquerie (art. 146 CP) suppose que son auteur induise *astucieusement* en erreur une personne ou qu'il la conforte *astucieusement* dans son erreur, cet aspect est absent du projet d'art. 151^{bis} CP. Si l'énoncé de fait légal (plus grave) de l'escroquerie est réalisé, c'est celui-là qui s'appliquera. Le projet d'art. 151^{bis} CP est, en ce sens, une infraction générale, dont la formulation vise uniquement les comportements délictueux qui ne seraient pas déjà couverts par les éléments constitutifs de l'escroquerie. Cette variante correspond à la tradition du CP, à la systématique et à la logique qui lui sont inhérentes.

La représentante de la CDAS est d'avis que l'élément de l'astuce devrait aussi figurer à titre de condition dans la nouvelle infraction selon le projet d'art. 151bis CP, afin d'éviter une inégalité de traitement des différents cas d'escroquerie.

6.6.3.3 Faits constitutifs objectifs

Le projet d'art. 151^{bis}, al. 1, CP cite, comme *action matérielle*, le fait d'induire une personne en erreur ou de la conforter dans son erreur par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon. Cette description couvre d'une part le cas d'application (principal) dans lequel une personne fournit des informations *fausses* ou *incomplètes* s'agissant d'une situation financière, personnelle ou médicale par exemple. D'autre part, la mention des *faits passés sous silence*, par exemple ne pas communiquer un changement de situation, permet de couvrir aussi un comportement purement passif. Selon les lois cantonales en matière d'aide sociale, les personnes requérant de l'aide sont tenues de fournir des renseignements complets et véridiques sur leur situation personnelle et économique. Elles doivent présenter les documents nécessaires pour clarifier la situation et communiquer sans délai toute modification de leur situation. Si une personne simule une situation de détresse par des indications fausses ou incomplètes, en taisant ou en dissimulant des faits, il s'agit d'un cas d'abus classique¹⁵³. L'expression « ou de toute autre façon » permet de couvrir les autres cas éventuels de simulation d'une situation de détresse.

La punissabilité suppose toujours l'obtention illicite de prestations (cf. ci-dessous). Les faits constitutifs n'incluent pas le simple maintien d'une situation de détresse ou la simple violation de l'obligation d'améliorer la situation personnelle ou de mettre fin à la situation de détresse, s'il n'en résulte pas des prestations illicites. En outre, l'utilisation contraire au but des prestations obtenues n'est pas mentionnée : la définition d'une telle infraction pénale poserait de grands problèmes de délimitation et de nombreuses questions.

Toute personne peut être la victime d'une telle action matérielle : l'administration, une autre autorité ou institution (fédérale, cantonale ou communale) ou des tiers peuvent être abusés. Sont compris d'une part les sujets de droit privé qui remplissent directement des tâches administratives (par ex. caisses-maladie de droit privé dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire). D'autre part, la tromperie peut aussi viser le médecin,

¹⁵³ CSIAS, Contrôles et sanctions dans le cadre de l'aide sociale. Mesures d'assurance qualité et de prévention d'abus de l'aide sociale. Berne 2010, p. 3; disponible sous : http://www.skos.ch/store/pdf_f/publikationen/grundlagendokumente/Kontrollinstrumente_f.pdf.

qui établit ensuite sur cette base un faux diagnostic ou un rapport médical inexact, qui peut entraîner l'obtention illicite de prestations.

Par des déclarations fausses ou incomplètes ou en passant des faits sous silence, l'auteur doit provoquer une erreur (*induire en erreur*). Est en outre punissable quiconque conforte une personne *dans l'erreur où elle se trouve déjà*. Contrairement aux faits constitutifs de l'escroquerie, il n'est pas nécessaire d'induire en erreur ou de conforter dans l'erreur astucieusement.

Les éléments constitutifs de l'infraction supposent que l'auteur *réussit* à obtenir illicitement des prestations de l'aide sociale ou des assurances sociales. L'idée d'*obtenir* (ou de percevoir, selon l'art. 121, al. 3, let. b, Cst.) suggère que l'auteur doit avoir effectivement obtenu la prestation, c'est-à-dire qu'il doit avoir fait en sorte qu'elle lui soit versée. Si la simple allocation d'une prestation suffisait à réaliser l'infraction, des problèmes pratiques apparaîtraient : le moment précis serait difficile à identifier, car l'allocation n'est pas toujours communiquée par une décision ou une garantie de prise en charge des frais. Il en résulterait quelque incertitude et insécurité. Si la prestation a été allouée, mais non pas versée, l'auteur se rend punissable au motif de tentative d'obtention abusive des prestations de l'aide sociale ou des assurances sociales, à condition que son intention ait été d'obtenir la prestation visée. La personne bénéficiaire du versement peut être soit la personne qui a induit en erreur soit une autre personne.

6.6.3.4 Éléments subjectifs de l'infraction

L'infraction n'est réalisée que s'il y a une *intention*. L'auteur doit, volontairement et en connaissance de cause, faire des déclarations fausses ou incomplètes, afin d'induire une personne en erreur et d'obtenir de la sorte une prestation à laquelle il n'a pas droit.

Contrairement aux éléments constitutifs de l'escroquerie, un *dessein d'enrichissement illicite* n'est pas requis (à l'instar de l'art. 14 DPA¹⁵⁴ et de l'art. 87 LAVS¹⁵⁵) : qu'il faille obtenir intentionnellement une prestation illicite implique déjà la volonté de s'enrichir illicitement en touchant ladite prestation.

6.6.3.5 Peine encourue

Selon la littérature, l'astuce constitue justement l'élément qui rend une tromperie punissable dans le domaine du droit pénal relatif au patrimoine. Pour l'escroquerie, le simple mensonge, à ce jour, a été jugé non punissable. De telles différences qualitatives devraient se répercuter dans la sanction prévue. La plupart des dispositions pénales en vigueur prévoient de faibles peines. Mais le nouvel art. 121 Cst. porte à conclure que l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales doit être considéré comme plus grave. C'est pourquoi la peine encourue est une *peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire*. De ce fait, l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales représente un délit.

Le projet d'art. 151^{bis}, al. 2, CP prévoit que dans les *cas de peu de gravité*, la peine est l'amende. Un cas d'application possible serait celui où une personne, en connaissance de l'obligation qui lui incombe, ne communiquerait pas tout de suite l'augmentation de son

¹⁵⁴ Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

¹⁵⁵ Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10).

taux d'activité rémunérée et attendrait pour s'assurer que sa santé lui permette ce changement. Eu égard à la peine encourue, l'expulsion est exclue dans les cas de peu de gravité.

6.6.3.6 Rapport aux actuelles infractions d'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales

La nouvelle disposition interviendra en concours avec les actuelles infractions en matière d'aide sociale et d'assurances sociales. Il faut partir du principe que les normes pénales visant le même comportement que le projet d'art. 151^{bis} CP devront être modifiées ou abrogées (par ex. art. 87, al. 1, LAVS ; mais l'art. 151^{bis} CP ne couvrirait pas le cas, visé à l'art. 87, al. 2, LAVS, de celui qui élude l'obligation de payer des cotisations par des indications fausses ou incomplètes). Les dispositions cantonales correspondantes seraient également abrogées.

6.7 Peine minimale

6.7.1 Introduction

Selon la proposition de mise en œuvre des représentants du comité d'initiative (variante 1), une condamnation en raison d'une infraction déterminée doit suffire à justifier l'expulsion d'un étranger. Le type et la gravité de la sanction infligée ne doivent jouer aucun rôle à cet égard. L'expulsion serait également obligatoire lorsque le tribunal renonce à appliquer une sanction dans les cas bénins (par ex. en vertu de l'art. 52 CP) ou qu'il n'inflige qu'une peine très légère en raison des circonstances particulières de l'acte (par ex. état de légitime défense visé à l'art. 16, al. 1, CP).

L'expulsion obligatoire est une mesure très incisive : en l'ordonnant, il convient de respecter le principe de proportionnalité (cf. ch. 2.2 et 3.3.1).

Afin de pouvoir tenir compte du principe de proportionnalité au sens étroit (rapport raisonnable entre le but et les moyens), il faut considérer non seulement la gravité abstraite d'un acte, mais aussi sa gravité concrète dans le cas d'espèce (c'est-à-dire la peine prononcée sur la base de la culpabilité de l'auteur).

C'est pourquoi les variantes 2 à 4 prévoient qu'en règle générale, il faut qu'une sanction minimale déterminée soit prononcée pour que l'expulsion soit aussi obligatoirement ordonnée.

Les représentants du comité d'initiative rejettent la condition d'une sanction minimale. Ils estiment que le constituant a déjà procédé à l'examen de la proportionnalité en adoptant une norme dont le libellé clair fait dépendre l'expulsion de la *condamnation* pour certaines infractions et non d'une peine minimale prononcée contre l'auteur.

6.7.2 Conditions d'une peine légère

Le tribunal définit la peine en fonction du degré de culpabilité de l'auteur. Sur la seule base des critères à considérer dans ce contexte (cf. art. 47 CP), le tribunal peut conclure qu'une peine légère est appropriée. C'est en particulier le cas de toutes les infractions qui ne sont pas passibles d'une peine minimale, c'est-à-dire pour lesquelles une peine priva-

tive de liberté d'un jour ou une peine pécuniaire d'un jour-amende à cinq francs est possible.

La situation se présente différemment pour les infractions passibles d'une peine minimale déterminée, par exemple une peine privative de liberté de cinq ans (meurtre au sens de l'art. 111 CP) ou d'un an (meurtre passionnel au sens de l'art. 113 CP). En l'occurrence, même les cas relativement légers sont d'une gravité telle que la peine ne saurait être inférieure à une limite déterminée.

Dans l'un et l'autre cas, toutefois, si des circonstances particulières justifient une peine légère, le juge est *tenu* de modérer la sanction infligée :

- *Défense excusable* (art. 16 CP) : si l'auteur, en repoussant une attaque, a excédé les limites de la légitime défense au sens de l'art. 15, le juge atténue la peine (al. 1).
- *État de nécessité excusable* (art. 18 CP) : si l'auteur commet un acte punissable pour se préserver ou préserver autrui d'un danger imminent et impossible à détourner autrement menaçant la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine ou d'autres biens essentiels, le juge atténue la peine si le sacrifice du bien menacé pouvait être raisonnablement exigé de lui (al. 1).
- *Irresponsabilité et responsabilité restreinte* (art. 19, al. 2, CP) : le juge atténue la peine si, au moment d'agir, l'auteur ne possédait que partiellement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation.
- *Erreur sur l'illicéité* (art. 21 CP) : le juge atténue la peine si l'erreur était évitable.
- *Complicité* (art. 25 CP) : la peine est atténuée à l'égard de quiconque a intentionnellement prêté assistance à l'auteur pour commettre un crime ou un délit.
- *Atténuation de la peine* (art. 48 CP) : le juge atténue la peine :
 - a. si l'auteur a agi :
 - 1. en cédant à un mobile honorable,
 - 2. dans une détresse profonde,
 - 3. sous l'effet d'une menace grave,
 - 4. sous l'ascendant d'une personne à laquelle il devait obéissance ou de laquelle il dépendait ;
 - b. si l'auteur a été induit en tentation grave par la conduite de la victime ;
 - c. si l'auteur a agi en proie à une émotion violente que les circonstances rendaient excusable ou s'il a agi dans un état de profond désarroi ;
 - d. si l'auteur a manifesté par des actes un repentir sincère, notamment s'il a réparé le dommage autant qu'on pouvait l'attendre de lui ;
 - e. si l'intérêt à punir a sensiblement diminué en raison du temps écoulé depuis l'infraction et que l'auteur s'est bien comporté dans l'intervalle.

Dans d'autres cas, la loi prévoit que le juge *peut* atténuer la sanction :

- *Commission par omission* (art. 11 CP) : le juge peut atténuer la peine (al. 4).
- *Degrés de réalisation* (art. 22 CP) : le juge peut atténuer la peine si l'exécution d'un crime ou d'un délit n'est pas poursuivie jusqu'à son terme ou que le résultat nécessaire à la consommation de l'infraction ne se produit pas ou ne pouvait pas se produire. (al. 1).

- *Désistement et repentir actif (art. 23 CP)* : si, de sa propre initiative, l'auteur a renoncé à poursuivre l'activité punissable jusqu'à son terme ou qu'il a contribué à empêcher la consommation de l'infraction, le juge peut atténuer la peine ou exempter l'auteur de toute peine (al. 1). Si plusieurs auteurs ou participants prennent part à l'acte, le juge peut atténuer la peine ou exempter de toute peine celui qui, de sa propre initiative, a contribué à empêcher la consommation de l'infraction (al. 2). Le juge peut également atténuer la peine ou exempter de toute peine l'auteur ou le participant dont le désistement aurait empêché la consommation de l'infraction si d'autres causes ne l'avaient évitée (al. 3). Le juge peut atténuer la peine ou exempter de toute peine l'auteur ou le participant si celui-ci s'est, de sa propre initiative, sérieusement efforcé d'empêcher la consommation de l'infraction et que celle-ci a été commise indépendamment de sa contribution (al. 4).

Qu'une sanction minimale déterminée soit prévue pour le fait constitutif visé ne s'oppose pas à la possibilité d'atténuer la peine : le juge qui atténue la peine n'est pas lié par le minimum légal de la peine prévue pour l'infraction. Il peut aussi prononcer une peine d'un genre différent de celui qui est prévu pour l'infraction mais il reste lié par le maximum et par le minimum légal de chaque genre de peine (art. 48a CP).

Enfin, les dispositions de la partie générale du CP prévoient que le juge peut renoncer à une sanction dans certains cas déterminés (l'auteur est certes condamné, mais il n'est pas puni) :

- *Absence d'intérêt à punir (art. 52 CP)* : si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont peu importantes, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine.
- *Réparation (art. 53 CP)* : lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine :
 - a. si les conditions du sursis à l'exécution de la peine sont remplies (art. 42) ;
et
 - b. si l'intérêt du public et de la victime à poursuivre l'auteur est faible.
- *Atteinte subie par l'auteur à la suite de son acte (art. 54 CP)* : Si l'auteur a été directement atteint par les conséquences de son acte au point qu'une peine serait inappropriée, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine.

6.7.3 Conditions minimales possibles pour une expulsion

L'atténuation de la peine peut intervenir dans les constellations les plus diverses. Une personne peut avoir légèrement excédé les limites de la légitime défense et ne se distinguer que peu de l'auteur acquitté. Mais il peut aussi arriver que l'auteur se soit défendu avec des moyens si disproportionnés que la peine n'est que peu atténuée. En d'autres termes, le degré d'atténuation de la peine peut être très variable. La profonde détresse visée à l'art. 48 CP peut elle aussi avoir des effets différents sur le degré de gravité de l'acte. Il ne serait donc pas adéquat d'exclure généralement l'expulsion dès que sont retenus des motifs d'atténuation de la peine. Ceux-ci doivent être pris en compte dans les seuls cas où une peine légère est effectivement prononcée. En d'autres termes, pour tenir compte du principe de proportionnalité, on doit pouvoir se référer directement dans chaque cas à une peine minimale déterminée.

Selon l'ancien droit (ancien art. 55 CP), il était possible de prononcer l'expulsion comme peine accessoire à l'encontre d'un étranger condamné à la réclusion ou à la prison (désormais peine privative de liberté). La loi ne prévoyait pas de limite minimale déterminée, si bien que l'expulsion était théoriquement possible avec la peine de prison la plus brève possible (3 jours). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, toutefois, une certaine concordance devait prévaloir entre la durée de la peine privative de liberté prononcée et la sanction d'expulsion¹⁵⁶. En outre, lorsque l'expulsion était prononcée comme peine accessoire sous l'ancien droit, le degré de culpabilité était déterminant pour la durée de l'expulsion. La doctrine et la jurisprudence ont tendu toujours plus à traiter l'expulsion comme une mesure de sécurité, de sorte que le principe de proportionnalité est devenu le premier aspect déterminant pour justifier l'expulsion et pour fixer sa durée¹⁵⁷.

Depuis l'introduction de la partie générale révisée du CP, au 1^{er} janvier 2007, seules des mesures relevant du droit des étrangers sont prononcées à l'encontre d'étrangers délinquants. Le Tribunal fédéral a fixé une limite minimale à un an, en interprétant l'art. 62, let. b, LEtr (selon lequel une « peine privative de liberté de longue durée » peut conduire à révoquer une autorisation ou une autre décision). Cette limite se rapporte à la révocation d'une autorisation de séjour ou d'établissement pour laquelle le titulaire ne peut faire valoir un droit particulier. Si l'étranger est en mesure de faire valoir un droit particulier à une autorisation de séjour ou d'établissement, la limite est fixée à deux ans.

L'avant-projet de révision du système de sanctions, mis en consultation le 30 juin 2010¹⁵⁸, prévoit de ce fait, en s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁵⁹, une peine minimale supérieure à un an pour l'expulsion facultative (susceptible de sanctionner tous les délits et crimes).

6.7.4 Proposition du groupe de travail

La majorité du groupe de travail propose, dans les variantes 2 à 4, une peine minimale de six mois. Une peine de six mois est considérée dans diverses situations comme limite entre une criminalité plutôt légère ou plutôt grave. C'est notamment le cas lorsqu'une courte peine privative de liberté est exclue (art. 40 et 41 CP) ou comme limite supérieure pour les cas susceptibles d'être traités par la procédure de l'ordonnance pénale (art. 352 CPP).

Cette peine minimale déploiera ses effets surtout dans les cas de certaines infractions courantes, qui ne sont pas passibles d'une peine minimale et qui n'impliquent dans nombre de cas qu'un faible degré de culpabilité. Il n'y a pas de raison de craindre que cette limite empêche l'expulsion obligatoire pour des infractions graves (cf. les explications relatives aux statistiques, ch. 7.10).

Cependant, cette limite minimale ne doit pas s'appliquer absolument. On peut imaginer que des auteurs commettent de manière répétée des infractions qui devraient entraîner l'expulsion selon la liste des infractions, mais sont condamnés chaque fois à une peine inférieure à six mois. Il doit être possible d'expulser ces personnes également si elles multiplient les infractions graves et qu'elles dépassent ainsi, dans un délai de dix ans, la limite

¹⁵⁶ KELLER BEATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 55 CP, n°31.

¹⁵⁷ KELLER BEATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 55 CP, n° 32.

¹⁵⁸ Cf. note 133.

¹⁵⁹ ATF 135 II 377.

de six mois de peine privative de liberté, de 180 jours-amende ou de 720 heures de travail d'intérêt général.

Enfin, les variantes 2 et 4 prévoient une autre exception permettant au juge ou aux autorités de prononcer l'expulsion ou une mesure d'éloignement même en l'absence d'une peine minimale de six mois, à condition que les intérêts publics liés à une telle expulsion prévalent nettement sur les intérêts privés de la personne étrangère à rester en Suisse. Cette exception concernera sans doute beaucoup d'étrangers ne disposant pas d'un titre de séjour et qui pourraient dès lors déjà être expulsés sur la base de la LEtr. Mais la réglementation proposée permet au juge d'ordonner l'expulsion dans ces cas également, de sorte que toute mesure d'expulsion du territoire national pour cause d'infraction relève fondamentalement de la compétence du juge pénal. De plus, l'expulsion envisagée est plus incisive que les actuelles mesures prévues par la LEtr, parce que l'expulsion judiciaire doit en règle générale être assortie d'une interdiction d'entrée de cinq ans au moins.

6.8 Explications relatives à d'autres conditions et notions

6.8.1 Condamnation (exécutoire)

Les nouvelles dispositions constitutionnelles posent comme condition à l'expulsion d'une personne étrangère sa condamnation pour une infraction donnée « par un jugement entré en force » (art. 121, al. 3, let. a, Cst.).

Dans les variantes proposées pour la mise en œuvre, on a renoncé à préciser que la condamnation doit être « *entrée en force* ». Il en résulterait une bipartition de la procédure : le juge ne pourrait prononcer l'expulsion qu'à partir du moment où la condamnation serait exécutoire. L'expression « condamné » implique qu'une expulsion ne saurait être exécutée que si le jugement pénal correspondant est entré en force. En ce sens, une précision n'est pas nécessaire.

Sous l'angle du droit pénal, une condamnation intervient au moment où l'auteur est jugé coupable d'avoir violé le droit en commettant par sa faute une infraction répondant à l'énoncé de fait légal. Si l'acte commis est seulement illicite et conforme à l'énoncé de fait légal, l'auteur est acquitté. Il est donc sans importance que le juge ait ou non prononcé une sanction. Il résulte de ce qui précède notamment que l'auteur d'une infraction acquitté du grief de meurtre en raison de son irresponsabilité, mais à l'encontre duquel une mesure est toutefois prononcée en vertu de l'art. 19, al. 3, CP parce que le risque de récidive est élevé, n'est pas visé par la nouvelle disposition constitutionnelle.

6.8.2 Types de peine et d'exécution, formes d'infraction et de participation

Dans les variantes 2 à 4, le groupe de travail part de l'idée que c'est à l'aune de la peine prononcée qu'il faut juger de la gravité de l'infraction, plus qu'à l'aune du type de peine ou du type d'exécution. Selon les propositions de réglementation présentées, l'auteur étranger d'une infraction doit être expulsé du territoire national dès lors que sa peine dépasse une certaine mesure, que cette peine soit une peine privative de liberté, une peine pécuniaire ou du travail d'intérêt général. Il est également sans incidence que la peine doive être purgée ou que son exécution soit assortie d'un sursis total ou partiel.

Les listes d'infractions s'appliquent en outre même si l'acte répréhensible ne constitue qu'une tentative (art. 22 et 23 CP) et même si l'auteur a agi à titre principal, comme com-

plice ou aide (art. 25 CP) ou comme instigateur (art. 24 CP). De ce fait, ces listes concourent donc avec les listes d'infractions actuelles du CP, qui ne tiennent également pas compte des formes d'action et de participation (cf. ch. 3.3.2.3).

6.8.3 Lieu et moment de commission de l'acte

Les nouvelles dispositions constitutionnelles ne disent rien des conditions locales et temporelles (cf. ch. 3.3.2.3). Elles laissent par exemple ouverte la question de savoir si une personne étrangère condamnée en Suisse pour une infraction commise à l'étranger (par ex. en vertu des art. 5, 6 ou 7 CP) est également visée.

De même, la nouvelle disposition ne précise pas si la condamnation exécutoire doit être prononcée par un juge suisse ou si les jugements rendus à l'étranger sont aussi pris en compte. Par exemple, il est possible qu'une personne étrangère dont le domicile est en Suisse soit condamnée à l'étranger pour une grave infraction commise en Suisse (une infraction qui entraînerait en Suisse l'expulsion obligatoire).

Au demeurant, la question se pose de savoir à quel moment l'acte doit avoir été commis, respectivement à quel moment la condamnation doit avoir été prononcée. Faut-il ne tenir compte que des actes et des condamnations survenus pendant la période durant laquelle la personne étrangère avait un statut de séjour déterminé en Suisse ? Faut-il également prendre en compte les condamnations prononcées avant que la personne visée n'ait obtenu un droit de séjour en Suisse ? Citons comme exemple celui du requérant d'asile, condamné dans un pays tiers pour crime contre l'humanité avant son entrée en Suisse. Pensons également au requérant d'asile qui, recherché à l'étranger en raison de crimes graves, est condamné en Suisse sans être extradé.

Le groupe de travail n'a pas clarifié ces questions en détail. Il part du principe que les dispositions relatives au champ d'application du code pénal (art. 1 à 9 CP) sont fondamentalement applicables pour les variantes 1 à 3. En d'autres termes, ce sont les infractions jugées par un tribunal suisse qui peuvent en principe entraîner l'expulsion obligatoire.

Comme c'est déjà le cas aujourd'hui, la personne étrangère ne recevra pas d'autorisation ou son autorisation sera révoquée si elle attente à la sécurité et l'ordre publics en Suisse *ou à l'étranger*, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse¹⁶⁰.

6.8.4 Notion d'expulsion

Selon la terminologie des nouvelles dispositions constitutionnelles, les étrangers qui sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse, en raison d'infractions déterminées qu'ils ont commises, doivent être expulsés du pays et frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire pour une période allant de 5 à 15 ans (art. 121, al. 5, Cst.). Ces notions reposent sur l'insertion des nouvelles dispositions constitutionnelles dans l'art. 121 Cst. concernant le séjour et l'établissement des personnes étrangères (cf. détails concernant la terminologie au ch. 3.2.2.1).

Les propositions de réglementation pénale des variantes 1 à 3 utilisent quant à elles uniformément la notion d'« expulsion » (« *Landesverweisung* » dans la version allemande). Il

¹⁶⁰ Cf. en particulier art. 62, let. c, art. 63, al. 1, let. b, art. 33, al. 3 et art. 34, al. 2, let. b, LEtr.

faut comprendre cette notion comme un « concept générique » comprenant la perte du droit de séjour, le renvoi et l'interdiction d'entrée pour une période déterminée.

La variante 4, qui propose une mise en œuvre dans la loi sur les étrangers, utilise la terminologie actuelle de la LEtr en matière de droit des étrangers (« révocation des autorisations », « interdiction d'entrée », « renvoi », « expulsion »).

6.9 Explications relatives aux diverses variantes des listes d'infractions

6.9.1 Variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)

6.9.1.1 Liste des infractions au sens étroit

La liste des infractions de la variante 1 est alignée sur les prescriptions de l'art. 121, al. 3, Cst. Outre les infractions explicitement mentionnées dans la nouvelle disposition constitutionnelle, elle comprend avant tout les actes de violence (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. b, g, h et i, CP) et d'autres infractions contre l'intégrité sexuelle (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. c, CP).

Comme dans les variantes 2 à 4, seuls les plus graves homicides intentionnels (art. 111, 112 et 113 CP) doivent entraîner l'expulsion obligatoire du territoire national (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. a, CP). En outre, il faut relever les particularités suivantes :

- Dans le domaine des infractions contre l'intégrité sexuelle (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. c, CP), la variante 1, contrairement aux variantes 2 à 4, intègre non seulement les crimes, mais aussi les délits (art. 187, ch. 4, art. 188, 192, 193 et 197 CP).
- La description de l'effraction se distingue elle aussi de celle retenue dans les variantes 2 à 4 (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. f, CP). Parmi les infractions contre le patrimoine, la liste de la variante 1 mentionne également le vol par métier et le vol en bande, de même que le recel par métier (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. f, CP).
- La liste des infractions comprend, comme celle de la variante 2, des infractions créant un danger pour la collectivité (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. g, CP). Contrairement à celle de la variante 2, la liste ne se limite toutefois pas aux crimes les plus graves et inclut des actes plus légers, par exemple l'explosion causée par négligence (art. 223, ch. 2, CP).
- Les représentants du comité d'initiative ont intégré la provocation publique au crime ou à la violence (art. 259 CP) dans la liste des infractions, visant avant tout les « prêcheurs de haine » (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. h, CP).

Contrairement aux variantes 2 à 4, la proposition selon la variante 1 inclut aussi les lésions corporelles simples, la rixe et l'agression.

Les représentants du comité d'initiative estiment que l'omission de ces infractions irait à l'encontre de la volonté du constituant, qui entendait lutter contre la criminalité des étrangers dans le domaine des actes de violence.

Il faut également noter que la rupture de ban visée à l'art. 291 CP et les infractions intentionnelles selon l'art. 115 LEtr doivent entraîner obligatoirement l'expulsion (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. j CP). Enfin, le projet d'art. 73^{bis}, al. 1, let. k, CP renvoie à une disposition pénale de l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales (p-art. 151^{bis} CP), que la variante 1 régleme différemment que les variantes 2 à 4.

La liste des infractions se distingue moins par la gravité abstraite des diverses infractions entraînant obligatoirement l'expulsion que par une large sélection d'infractions (en particulier des infractions violentes) jugées intolérables de la part d'étrangers en Suisse. C'est pourquoi la gravité abstraite des infractions s'étend des crimes les plus graves (par ex. meurtre, assassinat, brigandage, incendie intentionnel et viol) aux délits (par ex. lésions corporelles simples, poursuite sur plainte, rixe, exploitation d'une situation de détresse ou rupture de ban) en passant par des crimes plus légers (exposition ou mise en danger de la vie d'autrui).

6.9.1.2 Peine minimale

La variante 1 ne fait pas dépendre l'expulsion d'une peine minimale et renonce de ce fait à prendre en compte la gravité concrète d'une infraction dans le cas d'espèce. Elle prévoit comme seul critère de l'expulsion obligatoire la condamnation à l'une des infractions énumérées dans la liste (p-art. 73^{bis}, al. 1, CP). Autrement dit, l'expulsion doit être obligatoirement prononcée également dans le cas où, bien qu'une infraction de la liste soit réalisée, le juge renonce à infliger une sanction, par exemple en raison de l'absence d'intérêt à punir (art. 52 CP) ou lorsqu'il atténue la peine eu égard à une situation de légitime défense (art. 16 CP).

La proposition des représentants du comité d'initiative part du principe que la peine infligée dans le cas d'espèce est dénuée de pertinence pour définir la gravité ou le caractère répréhensible d'une infraction. L'élément déterminant est en premier lieu le type de violation de certains biens juridiques.

Cette conception des choses repose sur l'idée qu'une peine minimale serait incompatible avec le libellé clair de la norme constitutionnelle.

6.9.1.3 Appréciation

À côté de l'effraction et de l'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales, la liste des infractions se concentre sur la petite criminalité dans le domaine des actes de violence et des délits sexuels, qui est fréquente en pratique. En renonçant à une peine minimale, le nombre d'auteurs d'infraction concernés est nettement plus élevé qu'avec les variantes 2 à 4, justement dans le domaine de la petite criminalité relativement légère.

6.9.2 Variante 2 (proposition de la majorité du groupe de travail)

6.9.2.1 Liste d'infractions au sens étroit

Selon la variante 2, la liste des infractions contient, outre les infractions graves explicitement mentionnées dans la nouvelle disposition constitutionnelle (homicide, brigandage, traite d'êtres humains et viol), d'autres *crimes graves*. Les faits constitutifs fondamentaux du viol (peine privative de liberté d'un an à dix ans) et du brigandage (peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire d'au moins 180 jours-amende), visés à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst., servent de référence pour évaluer la gravité abstraite de ces infractions (« pour (...) viol, ou tout autre délit sexuel grave, pour un acte de violence d'une autre nature tel que le brigandage »). Les infractions qui correspondent à ces prescriptions ne sont pas énumérées en détail, mais couvertes par une clause générale (p-art. 73a, al. 1, let. a).

La clause générale couvre notamment les infractions telles que la contrainte sexuelle (art. 189 CP), les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP), l'encouragement à la prostitution (195 CP), la séquestration et l'enlèvement (183 CP), la prise d'otage (art. 185 CP), l'incendie intentionnel (art. 221 CP), la provocation d'une explosion (art. 223 CP), l'emploi, avec dessein délictueux, d'explosifs ou de gaz toxiques (art. 224 CP), le génocide (264 CP) et les crimes de guerre (art. 264, let. c à h, CP), qui peuvent être qualifiés de délits sexuels graves ou d'actes de violence graves au sens de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. Mais la clause générale permet de couvrir aussi d'autres crimes graves visés par le CP et le droit pénal accessoire, qui sont susceptibles d'être intégrés à la liste d'infractions en vertu de l'art. 121, al. 4, phrase 2, Cst.. Il faut notamment mentionner, dans le CP, les crimes contre la santé publique (art. 230^{bis}, art. 231, al. 2, art. 232, ch. 1, al. 2, et art. 233, ch. 1, al. 2, CP), les crimes contre la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 2, et art. 238, al. 1, CP) ou la fabrication de fausse monnaie (art. 240 CP) ; dans le droit pénal accessoire, il faut citer les violations contre la loi sur le matériel de guerre¹⁶¹ (art. 34, al. 1 et 2, et art. 35, al. 2 et 3, LFMG) ou les violations contre la loi sur l'énergie nucléaire¹⁶² (art. 88, al. 2, et art. 89, al. 2, LENu).

Outre les crimes graves, la liste des infractions ne contient plus que les infractions de moindre gravité que cite explicitement la nouvelle disposition constitutionnelle : l'effraction, l'escroquerie, l'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales et les infractions liées aux stupéfiants au sens de l'art. 19 LStup. Tant l'effraction (p-art. 73a, al. 1, let. b, CP) que l'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales sont définis différemment que dans la variante 1 (p-art. 151^{bis} CP).

6.9.2.2 Peine minimale

L'expulsion selon la variante 2 ne suppose pas seulement que soit commise une infraction qui se distingue par sa gravité abstraite. L'acte doit également présenter un certain degré de gravité minimal dans le cas d'espèce (p-art. 73a, al. 2, let. a, CP) ou la durée cumulée des peines infligées à l'auteur pour différentes infractions doit atteindre une mesure déterminée (p-art. 73a, al. 2, let. b, CP). S'agissant de la thématique de la peine minimale : cf. ch. 6.7 ci-dessus.

On renoncera toutefois à la condition de la peine minimale dans les cas où les intérêts publics liés à l'expulsion prévalent nettement sur les intérêts privés de la personne étrangère à rester en Suisse (p-art. 73a, al. 3, CP). À cet effet, l'expulsion facultative est prévue pour des infractions de la liste.

6.9.2.3 Expulsion facultative

Outre la mise en œuvre de la nouvelle disposition constitutionnelle sur l'expulsion obligatoire, la variante 2 prévoit aussi l'expulsion facultative (p-art. 73b CP)¹⁶³.

¹⁶¹ Loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre (LFMG ; RS 514.51).

¹⁶² Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LEnu ; RS 731.1).

¹⁶³ L'expulsion facultative du territoire national visée par le projet d'art. 73a, al. 3, CP, prolonge les dispositions de droit constitutionnel : le projet d'art. 73a, al. 1, CP contient les infractions qui, selon l'interprétation de l'art. 121, al. 3 (et 4), Cst., doivent obligatoirement conduire à l'expulsion. Si une personne étrangère commet une telle infraction, elle peut, dans certaines circonstances, être expulsée même si elle n'a pas atteint la peine minimale de six mois qui

Elle doit signifier que les personnes étrangères qui ont commis une infraction non comprise dans la liste des infractions peuvent aussi être expulsées et que cette expulsion relève également de la compétence du juge pénal. Dans son principe, la disposition correspond à une proposition mise en consultation par le Conseil fédéral le 30 juin 2010¹⁶⁴. Par analogie avec le projet d'art. 73a, al. 2, CP, l'expulsion facultative dépend aussi d'une peine minimale de six mois (infligée pour une infraction ou, de manière cumulée, pour plusieurs infractions).

6.9.2.4 Appréciation

En plus des infractions mentionnées dans les nouvelles dispositions constitutionnelles, la liste des infractions ne couvre que les plus graves crimes du CP et du droit pénal accessoire. La mesure prise pour référence est ainsi nettement plus élevée que dans la variante 1. En outre, la liste d'infractions est moins axée sur la criminalité des étrangers, de quelque nature qu'elle soit, que définie en fonction d'une certaine cohérence interne. De ce fait, la liste des infractions couvre certes de nombreuses infractions assez rares en pratique, mais qui sont à même de justifier l'expulsion obligatoire à l'instar de certaines infractions courantes. En exigeant une peine minimale et en visant aussi les récidivistes, cette solution permet de tenir compte du principe de proportionnalité, notamment dans le domaine de la petite criminalité.

6.9.3 Variante 3 (autre proposition du groupe de travail)

6.9.3.1 Liste d'infractions au sens étroit

Contrairement à ce que font les variantes 1 et 2, la nouvelle disposition constitutionnelle n'est pas prioritairement concrétisée et complétée par d'autres *délits sexuels et infractions violentes* (variante 1), ni généralement par des *crimes graves* (variante 2), mais de manière ciblée par des *crimes contre des biens juridiques déterminés* (p-art. 67c, al. 1, let. a, CP). Il s'agit en l'occurrence des biens juridiques visés prioritairement par la disposition constitutionnelle : « la vie et l'intégrité corporelle », « la liberté » et « l'intégrité sexuelle ». De plus, contrairement aux variantes 1 et 2, la variante 3 inclut dans la liste d'infractions les crimes contre la paix publique. Il s'agit des actes préparatoires délictueux (art. 260^{bis} CP), de la participation à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP), de la mise en danger de la sécurité publique au moyen d'armes (art. 260^{quater} CP) et du financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP).

La variante 3 renonce délibérément à intégrer dans la liste d'autres infractions contre le patrimoine, en plus des infractions citées dans la Constitution (effraction et brigandage).

Une autre caractéristique de la variante 3 est de concrétiser et compléter la disposition constitutionnelle en principe par des « crimes ». Cette mesure est moins élevée que celle de la variante 2 (*crimes graves*), mais néanmoins encore élevée, puisqu'elle vise la plus grave des trois catégories d'infraction (crimes, délits, contraventions). Ainsi, contrairement à celle de la variante 2, la liste des infractions de la variante 3 couvre aussi, pour certains

est en principe une condition. Parallèlement, l'expulsion facultative visée par le projet d'art. 73b CP permet au juge de prononcer l'expulsion même indépendamment des nouvelles dispositions constitutionnelles de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

¹⁶⁴

Cf. note 133.

biens juridiques, les crimes qui ne sont pas passibles d'une peine minimale d'un an et dont l'auteur n'encourt qu'une peine maximale de cinq ans.

Cela signifie concrètement que, contrairement à ce qui prévaut dans la variante 2, sont aussi couvertes les infractions comme l'incitation et l'assistance au suicide (art. 115 CP), l'interruption de grossesse punissable avec le consentement de la femme enceinte (art. 118 CP), l'exposition (art. 127 CP), la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), l'agression (art. 134 CP), l'escroquerie simple (art. 146 CP), la séquestration et l'enlèvement (sans circonstances aggravantes, art. 183 CP), les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP) et les crimes contre la paix publique cités plus haut. Toutefois, la peine minimale de six mois généralement requise pour l'expulsion dans la version 3 n'est atteinte que dans peu de cas pour de telles infractions (cf. ch. 6.9.3.2). En pratique, le cas devrait se présenter uniquement pour les actes d'ordre sexuel avec des enfants, une infraction qualifiée de grave lorsque la différence d'âge est importante. En revanche, on imagine mal qu'un juge puisse prononcer une peine privative de liberté supérieure à six mois dans un cas d'interruption de grossesse.

6.9.3.2 Peine minimale

Si la réglementation de la variante 3 est structurée différemment du point de vue rédactionnel, elle correspond largement à la variante 2 en ce qui concerne la peine minimale requise (cf. ch. 6.7). La différence avec la variante 2 réside dans le fait que la peine minimale requise pour une expulsion n'est pas d'au moins six mois mais de plus de six mois. On exclut ainsi les cas de délinquants primaires, susceptibles d'être réglés par la procédure de l'ordonnance pénale. Contrairement à la variante 2, la variante 3 ne prévoit pas la possibilité pour le juge d'ordonner l'expulsion d'un délinquant primaire coupable d'une infraction figurant dans la liste et condamné à une peine de six mois ou moins. Il serait cependant envisageable d'intégrer la réglementation correspondante de la variante 2 dans la variante 3 (p-art. 73a, al. 3, CP).

6.9.3.3 Expulsion facultative

La variante 3 (tout comme la variante 2), prévoit que l'expulsion peut être ordonnée, à titre facultatif, pour toutes les infractions qui ne figurent pas dans la liste. Mais contrairement à la variante 2, qui prévoit une peine minimale comme condition à l'expulsion facultative, la variante 3 la fait dépendre d'un intérêt public prépondérant.

6.9.3.4 Appréciation

La liste des infractions de la variante 3 peut être qualifiée de solution pragmatique à mi-chemin de la variante 1 (concernant l'accent mis sur certaines infractions) et de la variante 3 (concernant la gravité abstraite des infractions). La norme constitutionnelle est concrétisée et complétée par de graves infractions contre certains biens juridiques. L'accent est mis sur les infractions contre des personnes. Bien que la liste des infractions couvre aussi, dans certains domaines, des crimes moins graves, elle est moins étendue que la liste de la variante 2. Cependant, hormis l'incendie intentionnel, aucune infraction grave fréquente en pratique n'y manque. Grâce à la condition de la peine minimale et à la possibilité de viser les récidivistes, notamment dans le domaine de la petite criminalité, la variante 3 tient également compte du principe de proportionnalité.

6.9.4 Variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers)

6.9.4.1 Révocation obligatoire des autorisations

Le groupe de travail a décidé d'élaborer également une variante de mise en œuvre dans le droit sur les étrangers. En lieu et place d'une mesure pénale d'*expulsion obligatoire*, telle que dans les variantes 1 à 3, la variante 4 prévoit, dans le droit sur les étrangers, la révocation obligatoire des autorisations et une interdiction d'entrée obligatoire. La liste des infractions et les autres conditions posées à la révocation obligatoire des autorisations correspondent à la variante 2 (p-art. 73a CP).

La LEtr prévoit déjà, en vertu des dispositions en vigueur, une *révocation facultative* des autorisations pour les personnes étrangères qui ont attenté à la sécurité et à l'ordre publics¹⁶⁵. La mise en œuvre dans le droit sur les étrangers ne doit donc pas nécessairement prévoir une réglementation analogue à celle de l'expulsion facultative visée dans la variante 2 (p-art. 73a, al. 3, et p-art. 73b CP) et dans la variante 3 (p-art. 67c, al. 3, CP). Ces remarques valent aussi s'agissant de l'interdiction d'entrée prononcée à titre facultatif (art. 67 LEtr).

Le projet d'art. 63a LEtr régleme la *révocation obligatoire* de toutes les autorisations. Il vise aussi toutes les autorisations faisant l'objet d'un droit prévu par la loi, notamment en vertu des art. 42, 43, 50 et 59 LEtr, et de l'art. 60 LAsi. La révocation obligatoire des autorisations n'est exclue que si elle entraîne une violation de l'ALCP (p-art. 63b LEtr ; par analogie avec la variante 2 [p-art. 73c CP]).

6.9.4.2 Interdiction d'entrée obligatoire

L'expulsion pénale prévue dans les variantes 1 à 3 implique l'extinction de l'autorisation accordée en vertu du droit des étrangers ; elle est aussi assortie d'une interdiction d'entrée. La mise en œuvre en droit sur les étrangers doit, en exécution des nouvelles dispositions constitutionnelles, prévoir une interdiction d'entrée obligatoire de durée déterminée en plus de la révocation obligatoire des autorisations (cf. p-art. 67, al. 1, let. c, et al. 3^{bis} LEtr ; comme dans la variante 2 [p-art. 73a, al. 1, phrase introductive]).

Sont également réglementés l'interruption d'une procédure visant à prononcer une interdiction d'entrée obligatoire ou la suspension d'une telle interdiction lorsqu'elle a déjà été prononcée (p-art. 67, al. 6 et 7, LEtr ; comme dans la variante 2 [p-art. 73f CP]). Les conditions posées à l'interruption et à la suspension sont plus sévères pour l'interdiction d'entrée obligatoire que pour l'actuelle interdiction d'entrée facultative (art. 67, al. 5, LEtr). Cet aspect découle des nouvelles dispositions constitutionnelles, qui prescrivent que, pour certaines infractions, tous les droits de séjour sont retirés et une interdiction d'entrée est prononcée. Les exceptions à ce principe ne doivent être accordées que de manière très restrictive¹⁶⁶.

6.9.4.3 Appréciation

Les faits constitutifs qui justifient une révocation obligatoire d'autorisations et une interdiction d'entrée obligatoire correspondent aux conditions posées à l'expulsion obligatoire

¹⁶⁵ Cf. dispositions potestatives de l'art. 62, let. b et c, et de l'art. 63, al. 1, let. a et b, LEtr.

¹⁶⁶ S'agissant de ces conditions, la variante 2 ne fait pas de distinction entre l'expulsion facultative et l'expulsion obligatoire (cf. p-art. 73f. CP).

dans la variante 2. Contrairement à la variante 2, les mesures d'éloignement obligatoires ne sont pas prononcées par le juge pénal, mais décidées par les autorités compétentes en matière de migrations, en vertu de la LEtr. Il en résulte que le même cas doit être traité par le juge pénal dans le cadre de la procédure pénale et par les autorités compétentes en matière de migrations. Cette procédure est donc plus compliquée que celle prévue dans la variante 2. Selon le prononcé pénal, les autorités compétentes en matière de migrations n'ont aucune marge de manœuvre pour les mesures qu'elles doivent ordonner.

7. Questions liées à l'exécution, modifications du droit en vigueur et données statistiques

7.1 Introduction

D'une variante de mise en œuvre à l'autre, les réponses aux questions qui se posent en matière d'exécution ne sont pas les mêmes. Les variantes développées par la majorité des membres du groupe de travail pour une mise en œuvre dans le code pénal, soit la variante 2 (cf. p-art. 73a à 73h CP) et la variante 3 (p-art. 67c à 67i CP), concordent matériellement sur de nombreux points (cf. propositions de formulation en annexe). Les explications relatives aux normes d'exécution exposées aux ch. 7.2 à 7.6 ci-après se rapportent à la variante 2. Les différences par rapport à la variante 3 sont indiquées le cas échéant.

Les représentants du comité d'initiative ont également intégré une norme d'exécution (p-art. 73^{quater} CP ; cf. ch. 7.8) dans leur projet de mise en œuvre (variante 1). Pour ce qui est d'une mise en œuvre dans la LEtr (variante 4), elle peut reprendre, pour l'essentiel, le règlement d'exécution actuel (cf. ch. 7.8).

7.2 Tâches du tribunal pénal

7.2.1 Pouvoir d'examen

En principe, s'il se conforme à l'expulsion automatique prescrite par la Constitution, le juge pénal n'a pas la compétence d'examiner les obstacles à l'exécution du renvoi relevant du droit international public lors de l'application du projet d'art. 73a, al. 1 et 2, CP (variante 2).¹⁶⁷ Si les conditions liées aux faits constitutifs pénaux sont réunies, le juge doit prononcer l'expulsion.

Font exception les cas où il est établi, à la date où le jugement est rendu, qu'ordonner l'expulsion (obligatoire) équivaldrait manifestement à violer un obstacle à l'exécution du renvoi (en particulier le principe de non refoulement) ou que l'expulsion serait clairement inexécutable. En effet, selon la *théorie de l'évidence* du Tribunal fédéral, les décisions

¹⁶⁷ L'automatisme d'expulsion prévu par la Cst. est toutefois compatible avec l'obligation, imposée au juge, prévue dans les projets des art. 73a, al. 3, et 73b, CP, de procéder à une pesée d'intérêts ou de contrôler la proportionnalité de l'expulsion facultative du pays.

comportant de très graves défauts matériels sont nulles.¹⁶⁸ La théorie de l'évidence correspond à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et n'exige pas d'être prescrite dans une norme. Le pouvoir d'examen limité du tribunal pénal découle suffisamment clairement de la phrase introductive du projet d'art. 73a, al. 1, CP (« Le juge expulse du territoire pour une durée de cinq à quinze ans l'étranger qui [...] »).

Mais le projet d'art. 73c CP impose au juge pénal l'obligation de renoncer à l'expulsion si une telle mesure est contraire à l'ALCP. La nécessité de confier cet examen au tribunal pénal (plutôt qu'à l'autorité d'exécution) découle de l'ALCP (cf. ch. 3.4.4 et 3.4.5).

Une différence importante entre la variante 2 et la variante 3 est que cette dernière confie également au juge pénal le soin d'examiner d'autres obstacles à l'exécution du renvoi relevant du droit international et que, le cas échéant, l'exécution de l'expulsion doit être provisoirement reportée *par le tribunal* (cf. p-art. 67d, al. 2, CP [variante 3]). On peut y voir l'avantage que l'examen d'obstacles à l'exécution du renvoi reste entre les mains du juge, ce qui évite d'avoir à conduire une deuxième procédure, y compris toutes les voies de recours, après la procédure pénale (ce qui est le cas avec la variante 2 ; cf. ch. 7.5). Le revers de la médaille, avec cette solution, est le surcroît de travail non négligeable des tribunaux pénaux, notamment s'agissant d'étrangers condamnés à purger une peine privative de liberté de longue durée. En effet, durant la phase d'exécution, le juge pénal doit une nouvelle fois apprécier les circonstances, qui auront éventuellement changé. En outre, l'examen par le juge pénal de la conformité au droit international, prévu dans la variante 3, entre en contradiction avec l'expulsion automatique prévue dans la Cst. Dans la variante 2 également, cet automatisme n'est mis en œuvre autant que possible que durant la première phase du prononcé de l'expulsion ; mais l'autorité d'exécution procède, durant la deuxième phase, au contrôle au cas par cas requis par le droit international.

7.2.2 Voies de recours de droit pénal

Le jugement pénal, expulsion comprise, est soumis aux voies de recours ordinaires en matière pénale. Sur le plan cantonal, la juridiction d'appel est compétente (cf. art. 21 et 398 ss CPP). Sa décision peut être attaquée par la voie d'un recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral (art. 78 ss LTF). Le principe général de procédure est que la compétence d'examen (cognition), peut être restreinte, mais non étendue pour la procédure de recours, ne peut pas être étendue. De ce fait, la juridiction d'appel cantonale et le Tribunal fédéral disposent, en qualité d'autorités de recours, de la même cognition (restreinte) que le tribunal pénal de première instance (cf. concernant les différences de pouvoir d'examen entre les variantes 2 et 3, ch. 7.2.1).

7.2.3 Procédure de l'ordonnance pénale

Le CPP détermine la compétence pour juger les infractions en fonction de la sanction à infliger dans le cas d'espèce : les contraventions, soit les violations passibles d'une amende, peuvent être poursuivies par les autorités administratives (art. 17 et 357 CPP) ; dans la mesure où la sanction prononcée n'excède pas une peine privative de liberté de six mois (ou une peine pécuniaire équivalente, ou un travail d'intérêt général équivalent), le ministère public est habilité à rendre une ordonnance pénale (art. 352 CPP) ; pour les

¹⁶⁸ Cf. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n° 16, avec des références à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

peines privatives de liberté de deux ans au plus, un juge unique peut être compétent (art. 19 CPP) ; les sanctions plus lourdes doivent obligatoirement être prononcées par un collège de juges. L'art. 352 fixe comme suit les conditions relatives à la procédure de l'ordonnance pénale :

Art. 352 Conditions

¹ Le ministère public rend une ordonnance pénale si, durant la procédure préliminaire, le prévenu a admis les faits ou que ceux-ci sont établis et que, incluant une éventuelle révocation d'un sursis ou d'une libération conditionnelle, il estime suffisante l'une des peines suivantes :

- a. une amende ;
- b. une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus ;
- c. un travail d'intérêt général de 720 heures au plus ;
- d. une peine privative de liberté de six mois au plus.

² Chacune de ces peines peut être ordonnée conjointement à une mesure au sens des art. 66 à 73 CP.

³ Les peines prévues à l'al. 1, let. b à d, peuvent être ordonnées conjointement si la totalité de la peine prononcée n'excède pas une peine privative de liberté de six mois. Une amende peut être infligée en sus.

Ainsi, la procédure de l'ordonnance pénale découle de deux prémisses :

- le cas doit être clair et simple de fait et en droit ; et
- la sanction encourue doit être relativement faible.

Ce n'est qu'à ces conditions qu'il paraît admissible que l'accusé puisse renoncer à un jugement rendu par un tribunal indépendant dans un procès public en acceptant une ordonnance pénale et en renonçant à former un recours. Dans les cas où une expulsion est prononcée, le premier critère peut éventuellement être rempli, mais pas le deuxième.

En cas de peine privative de liberté inférieure à six mois, en particulier, la variante 2 prévoit une pesée des intérêts (p-art. 73a, al. 3, CP), une tâche pour laquelle une procédure écrite et rapide semble mal adaptée. Autrement dit, nombre de ces cas ne sont ni clairs ni simples, tant de fait qu'en droit. Les cas de délinquance itinérante (touristes criminels) peuvent néanmoins constituer l'exception à cette règle.

Par ailleurs, une expulsion pour une durée de cinq ans ou plus ne représente pas une sanction bénigne. Le règlement des compétences du juge unique en atteste : si une peine privative de liberté de plus de deux ans doit être prononcée, le jugement ne saurait être rendu par un seul magistrat, même si le sursis à l'exécution de la peine est accordé (art. 19, al. 2, let. b, CPP). Or ce qui vaut pour le juge unique (qui reste une instance judiciaire indépendante) s'applique a fortiori au ministère public qui rend l'ordonnance pénale.

À cela s'ajoute que la procédure de l'ordonnance pénale comporte certains points faibles sous l'angle de l'État de droit. Ainsi, contrairement à la procédure ordinaire, elle ne permet aucun contrôle de la jurisprudence par le public, faute de caractère public de la procédure. Pendant la phase de la procédure de l'ordonnance pénale, l'accusé n'a pas de droit à être défendu et les ordonnances pénales ne sont prononcées que dans la langue de la procédure, que l'accusé comprenne ou non cette langue. Enfin, la sanction infligée dans

les ordonnances pénales ne doit pas être motivée et l'audition de l'accusé n'est pas requise.

De tout ce qui précède, il résulte que seules des sanctions relativement bénignes doivent pouvoir être prononcées dans la procédure de l'ordonnance pénale. Or tel n'est pas le cas d'une expulsion de longue durée comprise entre 5 et 15, voire 20 ans.¹⁶⁹

La procédure de l'ordonnance pénale intervient de manière très différente dans les diverses variantes de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles.

- Les représentants du comité d'initiative partent du principe que l'expulsion peut être prononcée même dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale, puisque l'accusé a la possibilité d'introduire une procédure judiciaire ordinaire en s'opposant à la procédure de l'ordonnance pénale. Dans ce cas, il faudrait adapter l'art. 352, al. 2, CPP en conséquence.

La majorité des membres du groupe de travail estiment que cette solution est susceptible d'entraîner des retards de procédure.

- En raison des considérations exposées ci-dessus, la variante 2 s'abstient de prévoir que l'expulsion puisse être prononcée dans le cadre d'une procédure d'ordonnance pénale.
- La variante 3 permet expressément de prononcer l'expulsion dans le cadre d'une ordonnance pénale pour les cas où une personne devrait de toute manière quitter la Suisse du fait qu'elle n'a pas le droit d'y résider (p-art. 67c, al. 3, CP). Une modification du CPP n'est pas nécessaire, puisque l'art. 352, al. 2, CP renverrait au projet d'art. 67c CP.

Le représentant de l'OFJ a exprimé des inquiétudes quant à la conformité de cette solution au droit constitutionnel. Compte tenu de la gravité de la sanction encourue (expulsion du territoire et interdiction d'entrée de plusieurs années), il apparaît douteux que les garanties procédurales exigées par la Constitution (art. 29 ss Cst.) soient suffisamment satisfaites. Tout étranger peut en effet invoquer ces garanties, que sa présence en Suisse soit ou non conforme au droit. En outre, le fait que seules les *personnes dépourvues d'un droit de résidence* soient jugées par la procédure de l'ordonnance pénale pourrait être interprété comme une violation de l'interdiction de la discrimination.

- La question de la procédure de l'ordonnance pénale ne concerne pas la variante 4, qui met en œuvre la nouvelle disposition constitutionnelle dans la LEtr.

7.3 Début et durée de l'expulsion ; rapport avec la sanction principale

7.3.1 Introduction

Toute expulsion du territoire national est en principe exécutable dès l'entrée en force du jugement, indépendamment du type de sanction prononcée parallèlement à l'expulsion. En vertu de l'art. 437, al. 2, CPP, l'entrée en force prend effet à la date à laquelle la décision a été rendue.

¹⁶⁹ Selon la variante 3, le juge peut condamner un étranger à une expulsion de 3 à 15 ans dans le cadre de l'expulsion facultative (p-art. 67c, al. 2, CP).

Les anciennes peines accessoires et les « autres mesures » actuelles arrêtent dans certains cas qu'une interdiction déterminée ou une mesure prend effet à l'entrée en force du jugement.¹⁷⁰ De l'avis du groupe de travail, le caractère exécutoire ne requiert toutefois pas d'être mentionnée expressément. Il paraît plus important de réglementer clairement la date à laquelle la durée de l'expulsion commence à courir.

Théoriquement, l'expulsion pourrait dans chaque cas être exécutée immédiatement après le constat de l'entrée en force. Cependant, il ne serait pas pertinent que l'auteur de l'infraction soit expulsé avant même que ne soit exécutée une peine ou une mesure infligée simultanément. En effet, ce ne serait contraire au principe de l'égalité des droits et à l'obligation de punir impartie à l'État. De plus, une telle solution serait contreproductive eu égard à la prévention spécifique et générale. Par conséquent, il faut en principe procéder à l'exécution de la sanction principale prononcée contre la personne condamnée avant d'exécuter l'expulsion. Déjà sous l'ancien régime d'expulsion prévu à l'art. 55 aCP¹⁷¹, on admettait que la peine ou la mesure privative de liberté devait être partiellement ou totalement purgée avant que l'expulsion judiciaire ne soit exécutée.¹⁷² Cette manière de procéder est également prévue dans l'expulsion facultative nouvellement proposées par le Conseil fédéral¹⁷³.

Le projet d'art. 73e CP réglemente, d'une part, la priorité fondamentale donnée à l'exécution des peines et des mesures sur l'expulsion (al. 1) et précise, d'autre part, le moment à partir duquel l'interdiction d'entrée commence à courir (al. 2). En définitive, l'une et l'autre question concernant la date d'exécution de l'expulsion ou de l'interdiction d'entrée. C'est pourquoi la désignation « moment de l'exécution » a été choisie comme titre du projet d'art. 73e CP. Cette disposition de la variante 2 correspond à celle des projets d'art. 67 ss CP de la variante 3.

7.3.2 Priorité des diverses sanctions

L'expulsion doit être ordonnée pour certains crimes ou délits. Les crimes et les délits sont passibles de peines privatives de liberté, de peines pécuniaires et de travaux d'intérêt général. Ces peines peuvent être fermes ou assorties d'un sursis ou d'un sursis partiel. De plus, des mesures privatives de liberté sont possibles en lien avec l'expulsion, c'est-à-dire une mesure thérapeutique stationnaire au sens des art. 59 à 61 CP ou l'internement visé à l'art. 64 CP.

En cas de peine privative de liberté ferme ou de mesure privative de liberté, la durée de l'expulsion court à partir du moment où la personne condamnée est libérée de l'exécution. La durée probatoire en lien avec une libération conditionnelle ne doit pas faire obstacle à l'exécution du renvoi.

¹⁷⁰ Cf. art. 51, ch. 3, art. 54, al. 2, ou art. 56, al. 3 aCP (CP dans la version en vigueur jusqu'au 31.12.2006) ; art. 67a, al. 1, CP.

¹⁷¹ CP dans la version en vigueur jusqu'au 31.12.2007.

¹⁷² KELLER BEATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 55 CP, n° 57.

¹⁷³ Cf. art. 67c, al. 2, AP-CP dans le projet de loi visant la révision du système de sanctions mis en consultation le 30 juin 2010. Ce document peut être consulté à l'adresse Internet suivante : <http://www.bj.admin.ch> (rubriques « Thèmes », « Sécurité », « Législation », « Harmonisation des peines »).

Les peines pécuniaires fermes doivent elles aussi être exécutées avant l'expulsion. L'épuisement de toutes les possibilités d'exécution proposées par le code pénal (art. 35 s. CP) n'est pas toujours compatible avec l'esprit et l'objectif de l'expulsion. Mais si l'autorité d'exécution a de sérieuses raisons de penser que le condamné veut se soustraire à la peine pécuniaire, elle peut en exiger le paiement immédiat ou demander des sûretés (art. 35, al. 2, CP).

Le travail d'intérêt général est un type de peine dont l'objectif est de fournir réparation en faveur de la communauté locale et de préserver le réseau social de la personne condamnée. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, son prononcé ne se justifie donc que si la personne condamnée peut envisager de rester en Suisse après l'exécution de sa peine.¹⁷⁴ Le juge n'infligera donc pas, parallèlement à une expulsion, un travail d'intérêt général comme peine principale, car en l'occurrence, celle-ci semblerait inopportune.

En cas de peine avec sursis, il paraît approprié d'exécuter l'expulsion dès le constat de l'entrée en force du jugement. Le fait que la période probatoire ne puisse dans ce cas pas être surveillée en Suisse ne s'y oppose pas.¹⁷⁵

En vertu de l'art. 43 CP, le juge peut également suspendre partiellement l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de trois ans au plus. Pour ce qui est de la partie de la peine à exécuter, les aspects de l'exécution mentionnés ci-dessus sont valables. En ce qui concerne la partie de la peine dont l'exécution est suspendue, la période probatoire ne peut pas non plus être surveillée en Suisse, ce dont il convient aussi de s'accommoder.

Il reste à noter que la détention déjà subie pendant la procédure est imputée sur la peine privative de liberté, la peine pécuniaire ou le travail d'intérêt général (art. 51 CP). Il peut ainsi arriver que le délinquant étranger condamné ait déjà purgé sa peine ; l'expulsion peut donc être exécutée dès l'entrée en force du jugement.

7.3.3 Garantie d'exécution de l'expulsion et des sanctions précédentes

7.3.3.1 Introduction

L'expulsion est exécutable à l'entrée en force du jugement (cf. ch. 7.3.1). Le jugement ne prend pas effet immédiatement si un recours est possible. Il n'est exécutoire qu'au moment où le délai de recours expire sans avoir été utilisé, où l'intéressé renonce à recourir ou retire son recours, ou encore, si l'instance de recours n'entre pas en matière sur le recours ou le rejette. Si le jugement devient exécutoire, l'entrée en force prend effet à la date à laquelle la décision a été rendue (art. 437, al. 1 et 2, CPP).

Par conséquent, avant d'exécuter l'expulsion ou la peine, il faut attendre l'expiration du délai de recours, qui peut être compris entre 10 et 30 jours. En outre, une phase transitoire peut intervenir avant l'exécution de la peine, par exemple faute de places d'exécution disponibles. On peut donc se demander quelles mesures de sécurité existantes permettraient de garantir l'exécution des peines et des mesures et si des mesures de sécurité correspondantes sont nécessaires pour assurer l'exécution de l'expulsion.

¹⁷⁴ ATF 134 IV 97, consid. 6.3.3.4.

¹⁷⁵ Déjà sous l'ancien droit, on parlait du principe que l'expulsion devait être exécutée sans délai : KELLER BEATRICE, BaKomm, Strafrecht, 2003, art. 55 CP, n° 57.

7.3.3.2 Mesures existantes pour garantir l'exécution de sanctions précédentes

En l'absence d'un sursis, les peines et les mesures privatives de liberté entrées en force sont immédiatement exécutées s'il y a danger de fuite ou mise en péril grave du public (art. 439, al. 3, CPP). En outre, la personne condamnée peut être arrêtée pour que l'ordre d'exécution de la peine soit mené à bien (art. 439, al. 4, CPP). En cas d'urgence, la détention pour des motifs de sûreté peut être prononcée (art. 221 et 440 CPP). Une telle détention vise notamment à garantir l'exécution d'une peine privative de liberté.¹⁷⁶ Elle peut être ordonnée non seulement pour le délai de recours et la période qui le suit, mais dès la réception de l'acte d'accusation par le tribunal de première instance (cf. compétences procédurales : art. 229 ss CPP).

La détention pour des motifs de sûreté peut également intervenir pour garantir l'exécution de peines pécuniaires fermes ou assorties d'un sursis partiel (art. 220 et 440 CPP). En principe, cette remarque s'applique aussi au travail d'intérêt général. Mais dans le cas d'une expulsion, ce type de sanction n'entre pas en ligne de compte, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ch. 7.3.2).

7.3.3.3 Mesures existantes pour garantir l'exécution de l'expulsion

S'il ne s'agit pas de l'exécution d'une peine ou d'une mesure, mais simplement de l'exécution d'une expulsion (par ex. une expulsion liée à une peine avec sursis), l'application par analogie des dispositions du droit sur les étrangers en matière de détention pourrait entrer en ligne de compte : premièrement (comme variante douce), l'*assignation à un lieu de résidence* (art. 74 LETr) ; deuxièmement (si l'assignation à un lieu de résidence a été violée, si une infraction qualifiée a été commise ou, éventuellement, pour les personnes sans titre de séjour en général), la *détention en vue du renvoi ou de l'expulsion* (art. 76 LETr).

L'assignation à un lieu de résidence visée à l'art. 74 LETr permet de contraindre l'intéressé à ne pas quitter le territoire qui lui a été assigné. Cette situation se présente notamment si l'étranger est frappé d'une décision de renvoi ou d'expulsion entrée en force et que des éléments concrets font redouter qu'il ne manque à quitter la Suisse dans le délai prescrit, ou s'il n'a pas respecté le délai qui lui était imparti pour quitter le territoire (let. b), ou si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion a été reportée (let. c). Cette mesure de contrainte pourrait s'appliquer par analogie, en particulier, à des personnes qui ne représentent pas un risque important de perturbation ou de mise en danger de la sécurité et de l'ordre publics.

La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion visée à l'art. 76 LETr sert à garantir l'exécution lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion a été notifiée en première instance. La personne concernée peut être mise en détention si des motifs particuliers se présentent. La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion entre donc en question si la personne concernée a été condamnée pour un crime, si elle représente une menace sérieuse ou un danger considérable pour la vie et l'intégrité corporelle d'autrui ou si la personne concernée a quitté le territoire qui lui a été assigné (art. 76, al. 1, let. b, ch. 1, LETr).

¹⁷⁶ FF 2006 1210; cf. s'agissant de la notion de détention pour des motifs de sûreté : art. 220, al. 2, CPP.

7.3.3.4 Besoin de réglementation

Fondamentalement, les dispositions en vigueur visant à garantir l'exécution des peines et des mesures, respectivement l'expulsion du territoire national, sont suffisantes, pour autant que les mesures relevant du droit sur les étrangers puissent également être appliquées pour assurer l'exécution de l'expulsion judiciaire. À cet égard, il serait indiqué de prévoir une clarification dans la LEtr.

Une autre possibilité consisterait à préciser les dispositions du CPP pour qu'elles prévoient explicitement que la détention pour des motifs de sûreté peut également être ordonnée pour garantir l'expulsion. On pourrait ainsi renoncer à appliquer par analogie des mesures relevant du droit sur les étrangers dans le cas d'une sanction pénale. Le groupe de travail n'a pas exprimé de préférence pour l'une ou l'autre de ces deux solutions.

7.3.4 Début, durée et fin de l'expulsion

7.3.4.1 Début

Théoriquement, dans chaque cas, la durée de l'expulsion pourrait commencer à courir immédiatement après le constat de l'entrée en force. Ce ne serait toutefois pas judicieux compte tenu des sanctions privatives de liberté qui doivent être exécutées avant que la personne condamnée ne soit expulsée. En outre, la personne expulsée peut encore rester un certain temps en Suisse avant d'être expulsée, par exemple pour des raisons familiales ou de santé. D'autres personnes ne peuvent pas être expulsées parce que leur identité ne peut pas être établie ou parce qu'elles ne possèdent pas de pièce d'identité. Enfin, certaines personnes, comme les touristes criminels dont les données personnelles sont établies et qui possèdent des documents valables, peuvent être expulsées en très peu de temps.¹⁷⁷ C'est pourquoi la durée de l'expulsion doit commencer de courir le jour où la personne condamnée quitte la Suisse (p-art. 73e, al. 2, CP).¹⁷⁸ Le groupe de travail n'a pas abordé la question de savoir ce qui se passe si l'exécution est reportée, éventuellement pendant plusieurs années.

7.3.4.2 Durée

La durée de l'expulsion correspond en principe à la période prévue dans le jugement. On peut se demander si un séjour illicite en Suisse de la personne condamnée doit avoir une incidence sur la durée de l'expulsion. Une possibilité serait de ne pas comptabiliser le temps écoulé entre l'entrée illicite et le nouveau départ (c'est-à-dire de reporter la fin de la période d'expulsion de la durée du séjour illicite). Une telle démarche comporterait toutefois des incertitudes et elle serait lourde. En effet, une autorité devrait déterminer la période pertinente et fixer un nouveau terme à l'expulsion. Dans nombre de cas, il serait toutefois difficile de constater la date précise de l'entrée illégale en Suisse. De l'avis du groupe de travail, il faut par conséquent renoncer, dans de tels cas, à la « suspension » de l'expulsion.

Au demeurant, la question se pose de savoir comment calculer la durée si l'auteur entre en Suisse illicitement avant le terme de son expulsion, qu'il y commet de nouvelles infrac-

¹⁷⁷ Cf. le délai de départ et l'exécution immédiate visés à l'art. 64d LEtr.

¹⁷⁸ On trouve déjà le même principe à l'art. 55, al. 3, phrase 2, aCP ; cf. KELLER BEATRICE, Ba-Komm, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 55 CP, n° 56 ss.

tions et qu'il est une nouvelle fois condamné à être expulsé. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral visant l'art. 55 aCP, les expulsions infligées dans plusieurs jugements ne sont pas exécutées cumulativement mais selon le principe d'absorption.¹⁷⁹ En d'autres termes, lors du nouveau jugement, l'expulsion pour une moindre durée se fond dans la plus longue.

Certes, ce principe a été établi par le Tribunal fédéral en s'appuyant sur la réglementation des expulsions selon l'ancien droit. Mais on pourrait aussi imaginer que le législateur prescrive explicitement le cumul des durées de plusieurs expulsions. C'est ainsi que le droit pénal connaît le cumul des peines, parce qu'elles sont dues à la faute de l'auteur et qu'elles revêtent une fonction compensatoire de la faute.¹⁸⁰ S'agissant des mesures, en revanche, il faudrait procéder à une évaluation globale de la situation au moment du jugement ultérieur et prononcer la mesure jugée nécessaire à ce moment-là. On ne procède donc pas au cumul simultané de mesures du même type.¹⁸¹ L'expulsion doit être traitée de la même manière.

7.3.4.3 Fin de l'expulsion

L'expulsion prend fin à l'expiration du délai prononcé. Sous l'ancien droit, l'expulsion, conçue comme une peine accessoire, était soumise à la prescription. Mais pour les mesures (et les autres mesures), aucun délai de prescription ne s'applique : les mesures valent tant que leurs conditions sont remplies. En outre, sous le régime de l'ancien droit, la peine accessoire de l'expulsion pouvait s'achever par une grâce.¹⁸² Une telle grâce n'est pas possible pour les mesures, ni pour les autres mesures (cf. art. 383 CP).

L'expulsion est inscrite au casier judiciaire dans le cadre du jugement. Il apparaît en outre judiciaire que l'autorité d'exécution mentionne dans le casier judiciaire la date à laquelle l'expulsion débute et la date à laquelle elle s'achève. Une récidive pendant la durée de l'expulsion entraîne une expulsion de 20 ans. La durée de l'expulsion peut donc se comparer à une période probatoire, qui figure également au casier judiciaire. De plus, l'expulsion prévue dans les variantes 1 à 3 constitue une mesure, pour laquelle les décisions d'exécution sont généralement inscrites au casier judiciaire.¹⁸³ Pour les autorités de poursuite pénale, qui consultent les informations du casier judiciaire pour mesurer les peines à infliger, il serait utile d'y voir si une nouvelle infraction a été commise pendant la durée de l'expulsion. Une décision formelle n'est pas nécessaire pour mettre fin à l'expulsion.

¹⁷⁹ Cf. KELLER BEATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 55 CP, n° 55, avec référence à l'ATF 117 IV 229.

¹⁸⁰ Cf. art. 4 ss de l'ordonnance du 19 septembre 2006 relative au code pénal et au code pénal militaire (O-CP-CPM) ; RS 311.01).

¹⁸¹ Cf. art. 6, al. 1, O-CP-CPM.

¹⁸² ATF 104 Ib 275, consid. 1a, p. 278.

¹⁸³ Cf. art. 5 ss de l'ordonnance du 29 septembre 2006 sur le casier judiciaire (ordonnance VOSTRA ; RS 331).

7.4 Interruption et annulation de l'expulsion

7.4.1 Conséquences du caractère de mesure de l'expulsion

La conception de l'expulsion en tant que mesure implique qu'elle ne peut pas, en principe, être maintenue au-delà de ce que requiert son objectif.¹⁸⁴ Cependant, l'art. 121, al. 5, Cst. demande que l'expulsion soit assortie d'une interdiction d'entrée d'au moins cinq ans et impose ainsi un délai déterminé durant lequel le principe de la finalité de la mesure ne joue aucun rôle. Cette clause ne permet que partiellement de tenir compte de la nature de l'expulsion comme mesure. Mais il semble toutefois indiqué de permettre une interruption ou une révocation de l'expulsion dans le cadre constitutionnellement admissible.

Les explications qui suivent portent sur les conséquences entraînées par la conception de l'expulsion en tant que mesure ; elles ne concernent pas la variante 1, dans laquelle, de l'avis des représentants du comité d'initiative, l'expulsion constitue une sanction *sui generis*.

7.4.2 Interruption par l'autorité d'exécution

L'interruption de l'expulsion constitue une possibilité provisoire, plutôt conçue pour une courte période, afin de prendre en compte tant les intérêts de l'étranger condamné que les intérêts de la poursuite pénale et de la procédure suisses. Cet objectif, de même que des aspects de praticabilité et d'économie procédurale, incitent clairement à confier la compétence décisionnelle de l'interruption aux autorités d'exécution cantonales. La fixation par le juge de la durée de l'interdiction d'entrée n'est pas affectée par son interruption (pour une courte période).

Des raisons d'ordre humanitaire, familial, voire médical devraient pouvoir justifier que l'on permette l'entrée en Suisse à un étranger frappé d'expulsion. Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourrait par exemple assister en Suisse aux funérailles d'un membre proche de sa famille. D'un autre côté, l'interruption peut aussi survenir dans l'intérêt public. Si, par exemple, les infractions qui ont conduit à l'expulsion sont liées aux activités délictueuses d'un tiers, l'obligation de témoigner peut incomber à la personne expulsée. En un tel cas, il apparaît adéquat de suspendre l'interdiction d'entrée. Comme l'interruption n'est pas nécessairement dans l'intérêt de la personne condamnée, on renoncera à exiger qu'elle en fasse la demande. Ces considérations doivent se refléter dans les formulations choisies dans les projets d'art. 73f, al. 1, et 67g, al. 1, CP.

L'interdiction d'entrée d'au moins cinq ans prévue à l'art. 121, al. 5, Cst. n'empêche pas son interruption avant l'expiration du délai de cinq ans. En effet, l'interruption constitue une mesure d'exécution qui n'affecte en rien la décision (du juge) de prononcer l'interdiction d'entrée et d'en fixer la durée.

Il faut enfin examiner les effets d'une interruption de l'exécution sur la durée totale de l'interdiction d'entrée. Une possibilité serait de prévoir que l'interdiction d'entrée soit *suspendue* pendant l'interruption, autrement dit que le délai en cours soit arrêté pour un certain temps avant de continuer ensuite à courir.¹⁸⁵ Mais une telle démarche serait assez lourde : l'autorité d'exécution devrait fixer un nouveau terme à l'interdiction d'entrée et

¹⁸⁴ STRATENWERTH, § 8, n° 34.

¹⁸⁵ L'art. 75 aCP distinguait, dans le contexte de la prescription en matière d'exécution, l'*interruption* (le délai de prescription reprend à zéro après l'interruption) de la *suspension* (le délai de prescription en cours est temporairement arrêté). Cf. à ce sujet : MÜLLER, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 75 CP, n° 1.

corrigerait donc, ce faisant, la décision du juge. Il faudrait aussi procéder à une modification de l'inscription au casier judiciaire. C'est pourquoi l'interruption ne devrait pas avoir d'effet sur la durée totale de l'interdiction d'entrée ni sur la date de son expiration. L'autorité d'exécution n'ordonnera l'interruption (souvent de quelques jours seulement et commandée par l'intérêt public) que pour la période concrètement nécessaire et tiendra compte, dans le cadre de sa marge d'appréciation, de l'éventuel danger d'abus si elle ordonne d'autres interruptions d'exécution.

7.4.3 Annulation par le juge

Le juge pénal n'est pas habilité à prononcer l'expulsion (donc à retirer le droit de séjour) de personnes au bénéfice de la libre circulation qui se sont rendues coupables d'une infraction, sauf en présence d'une menace actuelle, effective et suffisamment grave à l'ordre public au sens de l'ALCP (cf. p-art. 73c CP et ch. 7.2.1 ci-dessus). Si le juge pénal ne reconnaît pas d'obstacle lié à l'ALCP au moment de prononcer l'expulsion, la nécessité de renouveler la vérification peut intervenir pendant la phase d'exécution en raison des changements survenus depuis lors dans les faits pertinents pour le droit régissant la libre circulation. En effet, il ne paraît pas exclu qu'un motif d'exclusion au sens du projet d'art. 73c CP survienne après que l'auteur d'une infraction a purgé sa peine privative de liberté. En pareil cas, le juge – et non pas l'autorité d'exécution – annule l'expulsion sur demande (cf. p-art. 73f, al. 2, CP).

7.5 Procédure d'exécution

7.5.1 Compétences cantonales dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures

Conformément à l'art. 123, al. 2, Cst., l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit pénal ainsi que l'*exécution des peines et des mesures* sont du ressort des cantons, sauf dispositions contraires de la loi (fédérale). Cette disposition vise en premier lieu à inviter le législateur fédéral à exercer sa compétence législative avec retenue dans les domaines cités.¹⁸⁶ Depuis le 1^{er} janvier 2008, l'art. 123, al. 3, Cst. prévoit certes expressément que la Confédération peut légiférer sur l'exécution des peines et des mesures. Cependant, la Confédération ne fait usage de cette compétence qu'avec beaucoup de retenue. Comme auparavant, le législateur fédéral se contente, dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures, de fixer une législation cadre servant notamment à délimiter les différentes sanctions pénales et à en préciser le fond. De ce point de vue, ces réglementations d'exécution peuvent également être considérées comme relevant du droit pénal matériel.

Par ailleurs, l'art. 372 CP inscrit dans la loi l'obligation générale qui incombe aux cantons d'exécuter les jugements rendus par les tribunaux pénaux en vertu du CP (obligation d'exécuter les peines et les mesures).

Compte tenu de ce « principe de retenue », des règles fédérales supplémentaires en matière d'exécution de l'expulsion du territoire suisse doivent se limiter à l'indispensable. En

¹⁸⁶ BIAGGINI, art. 123, n° 5

cas de mise en œuvre dans le code pénal, il semblerait naturel de se baser autant que possible sur les règlements d'exécution existants au niveau fédéral (CPP) et cantonal. D'une manière générale, les questions de procédure liées à une décision d'exécution (par ex. effet suspensif, délais de recours) sont régies par le droit cantonal. En règle générale, le droit cantonal en matière de procédure administrative est en effet déterminant¹⁸⁷.

7.5.2 Autorité cantonale compétente en matière d'exécution et forme d'intervention requise

Compte tenu du principe de retenue précédemment évoqué, les projets d'art. 73g, al. 1, et 67h, al. 1, CP laissent aux législateurs cantonaux le soin de désigner l'autorité d'exécution compétente. Comme c'était déjà le cas pour l'expulsion judiciaire au sens de l'ancien art. 55 CP, les cantons décident comment et en collaboration avec quels services (autorités compétentes en matière de police, d'étrangers et d'exécution pénale) ils exécutent l'expulsion judiciaire. Toutefois, les normes proposées imposent aux cantons d'exécuter l'expulsion « immédiatement ».

L'expulsion du territoire suisse prononcée par le tribunal pénal peut être qualifiée de *décision matérielle*. L'acte administratif par lequel l'autorité cantonale d'exécution exécute cette mesure règle les modalités d'exécution, notamment la date ainsi que les détails de l'expulsion. Cet acte administratif précise les caractéristiques d'une *décision d'exécution* susceptible de recours et doit aborder, en particulier, les éventuels obstacles à l'exécution du renvoi relevant du droit international (cf. également ch. 7.5.3). En cas de départ volontaire de l'étranger concerné par l'expulsion, l'autorité cantonale d'exécution peut s'abstenir de prononcer une décision d'exécution.

7.5.3 Motifs de report de l'expulsion judiciaire

Les membres du groupe de travail s'accordent à dire que l'expulsion doit en principe être prononcée par le tribunal pénal. En revanche, leurs avis divergent sur la question de savoir si les obstacles à l'exécution du renvoi doivent également être examinés par le tribunal pénal (variante 3 ; cf. ci-dessus, ch. 7.2.1) ou par l'autorité d'exécution (variante 2).

Lorsque de tels obstacles à l'exécution du renvoi sont identifiés, que ce soit d'office ou sur la base d'indications fournies par l'étranger concerné, l'obligation matérielle de quitter la Suisse ordonnée par le tribunal pénal et, partant, le retrait du droit au séjour subsistent. Seule l'exécution forcée (expulsion) est provisoirement suspendue. Sans cette « ouverture » au niveau de la phase d'exécution, l'initiative sur le renvoi aurait dû être déclarée nulle pour cause de violation des règles impératives du droit international public (cf. explications détaillées fournies plus haut, ch. 3.2.2.2).

En droit des étrangers, les obstacles à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion¹⁸⁸ sont régis à l'art. 83, al. 1 à 4, LEtr. Ainsi, l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion peut être

¹⁸⁷ Cf. BRÄGGER BENJAMIN F., BaKomm, Strafprozessordnung, art. 439 CPP, n° 4 ss, 22. Cf. par exemple, pour le canton de Berne, l'art. 81a de la loi du 25 juin 2003 sur l'exécution des peines et mesures (LEPM ; RLB 341.1) : « Les décisions et décisions sur recours de la Direction de la police et des affaires militaires sont susceptibles de recours devant la Cour suprême ». Conformément à l'art. 82 LEPM, la procédure est régie par la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RLB 155.21).

¹⁸⁸ Terminologie employée par BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, remarques liminaires sur les art. 83 à 88 LEtr, n° 1.

impossible, illicite ou encore ne pas être raisonnablement exigible.¹⁸⁹ Les motifs de report mentionnés dans le projet d'art. 73g, al. 2, let. a à c, CP s'inspirent certes dans leurs grandes lignes des obstacles à l'exécution du renvoi visés à l'art. 83, al. 1 à 4, LEtr. Cependant, ils en diffèrent sur les points suivants :

- L'*illicéité* du renvoi visée à l'art. 83, al. 3, LEtr englobe le principe du non-refoulement propre aux droits des réfugiés et aux droits de l'homme. Par souci de clarté, la formulation proposée dans le projet d'art. 73g, al. 2, let. a, CP ne mentionne pas la notion d'illicéité et cite directement le principe du non-refoulement comme motif de report d'exécution.
- L'*impossibilité* du renvoi se réfère à des obstacles techniques au sens large et ne revêt pas, contrairement à l'illicéité, une fonction protectrice pour la personne concernée. L'impossibilité doit donc être fondée sur des motifs externes à sa sphère d'influence. S'agissant de la durée de l'impossibilité, la jurisprudence relative à l'art. 83, al. 2, LEtr estime qu'elle doit être d'au moins un an et se poursuivre selon toute vraisemblance à l'avenir.¹⁹⁰ Principal motif pratique rendant impossible le renvoi : le refus des autorités du pays d'origine de délivrer des documents de voyage. Les art. 121, al. 3 et 5, Cst. permettent un examen par l'autorité d'exécution pénale, ce qui répond également à des impératifs pratiques. La formulation proposée dans le projet d'art. 73g, al. 2, let. b, CP doit refléter la jurisprudence relative à l'art. 83, al. 2, LEtr.
- Selon la liste des exemples cités à l'art. 83, al. 4, LEtr, « l'exécution du renvoi peut *ne pas être raisonnablement exigible* si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale ». Les projets d'art. 73g, al. 2, let. c (variante 2) et 67d, al. 2, let. c, CP (variante 3) reprennent cette liste de manière définitive et non seulement à titre d'exemple. Néanmoins, ils citent également comme motif de report l'inexigibilité du renvoi pour des motifs personnels graves. Au travers de cet ajout, l'autorité d'exécution (variante 2) ou le tribunal (variante 3) sont tenus d'examiner dans chaque cas si des motifs, tels que ceux prévus dans la CEDH, dans le Pacte II de l'ONU et dans la Convention relative aux droits de l'enfant, s'opposent (provisoirement) à l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion. Cet ajout constitue le point de référence normatif pris en compte lors de l'examen de la proportionnalité dans chaque cas d'espèce.

En cas de doute, les autorités peuvent solliciter auprès de l'ODM un rapport officiel sur les motifs de report. Si le report est accordé, l'ODM prononce l'admission provisoire. Par rapport aux étrangers qui disposent d'une autorisation de séjour ou d'établissement, les personnes qui séjournent au titre d'une admission provisoire se retrouvent dans une situation nettement moins favorable, notamment en matière d'activité lucrative, de regroupement familial et de droit au changement de canton (cf. également ch. 7.9.2.6 ; admission provisoire en cas d'obstacles à l'exécution du renvoi).

L'impossibilité d'exécuter le renvoi ou l'expulsion découle des motifs de report cités dans les projets d'art. 73g, al. 2 (variante 2) et 67d, al. 2, CP (variante 3). L'autorité d'exécution (variante 2) ou le tribunal (variante 3) doit régulièrement vérifier si ces motifs sont toujours valables. Cette vérification devrait en principe avoir lieu chaque année et lors de la pro-

¹⁸⁹ Cf. pour un commentaire détaillé ILLES, Kommentar AuG, art. 83 n° 4 ss.

¹⁹⁰ Cf. références à la jurisprudence ILLES, Kommentar AuG, art. 83 n° 10.

longation du titre de séjour des personnes admises à titre provisoire (cf. art. 41, al. 2, LEtr). Il est également envisageable d'entreprendre cette vérification à un autre moment, en fonction de l'obstacle au renvoi ou à l'expulsion. En vertu du projet d'art. 73g, al. 3, CP, l'autorité d'exécution est donc tenue de procéder « périodiquement » à cette vérification et ce, par analogie à la formulation de l'art. 84, al. 1, LEtr.

7.6 Procédure de recours

7.6.1 Exigences constitutionnelles en matière de protection juridique

L'art. 121, al. 3 à 6, Cst. inclut l'idée d'une « expulsion automatique ». La cohérence du droit procédural requiert la mise en place d'une procédure rapide devant l'autorité appelée à statuer et devant l'autorité de recours. À cet égard, les dispositions constitutionnelles suivantes sont déterminantes :

- Une décision d'exécution rendue par l'autorité cantonale d'exécution doit être examinée par une autorité de recours. Une exclusion de la possibilité de faire recours contre cette décision d'exécution, qu'elle soit prévue par le droit fédéral ou cantonal, n'est pas compatible avec l'art. 29a Cst. Le texte de l'art. 29a Cst. indique certes que des exceptions légales au droit à un jugement par une autorité judiciaire sont possibles. Néanmoins, de telles exceptions ne sont envisageables qu'en cas de défaut de justiciabilité de l'acte en question ou lorsque celui-ci revêt un caractère politique prépondérant (« actes de gouvernement »). Les décisions d'exécution dont il est question ici ne possèdent manifestement pas ces caractéristiques.
- Par ailleurs, l'art. 29a Cst. exige que la décision d'exécution soit jugée par au moins une *autorité judiciaire*. Par contre, la Cst. ne prévoit pas de voie de recours devant le Tribunal fédéral¹⁹¹.
- L'étranger peut uniquement contester la mesure de contrainte prononcée à son encontre, c.-à-d. le contenu spécifique de la décision d'exécution. Il n'est plus possible de contester la décision matérielle qui sous-tend la décision d'exécution et, ainsi, de s'opposer à l'expulsion judiciaire. Ces éléments peuvent uniquement être invoqués dans le cadre d'une procédure de recours (de droit pénal).

7.6.2 Le tribunal cantonal supérieur comme dernière instance de recours

La majorité des membres du groupe de travail préconisent *une seule instance de recours* et *ne souhaitent pas attribuer de compétences à des tribunaux fédéraux*. Leur objectif est d'établir un parallélisme avec le système des voies de droit actuel. Par conséquent, la compétence de statuer sur le renvoi d'étrangers en séjour irrégulier ou dont l'autorisation n'est pas prolongée ou est révoquée appartient en principe aux autorités et aux tribunaux cantonaux.

¹⁹¹ Cf. cependant l'art. 78, al. 2, let. b, LTF : selon cette disposition, le Tribunal fédéral connaît également des recours en matière pénale contre des décisions sur l'exécution des peines et de mesures. En vertu de l'art. 113 LTF, le Tribunal fédéral connaît par ailleurs des recours constitutionnels (subsidiaires) contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89 LTF (cf. ch. 7.9.1).

Le représentant de l'OFJ a émis des objections et exposé les principes généraux applicables en matière de législation dans le domaine de l'organisation judiciaire fédérale :

- Lorsque la mise en œuvre du droit fédéral est remise en question, il faudrait faire au moins appel à une autorité judiciaire de recours de la Confédération. Sinon, la Confédération n'aurait quasiment plus aucun moyen d'exercer une influence sur les questions d'exécution, alors même qu'elle assume des responsabilités vis-à-vis, entre autres, de la Cour européenne des droits de l'homme. En cas de mise en œuvre au niveau du CP, il serait logique de prévoir le *Tribunal pénal fédéral*¹⁹² comme autorité de recours (de dernière instance). À supposer qu'il dispose des ressources nécessaires, le Tribunal pénal fédéral serait lui aussi tout à fait en mesure de statuer rapidement.¹⁹³
- Lorsque des questions d'exécution relèvent exclusivement de la compétence des (tribunaux des) cantons, le risque est que le droit ne soit pas appliqué de manière uniforme et ce, d'autant plus que le droit matériel se réfère forcément à des notions juridiques générales.

Les variantes 2 (p-art. 73*h*, al. 1, CP) et 3 (p-art. 67*i*, al. 1, CP) proposent – sur le modèle de l'art. 86, al. 2, LTF – la mise en place d'un tribunal cantonal de première et dernière instance chargé de trancher définitivement. Les cantons seraient alors libres de décider s'ils souhaitent confier le rôle d'autorité de recours à la division de droit pénal ou administratif de leur tribunal cantonal ou supérieur. En revanche, il est pour le moment exclu que le canton prévoie une voie de droit devant une autorité de recours interne à l'administration.¹⁹⁴

7.6.3 Délais de recours et de traitement

Le délai de recours normal est de 30 jours. Compte tenu de la disposition constitutionnelle, il semble approprié et raisonnable pour le requérant de prévoir un *délai de recours* de 10 jours contre les décisions de l'autorité d'exécution (cf. art. 100, al. 2, LTF).

Les *délais légaux de traitement* ne constituent en règle générale pas un instrument fiable pour accélérer les procédures, car ils ne peuvent que rarement être fixés en fonction des cas de figure possibles. De plus, le non-respect de ces délais n'entraîne généralement pas de conséquences juridiques. À titre exceptionnel, un délai de traitement peut être pertinent lorsque la durée de la procédure doit impérativement être limitée en raison d'intérêts supérieurs¹⁹⁵.

¹⁹² Alternative : compétence du Tribunal administratif fédéral au motif que les questions juridiques à évaluer relèvent essentiellement du droit des étrangers et non du droit pénal.

¹⁹³ Cf. également la compétence des tribunaux fédéraux pour l'examen de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion relevant du droit des étrangers : le Tribunal fédéral se prononce en règle générale dans un délai de quelques jours. Cette jurisprudence a contribué de manière significative à la sécurité juridique dans le domaine des conditions de détention et facilite également le travail d'exécution des autorités cantonales.

¹⁹⁴ Cf. art. 80, al. 2, LEPM-BE (RLB 187), en vertu duquel il est possible de former un recours auprès de la Direction de la police et des affaires militaires (avant de s'adresser à la Cour suprême) contre une décision rendue par l'Office de la privation de liberté et des mesures ou par la direction de l'établissement d'exécution.

¹⁹⁵ Art. 226, al. 1, CPP (le tribunal des mesures de contrainte statue dans les 48 heures) ; art. 109, al. 3, LAsi (le Tribunal administratif fédéral statue « sans délai »).

Les cas de figure possibles ainsi que le travail d'investigation des autorités étant très variables, il convient d'éviter de fixer un délai précis au jour près. Les projets d'art. 73g, al. 1 et 67h, al. 1, CP proposent seulement que l'autorité d'exécution soit tenue de rendre une décision « immédiate » (cf. ch. 7.5.2). Toute intervention dans des domaines relevant de la souveraineté cantonale devant être opérée avec retenue, il faut renoncer à édicter des prescriptions à l'attention de l'autorité de recours. L'ensemble des dispositions en matière d'exécution (décision immédiate de l'autorité d'exécution, raccourcissement du délai de recours) montrent néanmoins de manière suffisamment claire que le tribunal de dernière instance doit statuer dans le cadre d'une procédure rapide et, au besoin, prioritaire.

7.6.4 Motifs de recours et autres dispositions procédurales

Le droit fédéral doit préciser qu'une procédure de recours contre une décision d'exécution ne peut être ouverte qu'en cas de violation des motifs de report prévus par les variantes 2 et 3¹⁹⁶. Les recourants peuvent également invoquer des garanties procédurales découlant directement de la Cst. (par ex. droit d'être entendu).

Compte tenu de l'art. 123, al. 2, Cst., de nombreuses autres questions concernant l'organisation de la procédure devant l'autorité judiciaire de recours doivent continuer à relever de la compétence législative des cantons. Il s'agit notamment des points suivants : qualité pour recourir, octroi (ou refus) de l'effet suspensif d'un recours, forme orale ou écrite de la procédure, étendue de l'obligation de motiver la décision rendue, frais de procédure et réglementation de l'assistance judiciaire gratuite, etc. Naturellement, les cantons sont soumis aux prescriptions, parfois relativement étroites, de la Cst. dans le domaine des garanties procédurales (art. 29 ss Cst.).

7.7 Dispositions d'exécution de la variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)

Les représentants du comité d'initiative ont également proposé une norme d'exécution sous la forme du projet d'art. 73^{quater} CP. Cet article, conforme aux propositions des variantes 2 et 3, prévoit que les autorités cantonales doivent garantir l'exécution de l'expulsion et qu'un tribunal cantonal doit statuer en première instance et de manière définitive sur les recours.

En dérogation aux propositions des variantes 2 et 3, les autorités d'exécution (et le tribunal cantonal en tant qu'autorité de recours) peuvent uniquement reconnaître le principe du non-refoulement comme motif de report (p-art. 73^{quater}, al. 2, CP). De plus, le délai de traitement de 30 jours fixé dans le projet d'art. 73^{quater}, al. 4, CP doit obliger les autorités d'exécution et les tribunaux cantonaux à faire preuve de rapidité. Enfin, l'autorité cantonale d'exécution doit, en vertu de l'art. 73^{quater}, al. 3, CP, présumer que l'expulsion vers un pays que le Conseil fédéral a désigné comme sûr, en application de l'art. 6a, al. 2, LAsi, ne contrevient pas au principe de non-refoulement.

Cette disposition devrait entraîner les mêmes conséquences en matière de procédure que la réglementation prévue à l'art. 34, al. 1, LAsi¹⁹⁷ : il n'est pas nécessaire

¹⁹⁶ Cf. p-art. 73h, al. 2 et p-art. 67i, al. 2, CP en relation avec p-art. 73g, al. 2 et p-art. 67d, al. 2, CP.

¹⁹⁷ Cf. à ce sujet ILLES / SCHREPFER / SCHERTENLEIB, p. 134 ss

d'entrer en matière sur une demande d'asile ou un recours, à moins qu'il n'existe des indices concrets remettant en question le bien-fondé de la présomption légale. Dans un tel cas, la demande d'asile ou le recours doit également faire l'objet d'un examen matériel.

Les formulations proposées dans la variante 1 mettent en évidence que l'examen du cas d'espèce, en particulier l'examen de la proportionnalité de l'expulsion, doit également être exclu lors de la phase d'exécution.

7.8 Dispositions d'exécution de la variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers)

7.8.1 Adaptation du droit des étrangers

Le caractère obligatoire du retrait de l'autorisation et de l'interdiction d'entrée est précisé au ch. 6.9.4. Dans la variante 4, les autorités de migration sont compétentes à la fois pour ordonner et pour exécuter ces mesures.

Les étrangers qui séjournent de manière illégale en Suisse ou dont l'autorisation a été révoquée ou n'a pas été prolongée doivent être renvoyés immédiatement de Suisse (art. 64 ss LEtr). Une disposition d'exécution particulière n'est pas nécessaire après la révocation obligatoire d'une autorisation (il en va autrement dans la variante 2 : p-art. 73g, al. 1, CP).

Lorsqu'une personne remplit les conditions requises pour la révocation obligatoire d'une autorisation (p-art. 63a LEtr), l'octroi d'une admission provisoire pour cause d'obstacles à l'exécution du renvoi est soumis à des *exigences plus élevées* (p-art. 83, al. 7^{bis}, LEtr, par analogie avec la variante 2 [p-art. 73g, al. 2, CP]). Cette règle découle de la nouvelle disposition constitutionnelle, selon laquelle les auteurs de certaines infractions doivent se voir retirer tous leurs droits de séjourner en Suisse et être frappés d'une interdiction d'entrée. Des exceptions à ce principe ne doivent être accordées que de manière très restrictive. La variante 2 prévoit quant à elle les mêmes exigences pour l'expulsion obligatoire que pour l'expulsion facultative.

Lorsque les conditions de l'admission provisoire ne sont plus remplies, l'ODM lève cette admission (art. 84, al. 2, LEtr). Il en va de même pour les personnes admises à titre provisoire qui, en raison d'une infraction, ne remplissent qu'ultérieurement les conditions de la révocation obligatoire de l'autorisation selon l'art. 63a LEtr. Demeure réservé, dans ce type de cas également, le projet d'art. 83, al. 7^{bis}, LEtr (cf. également ch. 7.9.2.6 ; admission provisoire en cas d'obstacles à l'exécution du renvoi).

La variante 4 ne prévoit pas de dispositions particulières pour accélérer la procédure de recours (il en va autrement dans la variante 2 : p-art. 73h CP). Il convient d'appliquer les dispositions générales de la LEtr, lesquelles prévoient déjà des mesures d'accélération dans certains cas. Ainsi, un renvoi ordonné en première instance peut être immédiatement exécutoire lorsque la personne concernée constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ou lorsque des éléments concrets font craindre que la personne concernée entende se soustraire à l'exécution du renvoi (art. 64d, al. 2, LEtr). Lorsque les étrangers ont séjourné illégalement en Suisse, le délai de recours est raccourci à cinq jours et la décision de renvoi n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours statue dans les dix jours sur la restitution de l'effet suspensif (art. 64, al. 3, LEtr).

7.8.2 Adaptation du droit d'asile

Lorsque les conditions à la révocation obligatoire d'une autorisation sont remplies (p-art. 63a LEtr) et qu'une procédure d'asile est ouverte, celle-ci doit être définitivement close le plus rapidement possible. D'où la proposition selon laquelle l'ODM et le Tribunal administratif fédéral statuent avec une diligence particulière lorsque le requérant d'asile s'est rendu coupable d'un délit (p-art. 37, al. 4 et 109, al. 5, LAsi). En pratique, tel est déjà le cas aujourd'hui.

Lorsque les conditions à la révocation obligatoire d'une autorisation sont remplies (p-art. 63a LEtr) et que la demande d'asile est rejetée, le renvoi est ordonné comme d'ordinaire (art. 44, al. 2, LAsi). Là encore, les obstacles à l'exécution du renvoi conduisant à l'octroi d'une admission provisoire sont restreints (p-art. 83, al. 7^{bis}, LEtr).

La condamnation de droit pénal visée dans le projet d'art. 63a LEtr représente un nouveau motif d'exclusion de l'asile (p-art. 53, let. c, LAsi). L'asile accordé aux réfugiés reconnus et le droit de séjour visé à l'art. 60 LAsi qui en découle prennent fin en cas de condamnation pénale selon le projet d'art. 63a LEtr (p-art. 64, al. 1, let. e, LAsi). Cette mesure correspond à la nouvelle disposition constitutionnelle selon laquelle les étrangers qui commettent certaines infractions sont privés de tous leurs droits à séjourner en Suisse (art. 123, al. 3, Cst.). L'octroi de l'asile, qui confère un statut particulier aux réfugiés, fait partie de ces droits.

Les réfugiés reconnus auxquels l'asile n'est pas accordé sont admis provisoirement (p-art. 83, al. 8 LEtr). Ils ne peuvent être renvoyés que s'ils compromettent la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ou s'ils ont porté gravement atteinte à l'ordre public. Cette règle découle de l'art. 32, ch. 1, de la Convention relative au statut des réfugiés¹⁹⁸ (cf. également art. 65 LAsi). À noter que le principe de non-refoulement doit là encore systématiquement être respecté (art. 25, al. 3, Cst. et art. 3 CEDH). Lorsque des réfugiés reconnus doivent être renvoyés du fait qu'ils remplissent les conditions d'une révocation obligatoire, un rapport officiel de l'ODM est en règle générale requis.

7.9 Renvois à des modifications d'autres lois fédérales

7.9.1 Incidences sur les lois pénales et les codes de procédure

Les propositions de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles dans le CP conformément aux variantes 1 à 3 entraînent des adaptations du CPP. En fonction de la solution retenue, il sera par exemple nécessaire d'adapter les dispositions relatives aux conditions de la procédure de l'ordonnance pénale (cf. ci-dessus, ch. 7.2.3) ou d'apporter un certain nombre de précisions dans le cas où la détention pour des motifs de sûreté doit expressément servir à garantir l'exécution de l'expulsion (cf. ch. 7.3.3.4).

Les variantes 1 à 3 proposant une mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles dans le CP, elles ne sont dès lors applicables qu'aux personnes qui ont atteint l'âge de 18 ans et dont les actes ne doivent pas être jugés d'après le droit pénal militaire (art. 9 CP). Cependant, les nouvelles dispositions constitutionnelles sont en principe applicables à tous les étrangers, quel que soit leur âge et la loi pénale en vertu de laquelle ils ont été condamnés. Aujourd'hui déjà, il en va de même lorsqu'il s'agit de prononcer des mesures d'éloignement relevant du droit des étrangers en vertu de la LEtr. Par conséquent, il faut

¹⁹⁸ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30).

dra vérifier dans quelle mesure une expulsion obligatoire du territoire suisse doit être prévue pour les jeunes délinquants et les délinquants soumis au droit pénal militaire. Selon les dispositions retenues, il conviendra également d'évaluer les adaptations nécessaires dans les codes de procédure. Les variantes 1 à 3 devront éventuellement être complétées par des adaptations de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (DPMIn)¹⁹⁹, du code pénal militaire (CPM)²⁰⁰, de la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin)²⁰¹ et de la procédure pénale militaire (PPM)²⁰².

Enfin, la mise en œuvre de la voie de recours prévue dans les variantes 1 à 3 nécessite d'adapter la LTF. Il faudrait notamment exclure les recours de droit public et les recours en matière pénale contre des décisions d'exécution. En revanche, le recours constitutionnel subsidiaire visé aux art. 113 ss LTF resterait admissible. Une réduction du délai de recours dans le cadre de telles procédures devrait être expressément réglée, par exemple, par l'ajout d'un nouvel art. 118a LTF.

7.9.2 Incidences sur la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)

7.9.2.1 Relation entre mesures de droit des étrangers et expulsion

L'introduction de la nouvelle expulsion judiciaire proposée dans les variantes 1 à 3 ne change rien à la nécessité de conserver des mesures d'éloignement, notamment la révocation des autorisations (art. 62 et 63 LEtr), le renvoi (art. 64 ss LEtr), l'interdiction d'entrée (art. 67 LEtr), l'expulsion (art. 68 LEtr) et la décision d'exécution du renvoi ou de l'expulsion (art. 69 LEtr).

L'expulsion obligatoire ou facultative proposée ne couvre pas tous les éléments pouvant conduire à une révocation de l'autorisation ou à une interdiction d'entrée. Ainsi, des mesures relevant du droit des étrangers peuvent également être prises en présence d'éléments non visés par le droit pénal, par exemple en cas de dépendance de l'aide sociale (art. 62, let. e et art. 63, al. 1, let. c, LEtr) ou de fausses déclarations durant la procédure d'autorisation (art. 62, let. a, LEtr).

La variante 1 dresse la liste exhaustive des délits du code pénal devant obligatoirement conduire à une expulsion. L'expulsion facultative n'est pas prévue. Les autorités cantonales compétentes en matière d'étrangers doivent pouvoir révoquer une autorisation en cas de délit non compris dans la liste prévue par la variante 1.

Les variantes 2 et 3 prévoient accessoirement une expulsion facultative. Il appartient au juge pénal de décider si une telle mesure de droit pénal doit être prononcée. Les autorités compétentes en matière de migration peuvent décider d'ordonner ou non des mesures relevant du droit des étrangers quelle que soit la décision du juge pénal. L'expulsion facultative et la révocation des autorisations prévue dans la LEtr ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Néanmoins, il convient de coordonner les mesures prises par les différentes autorités. L'expulsion prévue sous l'ancien droit soulevait déjà les mêmes questions²⁰³.

¹⁹⁹ Loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs (RS 311.1).

²⁰⁰ Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0).

²⁰¹ Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs (RS 312.1).

²⁰² Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS 322.1).

²⁰³ Cf. pour plus de détails ZÜND, p. 73 ss.

7.9.2.2 Effets de l'expulsion

Dans les variantes 1 à 3, l'expulsion judiciaire pénale comprend l'extinction des autorisations relevant du droit des étrangers (le cas échéant), le renvoi de Suisse et une interdiction d'entrée.

7.9.2.3 Extinction des autorisations et de l'admission provisoire

Il est nécessaire d'introduire dans la LEtr une disposition permettant l'extinction des autorisations de courte durée, des autorisations de séjour et des autorisations d'établissement lorsqu'une expulsion (obligatoire ou facultative) est prononcée. Ce principe doit également s'appliquer lorsque la personne concernée dispose d'un droit légal à l'octroi de cette autorisation (par ex. apatrides : art. 31 LEtr ; regroupement familial : art. 42 ss LEtr ; en cas d'octroi de l'asile : art. 60 LAsi).

L'admission provisoire doit prendre fin à l'exécution de l'expulsion. Si l'admission devait prendre fin dès l'instant où l'expulsion est *ordonnée*, certains obstacles à l'exécution de la mesure pourraient nécessiter l'octroi immédiat d'une nouvelle admission provisoire.

7.9.2.4 Renvoi

Selon les variantes 1 à 3, les cantons peuvent choisir eux-mêmes l'autorité responsable de l'exécution de l'expulsion (autorité d'exécution pénale ou autorité compétente en matière de migrations).

Dans ce contexte, il convient de tenir compte de la directive de la CE sur le retour (2008/115/CE), que la Suisse est tenue d'appliquer. Les États contractants peuvent néanmoins décider de ne *pas* l'appliquer aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, ou faisant l'objet de procédures d'extradition (art. 2, par. 2, let. b et art. 4, par. 4, let. a, de la directive sur le retour).

Si les cantons décident de confier l'exécution de l'expulsion aux autorités d'exécution pénale, ils peuvent aménager la procédure d'exécution indépendamment de la directive sur le retour. Par contre, s'ils décident de confier cette tâche aux autorités compétentes en matière de migrations, ils doivent appliquer les dispositions de la LEtr relatives à la procédure de renvoi (art. 64 ss LEtr). Ces dispositions correspondent aux exigences de la directive sur le retour.

Le délai de départ doit en règle générale être fixé par l'autorité d'exécution au moment de la mise en liberté. Lorsqu'il s'agit d'une peine assortie d'un sursis ou d'une peine pécuniaire, l'expulsion est immédiatement exécutoire.

7.9.2.5 Interdiction d'entrée

L'art. 121, al. 5, Cst. prévoit en outre que les étrangers sont frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans. Cette interdiction est prononcée par l'autorité compétente. En cas de récidive, l'interdiction d'entrer sur le territoire est fixée à 20 ans.

Les étrangers expulsés ne peuvent plus entrer en Suisse aussi longtemps que la décision reste valable. Il n'est pas nécessaire, dans ces cas de figure, d'assortir la décision d'expulsion d'une interdiction d'entrée au sens du droit des étrangers (art. 67 LEtr).

L'inscription de l'expulsion dans le Système d'information Schengen (SIS) entraîne l'interdiction d'entrer dans tout l'espace Schengen.

7.9.2.6 Admission provisoire en cas d'obstacles à l'exécution du renvoi

En cas d'obstacle à l'exécution du renvoi, conformément aux variantes 1 à 3, l'ODM ordonne l'admission provisoire. L'art. 83 LETr doit être complété en conséquence²⁰⁴. La variante 1 permet uniquement de repousser l'exécution de l'expulsion lorsque celle-ci est contraire aux règles impératives du droit international public. Les variantes 2 et 3 énumèrent les obstacles pouvant s'opposer à l'exécution en tenant également compte du droit international non impératif.

Lorsque les autorités cantonales compétentes décident d'exécuter l'expulsion, elles peuvent, au besoin, solliciter un rapport officiel auprès de l'ODM.

La possibilité de délivrer ultérieurement une autorisation de séjour à des personnes admises à titre provisoire contre lesquelles une expulsion a été prononcée doit être exclue tant que leur expulsion reste valable. Le groupe de travail ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si les personnes admises à titre provisoire frappées d'une expulsion devaient bénéficier du même statut que les autres personnes admises à titre provisoire. Cette question concerne notamment la possibilité du regroupement familial, l'accès au marché du travail et les mesures d'intégration.

7.9.3 Incidences sur la loi sur l'asile (LAsi)

7.9.3.1 Expulsion en cas de procédure d'asile en cours

L'expulsion (variantes 1 à 3) doit également être ordonnée lorsqu'une procédure d'asile est en cours. Les éventuels obstacles à l'exécution doivent être examinés lors de la décision relative à l'exécution.

Il est judicieux d'introduire un principe général de célérité dans la procédure d'asile lorsque le requérant a commis une infraction. Cette mesure correspond à la pratique en vigueur.

L'expulsion du territoire suisse doit être ajoutée aux motifs d'exclusion de l'asile (art. 53 LAsi). Ainsi, les étrangers concernés sont privés des droits liés à l'octroi de l'asile (par ex. octroi d'une autorisation de séjour ou d'une autorisation d'établissement conformément à l'art. 60 LAsi), même lorsqu'ils sont reconnus comme réfugiés.

7.9.3.2 Procédure d'asile ouverte lors de l'exécution de l'expulsion du territoire suisse

Lorsqu'une procédure d'asile est ouverte au moment de l'exécution de l'expulsion du territoire suisse, les autorités cantonales doivent en suspendre l'exécution jusqu'à ce qu'une

²⁰⁴ L'art. 83, al. 7, LETr prévoit que, dans certains cas, l'admission provisoire n'est pas ordonnée. C'est le cas notamment lorsque la personne concernée a été condamnée à une peine privative de liberté de longue durée ou a attenté à la sécurité et à l'ordre publics. Le groupe de travail ne s'est pas exprimé sur la question de savoir s'il faut continuer ou non à appliquer cette réglementation lorsqu'une expulsion est ordonnée automatiquement, conformément à la nouvelle disposition constitutionnelle.

décision d'asile soit entrée en force. Il ne serait pas judicieux que les autorités cantonales d'exécution rendent une décision préjudicielle sur la demande d'asile.

7.9.3.3 Extinction de l'asile

La décision d'expulsion du territoire suisse doit entraîner l'extinction de l'asile accordé aux réfugiés reconnus, de même que du titre de séjour (art. 60 LAsi) qui en découle. – Les réfugiés reconnus auxquels l'asile n'est pas accordé sont admis provisoirement.

7.9.3.4 Expulsion de réfugiés reconnus

Conformément à l'art. 65 LAsi, les réfugiés reconnus ne peuvent être expulsés que s'ils compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ou s'ils ont porté gravement atteinte à l'ordre public. Selon le message du Conseil fédéral du 31 août 1977 concernant la LAsi, cette « expulsion » selon la LAsi se confond avec l'expulsion judiciaire. Le principe de l'art. 65 LAsi découle de l'art. 32, ch. 1, de la Convention relative au statut des réfugiés. Il convient de noter que le principe de non-refoulement, qui confère une protection élevée, doit toujours être respecté dans le cadre de la décision d'exécution.

L'expulsion du territoire suisse est prononcée indépendamment de l'art. 65 LAsi et doit conduire à l'extinction de l'asile. Lorsque l'expulsion est prononcée à l'encontre d'un réfugié reconnu, les autorités d'exécution doivent en règle générale solliciter un rapport officiel auprès de l'ODM.

7.9.4 Dispositions finales

Le droit pénal est régi par le *principe de la non-rétroactivité* : l'art. 2, al. 1, CP, interdit l'application de la loi à des faits commis avant son entrée en vigueur²⁰⁵. La seule exception admise concerne les cas où la loi subit des changements entre le moment des faits et le jugement. Selon l'art. 2, al. 2, CP, on recourt alors au principe du droit le plus favorable (*lex mitior*) : le nouveau droit s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur lorsqu'il est plus favorable que le droit en vigueur au moment des faits.

Le principe de la non-rétroactivité s'applique en principe aussi en cas de révision partielle de la loi, par exemple en cas d'introduction d'une nouvelle expulsion dans le CP. Cependant, il ne s'applique pas aux règles de compétence et de procédure. Selon les variantes 2 et 3, la nouvelle expulsion du territoire suisse constitue une « autre mesure ». La doctrine n'est pas unanime sur la question de l'applicabilité du principe du droit le plus favorable (art. 2, al. 2, CP) à des mesures²⁰⁶. Cependant, cet aspect ne devrait pas être déterminant en l'espèce puisque la nouvelle expulsion obligatoire du territoire suisse représente un durcissement par rapport au droit en vigueur.

Dans le cadre de la révision de la partie générale du code pénal, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, le législateur fédéral a, contrairement aux principes cités ci-dessus, décidé de prévoir l'application rétroactive des nouvelles dispositions relatives aux mesures

²⁰⁵ POPP PETER / LEVANTE PATRIZIA, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2007, art. 2, CP, n° 1.

²⁰⁶ POPP PETER / LEVANTE PATRIZIA, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2007, art. 2 CP, n° 12.

(art. 59 à 65 CP).²⁰⁷ En revanche, les autres mesures (art. 66 ss CP) étaient soumises au principe de la non-rétroactivité visé à l'art. 2 CP.

Le principe de la non-rétroactivité pose également la question de la date déterminante. Deux possibilités sont envisageables : la date de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du CP concernant l'expulsion ou la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles (28 novembre 2010). Dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 123b Cst. sur l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants impubères, le principe de la non-rétroactivité se base sur la date d'entrée en vigueur de la nouvelle disposition constitutionnelle²⁰⁸.

Les questions évoquées ici doivent être réglées sous forme de dispositions finales dans le cadre de la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi.

²⁰⁷ Cf. ch. 2 des dispositions finales des modifications du 13 décembre 2002.

²⁰⁸ Rapport explicatif relatif à la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire concernant la mise en œuvre de l'article 123b de la Constitution fédérale sur l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantile, Office fédéral de la justice, Berne, mai 2010; disponible sous <http://www.bj.admin.ch> (rubriques « Thèmes », « Criminalité », « Législation », « Imprescriptibilité »).

7.10 Indications statistiques

7.10.1 Relevés de l'Office fédéral de la statistique²⁰⁹ concernant les différentes variantes

7.10.1.1 Variante 1

Personnes condamnées 2009	Total	Nationalité						
		Suisse	Étrangers					
			Total	Statut de séjour ²¹⁰				
				Population résidente (permis B/C)	Domaine de l'asile (permis N/F)	Séjour temporaire (permis G/L)	Sans permis de séjour	Statut inconnu
	N	N	N	N	N	N	N	N
Total	24 192	7 784	16 408	4 452	2 469	297	8 013	1 177
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	-	-	3 183	1 631	6	255	873	418

7.10.1.2 Variante 2 (et 4)

Personnes condamnées 2009	Total	Nationalité						
		Suisse	Étrangers					
			Total	Statut de séjour ²¹⁰				
				Population résidente (permis B/C)	Domaine de l'asile (permis N/F)	Séjour temporaire (permis G/L)	Sans permis de séjour	Statut inconnu
	N	N	N	N	N	N	N	N
Total	10 041	4 163	5 878	2 316	911	106	1 895	650
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	1 532	-	1 532	854	1	100	330	247
Condamnation à une peine ²¹² de 180 jours ou plus (délinquants primaires) ²¹³	4 078	1 409	2 669	971	249	38	1 067	344
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	612	-	612	308	0	36	166	102
Condamnation à des peines ²¹² d'une durée cumulée de 180 jours ou plus sur les dix dernières années (seulement récidivistes) ²¹⁴	1 376	653	723	334	87	4	234	64
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	174	-	174	132	0	3	19	20

²⁰⁹ Peuvent être consultés à l'adresse <http://www.bfs.admin.ch> (rubrique « 19 Criminalité, droit pénal », « Thèmes transversaux », « Étrangers et droit pénal », « Données, indicateurs »).

²¹⁰ Concernant le statut de séjour (permis B, C, N, F, G et L), cf. ch. 3.2.1. Sans permis de séjour : séjour non soumis à autorisation (jusqu'à 3 mois, sans exercice d'une activité lucrative ; les ressortissants de pays non membres de l'UE/AELE sont généralement soumis à l'obligation du visa) ou séjour illégal.

²¹¹ États membres de l'UE et Norvège et Islande.

²¹² La durée de la peine est la somme de la durée de la privation de liberté, des peines pécuniaires et du travail d'intérêt général.

²¹³ p-art. 73a, al. 2, let. a, CP ; p-art. 63a, al. 2, let. a, LEtr.

²¹⁴ p-art. 73a, al. 2, let. b, CP ; p-art. 63a, al. 2, let. b, LEtr.

Condamnation à une peine ²¹² de moins de 180 jours (seulement délinquants primaires) ²¹⁵	4587	2101	2486	1011	575	64	594	242
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	746	-	746	414	1	61	145	125

7.10.1.3 Variante 3

2009 Personnes condamnées	Total	Nationalité						
		Suisses	Étrangers					
			Total	Statut de séjour ¹				
				Population résidente (permis B/C)	Domaine de l'asile (permis N/F)	Séjour temporaire (permis G/L)	Sans permis de séjour	Statut inconnu
				N	N	N	N	N
Peines ²¹² d'une durée cumulée de plus de 180 jours	5373	2037	3336	1316	329	47	1259	385
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	766	-	766	430	0	44	174	118
Condamnation à une peine ²¹² de plus de 180 jours (délinquants primaires) ²¹⁶	3898	1324	2574	951	242	41	1021	319
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	583	-	583	292	0	39	154	98
Condamnation à des peines ²¹² d'une durée cumulée de plus de 180 jours ²¹⁵ sur les dix dernières années (seulement récidivistes)	1475	713	762	365	87	6	238	66
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	183	-	183	138	0	5	20	20

7.10.2 Remarques générales

Les chiffres des tableaux qui précèdent n'incluent que les personnes condamnées pour l'une des infractions comprises dans les différentes listes. Les motifs qui pourraient s'opposer à l'expulsion dans un cas concret ne sont pas pris en considération. Les chiffres ne correspondent donc pas au nombre de personnes qui seraient effectivement expulsées.

Si, pour chaque variante, les infractions sont considérées indépendamment de la nationalité des auteurs, on arrive à une proportion d'environ deux tiers d'étrangers.

Parmi les étrangers condamnés, et quelle que soit la variante, seul un tiers environ possède un titre de séjour de longue durée (autorisation de séjour ou d'établissement). Les deux tiers restants n'ont pas d'autorisation, sont dans une procédure d'asile ou sont admis en Suisse à titre provisoire. Seule une petite partie d'entre eux sont titulaires d'une autorisation frontalière ou d'une autorisation de courte durée.

Selon le droit en vigueur, les étrangers ne possédant pas d'autorisation (c'est-à-dire en situation irrégulière : entrée illégale sur le territoire, autorisation échue, visa périmé, de-

²¹⁵ p-art. 73a, al. 3, CP.

²¹⁶ P- art. 67c, al. 1, CP.

mande d'asile rejetée et délai imparti pour le départ échu) sont tenus de quitter la Suisse, qu'ils fassent ou non l'objet d'une condamnation pénale (renvoi selon la LEtr).

Ne sont pas inclus dans les statistiques les cas d'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale (art. 121, al. 3, let. b, Cst.). La norme pénale correspondante n'existe pas encore et doit être créée, dans le code pénal, à la faveur de la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles (cf. p-art. 151^{bis} CP dans les différentes variantes en annexe).

7.10.3 Remarques concernant les différentes variantes

7.10.3.1 Variante 1

En 2009, la variante 1 aurait concerné 16 408 étrangers. Parmi ceux-ci, 3183 sont des citoyens de l'UE (environ 20 %) qui bénéficient à ce titre de la libre circulation. Il faut souligner que la libre circulation s'applique non seulement aux ressortissants d'un pays de l'UE, mais aussi aux membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité, par exemple l'époux palestinien d'une ressortissante espagnole. Il n'existe pas de statistiques à ce sujet.

Parmi les 16 408 étrangers condamnés en 2009, 4452 étaient titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement, 10 779 provenaient du domaine de l'asile, n'avaient pas d'autorisation ou étaient frontaliers ou titulaires d'une autorisation de courte durée. Le statut légal des 1177 personnes restantes n'a pas été relevé.

Selon la variante 1, la révocation ou la non-prolongation d'une autorisation relevant du droit des étrangers devrait donc être ordonnée pour quelque 4500 personnes. Pour environ 2500 personnes, la demande d'asile ou la levée de l'admission provisoire devrait être examinée à titre préjudiciel. Dans les quelque 9500 cas restants, on peut partir du principe que les personnes concernées n'ont pas le droit de se trouver en Suisse et qu'elles doivent donc quitter le territoire national, qu'elles se soient ou non rendues coupables d'une infraction.

La variante 1 concernerait beaucoup plus de personnes que les variantes 2 et 3, notamment parce qu'elle ne se fonde que sur l'infraction commise, alors que les variantes 2 et 3 tiennent compte non seulement du type d'infraction, mais aussi de sa gravité (peine minimale de six mois ou supérieure à six mois ; cf. ch. 6.7 et ch. 7.10.3.2).

7.10.3.2 Variantes 2 et 3

Les variantes 2 et 3 ne se distinguent guère l'une de l'autre sous l'angle du nombre de personnes qui seraient concernées. La principale différence est que la variante 2 couvre également les personnes condamnées à une peine de moins de 180 jours (et pour lesquelles l'expulsion est facultative). Des différences existent aussi s'agissant des peines minimales (variante 2 : 180 jours ou plus ; variante 3 : plus de 180 jours).

Les récidivistes condamnés, pendant une période de dix ans, à plusieurs peines dont la durée cumulée atteint 180 jours ou plus, ou dépasse 180 jours, sont moins nombreux qu'on aurait pu le croire. Pour l'année de référence 2009, ils n'auraient été que 723 personnes avec la variante 2 ou 762 personnes avec la variante 3.

Les chiffres des variantes 2 et 3 étant très similaires, seule la variante 2 est commentée de manière plus détaillée dans les paragraphes qui suivent. En 2009, l'expulsion *obligatoire* aurait concerné au total 3392 personnes avec la variante 2, dont environ 23 % de

ressortissants d'un État de l'UE (à ce sujet cf. les explications données au ch. 7.10.3.1) : 2269 délinquants primaires (condamnés à une peine d'au moins 180 jours) et 723 récidivistes (condamnés sur une période de dix ans à plusieurs peines dont la durée cumulée atteint au moins 180 jours).

Parmi les 3392 personnes qui auraient été touchées par la réglementation sur l'expulsion obligatoire, 1305 étaient titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement, 1679 provenaient du domaine de l'asile, n'avaient pas d'autorisation ou étaient frontalières ou titulaires d'une autorisation de courte durée. Le statut légal des 408 personnes restantes n'a pas été relevé.

Selon ces variantes, l'expulsion obligatoire concernerait annuellement environ 1305 personnes titulaires d'une autorisation de séjour. Pour 336 personnes, la demande d'asile ou la levée de l'admission provisoire devrait être examinée à titre préjudiciel. Dans les 1751 cas restants, on peut partir du principe que les personnes concernées n'ont pas le droit de se trouver en Suisse et qu'elles doivent donc quitter le territoire national, qu'elles se soient ou non rendues coupables d'une infraction.

Pour la variante 2, il faut également tenir compte de l'expulsion *facultative* des personnes condamnées à des peines inférieures à 180 jours, soit 2486 personnes en 2009. Ces dernières peuvent être expulsées si les intérêts publics à l'expulsion l'emportent nettement sur l'intérêt de l'étranger à demeurer en Suisse. L'expulsion facultative devrait concerner avant tout les personnes se livrant à la délinquance itinérante (tourisme de la criminalité) et ne disposant pas d'un droit de séjour (environ 1800 personnes). Il est en revanche impossible d'estimer combien de personnes seraient réellement expulsées du pays sur la base du projet d'art. 73a, al. 3, CP.

7.10.3.3 Variante 4

Dans son contenu, la variante 4 correspond à la variante 2, de sorte que le même nombre de cas seraient concernés. S'agissant des mesures d'éloignement facultatives, la variante 4, contrairement aux variantes 2 et 3, n'impose en revanche aucune restriction aux autorités compétentes en matière d'étrangers pour ce qui est de la gravité de l'infraction dans un cas particulier (art. 62, 63, 67 et 68 LEtr).

7.10.4 Chiffres comparatifs

Durant la campagne précédant la votation, l'Office fédéral de la statistique avait déjà mené des investigations sur le nombre de personnes qui devraient être expulsées sur la base de l'*initiative sur le renvoi*. Les chiffres suivants avaient été publiés²¹⁷ :

- 2007 : 4072 personnes condamnées auraient été obligatoirement expulsées (dont 1852 personnes sans titre de séjour).

²¹⁷ Les infractions suivantes avaient été prises en compte : art. 111 à 113, 140, 182, 189, 190 CP, art. 139 CP en conjonction avec l'art. 144 ou 186 CP, art. 19 LStup ; sans les cas d'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale. À consulter à l'adresse <http://www.bfs.admin.ch> (rubrique « 19 Criminalité, droit pénal », « Thèmes transversaux », « Étrangers et droit pénal », « Données, indicateurs »).

- 2008 : 4200 personnes condamnées auraient été obligatoirement expulsées (dont 1894 personnes sans titre de séjour).

Concernant le *contre-projet direct du Conseil national et du Conseil des États*, les chiffres suivants avaient été publiés²¹⁸ :

- 2007 : 2169 personnes condamnées auraient été obligatoirement expulsées (dont 1045 personnes sans titre de séjour).
- 2008 : 2128 personnes condamnées auraient été obligatoirement expulsées (dont 1049 personnes sans titre de séjour).

La variante 1 toucherait quatre fois plus de personnes que selon le chiffre donné avant la votation pour l'estimation des effets de l'initiative. Avec les variantes 2, 3 et 4, on serait un peu en dessous des chiffres donnés avant la votation pour l'estimation des effets de l'initiative (au total 80 % ; s'agissant des personnes titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement : 90 %). Les effets de la variante 2 dépassent les estimations faites avant la votation si l'on inclut l'expulsion facultative pour des infractions figurant dans la liste. Il faut encore relever qu'avec les variantes 2 à 4, on dépasse largement (d'env. 60 %) les chiffres des estimations données avant la votation concernant les effets du contre-projet.

7.10.5 Peines de moins de six mois

Les variantes 2 à 4 fondent l'expulsion obligatoire non seulement sur la condamnation pour une infraction déterminée, mais aussi sur la peine concrète infligée par le juge. Elles respectent ainsi, dans une certaine mesure, le principe de proportionnalité.

En règle générale, l'expulsion suppose une peine minimale de six mois de privation de liberté ou une peine pécuniaire de 180 jours-amende (ou, pour la variante 3, plus de six mois de privation de liberté ou plus de 180 jours-amendes). Comme la plus grande partie des infractions valent à leurs auteurs des peines de moins de six mois, on pourrait penser que les variantes 2 à 4 ne concerneraient qu'une partie marginale des délinquants. Cette supposition est cependant inexacte.

En 2009, 84 % de l'ensemble des peines prononcées pour des crimes et des délits du CP étaient inférieures à six mois (ou n'excédaient pas six mois)²¹⁹. Les listes d'infractions des variantes 2 à 4 couvrent cependant en grande partie des infractions graves (en particulier des infractions passibles d'une peine minimale d'un an ou plus), pour lesquelles une peine de moins de six mois est pratiquement exclue ou n'est possible que s'il y a des circonstances atténuantes. Pour nombre de ces infractions, la part des peines prononcées inférieures à six mois est donc beaucoup plus faible que les 84 % mentionnés au début de ce paragraphe. De manière générale, plus la peine encourue pour une infraction don-

²¹⁸ Les infractions suivantes avaient été prises en compte : art. 111 à 113, 118, al. 2, art. 122, 140, ch. 2, 3 et 4, art. 146 (peines privatives de liberté d'au moins 18 mois), 156, ch. 2, 3 et 4, art. 189, al. 3, art. 190, 221, 223, 224, 227, ch. 1, art. 228, ch. 1, art. 240, al. 1, CP, art. 19, ch. 2, LStup. À consulter à l'adresse <http://www.bfs.admin.ch> (rubrique « 19 Criminalité, droit pénal », « Thèmes transversaux », « Étrangers et droit pénal », « Données, indicateurs »).

²¹⁹ En 2009, 28 635 peines ont été prononcées pour des crimes et délits du code pénal (5012 peines privatives de liberté, 21531 peines pécuniaires et 2092 condamnations à un travail d'intérêt général), dont 24 248 d'une durée inférieure à six mois (ou n'excédant pas six mois).

née est basse, plus le pourcentage de peines n'excédant pas six mois est élevé²²⁰. On peut l'illustrer à l'aide des exemples suivants :

Peines inférieures à six mois pour des crimes graves commis par des étrangers (la première colonne indique le nombre total de condamnations, la seconde le pourcentage des peines inférieures à six mois) :

– meurtre (art. 111 CP) :	43	0 %
– assassinat (art. 112 CP) :	5	0 %
– lésions corporelles graves :	66	10 %
– brigandage simple (art. 140, ch. 1, CP) :	221	12 %
– brigandage avec une arme (art. 140, ch. 2, CP) :	18	5 %
– brigandage en bande (art. 140, ch. 3, CP) :	28	0 %
– brigandage avec mise en danger de mort de la victime (art. 140, ch. 4, CP) :	8	0 %

Peines inférieures à six mois pour des crimes de moindre gravité (passibles d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire) commis par des étrangers (la première colonne indique le nombre total de condamnations, la seconde le pourcentage des peines inférieures à six mois) :

– interruption de grossesse avec le consentement de la femme (art. 118, al. 1, CP) :	2	50 %
– mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) :	61	29 %
– agression (art. 134 CP) :	149	75 %
– extorsion et chantage simples (art. 156, ch. 1, CP) :	34	52 %
– effraction (art. 186 en lien avec art. 139 CP) :	1525	60 %
– actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP) :	77	67 %

Peines inférieures à six mois pour des délits commis par des étrangers (la première colonne indique le nombre total de condamnations, la seconde le pourcentage des peines inférieures à six mois) :

– lésions corporelles simples (art. 123, ch. 1, CP) :	882	92 %
– lésions corporelles simples avec usage d'un objet dangereux, etc. (art. 123, ch. 2, CP) :	391	80 %
– rixe (art. 133, al. 1, CP) :	253	93 %
– effraction (art. 186 en lien avec art. 144 CP) :	1289	55 %

²²⁰ Il faut ici tenir compte du fait que davantage de personnes sont condamnées pour des infractions passibles d'une peine légère. Cela signifie que 10 % des jugements pour un crime grave représentent, en chiffres absolus, moins de condamnations que 10 % des jugements pour un délit.

8. Conformité au droit international des listes d'infractions et des propositions de réglementation de l'exécution

Les exigences découlant des accords internationaux pertinents en matière de protection des droits de l'homme, ainsi que de l'Accord sur la libre circulation des personnes, ont été exposées dans les chiffres 3.4.2 à 3.4.5. Le chiffre 3.5 traite des conséquences d'une application contraire au droit international.

8.1 Variante 1

Si l'on se réfère à la CEDH, un projet fondé uniquement sur l'infraction commise ne répond pas aux exigences de l'art. 8 de la convention. En ce sens, la variante 1 est contraire, dans sa conception même, aux exigences de la convention. Cela est d'autant plus vrai que la variante 1 exclut l'examen de la proportionnalité même lors de la phase d'exécution (p-art. 73^{quater}, al. 1 et 2, CP). Il en va de même de la compatibilité de la variante 1 avec l'art. 17 du Pacte II de l'ONU, qui exige également un examen de la proportionnalité dans chaque cas concret. En ce qui concerne les garanties procédurales, l'application de l'art. 1 du 7^e protocole additionnel à la CEDH et de l'art. 13 du Pacte II de l'ONU entraînera également une violation de ces dispositions, car l'automatisme de l'expulsion empêcherait la personne concernée de faire valoir, dans le cadre de la procédure, toutes les raisons qui militent contre son expulsion. Si des enfants sont touchés par l'expulsion, l'automatisme prévu dans la variante 1 est aussi contraire à la Convention relative aux droits de l'enfant, laquelle exige qu'une grande importance soit accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'une décision d'expulsion est prise.

Pour ce qui est de l'ALCP, le problème se pose déjà avec le retrait de l'autorisation de séjour et l'expulsion prononcés au moment du jugement. En effet, l'ALCP exclut en principe la possibilité de prononcer une sanction pénale sous la forme d'un retrait d'une autorisation de séjour ou de l'expulsion du territoire, sauf si au moment du jugement et de son exécution, une menace réelle à la sécurité et à l'ordre publics est constatée.

La notion de règles impératives du droit international est une notion autonome du droit interne (cf. art. 139, al. 3, Cst.)²²¹. Elle englobe le droit international impératif (jus cogens), ainsi que certaines garanties inscrites dans le droit international et auxquelles il est impossible de déroger, même en état de nécessité (cf. ch. 2.3.1). La définition légale selon le projet d'art. 73^{quinquies} CP est dès lors problématique, d'une part, parce qu'elle circonscrit trop étroitement la notion de droit international impératif et, d'autre part, parce qu'elle ne prend pas en compte la totalité du jus cogens.

Les représentants du comité d'initiative sont d'avis que la variante 1 est compatible avec le libellé de la CEDH et de l'ALCP. Leur objectif est d'adapter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui se serait beaucoup éloignée du texte des dispositions de la convention. S'agissant de l'ALCP, il n'existe pas de juridiction qui pourrait casser un jugement suisse. Les divergences éventuelles devraient, toujours selon les représentants du comité d'initiative, être résolues au sein du comité mixte, conformément à la procédure prévue par l'ALCP.

²²¹ Cf. Rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne (note 32), ch. 2.4.1.

8.2 Variante 2

La variante 2 introduit un critère supplémentaire en tenant compte de la gravité de la sanction prononcée. Mais là aussi, d'autres critères – équivalents – que la Cour européenne des droits de l'homme inclut dans sa pesée des intérêts, sont laissés de côté. À cela s'ajoute que les peines minimales prévues sont trop légères au vu de la jurisprudence de la Cour. Le cas *Boultif contre la Suisse* concernait ainsi un adulte condamné pour brigandage à une peine privative de liberté de deux ans. Dans le cas *Emre contre la Suisse*, il s'agissait de plusieurs infractions ayant valu à leur auteur, un jeune adulte, des peines privatives de liberté d'une durée cumulée de 18,5 mois²²². La variante 2 est donc elle aussi problématique, considérée à la lumière de l'art. 8 CEDH. Contrairement à la variante 1, elle permet cependant de procéder, au stade de l'exécution, à la pesée de tous les intérêts en jeu, telle que la prescrivent les conventions internationales (p-art. 73g, al. 2, CP), pour autant que la notion de « motifs personnels graves » (p-art. 73g, al. 2, let. c, CP) soit interprétée de manière à inclure la situation familiale (enfants, partenaire), la situation sociale (absence de réseau de relations dans l'État d'origine) et la situation culturelle (absence de liens avec l'État d'origine) de la personne concernée. Il en va de même de la compatibilité de la variante 2 avec l'art. 17 du Pacte II de l'ONU, qui exige également un examen de la proportionnalité. Comme les raisons qui s'opposent à une expulsion ne peuvent être mises en avant qu'au stade de l'exécution, la variante 2 devrait toutefois aussi poser des problèmes par rapport à l'art. 1 du 7^e protocole additionnel à la CEDH et par rapport à l'art. 13 du Pacte II de l'ONU. En revanche, la variante 2 est compatible avec la Convention relative aux droits de l'enfant, pour autant que l'interprétation des motifs personnels graves au sens du projet d'art. 73g, al. 2, let. c, CP tienne suffisamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La variante 2 tient compte, en revanche, des exigences spécifiques de l'ALCP. Il convient ici de signaler qu'en matière de droits de l'homme, la Cour de justice de l'UE tient compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

8.3 Variantes 3 et 4

Les remarques concernant la variante 2 valent également pour la variante 3 (p-art. 67d, al. 2, CP) et pour la variante 4 (art. 83, al. 7^{bis} LETr).

²²² Cf. les indications de la note 73 ; dans les deux cas, la Cour, compte tenu de toutes les circonstances, a qualifié l'expulsion de disproportionnée.

9. Appréciation globale

9.1 Appréciation de la situation initiale sur le plan du droit constitutionnel et du droit international

1. La discussion concernant la compatibilité des nouvelles dispositions constitutionnelles avec le droit international et avec le reste du droit constitutionnel a été ouverte avant même la votation sur l'initiative sur le renvoi. Cette discussion repose sur deux éléments qu'il convient de rappeler ici. Premièrement, une initiative populaire ne peut être déclarée nulle que si elle contrevient à des *règles impératives du droit international* (art. 139, al. 3, Cst.). En revanche, les initiatives approuvées en votation populaire qui contreviennent à d'autres *dispositions du droit international* sont admises (exécutables) et doivent être mises en œuvre. La doctrine et la pratique ont permis de développer, à cette fin, différents outils (interprétation conforme au droit international, renégociation ou, le cas échéant, dénonciation de l'accord international). Deuxièmement, le droit constitutionnel existant ne peut en principe pas être opposé à une initiative populaire, dont la fonction est précisément de compléter, de modifier ou d'abroger le droit constitutionnel en vigueur. Une telle limite ne serait envisageable que si, comme c'est le cas en Allemagne par exemple, une distinction est faite entre les dispositions constitutionnelles centrales, de rang supérieur, et les normes constitutionnelles ordinaires. De telles considérations sont cependant étrangères à la pratique suisse, qui postule que toutes les dispositions constitutionnelles sont d'un rang équivalent, ce qui n'a toutefois jamais empêché les auteurs de doctrine de réfléchir à l'existence de limites *matérielles* à la révision de la Constitution.
2. Les difficultés que pose la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels (art. 121, al. 3 à 6, Cst.) sont une conséquence de cette situation juridique. Au cours des deux dernières décennies, le législateur a dû apprendre à travailler avec des textes d'initiatives et des dispositions constitutionnelles nouvelles en contradiction ou difficilement compatibles avec le droit international et le droit constitutionnel existant. Les autorités fédérales se sont toujours efforcées de proposer une mise en œuvre de ces dispositions qui soit conforme au droit international. Dans les cas problématiques, les discussions ont la plupart du temps porté sur la question de savoir quelles étaient exactement les prescriptions des nouvelles dispositions constitutionnelles, quel rapport elles entretenaient avec les autres normes et valeurs de la Constitution et comment elles pouvaient s'intégrer dans l'ordre juridique global (droit international compris). La mise en œuvre de la volonté du constituant dépend ici dans une large mesure de l'interprétation à laquelle procède le législateur lorsqu'il s'attelle à l'élaboration de la législation d'exécution.
3. Toute règle de droit doit faire l'objet d'une interprétation. C'est tout particulièrement le cas pour la Constitution et ses dispositions, qui restent souvent relativement abstraites, sont formulées de manière ouverte et doivent en général être complétées par le législateur. Les nouvelles dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels doivent, elles aussi, être interprétées, précisées et complétées (cf. en particulier l'art. 121, al. 4, Cst.). Pour effectuer ce travail, le législateur doit d'abord se fonder sur le libellé de la nouvelle norme. Mais les règles de droit doivent aussi être interprétées dans le contexte de l'ordre juridique et du domaine réglementé, voire d'un acte législatif déterminé. Le droit constitutionnel se fonde ici sur le principe de la

« concordance pratique » (aussi appelée interprétation intégrale, intégrante ou harmonisante), dont l'objectif est de considérer la Constitution dans un contexte global, de l'interpréter comme formant une unité de sens, d'éviter dans toute la mesure du possible les contradictions et de construire un ordre juridique fondamental qui, dans sa spécificité, soit rationnel, convaincant sur le plan de la logique et fiable.

4. Compte tenu des règles d'interprétation reconnues par la doctrine et la pratique, le législateur fédéral a donc la compétence et l'obligation d'interpréter et de mettre en œuvre les nouvelles dispositions de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. de manière à respecter les valeurs fondamentales et les choix de la Constitution fédérale en vigueur, ainsi que les principes constitutionnels pertinents de l'activité de l'État régi par le droit (principe de proportionnalité et respect du droit international ; cf. art. 5 Cst.)²²³. Sur ce point, les membres du groupe de travail sont fondamentalement d'accord. Les avis sont en revanche diamétralement opposés s'agissant de savoir si le constituant et le législateur peuvent s'écarter du principe général de la proportionnalité de l'activité de l'État – et si oui jusqu'à quel point – et comment gérer d'éventuelles contradictions avec le droit international non impératif. Les différentes variantes de mise en œuvre au niveau de la loi des nouvelles dispositions constitutionnelles sont le reflet de ces divergences d'opinion.
5. Le principe de la proportionnalité de l'activité de l'État régi par le droit est un frein à l'exercice du pouvoir que l'on retrouve en filigrane dans l'ensemble de l'ordre constitutionnel et juridique, dans le but de protéger le citoyen contre des atteintes excessives de l'État. Il a été développé par la doctrine et la pratique d'abord en relation avec les conditions posées pour la restriction des droits fondamentaux (cf. art. 36 Cst.) et sa validité couvre aussi bien le travail législatif que l'application du droit. Le principe de proportionnalité présuppose une pesée des intérêts entre le but visé, d'intérêt public, et l'atteinte concrète qui résultera de la mesure prise par l'État. Cette dernière doit être adéquate et nécessaire pour atteindre le but visé, elle doit aussi se trouver dans un rapport raisonnable avec la restriction de liberté qu'elle induit.
6. Les représentants du comité d'initiative sont d'avis que le constituant lui-même a procédé à cette pesée d'intérêts en concrétisant le principe général de la proportionnalité de l'art. 5, al. 2, Cst. dans l'art. 121, al. 3, Cst., plus précisément en sélectionnant un choix d'infractions (focalisées sur le phénomène dit de la criminalité des étrangers) et en retenant comme critère la simple condamnation (indépendamment de la peine infligée). Ils estiment que la norme constitutionnelle est suffisamment claire sur ce point, qu'en tant que norme plus récente (et plus spécifique), elle l'emporte sur le principe général et qu'elle ne laisse aucune marge de manœuvre ouverte concernant une peine minimale dépendant du degré de responsabilité de l'auteur comme condition à son renvoi, ou concernant une prise en compte de l'admissibilité, de la possibilité ou du caractère raisonnablement exigible de l'exécution du renvoi dans un cas concret (sauf pour le principe de non-refoulement, impératif en droit international). Ces éléments forment la base de la proposition présentée par les représentants du comité d'initiative (variante 1). De l'avis de la majorité des membres du groupe de travail, cette argumentation est contraire à des principes reconnus, développés par la doctrine et la pratique, régissant l'État de droit. Ces membres ne pouvaient dès lors pas se rallier à l'opinion des représentants du comité d'initiative. C'est la raison pour

223

Plus de détails sur cette question chez HANGARTNER, p. 473 ss et , ch. 2.2.

laquelle le groupe de travail a élaboré différentes propositions (variantes 2 à 4) qui, selon la majorité de ses membres, permettent de mieux tenir compte du principe constitutionnel de proportionnalité, du respect des droits fondamentaux et de la cohérence de l'ordre juridique.

7. Une situation semblable s'est présentée concernant la validité et le respect du droit international non impératif (droit des obligations conventionnelles, droit coutumier, principes juridiques reconnus), ainsi que la manière de gérer d'éventuelles violations de ce droit. Le Conseil fédéral et le Parlement ont considéré que cette initiative, sur plusieurs points, était contraire au droit international et ont identifié des contradictions notamment avec la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), le Pacte II de l'ONU, la Convention relative aux droits de l'enfant et l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). Le peuple et les cantons ont cependant accepté l'initiative, l'érigeant ainsi au rang de droit constitutionnel. Le groupe de travail s'est dès lors longuement interrogé sur la manière de résoudre le conflit entre la nouvelle norme constitutionnelle et le droit international. Dans la doctrine comme dans la pratique, on considère que l'art. 5, al. 4, Cst., qui postule la primauté du droit international, ne peut être compris que comme un principe, et non comme une norme de conflit. La règle veut que l'harmonie entre le droit national et le droit international soit établie par la voie de l'interprétation (principe de l'interprétation conforme au droit international). En pratique, l'Assemblée fédérale s'efforce donc de concrétiser les initiatives populaires « de manière conforme au droit international, tout en tenant compte au mieux de la volonté de leurs auteurs »²²⁴.
8. Tant qu'une norme de droit interne (disposition constitutionnelle ou législative) peut être interprétée de manière conforme au droit international, il n'y a pas de conflit. Lorsqu'une telle interprétation n'est plus possible, des règles de conflit sont nécessaires. La doctrine et la pratique ont discuté et exploré à cette fin différentes possibilités, mais sans que ces efforts ne débouchent sur une pratique consolidée des autorités²²⁵. Le Conseil fédéral n'en a pas moins souligné à plusieurs reprises que le législateur est tenu de mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles (même si elles dérogent au droit international) « entièrement et fidèlement »²²⁶. Lorsqu'une mise en œuvre conforme au droit international est impossible, les accords qui s'y opposent doivent – pour autant que cela soit possible – être renégociés ou dénoncés.
9. Les représentants du comité d'initiative estiment que la proposition qu'ils ont présentée de mise en œuvre dans le code pénal (variante 1) est contraire non pas à la lettre des traités internationaux conclus par la Suisse, mais tout au plus à la pratique d'application développée par les tribunaux et organes de contrôle correspondants (Cour européenne des droits de l'homme, CJUE, Comité des droits de l'homme, etc.). Ils considèrent en particulier que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a développé la portée des obligations internationales d'une manière qui n'était pas prévisible au moment de l'approbation de la CEDH. Cette jurisprudence

²²⁴ Rapport du Conseil fédéral du 5.3.2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2117.

²²⁵ Cf. rapport du Conseil fédéral (note 224), p. 2109 ss.

²²⁶ Cf. rapport du Conseil fédéral (note 224), p. 2111.

serait dès lors dépourvue de toute légitimité démocratique comparable à celle des nouvelles dispositions constitutionnelles. Les représentants du comité d'initiative estiment donc que la Suisse devrait s'accommoder, le cas échéant, d'une condamnation et travailler de manière ciblée en vue d'une modification de la jurisprudence de la Cour. Une dénonciation des traités (par exemple de la CEDH ou de l'ALCP) ne serait, pour les raisons mentionnées, pas nécessaire ; en revanche, une renégociation serait sans doute requise.

10. La majorité du groupe de travail ne peut se rallier à cette opinion, parce qu'elle est incompatible avec la pratique usuelle de la Suisse et en contradiction avec des principes reconnus du droit international. Selon cette pratique, le juge suisse doit en effet faire sienne l'interprétation que donnent de la disposition applicable d'une convention internationale les organes suprêmes de la convention en question²²⁷. L'interprétation conforme au droit international trouve cependant ses limites lorsqu'une contradiction insurmontable apparaît entre le droit suisse et le droit international. Si l'on voulait, dans pareils cas, appliquer par analogie la jurisprudence « Schubert », développée pour résoudre les conflits entre *droit international* et *lois fédérales*, alors que le conflit est ici entre *droit international* et *droit constitutionnel*, c'est le droit international, comprenant les traités internationaux, le droit coutumier international et les principes généraux de droit, qui l'emporterait, qu'il soit plus récent ou plus ancien²²⁸. Il faut néanmoins exclure le cas où l'Assemblée fédérale, ou le peuple et les cantons, se sont en pleine connaissance de cause accommodés d'une dérogation au droit international. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette réserve concernant le cas d'une violation délibérée du droit international ne peut être invoquée lorsque la règle internationale à laquelle il est dérogé tend à la protection des droits de l'homme²²⁹. On retrouve une argumentation semblable chez HANGARTNER²³⁰, qui considère que les auteurs d'une initiative dérogeant de manière importante à un principe de base du droit constitutionnel et à des obligations correspondantes de droit international (par exemple au principe de proportionnalité et la nécessité qui en découle d'examiner chaque cas individuellement) devraient inclure une réserve explicite dans le texte de leur initiative.
11. Sur la base de ces considérations, la majorité du groupe de travail a tenu à élaborer des propositions de mise en œuvre compatibles avec le droit international et les traités existants (variantes 2 à 4). Ce faisant, le groupe de travail avait conscience du fait qu'une mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles conforme au droit international pouvait éventuellement entraîner une certaine restriction des buts poursuivis par l'initiative. Il s'agissait dès lors de trouver la voie étroite permettant de concilier les prescriptions de ces nouvelles dispositions du droit constitutionnel, d'une part, et les obligations du droit international et les principes constitutionnels reconnus, de l'autre. Le point de départ était le texte constitutionnel, à interpréter selon les règles de l'art, et les contraintes et marges de manœuvre qui en découlaient. Suivant le principe de proportionnalité dont le respect s'impose dans la rédaction comme dans l'application du droit, au niveau constitutionnel comme au niveau international, et

²²⁷ ATF 122 II 464 consid. 3b.

²²⁸ Cf. rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne (note 32), ch. 5.2.

²²⁹ ATF 125 II 417 consid. 4c et 4d.

²³⁰ HANGARTNER, p. 473 ss.

compte tenu de la nécessité de l'examen des cas particuliers, ces variantes prévoient comme condition à l'expulsion non seulement une condamnation, mais aussi une peine minimale. Le texte constitutionnel ne laisse pas de marge de décision concernant les conséquences juridiques d'une telle « condamnation » (perte du titre de séjour et de tous les droits à séjourner en Suisse, expulsion, interdiction d'entrer sur le territoire). En ce sens, il y a bien un « automatisme de l'expulsion ». En revanche, la formulation des dispositions constitutionnelles permet de tenir compte, durant la phase de l'exécution (c'est-à-dire après que l'intéressé a purgé la peine que lui a infligée le juge), des obstacles à l'exécution de l'expulsion, qu'ils relèvent du droit constitutionnel ou du droit international. C'est ce que font les variantes 2 à 4, en intégrant des dispositions relatives à l'exclusion et au report de l'expulsion du territoire suisse.

9.2 9.2 Quatre variantes : différences et effets

12. Les différentes conceptions sur la manière d'intégrer les nouvelles dispositions constitutionnelles dans l'ordre juridique existant et sur la portée de certains principes de droit constitutionnel et prescriptions du droit international ne sont bien évidemment pas restées sans conséquences sur les propositions attendues du groupe de travail pour « concrétiser dans la loi les nouvelles dispositions constitutionnelles », et sur les effets juridiques de ces propositions. Les variantes 1 à 4 se distinguent non seulement par l'ampleur et la densité des listes d'infractions (type et gravité de l'infraction, clause générale, etc.), mais aussi par les conditions exigées pour ordonner l'expulsion du territoire (peine minimale, motifs d'exclusion selon l'ALCP). Des différences claires existent enfin concernant la phase d'exécution, dont les modalités particulières des variantes 2 à 4 tiennent à la prise en compte d'éventuels obstacles posés par le droit constitutionnel ou le droit international. Les points suivants mettent encore une fois en évidence les principales caractéristiques des quatre variantes.
13. Les *listes d'infractions* des quatre variantes se ressemblent en ce qu'elles incluent toutes l'ensemble des infractions explicitement mentionnées dans les nouvelles dispositions constitutionnelles. Elles se distinguent les unes des autres principalement par la manière dont elles concrétisent les prescriptions des nouvelles dispositions constitutionnelles concernant les délits sexuels graves et les actes de violence devant entraîner l'expulsion obligatoire de leur auteur. Elles se distinguent aussi par l'étendue des autres infractions qui les complètent.
 - La *liste d'infractions* de la variante 1 met l'accent sur les délits sexuels et les actes de violence. Ces infractions sont considérées comme graves en raison de la nature même de la violation du bien juridique. La gravité de ces infractions mesurée à l'aune de la peine dont elles sont passibles selon le code pénal est en revanche considérée comme secondaire. La liste comprend ainsi des crimes très graves, comme l'assassinat, mais aussi des délits plus anodins, les lésions corporelles simples par exemple, qui ne sont poursuivies que sur plainte en l'absence de circonstances aggravantes. On peut cependant aussi considérer que, dans ces domaines, les délits de moindre gravité sont des éléments constitutifs qui complètent, au sens de l'art. 121, al. 4, Cst., les infractions mentionnées dans la norme constitutionnelle. Une certaine incohérence est inhérente à cette liste d'infractions, du fait que les crimes les plus graves entraînent les mêmes conséquences radicales

que les délits beaucoup plus anodins. Cette incohérence trouve cependant son fondement dans la norme constitutionnelle elle-même.

- Les listes d'infractions des variantes 2 et 4 sont identiques. Elles ne contiennent, au chapitre des délits sexuels et des actes de violence, que des infractions considérées comme des *crimes graves*. La gravité abstraite des infractions est mesurée en fonction des éléments constitutifs de base des infractions de viol et de brigandage mentionnées à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. Contrairement aux variantes 1 et 3, les variantes 2 et 4 contiennent une *clause générale* qui couvre de nombreuses autres infractions du CP et du droit pénal accessoire dont la gravité, comparable à celle du brigandage et du viol, peut justifier une expulsion obligatoire. Les variantes 2 et 4 comportent ainsi une liste d'infractions fournie, qui ne met pas l'accent sur une catégorie précise de délits. Ces variantes essaient plutôt d'établir une logique et un équilibre internes et de tenir compte du principe de proportionnalité en se fondant sur la gravité abstraite de l'infraction.
- La liste d'infractions de la variante 3 place la barre un peu plus bas, concernant la gravité des infractions, que les variantes 2 et 4. Au chapitre des délits sexuels et des actes de violence, elle inclut, outre le viol et le brigandage, les infractions de certains titres du CP qui sont considérées comme des *crimes*. La liste se concentre sur les infractions contre des personnes. Elle ne contient pas de clause générale et ne couvre donc pas autant d'infractions que la liste de la variante 2. Elle constitue une solution pragmatique, plutôt mesurée, à mi-chemin entre les variantes 1 et 2 (ou 4) ; elle met l'accent sur la lutte contre la criminalité des étrangers, qui est l'objectif exprimé par la norme constitutionnelle.

14. Mis à part la question des listes d'infractions, les quatre variantes se distinguent également par d'autres conditions posées pour l'expulsion obligatoire.

- Selon la variante 1, il suffit, pour une expulsion obligatoire, qu'un étranger soit condamné pour l'une des infractions mentionnées dans la liste. La peine infligée par le juge dans un cas concret ne joue aucun rôle, même si cette peine est atténuée parce que l'auteur se trouvait en situation de légitime défense ou si le juge exempte l'auteur de toute peine parce que la nécessité d'une sanction fait défaut. En prévoyant une expulsion obligatoire même pour des cas de peu de gravité, la variante 1, de l'avis de la majorité du groupe de travail, conduirait l'État à prendre des mesures disproportionnées.
- Les variantes 2 à 4 tiennent compte du principe de proportionnalité en prévoyant qu'une expulsion n'est en principe obligatoire que lorsque l'étranger a été condamné à une peine d'au moins six mois (de plus de six mois dans la variante 3). Cette peine minimale ne doit pas avoir une valeur absolue lorsque l'auteur est un récidiviste. L'étranger condamné à de multiples reprises pour des infractions figurant dans la liste à des peines plus légères mais qui, cumulées sur une période de dix ans, atteignent ou dépassent la limite de six mois, doit aussi être obligatoirement expulsé du territoire national.

La variante 2 prévoit aussi, notamment pour viser les personnes se livrant à la délinquance itinérante, qu'un étranger peut être expulsé même s'il n'est condamné qu'une seule fois à une peine inférieure à six mois, pour une infraction figurant dans la liste, lorsque les intérêts publics à l'expulsion l'emportent nettement sur l'intérêt de l'auteur à demeurer en Suisse. La variante 2 couvre ainsi en principe tous les auteurs d'infractions mentionnées dans la liste – comme le fait la variante 1 – et relativise de la sorte l'exigence d'une peine minimale. Mais contraire-

ment à la variante 1, elle offre une solution progressive, qui tient compte du principe de proportionnalité. La variante 3 ne comporte pas cette possibilité de relativiser l'exigence d'une peine minimale dans le cas de l'expulsion obligatoire.

15. Concernant la *compétence des autorités*, la compétence d'examiner les *obstacles à l'exécution* et la *procédure* applicable, les différences entre les quatre variantes sont les suivantes :

- Variante 1 : La compétence d'ordonner l'expulsion et de fixer la durée de l'interdiction d'entrée revient au juge pénal ou, dans une procédure d'ordonnance pénale, au ministère public. Les autorités pénales n'examinent pas l'existence d'obstacles à l'exécution et ordonnent donc l'expulsion « automatiquement », lorsque l'infraction est réalisée.

L'expulsion est exécutée immédiatement par « l'autorité cantonale compétente ». Lorsque l'étranger concerné fait valoir que son expulsion viole le principe de non-refoulement, l'autorité d'exécution, si elle accepte l'objection, suspend temporairement l'expulsion. L'examen d'autres obstacles à l'exécution n'est pas possible ; la variante 1 n'offre aucune marge de manœuvre pour l'interruption de l'exécution ou pour une annulation ultérieure de l'expulsion. Même dans le cas où l'expulsion est (temporairement) inexécutable pour des raisons purement pratiques, du fait que l'intéressé n'a pas de documents de voyage ou que les autorités de l'État vers lequel il doit être renvoyé refusent de coopérer, la variante 1 ne prévoit pas de motif de report de l'expulsion. Elle ne précise pas non plus quel serait le statut des étrangers concernés par ce cas de figure.

La personne étrangère dont l'expulsion a été ordonnée peut interjeter un recours contre la décision de l'autorité d'exécution devant le tribunal cantonal. Le pouvoir d'examen de ce dernier, qui a trente jours pour trancher définitivement, est également limité à la question du principe de non-refoulement.

La variante 1 met en œuvre intégralement l'automatisme de l'expulsion prévu dans les dispositions constitutionnelles, mais, selon la majorité du groupe de travail, elle est en contradiction avec les normes non impératives du droit international (CEDH, ALCP, Pacte II de l'ONU, Convention relative aux droits de l'enfant) et ne laisse aucune place à l'examen individuel de chaque cas tel que l'exige le principe de proportionnalité. La procédure de l'ordonnance pénale prévue pour certains cas semble à plusieurs égards inadéquate et problématique sur le plan du droit constitutionnel, compte tenu de la gravité de l'atteinte que constitue une expulsion.

- Variante 2 : La compétence d'ordonner l'expulsion et de fixer la durée concrète de l'interdiction d'entrée revient exclusivement au juge pénal. La procédure de l'ordonnance pénale ne s'applique pas. Lorsque l'une des infractions prévues est réalisée, l'expulsion est en principe ordonnée automatiquement et le titre de séjour de l'intéressé est retiré. Le juge ne renonce à ordonner l'expulsion et le retrait du titre de séjour que lorsque des motifs liés à la libre circulation des personnes s'y opposent.

L'autorité cantonale d'exécution exécute l'expulsion automatiquement ou après l'exécution d'une peine (ferme) infligée à la personne condamnée. L'autorité d'exécution examine ce faisant d'office si des motifs liés au droit international, découlant notamment de la CEDH, du Pacte II de l'ONU ou de la Convention relative aux droits de l'enfant, s'opposent à l'expulsion. Le cas échéant, elle reporte l'exécution de l'expulsion.

Les décisions d'exécution peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal can-

tonal de dernière instance. Le Tribunal fédéral ne peut ensuite intervenir que dans le cadre d'une procédure de recours constitutionnel subsidiaire.

La variante 2 laisse, pendant la phase d'exécution, la possibilité d'examiner l'existence d'obstacles à l'expulsion posés par le droit international (examen individuel de chaque cas, incluant un examen de la proportionnalité) et s'accommode ainsi d'un certain conflit avec la volonté du constituant. La variante 2 postule que le juge pénal, contrairement à l'autorité d'exécution, n'est en mesure de procéder à cet examen, en principe étranger à sa fonction, que s'il est manifeste que des obstacles s'opposent à l'expulsion.

- Variante 3 : L'autorité pénale – le juge pénal et, pour les personnes sans autorisation de séjour, le ministère public, dans le cadre d'une procédure d'ordonnance pénale – ordonne l'expulsion de l'étranger qui a commis une infraction figurant dans la liste et qui est condamné à une peine d'une durée (totale) de plus de six mois. Les personnes condamnées pour la première fois à une peine de six mois ou moins pour l'une des *infractions de la liste* ne peuvent cependant pas être expulsées du pays par les autorités pénales. Dans un tel cas, les autorités compétentes en matière de migrations doivent arrêter, au terme d'une procédure distincte, des mesures relevant du droit des étrangers. En revanche, pour un auteur qui se rend coupable d'une infraction *qui n'est pas* mentionnée dans la liste de la variante 3, une autorité pénale devra dans tous les cas à nouveau se prononcer sur l'expulsion, même si la peine infligée est inférieure à six mois.

Lorsque des droits liés à la libre circulation des personnes s'y opposent, les autorités pénales renoncent à ordonner l'expulsion. En outre, le juge pénal examine s'il existe des obstacles de droit international, découlant notamment de la CEDH, du Pacte II de l'ONU ou de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui s'opposent à l'expulsion.

L'autorité cantonale d'exécution exécute l'expulsion automatiquement ou après l'exécution d'une peine (ferme) infligée à la personne condamnée. Les autorités d'exécution n'ont pas de compétences décisionnelles s'agissant des obstacles de droit international qui s'opposent à l'expulsion. Si les circonstances ont changé depuis le moment de la condamnation pénale – par exemple suite à une longue peine privative de liberté –, le juge pénal décide, sur demande de l'autorité d'exécution ou de l'étranger concerné, si le report éventuel de l'exécution doit être maintenu ou si de nouveaux obstacles s'opposent à l'exécution.

Les décisions d'exécution du juge peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal cantonal de dernière instance. Le Tribunal fédéral ne peut ensuite intervenir que dans le cadre d'une procédure de recours constitutionnel subsidiaire.

La variante 3 donne au juge pénal (respectivement au ministère public dans la procédure d'ordonnance pénale) la compétence d'ordonner l'expulsion et d'examiner l'existence d'éventuels obstacles à l'exécution. Elle ne fait pas de distinction entre la phase durant laquelle l'étranger est condamné et l'expulsion ordonnée, et la phase d'exécution. Une phase particulière d'exécution n'intervient que si les circonstances ont sensiblement changé entre le moment où l'expulsion a été ordonnée et le moment où elle doit être exécutée. À la demande de la personne concernée ou de l'autorité d'exécution, le juge pénal ou le ministère public devrait néanmoins, dans un tel cas, se prononcer à nouveau, ce qui pourrait entraîner des retards dans la procédure. À l'inverse, la variante 2 prévoit que l'examen d'éventuels obstacles à l'exécution relève dans tous les cas de la compétence de l'autorité d'exécution (qui peut, si elle le souhaite, demander un rapport

officiel à l'ODM). Il s'ensuit que des retards dans les procédures ne sont pas non plus exclus avec la variante 2.

- La variante 4 se fonde sur l'organisation actuelle des autorités et sur les compétences qui sont les leurs. Elle prévoit donc qu'il revient aux autorités chargées des migrations d'ordonner et d'exécuter la « révocation obligatoire d'une autorisation » et « l'interdiction d'entrée obligatoire ». La variante 4 est calquée sur la variante 2 pour ce qui est de la possibilité de tenir compte des obstacles à l'exécution posés par le droit international et de procéder à un examen individuel de chaque cas.

La mise en œuvre dans la LEtr permettrait de réunir dans la législation sur les étrangers tous les éléments constitutifs ouvrant la voie à une expulsion ou un renvoi. Du point de vue constitutionnel, deux arguments plaident également pour cette solution : l'emplacement des nouvelles dispositions constitutionnelles (qui font suite à l'art. 121, al. 1 et 2, Cst.) et la terminologie du droit des étrangers utilisée dans les dispositions de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. Si l'examen d'éventuels obstacles à l'exécution est également confié au juge, le dossier reste dans les mains des autorités pénales (même si de nouveaux obstacles sont invoqués ultérieurement). C'est la raison pour laquelle inscrire l'expulsion dans le code pénal semble particulièrement logique lorsque la personne concernée a été condamnée à une peine pécuniaire ou à une peine privative de liberté avec sursis et qu'elle peut quitter la Suisse immédiatement. Il serait également logique d'intégrer l'expulsion obligatoire prescrite par les nouvelles dispositions constitutionnelles dans le code pénal si le Conseil fédéral devait relancer l'idée de réintroduire l'expulsion facultative, comme il l'avait proposé dans un projet envoyé en consultation. S'agissant des avantages et des inconvénients respectifs d'une mise en œuvre dans le code pénal ou dans la loi sur les étrangers, cf. ch. 5.2.

16. L'augmentation des expulsions qu'amènera la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi – quelle que soit la variante choisie –, ainsi que la nouvelle infraction d'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales, entraîneront pour les autorités des cantons, principalement, mais aussi de la Confédération (notamment pour l'ODM) des charges supplémentaires, avec les conséquences que cela suppose en matière de finances et de personnel. S'il n'est évidemment pas encore possible, au stade actuel, de dire précisément quelles seront ces conséquences, on peut toutefois faire quelques remarques concernant les différentes variantes :
 - Dans la variante 1, c'est le juge pénal qui a la compétence d'ordonner l'expulsion ; l'autorité cantonale, quant à elle, est compétente dans la phase d'exécution. Le pouvoir d'examen de cette dernière est certes limité au respect du principe de non-refoulement (et à la possibilité pratique d'exécuter le renvoi), mais les indications statistiques montrent qu'avec la variante 1, les expulsions seraient environ cinq fois plus nombreuses qu'avec les autres variantes, de sorte que les autorités cantonales d'exécution devraient adapter leurs ressources financières et personnelles pour faire face à la tâche.
 - Dans la variante 2, ce sont aussi les juges pénaux qui ordonnent l'expulsion. Les procédures pénales engagées contre des personnes de nationalité étrangère deviendront plus lourdes, d'abord en raison de l'application des nouvelles normes pénales relatives à l'expulsion obligatoire ou facultative, mais aussi parce que les projets d'art. 73c et 73f, al. 2, CP exigent du juge pénal qu'il se prononce, pour les étrangers concernés par la libre circulation des personnes, sur la conformité de l'expulsion avec les dispositions des accords pertinents en la matière (ce qui ne re-

lève pas de son domaine habituel puisqu'il s'agit de la législation sur les étrangers). Les instances de recours (tribunal cantonal de dernière instance et Tribunal fédéral) devraient aussi voir leur charge de travail augmenter. La variante 2 excluant la possibilité d'une procédure d'ordonnance pénale, les ministères publics ne devraient en revanche pas être touchés. Dans la phase d'exécution, la compétence revient aux offices cantonaux chargés des migrations ou aux autorités cantonales de justice ou d'exécution des peines. Ce sont avant tout ces autorités, ainsi que les tribunaux cantonaux de dernière instance, qui devraient voir leur charge de travail augmenter considérablement, puisque ce sont eux qui devront procéder à l'examen des motifs de report, ce qui est une tâche compliquée pour ce qui est des faits comme sous l'angle du droit.

- Les explications données pour la variante 2 concernant la charge de travail supplémentaire des tribunaux pénaux et des instances de recours durant la phase au cours de laquelle l'expulsion est ordonnée valent également pour la variante 3. Comme dans certains cas, la variante 3 prévoit que l'expulsion est prononcée dans le cadre d'une procédure d'ordonnance pénale, une certaine charge de travail incombera aux ministères publics, charge dont seront cependant libérés les tribunaux pénaux. La variante 3 prévoit par ailleurs que les tribunaux pénaux sont à nouveau compétents durant la phase d'exécution. Ils examinent les motifs de report, c'est-à-dire qu'ils sont amenés à examiner des questions juridiques ne relevant pas du droit pénal. Les ressources supplémentaires nécessaires seront donc considérables. La variante 3 prévoit aussi que les offices cantonaux chargés des migrations ou les autorités de justice ou d'exécution des peines sont compétents pour l'exécution, mais sans compétences décisionnelles concernant les motifs de report. Leur rôle est, le cas échéant, de renvoyer le dossier au juge pénal pour un nouvel examen et une nouvelle décision, et de répondre aux questions que pourraient leur poser les autorités pénales dans ce contexte. On voit ainsi clairement qu'avec la variante 3, le plus gros de la charge de travail supplémentaire incomberait aux autorités pénales. Charger les juges pénaux d'examiner les motifs de report est efficace lorsqu'aucune peine n'est infligée, ou une peine de courte durée, et que l'expulsion peut être exécutée rapidement.
- La variante 4 se fonde sur l'organisation actuelle des autorités et sur les compétences qui sont les leurs. La charge de travail supplémentaire induite par la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi touchera ici en premier lieu les autorités cantonales compétentes en matière de migrations et les instances de recours.

Quelle que soit la variante retenue, il convient de ne pas sous-estimer le nombre d'étrangers qui ne pourront pas être expulsés pour des motifs pratiques ou juridiques et qui devront dès lors être admis à titre provisoire. Les restrictions liées à ce statut, notamment concernant les possibilités d'exercer une activité lucrative, auront des conséquences financières pour les autorités sociales cantonales et communales.

17. Selon les chiffres établis par l'Office fédéral de la statistique, la variante 1 est celle qui concernerait le plus de personnes, et de loin : au total environ 16 400 par année (indépendamment du titre de séjour et sans tenir compte de possibles obstacles à l'exécution de l'expulsion). Les variantes 2, 3 et 4, quant à elles, concerneraient environ 3400 personnes par année. Le chiffre élevé de la variante 1 est dû non pas tant à une liste d'infractions plus longue, mais au fait qu'elle ne prévoit pas de peine minimale et qu'elle couvrirait dès lors, dans le domaine de la petite criminalité, un très grand nombre de délits de moindre gravité, voire d'infractions mineures.

L'Office fédéral de la statistique a publié, durant la campagne de votation sur l'initiative sur le renvoi, des chiffres relatifs aux effets de l'initiative et aux effets du contre-projet. La variante 1 concernerait quatre fois plus de personnes condamnées que le chiffre donné à l'époque de la campagne pour l'initiative. Avec les variantes 2, 3 et 4, on n'atteint pas tout à fait le chiffre estimé à l'époque pour l'initiative (80 % au total et 90 % s'agissant des titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement). Avec la variante 2, ce chiffre serait dépassé si l'on tient compte également de l'expulsion facultative pour des infractions comprises dans la liste. Il convient parallèlement de noter que les variantes 2 à 4 dépassent largement (d'env. 60 %) les chiffres estimés pendant la campagne pour la mise en œuvre du contre-projet.

9.3 Conclusions et recommandation

Au cours de ses onze réunions, le groupe de travail s'est penché attentivement sur les questions fondamentales que pose la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers criminels et, conformément à son mandat, a examiné différentes variantes de mise en œuvre. Il a finalement élaboré quatre variantes de mise en œuvre et analysé les conséquences juridiques de ces propositions. Il est arrivé aux conclusions suivantes :

1. La majorité du groupe de travail plaide en faveur d'une mise en œuvre des nouvelles dispositions pénales dans le droit pénal (variantes 1 à 3). Elle ne nie pas cependant qu'une solution conforme au droit soit également possible dans la législation sur les étrangers (variante 4, dérivée de la variante 2).
2. La majorité du groupe de travail rejette la variante 1 – proposée par les représentants du comité d'initiative lors de la première séance – parce que cette variante viole des principes de bases du droit constitutionnel et qu'elle est en contradiction avec des normes non impératives du droit international (CEDH, ALCP, Pacte II de l'ONU et Convention relative aux droits de l'enfant). Elle entraînerait la condamnation de la Suisse par les organes de contrôle internationaux ou exigerait le renégociation, voire la dénonciation, des conventions et accords en question.
3. La majorité du groupe de travail recommande au DFJP de poursuivre les travaux de mise en œuvre sur la base des variantes 2 et 3. Ces deux variantes respectent les prescriptions du droit international et essaient de concilier les nouvelles dispositions constitutionnelles avec les principes traditionnels de l'interprétation constitutionnelle, avec le droit constitutionnel et avec la pratique des autorités fédérales. Il en résulte inéluctablement une certaine contradiction avec la nouvelle norme constitutionnelle.
4. Si le choix se porte sur une mise en œuvre dans la législation sur les étrangers (variante 4), il serait logique de renoncer à réintroduire l'expulsion facultative dans le code pénal.
5. Les représentants du comité d'initiative rejettent les variantes 2 à 4, considérant qu'elles affaiblissent le durcissement, visé par le constituant, de la pratique en matière d'expulsions. Ils insistent sur la primauté du droit constitutionnel plus récent et s'accommodent en toute connaissance de cause d'éventuelles contradictions avec le droit international non impératif. Ils souhaitent que leur proposition fasse partie du projet qui sera envoyé en consultation.

Annexe : propositions de formulation

Variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)

Livre 1 : Dispositions générales

Partie 1 : Crimes et délits

Titre 3 : Peines, mesures et expulsion du territoire suisse *[nouvelle version]*

Chapitre 3 (nouveau) : Expulsion du territoire suisse

Art. 73^{bis} Expulsion du territoire suisse

1 Le juge ou le ministère public expulse du territoire suisse les étrangers qui sont condamnés pour l'une au moins des infractions suivantes, quelle que soit la durée ou le montant de la peine prononcée :

- a. meurtre (art. 111 CP), assassinat (art. 112 CP), meurtre passionnel (art. 113 CP) ;
- b. lésions corporelles graves (art. 122 CP), lésions corporelles simples (art. 123 CP), exposition (art. 127 CP), mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), rixe (art. 133 CP), agression (art. 134 CP), brigandage (art. 140 CP), extorsion et chantage (art. 156 CP), séquestration et enlèvement (art. 183 s. CP), prise d'otage (art. 185 CP) ;
- c. actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP), actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes (art. 188 CP), contrainte sexuelle (art. 189 CP), viol (art. 190 CP), actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP), actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues (art. 192 CP), abus de la détresse (art. 193 CP), encouragement à la prostitution (art. 195 CP), pornographie (art. 197 CP) ;
- d. traite d'êtres humains (art. 182 CP) ;
- e. infraction selon l'art. 19 de la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (LStup) ;
- f. effraction (art. 186 CP en lien avec art. 139 CP ou 144 CP), vol par métier ou vol en bande (art. 139, ch. 2 et 3 CP), recel par métier (art. 160, ch. 2 CP) ;
- g. incendie intentionnel (art. 221 CP), explosion (art. 223 CP), emploi, avec dessein délictueux, d'explosifs ou de gaz toxiques (art. 224 CP), fabriquer, dissimuler et transporter des explosifs ou des gaz toxiques (art. 226 CP) ;
- h. provocation publique au crime ou à la violence (art. 259 CP) ;
- i. génocide (art. 264 CP) ou crimes contre l'humanité (art. 264a CP) ;
- j. rupture de ban (art. 291 CP) ou infraction intentionnelle selon l'art. 115 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr) ;
- k. escroquerie (art. 146 CP) dans le domaine de l'aide sociale et des assurances sociales ou abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales (art. 151^{bis}, al. 1, CP).

² La personne condamnée à être expulsée du territoire suisse est privée de son titre de séjour, indépendamment de son statut, et de tous ses droits à rester en Suisse et à y revenir, parce qu'elle constitue une menace pour l'ordre et la sécurité publics.

Art. 73^{ter} Délai de départ et interdiction d'entrée

¹ Lorsque le juge ou le ministère public prononce une expulsion, il l'assortit d'un délai de départ et d'une interdiction d'entrée pour une durée de cinq à quinze ans.

² En cas de condamnation selon l'art. 73^{bis}, al. 1, let. a, b, c, d ou e, CP, la durée de l'interdiction d'entrée est de dix ans au moins.

³ En cas de récidive, la durée de l'interdiction d'entrée est de 20 ans.

Art. 73^{quater} Exécution

¹ L'autorité cantonale compétente exécute l'expulsion immédiatement après la condamnation ou après que la personne condamnée a purgé sa peine.

² L'expulsion ne peut être suspendue que temporairement, lorsque des motifs impératifs selon l'art. 25, al. 2 et 3, Cst. s'y opposent.

³ Lors de sa décision, l'autorité cantonale d'exécution présume que l'expulsion vers un pays que le Conseil fédéral a désigné comme sûr, en application de l'art. 6a, al. 2, LAsi, ne contrevient pas à l'art. 25, al. 2 et 3, Cst.

⁴ Lorsque des motifs selon l'art. 25, al. 2 et 3, Cst. sont invoqués, l'autorité cantonale d'exécution prend une décision dans un délai de 30 jours. Un recours contre cette décision peut être formé devant le tribunal cantonal compétent, qui tranche définitivement dans les 30 jours à compter du dépôt du recours.

Art. 73^{quinquies} Droit applicable

Les art. 73^{bis} à 73^{quater} CP priment le droit international non impératif. Ne sont considérées comme des normes impératives du droit international que l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression et de l'esclavage, ainsi que l'interdiction de refouler une personne vers le territoire d'un État dans lequel elle risque la mort ou la torture.

Livre 2 : Dispositions spéciales

Titre 2 : Infractions contre le patrimoine

Art. 151^{bis} Abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales

¹ Quiconque obtient illégalement, pour lui-même ou pour un tiers, des prestations d'aide sociale ou des assurances sociales en fournissant des indications fausses ou incomplètes, en omettant de signaler une modification des circonstances ou de toute autre manière, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

² Dans les cas de peu de gravité, le juge peut prononcer une amende.

Variante 2 (proposition de la majorité du groupe de travail)

Livre 1 : Dispositions générales

Partie 1 : Crimes et délits

Titre 3 : Peines et mesures

Chapitre 2 : Mesures

Section 3 (nouvelle) : Expulsion du territoire suisse

Art. 73a Expulsion obligatoire du territoire suisse

¹ Le juge expulse du territoire pour une durée de cinq à quinze ans un étranger qui a commis l'une des infractions suivantes et qui est condamné à une peine selon l'al. 2 :

- a. homicide intentionnel (art. 111–113), brigandage (art. 140), traite d'êtres humains (art. 182), viol (art. 190) ou un autre crime grave passible d'une peine minimale d'un an de privation de liberté ou plus, ou d'une peine maximale de dix ans de privation de liberté ou plus ;
- b. vol (art. 139) en lien avec une violation de domicile (art. 186) ;
- c. escroquerie (art. 146, al. 1) dans le domaine des assurances sociales ou de l'aide sociale, obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale (art. 151^{bis}) ;
- d. infraction selon l'art. 19 de la loi sur les stupéfiants²³¹.

² L'expulsion du territoire suisse suppose que le juge :

- a. a condamné l'étranger par un jugement portant sur une infraction visée à l'al. 1 à une peine privative de liberté de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins, ou
- b. a condamné l'étranger, pendant une période de dix ans, par plusieurs jugements portant sur une infraction visée à l'al. 1, à des peines privatives de liberté de 180 jours au moins, à des peines pécuniaires de 180 jours-amende au moins ou à un travail d'intérêt général de 720 heures au moins.

³ Si, dans un jugement portant sur une infraction visée à l'al. 1, le juge inflige une peine privative de liberté de moins de six mois, une peine pécuniaire de moins de 180 jours-amende ou un travail d'intérêt général de moins de 720 heures, il peut expulser l'auteur du territoire suisse si les intérêts publics à l'expulsion l'emportent nettement sur l'intérêt de l'étranger à demeurer en Suisse.

Art. 73b Expulsion facultative

Le juge peut expulser un étranger pour une durée de trois à quinze ans s'il le condamne pour un crime ou un délit qui n'est pas visé à l'art. 73a à une peine privative de liberté de six mois au moins ou, pendant une période de dix ans, à plusieurs peines dont la durée cumulée atteint six mois au moins, ou s'il ordonne à son encontre une mesure au sens des art. 59 à 61 ou 64.

Art. 73c Exclusion de l'expulsion du territoire suisse

Pour les étrangers concernés par la libre circulation des personnes ou pour un membre de la famille qui accompagne une de ces personnes ou qui la rejoint au ti-

tre du regroupement familial, l'expulsion est exclue, sauf en présence d'une menace actuelle, effective et suffisamment grave à l'ordre public au sens de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes²³² et de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange²³³.

Art. 73d Récidive

Lorsqu'une personne, alors qu'elle se trouve sous le coup d'une expulsion selon l'art. 73a, al. 1 et 2, commet une nouvelle infraction remplissant les conditions d'une expulsion obligatoire, l'expulsion est prononcée pour une durée de vingt ans. Dans d'autres cas de récidive, l'expulsion peut aussi être prononcée pour une durée de vingt ans.

Art. 73e Moment de l'exécution

¹ Les peines ou portions de peine fermes infligées à la personne condamnée, ainsi que les mesures institutionnelles ordonnées à son encontre, doivent être exécutées avant l'exécution de l'expulsion. L'expulsion est exécutée dès que la personne condamnée est libérée conditionnellement ou définitivement de l'exécution de sa peine, ou dès que la mesure est levée sans substitution.

² La durée de l'expulsion est calculée à partir du jour où la personne condamnée a quitté la Suisse.

Art. 73f Interruption et annulation

¹ L'autorité d'exécution peut interrompre l'expulsion du territoire suisse pour des motifs importants de nature humanitaire ou procédurale.

² Le juge annule, sur demande, l'expulsion du territoire suisse lorsqu'un motif d'exclusion selon l'art. 73c survient ultérieurement.

Art. 73g Procédure d'exécution

¹ L'autorité d'exécution exécute l'expulsion immédiatement.

² Elle reporte l'exécution de l'expulsion

- a. lorsque des motifs interdisent le refoulement ;
- b. lorsque des motifs sur lesquels la personne condamnée ne peut exercer aucune influence empêchent son départ ;
- c. lorsque l'expulsion ne saurait être raisonnablement exigée à cause d'une guerre, d'une guerre civile ou d'une situation de violence générale, d'une situation d'urgence médicale ou à cause de motifs personnels graves.

³ L'autorité d'exécution vérifie périodiquement que les conditions du report de l'exécution de l'expulsion sont toujours réunies.

²³² Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681).

²³³ RO 2003 2685 ; RS 0.632.31.

Art. 73h Procédure de recours

¹ Les décisions de l'autorité d'exécution peuvent faire l'objet d'un recours, dans les dix jours, devant le tribunal cantonal de dernière instance. Celui-ci tranche définitivement.

² Le recours ne peut porter que sur une violation des motifs selon l'art. 73g, al. 2.

Livre 2 : Dispositions spéciales

Titre 2 : Infractions contre le patrimoine

Art. 151^{bis} Obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale

¹ Quiconque, par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon, induit une personne en erreur ou la conforte dans son erreur, et obtient de la sorte illégalement pour lui-même ou pour un tiers des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

² Dans les cas de peu de gravité, la peine est l'amende.

Modification du droit en vigueur

Lors de la mise en œuvre, on vérifiera si des modifications doivent être apportées, notamment aux actes législatifs suivants, et si oui, lesquelles :

- loi fédérale du 16 décembre 2005²³⁴ sur les étrangers (LEtr) ;
- loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile²³⁵ (LAsi) ;
- loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral²³⁶ (LTF) ;
- loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs²³⁷ (DPMIn) ;
- code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007²³⁸ (CPP) ;
- loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs²³⁹ (PPMin) ;
- code pénal militaire du 13 juin 1927²⁴⁰ (CPM) ;
- procédure pénale militaire du 23 mars 1979²⁴¹ (PPM) ;

²³⁴ RS **142.20**

²³⁵ RS **142.31**

²³⁶ RS **173.110**

²³⁷ RS **311.1**

²³⁸ RS **312.0**

²³⁹ RS **312.1**

²⁴⁰ RS **321.0**

²⁴¹ RS **322.1**

Variante 3 (autre proposition du groupe de travail)

Livre 1 : Dispositions générales

Partie 1 : Crimes et délits

Titre 3 : Peines et mesures

Chapitre 2 : Mesures

Section 2 : Autres mesures

Art. 67c Expulsion du territoire suisse

¹ Le juge expulse du territoire suisse pour une durée de cinq à quinze ans un étranger condamné à une peine privative de liberté de plus de 180 jours ou à une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende ou, pendant une période de dix ans, à plusieurs peines privatives de liberté ou peines pécuniaires d'une durée cumulée de plus de 180 jours ou 180 jours-amende, ou à du travail d'intérêt général d'une durée totale de plus de 720 heures, et que le jugement porte, dans tous les cas, sur l'une des infractions suivantes :

- a. crime contre la vie et l'intégrité corporelle, contre la liberté, contre l'intégrité sexuelle ou contre la paix publique ;
- b. violation de domicile (art. 186) en lien avec un vol (art. 139) ;
- c. brigandage selon l'art. 140 ;
- d. escroquerie selon l'art. 146, al. 1 et 2 ;
- e. obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale selon l'art. 151^{bis} ;
- f. infraction selon l'art. 19 de la loi sur les stupéfiants²⁴².

² Le juge peut par ailleurs expulser un étranger pour une durée de trois à quinze ans si celui-ci a été condamné pour une autre infraction et que l'intérêt public à une expulsion du territoire suisse l'emporte sur l'intérêt de l'étranger à demeurer en Suisse.

³ Si la personne concernée n'a aucun droit de résidence en Suisse, l'expulsion du territoire suisse peut être prononcée dans le cadre d'une ordonnance pénale.

Art. 67d Exclusion et report de l'expulsion du territoire suisse

¹ Pour les étrangers concernés par la libre circulation des personnes ou pour un membre de la famille qui accompagne une de ces personnes ou qui la rejoint au titre du regroupement familial, l'expulsion est exclue, sauf en présence d'une menace actuelle, effective et suffisamment grave à l'ordre public au sens de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes²⁴³ et de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange²⁴⁴.

² Le juge reporte provisoirement l'exécution de l'expulsion

- a. lorsque des motifs interdisent le refoulement ;

²⁴² RS 812.121

²⁴³ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681).

²⁴⁴ RO 2003 2685 ; RS 0.632.31.

- b. lorsque des motifs sur lesquels la personne condamnée ne peut exercer aucune influence empêchent son départ ;
- c. lorsque l'expulsion ne saurait être raisonnablement exigée à cause d'une guerre, d'une guerre civile ou d'une situation de violence générale, d'une situation d'urgence médicale ou à cause de motifs personnels graves.

Art. 67e Récidive

Lorsqu'une personne, alors qu'elle se trouve sous le coup d'une expulsion selon l'art. 73a, al. 1 et 2, commet une nouvelle infraction remplissant les conditions d'une expulsion obligatoire, l'expulsion est prononcée pour une durée de vingt ans. Dans d'autres cas de récidive, l'expulsion peut aussi être prononcée pour une durée de vingt ans.

Art. 67f Moment de l'exécution

¹ Les peines ou portions de peine fermes infligées à la personne condamnée, ainsi que les mesures institutionnelles ordonnées à son encontre, doivent être exécutées avant l'exécution de l'expulsion. L'expulsion est exécutée dès que la personne condamnée est libérée conditionnellement ou définitivement de l'exécution de sa peine, ou dès que la mesure est levée sans substitution.

² La durée de l'expulsion est calculée à partir du jour où la personne condamnée a quitté la Suisse.

Art. 67g Interruption et annulation

¹ L'autorité d'exécution peut interrompre l'expulsion du territoire suisse pour des motifs importants de nature humanitaire ou procédurale.

² Le juge annule, sur demande, l'expulsion du territoire suisse lorsqu'un motif d'exclusion selon l'art. 73c survient ultérieurement.

Art. 67h Procédure d'exécution

¹ L'autorité d'exécution exécute l'expulsion immédiatement.

² Le juge décide, sur demande, si les conditions du report de l'exécution de l'expulsion sont toujours réunies et si de nouveaux obstacles s'opposent à l'exécution.

Art. 67i Procédure de recours

¹ Les décisions de l'autorité d'exécution peuvent faire l'objet d'un recours, dans les dix jours, devant le tribunal cantonal de dernière instance. Celui-ci tranche définitivement.

² Le recours ne peut porter que sur une violation des motifs selon l'art. 67d, al. 2.

Livre 2 : Dispositions spéciales

Titre 2 : Infractions contre le patrimoine

Art. 151^{bis} Obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale

¹ Quiconque, par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon, induit une personne en erreur ou la conforte

dans son erreur, et obtient de la sorte illégalement pour lui-même ou pour un tiers des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

² Dans les cas de peu de gravité, la peine est l'amende.

Modification du droit en vigueur

Lors de la mise en œuvre, on vérifiera si des modifications doivent être apportées, notamment aux actes législatifs suivants, et si oui, lesquelles :

- loi fédérale du 16 décembre 2005²⁴⁵ sur les étrangers (LEtr) ;
- loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile²⁴⁶ (LAsi) ;
- loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral²⁴⁷ (LTF) ;
- loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs²⁴⁸ (DPMIn) ;
- code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007²⁴⁹ (CPP) ;
- loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs²⁵⁰ (PPMin) ;
- code pénal militaire du 13 juin 1927²⁵¹ (CPM) ;
- procédure pénale militaire du 23 mars 1979²⁵² (PPM) ;

²⁴⁵ RS **142.20**

²⁴⁶ RS **142.31**

²⁴⁷ RS **173.110**

²⁴⁸ RS **311.1**

²⁴⁹ RS **312.0**

²⁵⁰ RS **312.1**

²⁵¹ RS **321.0**

²⁵² RS **322.1**

13.4 Variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers)

Loi sur les étrangers (modifications *en italiques*)

Chapitre 10 : Fin du séjour

Section 2 : Extinction et révocation des autorisations

Art. 62 Révocation des autorisations et d'autres décisions

L'autorité compétente peut révoquer une autorisation, à l'exception de l'autorisation d'établissement, ou une autre décision fondée sur la présente loi, dans les cas suivants :

- a. si l'étranger ou son représentant légal a fait de fausses déclarations ou a dissimulé des faits essentiels durant la procédure d'autorisation ;
- b. l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée ou a fait l'objet d'une mesure pénale prévue aux art. 64 ou 61 du code pénal²⁵³ ;
- c. il attend de manière grave ou répétée à la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ;
- d. il ne respecte pas les conditions dont la décision est assortie ;
- e. lui-même ou une personne dont il a la charge dépend de l'aide sociale.

Art. 63 Révocation de l'autorisation d'établissement

¹ L'autorisation d'établissement ne peut être révoquée que dans les cas suivants :

- a. les conditions visées à l'art. 62, let. a ou b, sont remplies ;
- b. l'étranger attend de manière très grave à la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ;
- c. lui-même ou une personne dont il a la charge dépend durablement et dans une large mesure de l'aide sociale.

² L'autorisation d'établissement d'un étranger qui séjourne en Suisse légalement et sans interruption depuis plus de quinze ans ne peut être révoquée que pour les motifs mentionnés à l'al. 1, let. b, et à l'art. 62, let. b.

³ La révocation obligatoire (art. 63a) est réservée.

Art. 63a Révocation obligatoire des autorisations

¹ L'autorité compétente révoque toutes les autorisations lorsque l'étranger a commis l'une des infractions suivantes et est condamné à une peine selon l'al. 2 :

- a. *homicide intentionnel (art. 111–113 CP), brigandage (art. 140 CP), traite d'êtres humains (art. 182 CP), viol (art. 190 CP) ou un autre crime grave passible d'une peine minimale d'un an de privation de liberté ou plus, ou d'une peine maximale de dix ans de privation de liberté ou plus ;*
- b. *vol (art. 139 CP) en lien avec une violation de domicile (art. 186 CP) ;*

- c. escroquerie (art. 146, al. 1, CP) dans le domaine des assurances sociales ou de l'aide sociale, obtention abusive de prestations des assurances sociale ou de l'aide sociale (art. 151bis CP) ;
- d. infraction selon l'art. 19 de la loi sur les stupéfiants²⁵⁴.

² La révocation selon l'al. 1 suppose que le juge :

- a. a condamné l'étranger par un jugement portant sur une infraction visée à l'al. 1 à une peine privative de liberté de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de 180 jours amende au moins, ou
- b. a condamné l'étranger, pendant une période de dix ans, par plusieurs jugements portant sur une infraction visée à l'al. 1, à des peines privatives de liberté de 180 jours au moins, à des peines pécuniaires de 180 jours-amende au moins ou à du travail d'intérêt général de 720 heures au moins.

Art. 63b Exclusion de la révocation d'autorisations

Pour les étrangers auxquels s'appliquent l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes²⁵⁵ et l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange²⁵⁶, la révocation des autorisations (art. 62 à 63a) est exclue, sauf en présence d'une menace actuelle, effective et suffisamment grave à l'ordre public.

Art. 67 Interdiction d'entrée

¹ L'office interdit l'entrée en Suisse, sous réserve des alinéas 5 à 7, à un étranger frappé d'une décision de renvoi lorsque :

- a. le renvoi est immédiatement exécutoire en vertu de l'art. 64d, al. 2, let. a à c ;
- b. l'étranger n'a pas quitté la Suisse dans le délai imparti ;
- c. l'étranger remplit les conditions prévues à l'art. 63a pour une révocation obligatoire des autorisations.

² L'office peut interdire l'entrée en Suisse à un étranger lorsque ce dernier :

- a. a attenté à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger ou les a mis en danger ;
- b. a occasionné des coûts en matière d'aide sociale ;
- c. a été placé en détention en phase préparatoire, en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ou en détention pour insoumission (art. 75 à 78).

³ L'interdiction d'entrée est prononcée pour une durée maximale de cinq ans. Elle peut être prononcée pour une plus longue durée lorsque la personne concernée constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics.

^{3bis} L'interdiction d'entrée selon l'al. 1, let. c, est prononcée pour une durée de cinq à quinze ans. En cas de récidive, la durée de l'interdiction d'entrée est de 20 ans.

⁴ L'Office fédéral de la police (fedpol) peut interdire l'entrée en Suisse à un étranger pour sauvegarder la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse; il consulte au

²⁵⁴ RS 812.121

²⁵⁵ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681).

²⁵⁶ RO 2003 2685 ; RS 0.632.31.

préalable le Service de renseignement de la Confédération (SRC). Fedpol peut prononcer une interdiction d'entrée pour une durée supérieure à cinq ans ou, dans des cas graves, pour une durée illimitée.

⁵ Pour des raisons humanitaires ou pour d'autres motifs importants, l'autorité appelée à statuer peut s'abstenir de prononcer une interdiction d'entrée ou suspendre provisoirement ou définitivement une interdiction d'entrée.

⁶ *L'interdiction d'entrée selon l'al. 1, let. c, peut être suspendue provisoirement pour des motifs importants de nature humanitaire ou procédurale.*

⁷ *L'interdiction d'entrée n'est pas prononcée, ou est suspendue, lorsqu'un motif d'exclusion selon l'art. 63b existe.*

Chapitre 11 : Admission provisoire

Art. 83 Décision d'admission provisoire

¹ L'office décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée.

² L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son État d'origine, son État de provenance ou un État tiers, ni être renvoyé dans un de ces États.

³ L'exécution n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son État d'origine, dans son État de provenance ou dans un État tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international.

⁴ L'exécution de la décision peut ne pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale.

⁵ ...²⁵⁷

⁶ L'admission provisoire peut être proposée par les autorités cantonales.

⁷ L'admission provisoire visée aux al. 2 et 4 n'est pas ordonnée dans les cas suivants :

- a. l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée en Suisse ou à l'étranger ou a fait l'objet d'une mesure pénale au sens des art. 64 ou 61 du code pénal²⁵⁸ ;
- b. l'étranger attenté de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ;
- c. l'impossibilité d'exécuter le renvoi ou l'expulsion est due au comportement de l'étranger.

^{7bis} *Lorsque le renvoi concerne un étranger qui remplit les conditions prévues à l'art. 63a pour la révocation obligatoire d'une autorisation, l'office ordonne une admission provisoire dans les cas suivants :*

- a. *il existe des motifs qui interdisent le refoulement et l'exécution n'est dès lors pas licite ;*

²⁵⁷ Abrogé par le ch. IV 2 de la L du 16 déc. 2005, avec effet au 1^{er} janv. 2008 (RO 2006 4745, 2007 5573 ; FF 2002 6359).

²⁵⁸ RS 311.0

- b. l'exécution est impossible à cause de motifs sur lesquels la personne condamnée ne peut exercer aucune influence ;
- c. l'exécution n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée à cause d'une guerre, d'une guerre civile ou d'une situation de violence générale, d'une situation d'urgence médicale ou à cause de motifs personnels graves.

⁸ Le réfugié auquel l'asile n'est pas accordé en vertu des art. 53 ou 54 LAsi²⁵⁹ est admis provisoirement.

Loi sur l'asile (modification *en italiques*)

Chapitre 2 : Requérants

Section 3 : Procédure de première instance

Art. 37 Délais concernant la procédure de première instance

¹⁻³ [...]

⁴ L'office statue avec une diligence particulière lorsque le requérant est détenu aux fins d'extradition ou qu'il s'est rendu coupable d'une infraction en Suisse.

Chapitre 3 : Octroi de l'asile et statut des réfugiés

Section 1 : Octroi de l'asile

Art. 53 Indignité

L'asile n'est pas accordé au réfugié :

- a. qui en est indigne en raison d'actes répréhensibles ;
- b. qui a porté atteinte à la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ou qui la compromet ;
- c. *qui remplit les conditions prévues à l'art. 63a de la loi sur les étrangers²⁶⁰ pour la révocation obligatoire des autorisations.*

Section 4 : Fin de l'asile

Art. 64 Extinction

¹ L'asile en Suisse prend fin :

- a.-c. [...]
- d. *par l'exécution de l'expulsion ;*
- e. *lorsque les conditions prévues à l'art. 63a de la loi sur les étrangers²⁶¹ pour la révocation obligatoire des autorisations sont réunies.*

Chapitre 8 : Voies de droit

Section 2 : Procédure de recours au niveau fédéral

²⁵⁹ RS 142.31

²⁶⁰ RS 142.20

²⁶¹ RS 142.20

Art. 109 Délai de traitement des recours

¹⁻⁴ [...]

⁵ Le Tribunal administratif fédéral statue avec une diligence particulière lorsque le requérant est détenu aux fins d'extradition *ou qu'il s'est rendu coupable d'un délit en Suisse*.

Code pénal (nouveau)

Livre 2 : Dispositions spéciales

Titre 2 : Infractions contre le patrimoine

Art. 151^{bis} Obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale

¹ Quiconque, par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon, induit une personne en erreur ou la conforte dans son erreur, et obtient de la sorte illégalement pour lui-même ou pour un tiers des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

² Dans les cas de peu de gravité, la peine est l'amende.

Bibliographie

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003
- BESSON SAMANTHA, Les effets et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Le cas de la Suisse, in: Breitenmoser / Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 125 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007
- CARONI MARTINA / GÄCHTER THOMAS / THURNHERR DANIELA (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010
- FINGERHUTH THOMAS / TSCHURR CHRISTOF (Hrsg.), Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007
- FORSTER MARC, Lebenslange Verwahrung: zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123a BV, AJP 2004, S. 418 ff.
- FORMOSER PETER / VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 4. Auflage, Bern 2008
- FROWEIN JOCHEN ABRAHAM / PEUKERT WOLFGANG, EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl 2009
- GÄCHTER THOMAS / KRADOLFER MATTHIAS, Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, ASYL 1/08, S. 12 ff.
- HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008
- HANGARTNER YVO, Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), AJP 2011, S. 471 ff.
- ILLES RUEDI / SCHREPFER NINA / SCHERTENLEIB JÜRGEN, Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren (hrsg. von der Schweiz. Flüchtlingshilfe SFH), Bern 2009
- JAAG TOBIAS / PRIULI VALERIO, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, Jusletter vom 8. November 2010
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 3. Auflage, Bern 2010
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / HEER MARIANNE / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Basel 2003
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Auflage, Basel 2007
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Auflage, Basel 2007
- NOWAK MANFRED, CCPR Commentary, 2. Auflage, Kehl 2005.

- REICH JOHANNES, Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?. Zur Frage der Gültigkeit der eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» im Lichte von Art. 139 Abs. 2 BV, ZSR 127 (2008) I S. 499 ff.
- RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Basel 2009
- RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Basel 2009
- SCHEIDEGGER ADRIAN, La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et ses implications pratiques, in: Breitenmoser / Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 295 ff.
- SCHÜRMANN FRANK, Der Begriff der Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, Basel 1986
- SEILER HANSJÖRG, Praktische Rechtsanwendung. Was leistet die juristische Methodenlehre?, Bern 2009
- SPESCHA MARC / KERLAND ANTONIA / BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010
- SPESCHA MARC / THÜR HANSPETER / ZÜND ANDREAS / BOLZLI PETER, Kommentar zum Migrationsrecht, 2. Auflage, Zürich 2009
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Auflage, Bern 2006
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Bern 2007
- TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009
- TSCHANNEN PIERRE, Verfassungsauslegung, in: Thürer / Aubert / Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 149 ff.
- UNICEF, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 3. Auflage, Genf 2007.
- ZÜND ANDREAS, Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen, ZBJV 1993, S. 73 ff.