

Rapport explicatif

concernant la révision du code pénal suisse et du code pénal militaire

(mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur le
renvoi des étrangers criminels ;
art. 121, al. 3 à 6 Cst.)

14 mai 2012

Condensé

Le Conseil fédéral propose de mettre en œuvre les nouvelles normes constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels en inscrivant une nouvelle forme d'expulsion dans le code pénal. Parmi les deux variantes proposées, la première tient compte autant que possible des principes qui fondent la constitution et des droits de l'homme garantis par le droit international, la deuxième émane directement des représentants du comité d'initiative.

Le peuple et les cantons ont approuvé le 28 novembre 2010 l'initiative populaire « pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) », tout en rejetant le contre-projet direct qui lui était opposé. L'art. 121 de la constitution (Cst.) a donc été complété des al. 3 à 6, selon lesquels les étrangers condamnés pour certaines infractions ou pour avoir touché abusivement des prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale perdent leur droit de séjourner en Suisse. Ils sont en outre frappés d'une interdiction d'entrer en Suisse allant de 5 à 15 ans. Les dispositions transitoires donnent au législateur 5 ans à dater de l'adoption du nouvel article constitutionnel pour préciser, voire compléter les éléments constitutifs des infractions visées à l'al. 3 et pour édicter les dispositions pénales applicables aux personnes qui violeront l'interdiction d'entrer en Suisse.

Par décision du 22 décembre 2010, la chef du DFJP a institué un groupe de travail regroupant des experts externes et des membres de l'administration fédérale, qu'elle a chargés de formuler des propositions pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles au niveau de la loi. Dans son rapport, le groupe de travail propose quatre variantes et en précise les implications juridiques.

La variante 1, qui se fonde sur les propositions soutenues par une majorité du groupe de travail, accorde un poids accru aux nouvelles dispositions constitutionnelles, par rapport au droit constitutionnel en vigueur et au droit international. Ces nouvelles dispositions entraînent un durcissement de la pratique actuelle en matière d'expulsion et impliquent des restrictions dans l'application de certains principes. Sur le plan du droit international, cela veut dire que cette variante tient compte des droits de l'homme garantis par le droit international. Le Conseil fédéral propose là une solution qui respecte la volonté du peuple tout en évitant en majeure partie un conflit de droit avec l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne. Cette solution prévoit en fait que la liste des infractions menant automatiquement à une expulsion se concentre sur les crimes graves.

La variante 2 reprend la solution proposée par les représentants du comité d'initiative au sein du groupe de travail. Elle part du principe que les nouvelles normes constitutionnelles ont la primauté absolue sur les dispositions constitutionnelles antérieures et sur les règles non impératives du droit international, en particulier sur les droits de l'homme garantis par ce dernier.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation du projet	6
1.1 Contexte	6
1.1.1 Chronologie de l’initiative sur le renvoi	6
1.1.2 Les nouvelles dispositions constitutionnelles	7
1.1.3 Le groupe de travail institué par le DFJP	8
1.2 Principes d’interprétation des nouvelles normes constitutionnelles	9
1.2.1 Eléments d’interprétation	9
1.2.2 Proportionnalité	10
1.2.3 Relation entre droit international et initiatives populaires	11
1.3 Eléments de l’art. 121, al. 3 à 6, Cst.	12
1.3.1 Conditions	12
1.3.2 Conséquences juridiques	13
1.3.3 Mandat législatif	15
1.4 Variante 1	16
1.4.1 Introduction	16
1.4.2 Relation entre le droit constitutionnel et le droit international	16
1.4.3 Dans quel acte intégrer les dispositions d’exécution ?	18
1.4.4 Propositions de réglementation dans le code pénal	19
1.4.4.1 Expulsion ¹⁹	
1.4.4.2 Liste d’infractions	20
1.4.4.3 Précision de la notion de « condamnation »	21
1.4.4.4 Peine minimale	21
1.4.4.5 Compétence pour ordonner et exécuter l’expulsion	24
1.4.4.6 Procédure de l’ordonnance pénale	25
1.4.4.7 Garantie des voies de droit	26
1.4.4.8 Validité temporelle et dispositions transitoires	26
1.4.4.9 Champ d’application à raison du lieu	27
1.4.4.10 Sanction encourue en cas de violation de l’interdiction d’entrée et en cas d’entrée illégale sur le territoire (art. 121, al. 6, Cst.)	27
1.4.4.11 Expulsion facultative	28
1.4.5 Réglementation parallèle dans le code pénal militaire	28
1.4.6 Pas de dispositions relatives à l’expulsion dans le droit pénal des mineurs	28
1.4.7 Adaptation de la LEtr et de la LAsi	29
1.5 Variante 2	30
1.5.1 Introduction	30
1.5.2 Relation entre le droit constitutionnel et le droit international	31
1.5.3 Proposition de réglementation	31
1.6 Appréciation des variantes proposées	33
1.6.1 Variante 1	33
1.6.2 Variante 2	34
1.6.3 Bilan	35

1.7 Comparaison avec le droit étranger	36
1.7.1 Allemagne	36
1.7.2 Autriche	37
1.7.3 France	38
1.7.4 Italie	39
2 Commentaires des nouvelles dispositions selon la variante 1	41
2.1 Code pénal	41
2.1.1 Article 66a (1a. Expulsion)	41
2.1.1.1 Alinéa 1	41
2.1.1.2 Alinéa 2	46
2.1.1.3 Alinéa 3	46
2.1.1.4 Alinéa 4	48
2.1.2 Article 66b (Récidive)	48
2.1.3 Article 66c (Moment de l'exécution)	48
2.1.3.1 Introduction	48
2.1.3.2 Alinéa 1	49
2.1.3.3 Alinéa 2	50
2.1.4 Article 66d (Report de l'exécution)	50
2.1.5 Article 148a (Obtention abusive de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale)	51
2.1.5.1 Emplacement dans le CP et titre marginal	52
2.1.5.2 Rapport à l'escroquerie	52
2.1.5.3 Faits constitutifs objectifs	52
2.1.5.4 Eléments subjectifs de l'infraction	53
2.1.5.5 Peine encourue	54
2.1.5.6 Rapport avec le droit en vigueur	54
2.1.6 Droit du casier judiciaire	55
2.1.6.1 Introduction	55
2.1.6.2 Article 369 (Elimination de l'inscription)	55
2.1.6.3 Article 371 (Extraits du casier judiciaire destinés à des particuliers)	56
2.1.6.4 Code pénal dans sa version du 19 mars 2010 (art. 367 – Traitement et consultation des données)	57
2.2 Code pénal militaire	58
2.2.1 Article 49a (Expulsion)	58
2.2.2 Article 49b (Récidive)	58
2.2.3 Article 49c (Exécution)	58
2.3 Modification d'autres lois fédérales	59
2.3.1 Loi sur les étrangers	59
2.3.1.1 Article 61	59
2.3.1.2 Articles 62 et 63	59
2.3.1.3 Articles 75, 76 et 78	59
2.3.2 Loi sur l'asile	59
2.3.2.1 Articles 37 et 109	59
2.3.2.2 Articles 53 et 64	60
2.3.3 Code de procédure pénale	60
2.3.3.1 Article 220, alinéa 2	60

2.3.3.2 Article 352, alinéa 2	60
2.3.4 Procédure pénale militaire	60
2.3.4.1 Article 56, lettre a	60
2.3.4.2 Article 119, alinéa 2, lettre e	61
2.3.5 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)	61
2.3.6 Loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP)	61
3 Conséquences	61
3.1 Hypothèses	61
3.1.1 Situation actuelle	61
3.1.2 Hypothèses pour la variante 1	62
3.1.3 Hypothèses pour la variante 2	63
3.2 Conséquences possibles pour la Confédération et les cantons	63
3.2.1 Généralités	63
3.2.2 Conséquences pour la Confédération	64
3.2.2.1 Variante 1	64
3.2.2.2 Variante 2	64
3.2.3 Conséquences pour les cantons et les communes	64
3.2.3.1 Variante 1	64
3.2.3.2 Variante 2	65
3.3 Conséquences pour l'économie	Fehler! Textmarke nicht definiert.
3.3.1 Respect des prescriptions de l'ALCP	65
3.3.1.1 Variante 1	66
3.3.1.2 Variante 2	66
3.3.1.3 Conséquences pour l'ALCP	67
3.3.2 Conséquences d'une dénonciation éventuelle de l'ALCP pour l'économie	Fehler! Textmarke nicht definiert.
4 Lien avec le programme de la législation	68
5 Aspects juridiques	68
5.1 Constitutionnalité	68
5.1.1 Compétence législative	68
5.1.2 Conformité aux droits fondamentaux	68
5.1.2.1 Variante 1	68
5.1.2.2 Variante 2	69
5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse	69
5.2.1 CEDH, pacte II de l'ONU et Convention relative aux droits de l'enfant	69
5.2.1.1 Variante 1	69
5.2.1.2 Variante 2	70
5.2.2 ALCP et Convention AELE	71
5.2.2.1 Variante 1	71
5.2.2.2 Variante 2	71
Bibliographie	72
Sources utilisées	73

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Chronologie de l'initiative sur le renvoi

Le 19 juin 2007, une liste pour la récolte de signatures à l'appui de l'initiative populaire fédérale « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) » a été présentée à la Chancellerie fédérale, qui a procédé à son examen préliminaire¹. L'initiative a été déposée le 15 février 2008, avec le nombre de signatures requis. Par décision du 7 mars 2008, la Chancellerie fédérale a constaté que l'initiative, munie de 210 919 signatures, avait abouti². L'initiative prévoyait pour l'essentiel que les étrangers condamnés pour certaines infractions seraient privés de tous leurs droits à séjourner en Suisse et obligatoirement frappés d'une interdiction d'entrée sur le territoire pour une durée de 5 à 15 ans.

Dans son message du 24 juin 2009, le Conseil fédéral a proposé aux Chambres fédérales de soumettre l'initiative sur le renvoi au peuple et aux cantons en leur recommandant de la rejeter. Parallèlement, il a soumis au Parlement un contre-projet indirect³. Ce contre-projet prévoyait des modifications de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)⁴ visant à révoquer systématiquement les autorisations délivrées en vertu de la législation sur les étrangers en cas d'infractions pénales graves, en garantissant cependant le respect du principe constitutionnel de proportionnalité et des dispositions du droit international⁵.

La Commission des institutions politiques du Conseil des Etats (CIP-E) a opté pour un contre-projet direct, qui a reçu l'aval des deux chambres⁶. Ce contre-projet prévoyait une liste très étendue d'infractions pouvant entraîner un renvoi, mais exigeait que les décisions relatives au retrait du droit de séjour, à l'expulsion ou au renvoi soient prises « dans le respect des droits fondamentaux et des principes de base de la Constitution et du droit international, en particulier dans le respect du principe de proportionnalité »⁷. Le contre-projet a été assorti d'un article constitutionnel distinct sur l'intégration. 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.

Lors de la votation populaire du 28 novembre 2010, l'initiative sur le renvoi a été acceptée par le peuple, par 1 397 923 oui contre 1 243 942 non, ainsi que par les

1 FF **2007** 4725, examen préliminaire

2 FF **2008** 1745, publication

3 FF **2009** 4571, message concernant l'initiative sur le renvoi

4 Loi fédérale sur les étrangers (RS **142.20**)

5 Cf. FF **2009** 4571, message concernant l'initiative sur le renvoi, ch. 5 (Grandes lignes du contre-projet indirect) et FF **2009** 4601 (propositions de modification de la loi sur les étrangers)

6 Synthèse de la procédure parlementaire : www.parlament.ch.

http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20090060 (rubrique « Synthèse message / rapport et délibérations »).

7 FF **2010** 3855, Arrêté fédéral concernant le contre-projet à l'initiative sur le renvoi, art. 121b Cst.

8 FF **2010** 3853, Arrêté fédéral relatif à l'initiative sur le renvoi

cantons, par 17½ oui contre 5½ non. Le contre-projet direct a quant à lui été rejeté par le peuple, par 1 407 830 non contre 1 189 269 oui, et par tous les cantons⁹.

1.1.2 Les nouvelles dispositions constitutionnelles

L'art. 121 Cst., dans la section 9 « Séjour et établissement des étrangers », a été complété, suite à l'acceptation de l'initiative sur le renvoi, par les alinéas 3 à 6 et se présente désormais comme suit¹⁰ :

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 fédérale ont été modifiées comme suit¹¹ :

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.

⁹ FF 2011 2593, Arrêté fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 28 novembre 2010

¹⁰ RO 2011 1199

¹¹ RO 2011 1200

1.1.3

Le groupe de travail institué par le DFJP

Par décision du 22 décembre 2010, la cheffe du Département fédéral de justice et police (DFJP) a institué un groupe de travail chargé d'étudier la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels. Composé de spécialistes externes et de collaborateurs de l'administration fédérale, ce groupe de travail¹² avait pour mandat de présenter un rapport contenant des propositions de mise en œuvre, au niveau de la loi, des nouvelles dispositions constitutionnelles et passant en revue les effets juridiques de ces propositions. Son rapport du 21 juin 2011 à l'intention du DFJP (rapport du groupe de travail) détaillait quatre variantes de mise en œuvre de ces dispositions.

Une de ces variantes (la variante 1) avait été proposée par les représentants du comité d'initiative (cf. ch. 1.5). La majorité du groupe de travail a toutefois estimé que cette variante est contraire aux principes fondamentaux du droit constitutionnel et qu'elle est incompatible avec la pratique usuelle de la Suisse selon laquelle les dispositions constitutionnelles doivent être interprétées de manière conforme au droit international.

La majorité du groupe de travail a proposé, de son côté, trois variantes de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles : deux de ces variantes prévoyaient une mise en œuvre des nouvelles dispositions dans le code pénal (variantes 2 et 3)¹³, la troisième proposait une mise en œuvre dans la législation sur les étrangers (variante 4)¹⁴.

Outre une liste d'infractions, se limitant autant que possible à des infractions graves, les trois variantes prévoyaient comme condition à l'expulsion (ou au retrait des autorisations de séjour) une peine privative de liberté de six mois au moins ou une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins. Il faut relever que l'expulsion ou la révocation obligatoire des autorisations de séjour était en outre explicitement exclue en l'absence d'une menace réelle et suffisamment grave à l'ordre public au sens de l'Accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes¹⁵ et de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange^{16 17}.

Un élément central des variantes proposées par la majorité du groupe de travail concernait, enfin, la possibilité de reporter l'exécution d'une expulsion ordonnée (ou d'ordonner une admission provisoire). L'exécution du renvoi pouvait également être

¹² Présidence : professeur Heinrich Koller ; pour le comité d'initiative : Manuel Brandenberg et Gregor Rutz ; pour la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) : Roger Schneeberger ; pour la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) : Margrith Hanselmann ; pour l'Office fédéral des migrations (ODM) : Albrecht Dieffenbacher ; pour l'Office fédéral de la justice (OFJ) : Ridha Fraoua

¹³ Variante 2: art. 73a ss AP-CP ; variante 3: art. 67c ss AP-CP ; rapport du groupe de travail, p. 128 ss

¹⁴ Art. 62 ss AP-LEtr, rapport du groupe de travail, p. 134 ss

¹⁵ 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 (ALCP, RS **0.142.112.681**)

¹⁶ RO 2003 2685 ; RS **0.632.31**

¹⁷ Art. 73c AP-CP (variante 2), art. 67d, al. 1, AP-CP (variante 3), art. 63b AP-LEtr (variante 4), rapport du groupe de travail, p. 128 ss

suspendue si elle contrevenait à l'interdiction du refoulement selon l'art. 25, al. 2 et 3, Cst., si elle était impossible¹⁸ ou si elle n'était pas raisonnablement exigible¹⁹. Lorsque l'expulsion ne pouvait être raisonnablement exigée en raison de « motifs personnels graves », l'autorité d'exécution était invitée à tenir compte des prescriptions de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)²⁰, du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU)²¹ et de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant²².

1.2 Principes d'interprétation des nouvelles normes constitutionnelles

1.2.1 Eléments d'interprétation

L'interprétation de la Constitution – comme celle des lois et ordonnances – s'appuie en premier lieu sur la formulation de la norme (élément d'interprétation grammaticale). Lorsque le texte est peu clair ou qu'il permet plusieurs interprétations, il convient d'en déterminer sa portée véritable en considérant d'autres éléments d'interprétation tels que la genèse de la norme (élément d'interprétation historique) et son but (élément d'interprétation téléologique). Il est également important de tenir compte du sens qui se dégage de la norme dès lors qu'elle est placée en contexte avec d'autres dispositions (élément d'interprétation systématique). Dans l'interprétation de la loi comme de la Constitution, aucun élément ne peut s'appliquer de manière privilégiée, et encore moins de manière exclusive. Il faut, au contraire, considérer l'ensemble des éléments d'interprétation et déterminer, dans chaque cas, quelle méthode (ou combinaison de méthodes) est la plus apte à restituer le sens véritable de la norme à interpréter (pluralisme des méthodes)²³. La volonté des auteurs de l'initiative à l'origine d'une nouvelle norme constitutionnelle n'est pas un élément décisif, même si elle peut être prise en considération dans le cadre de l'interprétation historique²⁴.

Une particularité de l'interprétation constitutionnelle réside dans le caractère général des normes. 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'Etat 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 de la norme qu'en une interprétation proprement dite.

¹⁸ Impossible pour des raisons sur lesquelles la personne concernée n'a aucune influence (par ex. le refus des autorités de l'Etat d'origine d'établir des documents de voyage).

¹⁹ Pas raisonnablement exigible 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.

²⁰ RS 0.101.

²¹ RS 0.103.2.

²² RS 0.107.

²³ HÄFELIN / HALLER / KELLER 2008, n° 130.

²⁴ FF 2010 2067, Relation entre droit international et droit interne, ch. 8.7.1.2.

Tant que le constituant n'établit pas lui-même une hiérarchie des normes, le principe qui vaut est celui de l'égalité des normes constitutionnelles²⁵. Ce principe est cependant soumis à deux restrictions : lorsque la Constitution fédérale reprend explicitement des normes impératives du droit international, ces normes priment le droit constitutionnel « ordinaire »²⁶. En outre, la primauté d'une norme constitutionnelle peut se dégager de l'examen de tous les éléments pertinents dans un cas donné. Les principes développés pour l'interprétation législative, selon lesquels la loi postérieure déroge à la loi antérieure (« *lex posterior derogat legi priori* ») et la loi spéciale déroge à la loi générale (« *lex specialis derogat legi generali* »), ne peuvent être appliqués sans autre réflexion à l'interprétation constitutionnelle²⁷, en raison du principe, évoqué plus haut, selon lequel les normes constitutionnelles sont en principe de rang équivalent.

La mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles dépend dans une large mesure de l'importance donnée, en plus des éléments généraux d'interprétation, à deux éléments d'interprétation spécifiques aux normes constitutionnelles :

- L'interprétation harmonisante²⁸ (également appelée mise en concordance pratique), selon laquelle le législateur est tenu d'intégrer dans sa réflexion tous les objectifs constitutionnels concernés par la problématique. Les normes constitutionnelles doivent être interprétées de manière à éviter, dans toute la mesure du possible, des conflits de normes à l'intérieur de la Constitution.
- L'interprétation conforme au droit international, selon laquelle les normes impératives du droit international priment la Constitution ; les autres normes du droit international doivent être « respectées » (« *beachten* », art. 5, al. 4, Cst.). Tous les organes de l'Etat sont donc tenus, dans le cadre de leur activité normative ou d'application du droit, d'interpréter les normes constitutionnelles – dans la mesure où cela est nécessaire et possible – de manière conforme au droit international.

1.2.2 Proportionnalité

Le principe de proportionnalité revêt une importance particulière pour 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'Etat régi par le droit », tandis que l'art. 36, al. 3, en fait une condition à la « restriction des droits fondamentaux ». Le principe de proportionnalité est une idée directrice que l'on retrouve en filigrane dans tout l'ordre constitutionnel et juridique ; en droit pénal, une attention particulière doit lui être prêtée au moment d'ordonner une mesure et lorsque des sanctions sont infligées, le principe de proportionnalité est consubstantiel au principe de la faute.

Conformément à la doctrine, le Tribunal fédéral voit dans le principe de proportionnalité un principe fondamental pertinent pour tous les domaines du droit public, qui

²⁵ TSCHANNEN 2011, § 4 n° 13 ; TSCHANNEN 2011, § 9 n° 5 ; MÜLLER 2010 n° 7 ; cf. également ATF 105 Ia 330, consid. 3c.

²⁶ TSCHANNEN 2011, § 4 n° 16

²⁷ TSCHANNEN 2011, § 4 n° 16

²⁸ RHINOW / SCHEFER 2009, n° 524, 529 ; HANGARTNER 2011, p. 473.

doit dès lors régir le droit administratif dans son ensemble et guider aussi bien l'application du droit que l'activité législative²⁹. 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'Etat disproportionnées, [...] ». ³⁰ Le principe de proportionnalité guidant tous les aspects de l'activité de l'Etat, il déploie aussi ses effets dans l'interprétation des normes constitutionnelles (interprétation harmonisante et interprétation conforme au droit international).

1.2.3 Relation entre droit international et initiatives populaires³¹

Selon l'art. 195 Cst., une initiative populaire entre en vigueur dès que le peuple et les cantons l'ont acceptée. Elle devient donc, dès ce moment, du droit constitutionnel valable, que les autorités doivent mettre en œuvre en respectant l'esprit. Seules les initiatives contraires aux règles impératives du droit international ne sont pas valables, donc ne sont pas soumises à la votation populaire. Celles qui violent d'autres règles du droit international sont valables et doivent être appliquées du moment qu'elles ont été acceptées par le peuple et les cantons (art. 139, al. 3, 193, al. 4, et 194, al. 2, Cst.).

Les normes constitutionnelles contraires au droit international devraient représenter une exception de durée limitée, au nom de la Constitution elle-même (art. 5, al. 4), des intérêts de politique extérieure de la Suisse et de l'importance du droit international pour la coexistence pacifique des Etats. Cela signifie que si une initiative populaire contraire au droit international venait à être acceptée, il faudrait renégocier, lorsque c'est possible, ou éventuellement dénoncer les engagements internationaux concernés. Qu'en est-il alors des traités non dénonçables ou des engagements auxquels la Suisse ne veut pas renoncer pour des raisons politiques ou économiques? Il peut dans ce cas s'ensuivre une violation du droit international. Si le traité concerné dispose d'un mécanisme de contrôle, la Suisse s'expose à une condamnation par un organe international. Dans le cas de la CEDH, un arrêt de la Cour constatant une violation de la CEDH doit être mis en œuvre ; l'exécution de l'arrêt par l'Etat concerné est surveillée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. D'après la pratique constante du Comité des Ministres, les mesures à prendre ne se limitent pas à celles visant à résoudre le cas d'espèce. L'Etat doit également prendre des mesures à caractère général afin d'éviter que le même type de violation de la Convention ne se répète.

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

²⁹ ATF 96 I 234, consid. 5

³⁰ ATF 102 Ia 234, consid. 5c. Cf. également Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 133.

³¹ FF 2010 2067, Relation entre droit international et droit interne, ch. 9.6.

international, elles ne pourront peut-être pas concrétiser l'ensemble des objectifs poursuivis par l'initiative et risquent de décevoir les attentes de citoyens ayant voté en faveur de cette dernière.

1.3 Eléments de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

1.3.1 Conditions

Les conditions entraînant les conséquences juridiques prévues dans les dispositions constitutionnelles en question sont les suivantes :

- condamnation par un jugement entré en force pour certaines infractions déterminées (al. 3, let. a) ;
- perception abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale (al. 3, let. b).

Infractions devant entraîner l'expulsion :

Les infractions pénales mentionnées à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. peuvent être regroupées de la manière suivante³² :

- 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 une ou plusieurs dispositions pénales existantes :
 - trafic de drogue : cf. art. 19 ss de la loi sur les stupéfiants (LStup) ;
 - 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.

Les infractions ayant une correspondance directe dans le CP doivent être converties en normes légales et précisées. L'homicide intentionnel devrait notamment inclure les faits constitutifs du meurtre, de l'assassinat et du meurtre passionnel (cf. art. 111 à 113 CP).

Les infractions se rattachant à une ou plusieurs dispositions pénales existantes doivent également être précisées : la concrétisation du trafic de drogue comme motif d'expulsion pourrait s'appuyer sur les normes pénales de la LStup. La disposition sur le vol avec effraction pourrait se référer aux normes existantes du CP.

³² Cf. rapport du groupe de travail, p. 31

Le législateur doit ensuite préciser les délits formulés de manière relativement ouverte :

Selon l'art. 121, al. 3, let. a, Cst., ne sont à inscrire dans la loi comme motif d'expulsion que les infractions à l'intégrité sexuelle qui sont de gravité comparable au viol. Une description plus précise de la notion d'« autre délit sexuel grave » pourrait s'inspirer du cinquième titre du deuxième livre du CP (art. 187 à 200).

La notion d'« acte de violence » est difficile à cerner. Elle ne peut guère être circonscrite par des éléments constitutifs d'infractions pénales car il n'existe pas, dans le code pénal, un délit de « violence » à proprement parler. La comparaison établie dans le texte constitutionnel avec le brigandage permet de supposer que sont principalement visées des infractions comprenant l'usage de violence contre la vie et l'intégrité corporelle et qui sont comparables, de par leur degré d'illicéité et leur gravité, aux faits constitutifs de l'art. 140 CP.

Perception abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale :

Le texte constitutionnel ne précise pas si une condamnation entrée en force est nécessaire à la réalisation des conditions, laissant au législateur la latitude de décider si les faits constitutifs de l'abus doivent donner lieu à une sanction administrative ou à une sanction pénale. On ne saurait toutefois en conclure que la perception abusive de prestations sociales qui a été constatée par une autorité mais n'a pas encore fait l'objet d'une décision entrée en force, réunit les éléments constitutifs d'une infraction entraînant l'expulsion. Si l'intention était de renoncer sur ce point à la protection juridique, elle aurait dû être formulée explicitement dans la norme constitutionnelle.

1.3.2 Conséquences juridiques

Les conséquences juridiques de la réalisation des faits constitutifs sont les suivantes :

- privation du titre de séjour (al. 3, phrase introductive) ;
- privation de tous les droits à séjourner en Suisse (al. 3, phrase introductive) ;
- expulsion du pays (al. 5) ;
- interdiction d'entrer sur le territoire d'une durée de 5 à 15 ans, et de 20 ans en cas de récidive (al. 5) ;
- punissabilité en cas de non-respect de l'interdiction d'entrer sur le territoire (al. 6).

« *Titre de séjour* » :

Le « titre de séjour » atteste du droit donné à un étranger en application des art. 32 et suivants de la loi sur les étrangers (LEtr) de séjourner en Suisse. Les différents titres de séjour existants sont les suivants :

- 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 personnes admises à titre provisoire (permis F ; art. 41, al. 2 et art. 83 ss LEtr) ;
- requérants d'asile (permis N ; art. 42 s. LAsi³³).

Les permis F et N ne sont pas des autorisations relevant du droit des étrangers. Ils ne font qu'attester un droit de se trouver en Suisse³⁴.

Le texte de la Constitution prévoit encore que les étrangers concernés sont privés « de tous leurs droits à séjourner en Suisse ». Cette formulation recouvre les cas d'une personne étrangère qui, en vertu d'un traité international ou de la loi, satisfait aux critères d'octroi d'une autorisation de séjour – ou de sa prolongation ou de sa transformation en un statut plus durable – mais pour laquelle une décision formelle n'a pas encore été rendue. On peut penser par exemple au cas d'une personne qui remplirait les conditions prévues 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 dont l'autorisation de séjour n'a pas encore fait l'objet d'une décision. Si cette personne était condamnée pour meurtre par un jugement entré en force, elle perdrait son droit à séjourner en Suisse en vertu de l'art. 42, al. 2, LEtr.

« *Expulsion* » :

Sur le plan constitutionnel, l'art. 25, al. 1, et l'art. 121, al. 2, Cst. contiennent tous deux le terme d'expulsion. Ce terme signifie que l'Etat 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 retour³⁵.

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. 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). Contrairement à la nouvelle forme d'expulsion qu'il est proposé d'inscrire dans le code pénal, l'expulsion au sens de la LEtr est une mesure qui a une valeur administrative et répond à d'autres critères. Si la personne expulsée n'obéit pas de son propre gré à son devoir de quitter la Suisse, l'exécution a lieu sous contrainte, c'est-à-dire que l'étranger est renvoyé³⁶. Le renvoi (ou « refoulement », « Rückschiebung ») signifie donc l'exécution sous contrainte d'une expulsion. Au

³³ Loi sur l'asile du 26.6.1998 (RS 142.31)

³⁴ SPESCHA / KERLAND / BOLZLI 2010, p. 117, 310.

³⁵ Cf. FF 1997 I 137, Message du Conseil fédéral du 20.11.1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, p. 172 ; REICH 2008, p. 513.

³⁶ RHINOW / SCHEFER 2009, n 1766 ; REICH 2008, p. 513.

niveau de la loi, le « renvoi ou l'expulsion » (qui correspondent au terme allemand « Ausschaffung ») sont traités aux art. 69 ss LEtr.

Sur la base de ces notions, la question de savoir si une personne étrangère doit quitter la Suisse touche trois niveaux :

- la perte du droit de séjour (accordé par une autorisation) ;
- l'obligation matérielle de quitter le pays (décision de renvoi) ; et
- l'exécution du renvoi (expulsion).

« *Interdiction d'entrée* » :

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 ; il s'agit d'une simple mesure (de droit administratif) visant à maintenir éloigné l'étranger dont la présence en Suisse est indésirable ; il lui est dès lors interdit d'entrer légalement en Suisse. Les interdictions d'entrée prononcées par l'Office fédéral des migrations sur la base de l'art. 67, al. 1 et 2, LEtr le sont généralement pour une durée maximale de cinq ans, conformément au droit en vigueur ; en cas de menace grave pour la sécurité et l'ordre publics, l'interdiction d'entrée peut être prononcée « pour une plus longue durée » (art. 67, al. 3, LEtr). Les interdictions d'entrée prononcées par l'Office fédéral de la police (fedpol) pour cause de menace à la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse peuvent être d'une durée supérieure à cinq ans et même, dans des cas graves, d'une durée illimitée (cf. art. 67, al. 4 et art. 68, al. 3, LEtr).

L'art. 121, al. 5, Cst. prévoit comme conséquence juridique une « interdiction d'entrer sur le territoire » allant de 5 à 15 ans, et de 20 ans en cas de récidive. Le législateur peut ainsi inscrire dans la loi, en application du principe de proportionnalité, des critères permettant de fixer la durée de l'interdiction d'entrée dans chaque cas, en respectant la fourchette donnée. La loi peut cependant aussi laisser à l'autorité chargée de son application le soin de fixer la durée de l'interdiction d'entrée au cas par cas, en faisant usage de son pouvoir d'appréciation.

1.3.3 Mandat législatif

Le législateur a cinq ans, à compter de l'acceptation du nouvel article constitutionnel, pour édicter une législation d'exécution qui complète et précise la norme constitutionnelle (art. 197, ch. 8, Cst.). Ce mandat comporte trois volets :

- Préciser les faits constitutifs des infractions visées à l'al. 3 (al. 4, première phrase). Il s'agit notamment de définir dans la loi quelles formes de trafic de drogue et d'effraction, quels « autres délits sexuels graves », en plus du viol, et quels « actes de violence d'une autre nature tels que le brigandage » entraîneront les conséquences juridiques prévues dans la Constitution. Il s'agit par ailleurs de définir quels comportements permettent de conclure à la perception abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale au sens de l'al. 3, let. b.

- Compléter les faits constitutifs des infractions visées à l'al. 3 par d'autres faits constitutifs ; la nécessité de compléter les faits constitutifs est laissée à l'appréciation du législateur (al. 4, deuxième phrase).
- Edicter des dispositions pénales applicables aux étrangers qui contreviennent à l'interdiction d'entrer sur le territoire ou qui y entrent illégalement de quelque manière que ce soit (al. 6, deuxième phrase).

1.4 Variante 1

1.4.1 Introduction

La variante 1 se fonde sur l'interprétation des nouvelles normes constitutionnelles défendue par la majorité du groupe de travail. Si elle reprend des éléments essentiels des propositions de réglementation formulées par la majorité du groupe de travail, elle n'en propose pas moins des solutions originales et donne plus de poids à la primauté des nouvelles normes constitutionnelles.

1.4.2 Relation entre le droit constitutionnel et le droit international

Dans son message concernant l'initiative sur le renvoi, le Conseil fédéral relevait qu'en cas d'acceptation de l'initiative populaire, outre des conflits majeurs avec des garanties de l'Etat 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 (CEDH) et de l'Accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne ». Cette affirmation, qui était motivée en détail et s'appuyait sur une analyse de la CEDH, du Pacte II de l'ONU, de la Convention relative aux droits de l'enfant et de l'ALCP³⁷, partait du principe de l'égalité des normes constitutionnelles et non de celui de la primauté du droit le plus récent.

L'avant-projet de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles selon la variante 1 se fonde sur les éléments suivants :

Les nouvelles dispositions constitutionnelles ne sont pas rédigées avec une précision telle que l'on puisse se fonder sur le seul libellé de l'art. 121, al. 3, Cst. La portée de ces nouvelles normes donnait d'ailleurs lieu à contestation avant même la votation. Au final, l'art. 121, al. 4, Cst. (de même que l'art. 198, ch. 7, des dispositions transitoires) relativise cette portée en ce sens qu'il charge le législateur de préciser les faits constitutifs des infractions visées à l'art. 121, al. 3, Cst.

La variante 1 tient compte de la genèse et du but des nouvelles dispositions constitutionnelles. Comparée au régime en vigueur en matière d'exécution des renvois et des expulsions, elle prévoit un net durcissement de la pratique concernant l'expulsion des étrangers criminels. Même si elle ne satisfait pas entièrement à l'objectif de l'« automatisme de l'expulsion » visé par l'initiative, la réglementation proposée

³⁷ FF 2009 4571, message concernant l'initiative sur le renvoi, 4580 ss

tient compte, dans une mesure acceptable, des principes constitutionnels fondamentaux et des garanties des droits de l'homme inscrites dans le droit international³⁸.

L'art. 5, al. 2, Cst. dispose que l'activité de l'Etat doit être proportionnée au but visé. Selon la variante 1, les nouvelles normes constitutionnelles tiennent déjà compte, dans une large mesure, du principe de proportionnalité (notamment en ce qui concerne l'adéquation et la nécessité), mais n'intègrent pas, en revanche, l'aspect de la proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire le rapport entre le but poursuivi et les moyens mis en œuvre. Il faut comprendre par là le rapport entre le but concret de l'atteinte (intérêt public) et son effet concret (atteinte subie par le particulier)³⁹. L'art. 121, al. 3 à 6, Cst. n'interdit pas expressément que l'on tienne compte de ce dernier aspect. Selon les principes de l'interprétation harmonisante, il est même impératif de l'inclure tant dans l'élaboration que dans l'application du droit.

La Constitution n'interdit pas de reporter l'expulsion durant la phase d'exécution. C'est le cas lorsque le droit international impératif le prescrit (principe du non-refoulement) ou que l'exécution de l'expulsion est impossible sur le plan pratique (par ex. parce que la personne ne possède pas de documents d'identité).

Le conflit de normes entre le nouveau droit constitutionnel et le droit international non impératif doit être résolu en appliquant par analogie la « jurisprudence Schubert » développée par le Tribunal fédéral et précisée ultérieurement par la « jurisprudence PKK »⁴⁰. Selon cette jurisprudence, les garanties des droits de l'homme inscrites dans le droit international priment dans tous les cas la loi fédérale. Pour le reste, l'aspect déterminant (pour le Tribunal fédéral) est de savoir si l'Assemblée fédérale, lorsqu'elle a édicté la loi, s'est accommodée en toute connaissance de cause d'une dérogation à des dispositions non impératives du droit international⁴¹.

En l'espèce, cela signifie que la législation d'exécution doit respecter les garanties des droits de l'homme inscrites dans le droit international. Elle doit en particulier être conçue de telle sorte que les autorités compétentes procèdent à un examen du cas et s'assurent de la proportionnalité de la mesure dans tous les cas d'expulsion posant un problème au regard du bien protégé par l'art. 8 CEDH ou l'art. 17 du Pacte II de l'ONU.

Au demeurant, les nouvelles normes constitutionnelles priment. Cette primauté se vérifie notamment en lien avec l'ALCP et la Convention AELE. Si ces deux accords internationaux demandent aussi, pour l'essentiel, un examen de la proportionnalité, à l'instar de ce qui est prévu par l'art. 8 CEDH, ils disposent en outre que la personne doit constituer, tant au moment de la condamnation pénale qu'au moment de l'exécution de l'expulsion, une menace actuelle et suffisamment grave pour l'ordre,

³⁸ Cf. HANGARTNER 2011, p. 473 ss, 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 ex. 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.

³⁹ Une mesure n'est pas proportionnée au sens strict lorsque l'atteinte qu'elle représente pour la situation juridique de la personne concernée est excessive au regard de l'importance de l'intérêt public visé. Cf. TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER 2009, § 21, n° 16.

⁴⁰ Cf. FF 2011 3401, Rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne, ch. 5.2 et 5.3

⁴¹ Cf. Rapport du groupe de travail, p. 118

la sécurité et la santé publics. Or il n'est pas possible de tenir compte de ces exigences sans contrevenir aux nouvelles normes constitutionnelles, qui représentent un durcissement par rapport aux réglementations en vigueur.

1.4.3 Dans quel acte intégrer les dispositions d'exécution ?

La Constitution ne donne pas d'instructions claires quant à l'acte dans lequel il y a lieu d'intégrer les dispositions d'exécution. La question de ce choix soulève à son tour 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 compétentes.

Si l'initiative sur le renvoi avait complété l'art. 123 Cst. « Droit pénal », des motifs importants relevant de la systématique du droit plaideraient pour une mise en œuvre dans le code pénal. 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 étrangères. Actuellement, c'est essentiellement au travers de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) que cette compétence est mise en œuvre. Les prescriptions relatives à l'extinction et à la révocation d'autorisations et aux mesures d'éloignement figurent aux art. 60 ss LEtr. 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 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.

Des raisons d'ordre pratique plaident aussi pour une mise en œuvre dans la loi sur les étrangers. Les nouvelles réglementations pourraient ainsi être intégrées dans un système efficace. Les art. 73 ss LEtr prévoient une série de mesures de contrainte spécialement adaptées pour tenir compte des faits (relevant du droit administratif) pouvant entraîner un 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 insoumission. 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. Cette dernière 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, au renvoi pour cause de dépendance à l'aide sociale ou au renvoi de jeunes délinquants.

A l'appui d'une intégration des dispositions d'exécution dans le code pénal, on peut faire valoir que la possibilité d'une expulsion judiciaire 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. Cette solution aurait en outre l'avantage de favoriser une administration rationnelle de la justice : dès lors que la condamnation pénale et l'expulsion sont prononcées à l'issue de la même procédure (pénale), une seule et même autorité peut garder la main sur le dossier. 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 la CEDH. Le cas échéant, il devra demander à cette fin un avis (rapport officiel) aux autorités compétentes en matière de migrations. Un autre avantage de la mise en œuvre dans le code pénal réside dans le fait que, 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. Or s'il appartient à une autorité compétente en matière de migrations 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. Enfin, le Conseil fédéral a adopté, le 4 avril 2012, un message relatif à la réforme du droit des sanctions, dans lequel il propose entre autres d'inscrire dans le code pénal une nouvelle disposition sur l'expulsion facultative⁴². Par 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.

Tout comme la majorité du groupe de travail, le Conseil fédéral estime que les avantages résultant d'une mise en œuvre dans le code pénal l'emportent. Il propose de concrétiser les nouvelles dispositions constitutionnelles sous la forme d'une nouvelle expulsion judiciaire, intégrée dans le chapitre des mesures.

1.4.4 Propositions de réglementation dans le code pénal

1.4.4.1 Expulsion

L'inscription, dans le code pénal (et le code pénal militaire⁴³), sous les « autres mesures », d'une nouvelle disposition sur l'expulsion est proposée pour mettre en œuvre les nouvelles normes constitutionnelles. L'expulsion englobe la perte du titre de séjour et de tous les droits à séjourner en Suisse (phrase introductive de l'art. 121, al. 3, Cst.), l'obligation de quitter le pays (expulsion proprement dite) et une interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans. En cas de récidive, l'interdiction est prononcée pour 20 ans (art. 121, al. 5, Cst.).

⁴² Message relatif à la modification du code pénal et du code pénal militaire (réforme du droit des sanctions) ; documentation disponible sous : http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_sanktionensystem.html

⁴³ CPM, RS 321.0 ; cf. ch. 1.4.5

1.4.4.2

Liste d'infractions

Infractions et groupes d'infractions visés à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. Des infractions supplémentaires au sens de l'art. 121, al. 4, Cst. ne seront prises en compte dans la liste que pour des raisons de cohérence et seulement avec une grande retenue. Outre les infractions expressément mentionnées dans la Constitution, cette liste ne contient que des crimes graves contre des biens juridiques déterminés⁴⁴. La gravité se mesure à l'aune des infractions de viol et de brigandage expressément mentionnées dans les nouvelles dispositions constitutionnelles.

- Seules les infractions ci-après, qualifiées de crimes, sont intégrées dans la liste des infractions pour concrétiser la notion de « meurtre » : le meurtre (art. 111 CP), l'assassinat (art. 112 CP) et le meurtre passionnel (art. 113 CP).
- Outre le viol (art. 190 CP), qui figure expressément dans les nouvelles normes constitutionnelles, la liste intègre comme « tout autre délit sexuel grave », la contrainte sexuelle (art. 189 CP), les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP) et l'encouragement à la prostitution (art. 195 CP). Ces infractions sont passibles soit d'une peine minimale privative de liberté d'un an au moins, soit d'une peine maximale privative de liberté de 10 ans au plus.
- En plus du brigandage (art. 140 CP), qui est lui aussi mentionné expressément dans la Constitution, sont considérés comme des « actes de violence d'une autre nature » les crimes graves contre la vie et l'intégrité corporelle et la liberté, ainsi que les crimes créant un danger collectif passibles d'une peine minimale privative de liberté d'un an ou d'une peine maximale privative de liberté de dix ans ou plus.
- En application de l'art. 121, al. 4, Cst., la liste des infractions est complétée par des infractions graves contre le patrimoine. Les infractions telles qu'un abus de confiance qualifié (art. 138, ch. 2, CP), des actes de vol commis par métier ou en bande (art. 139, ch. 2 et 3, CP) des formes qualifiées de chantage et d'extorsion (art. 156, al. 2 à 4, CP) et des actes de recel commis par métier (art. 160, ch. 2, CP) justifient aussi une expulsion obligatoire du territoire, au même titre, notamment, que le brigandage, le viol et l'escroquerie à une assurance sociale. Les crimes graves contre le patrimoine englobent aussi les délits économiques graves.
- L'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale au sens de l'art. 121, al. 3, let. b, Cst. est concrétisée par l'escroquerie selon l'art. 146 CP et une nouvelle infraction pénale (cf. art. 148a AP-CP).
- Le trafic de drogue est concrétisé par l'infraction qualifiée à la loi sur les stupéfiants (art. 19, al. 2, LStup).
- L'effraction doit être définie comme une combinaison de la violation de domicile (art. 186 CP) et du vol (art. 139 CP).

⁴⁴ Il s'agit aussi de tenir compte des exigences du comité d'initiative, qui comme il ressort des explications du Conseil fédéral relatives à la votation du 28 novembre 2010 (cf. p. 12), a souligné à plusieurs reprises que l'initiative avait pour but de permettre l'expulsion systématique des étrangers qui commettent de « graves délits ».

Sont prises en compte toutes les formes de participation (auteur principal, coauteur, instigateur et complice), qu'il s'agisse d'infractions effectivement consommées ou de tentatives.

1.4.4.3 Précision de la notion de « condamnation »

Aux termes de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst., l'étranger doit avoir été condamné par un « jugement entré en force » pour l'une des infractions mentionnées. S'il est employé par opposition à celui d'acquittement, le terme de condamnation est indépendant du prononcé d'une sanction. La condamnation signifie qu'une personne a enfreint la loi en se rendant coupable d'une infraction. Du point de vue du droit pénal, l'auteur est alors « déclaré coupable » (d'une infraction déterminée) et, en général, « condamné » à une peine, c'est-à-dire « puni » d'une sanction particulière. Dans le langage courant aussi, la condamnation est généralement associée au prononcé d'une peine.

Si l'auteur est jugé irresponsable, il est acquitté (parce qu'il n'est pas punissable au sens de l'art. 19, al. 1, CP) ; une mesure peut cependant être ordonnée à son encontre. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de déterminer si une interprétation large, conforme à la Constitution, de la notion de « condamnation » permettrait de prononcer une expulsion à l'encontre d'un auteur jugé irresponsable (c'est-à-dire qui a été « acquitté ») dès lors qu'une mesure a été ordonnée contre cette personne en raison du danger qu'elle représente pour la sécurité publique. L'expulsion automatique serait une mesure excessive pour les personnes qui ne peuvent pas être tenues pour responsables de leurs actes sur le plan pénal. Dans ce type de cas, une mesure d'éloignement au sens de la LEtr (par ex. une interdiction d'entrée) semble être plus appropriée pour tenir compte de la dangerosité de la personne.

Au vu de ce qui précède, pour que les conditions d'une expulsion obligatoire soient remplies, il faut que l'auteur ait été condamné à une peine. Cela implique également que l'expulsion ne doit pas obligatoirement être prononcée dans les cas où, malgré une condamnation pour l'une des infractions de la liste, le juge exempte l'auteur de toute peine (art. 23 et 52 à 54 CP).

1.4.4.4 Peine minimale

Le droit pénal suisse établit une distinction, selon la gravité des faits, entre les crimes, les délits et les contraventions. Cette distinction se fonde sur la peine dont est passible chacune des infractions. La peine encourue est, de fait, 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 dans le cas d'espèce. Le droit pénal suisse est 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 passible⁴⁵ et, d'autre part, de la peine infligée dans le cas d'espèce compte tenu de la culpabilité de l'auteur⁴⁶. Si le but des nouvelles dispositions constitutionnelles est de permettre l'expulsion de personnes étrangères ayant commis de « graves délits »⁴⁷, ce type de mesure ne saurait être prononcé sans tenir compte de la peine infligée en l'espèce.

L'expulsion obligatoire est une mesure drastique, qui ne peut être prononcée que dans le respect des principes de l'activité de l'Etat régi par le droit, tel le principe de proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst.). Dans la systématique du code pénal, les dispositions relatives à l'expulsion sont intégrées dans le chapitre des mesures, ce qui confère une importance encore accrue au principe de proportionnalité : selon le droit régissant les mesures, 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 CP, en particulier l'art. 56, al. 2)⁴⁸. Dans la plupart des cas, l'expulsion permettra d'atteindre le but poursuivi, à savoir empêcher que des personnes étrangères ne commettent de nouvelles infractions en Suisse. La question de la nécessité de cette mesure soulève toutefois des problèmes : dans certains cas en effet, une mesure moins drastique (par ex. une mesure ambulatoire ou une interdiction d'exercer une profession) permettrait tout aussi bien de protéger l'intérêt public visé. L'expulsion n'apparaîtra pas nécessaire, en particulier, pour certains auteurs pour lesquels le pronostic est favorable. En fixant la durée de l'expulsion, le juge peut certes tenir compte de cet aspect jusqu'à un certain point, mais seulement dans une mesure insuffisante. Enfin, dans les cas d'infractions légères (en raison de la peine encourue ou de la peine prononcée dans un cas déterminé), l'expulsion ne sera pas strictement proportionnée au but visé. Poser la condition d'une peine minimale (découlant d'un degré de culpabilité minimal) permet de garantir, jusqu'à un certain point, le respect du principe de proportionnalité au sens strict.

Interprétant l'art. 62, let. b, LEtr (selon lequel « une peine privative de liberté de longue durée » peut justifier la révocation d'une autorisation ou d'une autre décision), le Tribunal fédéral a fixé la limite à un an⁴⁹. Cette limite, qui ne s'applique

⁴⁵ Il est tenu compte, dans la mesure du possible, de cette condition dans la liste des infractions.

⁴⁶ Par exemple, les lésions corporelles graves visées à l'art. 122 CP peuvent être qualifiées d'infraction grave si l'on considère qu'il s'agit d'une infraction passible d'une peine privative de liberté de 10 ans au plus. Mais dans un cas d'espèce, l'auteur de lésions corporelles graves 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). Les lésions corporelles graves peuvent également avoir été commises 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.

⁴⁷ Cf. explications du Conseil fédéral relatives à la votation du 28 novembre 2010, p. 12

⁴⁸ Cf. STRATENWERTH 2006, § 8, n° 12 ss ; si l'expulsion était une peine accessoire, comme le prévoyait l'ancien droit (ancien art. 55 CP), il faudrait en revanche tenir compte du principe de culpabilité.

⁴⁹ Cf. ATF 135 II 377

pas de manière absolue⁵⁰, se rapporte à la révocation d'une d'autorisation de séjour pour laquelle le titulaire ne peut faire valoir de droit particulier. Si l'étranger peut faire valoir un droit particulier à une autorisation de séjour, cette limite est portée à deux ans. Le message du 4 avril 2012 relatif à la réforme du droit des sanctions s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence du Tribunal fédéral et prévoit à l'art. 67c, al. 1, P-CP, de soumettre l'expulsion facultative à une peine minimale supérieure à un an (susceptible de sanctionner tous les crimes et délits)⁵¹.

Eu égard au but de l'initiative, cette limite est sensiblement abaissée. Dans de nombreuses situations, le droit en vigueur prévoit qu'une peine de six mois établit la limite entre une criminalité plutôt légère et une criminalité plutôt grave⁵². Cette limite est reprise pour la détermination de la peine minimale (art. 66a, al. 2, AP CP) : lorsque le juge inflige une peine privative de liberté de six mois au plus ou une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, l'étranger ne doit pas en principe être expulsé. L'expulsion doit toutefois rester possible, dans ce type de cas également, si les intérêts publics à l'expulsion l'emportent sur l'intérêt de l'étranger à demeurer en Suisse. L'expulsion devient ainsi facultative lorsque l'auteur est condamné à une peine privative de liberté qui n'excède pas six mois, à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus ou à du travail d'intérêt général d'une durée équivalente (cette dernière peine devrait être une exception dans les cas où une expulsion est ordonnée). Dans les cas de délinquance itinérante, l'intérêt public à l'expulsion l'emportera généralement⁵³.

Afin de respecter le principe de proportionnalité, la possibilité de prendre en compte des motifs d'atténuation de la peine, en lieu et place du critère de la peine minimale, a aussi été envisagée⁵⁴. L'effet d'une atténuation de la peine sur le degré d'illicéité de l'acte peut toutefois varier considérablement : il peut arriver que l'auteur se soit défendu avec des moyens si disproportionnés (art. 16, al. 1, CP) qu'il mérite tout de même une lourde peine. Si le juge estime à l'inverse que la personne n'a excédé que légèrement les limites de la légitime défense, il peut conclure à une culpabilité restreinte et prononcer une peine dans le bas de la fourchette prévue ou inférieure au minimum légal (art. 48a, al. 1, CP). Une peine minimale devrait donc être prévue ici aussi afin qu'une circonstance atténuante – facultative ou obligatoire – n'entraîne une expulsion facultative que dans les cas où elle aboutit, par exemple, à une peine

⁵⁰ Si la peine privative de liberté prononcée est inférieure à un an, il est possible de révoquer l'autorisation de séjour conformément aux motifs de révocation visés à l'art. 63, al. 1, let. b, LEtr et à l'art. 62, let. c, LEtr (atteinte grave ou répétée à la sécurité et l'ordre publics en Suisse / menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse), qui s'appliquent à titre subsidiaire.

⁵¹ Le document peut être consulté à l'adresse: http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_sanktionensystem.html.

⁵² Art. 37 CP (travail d'intérêt général), art. 40 et 41 CP (limitation de la courte peine privative de liberté), art. 352 CPP (procédure de l'ordonnance pénale). Conformément au message relatif à la modification du code pénal et du code pénal militaire (réforme du droit des sanctions), adopté le 4 avril 2012, le juge pourra de plus prononcer une peine pécuniaire allant jusqu'à 180 jours-amende (ce qui correspond à six mois de peine privative de liberté de substitution selon l'art. 36 CP).

⁵³ La LEtr permet déjà, il est vrai, d'ordonner des mesures relevant du droit des étrangers à l'encontre de criminels de passage (délinquance itinérante), qui ne possèdent pas de titre de séjour. De manière générale néanmoins, ces mesures sont prononcées pour une durée inférieure (cinq ans au plus) à celle de la nouvelle expulsion judiciaire (d'une durée minimale de cinq ans).

⁵⁴ Cf. rapport du groupe de travail, ch. 6.7.2, p. 72 ss

inférieure à six mois (ou à une exemption de peine). Cette situation pénaliserait toutefois les personnes qui, en raison du faible degré de gravité de leur acte ou de leur faible degré de culpabilité, sont condamnées à des peines inférieures à six mois. Aussi la possibilité de tenir compte expressément des motifs d'atténuation de la peine n'a-t-elle pas été retenue.

La peine minimale de six mois a aussi une importance en ce qui concerne les infractions graves (art. 66a, al. 3, AP-CP). L'expulsion doit être la règle pour les peines de plus de six mois. Le législateur part du principe qu'à partir d'une peine de plus de six mois, l'expulsion est considérée comme proportionnelle. Une exception n'est possible que dans les cas où l'exécution de l'expulsion ne peut être raisonnablement exigée, car elle porterait gravement atteinte aux droits personnels de la personne concernée, qui sont protégés par des garanties des droits de l'homme inscrites dans le droit international.

Il ressort de la statistique des condamnations pénales de l'Office fédéral de la statistique (OFS) que des peines inférieures à six mois sont pratiquement exclues pour des infractions qualifiées de graves au regard de la peine dont elles sont passibles (par ex. le meurtre ou le viol)⁵⁵.

1.4.4.5 Compétence pour ordonner et exécuter l'expulsion

La variante 1 part du principe que les autorités compétentes tiennent compte des garanties des droits de l'homme inscrites dans le droit international (cf. ch. 1.4.2) dans les cas où une expulsion est prononcée.

En ce qui concerne l'expulsion selon l'ancien art. 55 CP, les motifs susceptibles de s'opposer à ce que cette mesure soit ordonnée ou exécutée n'étaient pas définis dans le code pénal, pas plus que les autorités compétentes pour examiner ces motifs. Afin de préserver la sécurité du droit et de garantir l'égalité devant la loi, les compétences et les grands principes relatifs à la nouvelle expulsion obligatoire seront inscrits dans le code pénal.

La répartition prévue des compétences entre le tribunal et les autorités d'exécution correspond pour l'essentiel à celle qui prévalait pour l'expulsion selon l'ancien droit :

- Pour le tribunal, sont des motifs susceptibles de s'opposer à ce qu'une expulsion soit ordonnée les prescriptions de la CEDH, du Pacte II de l'ONU et de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 66a, al. 3, AP-CP) : au premier rang figurent le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH et de l'art. 17 du Pacte II de l'ONU, l'intérêt supérieur de l'enfant selon l'art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, ainsi que l'interdiction de séparer les enfants de leurs parents contre leur volonté et le droit à entretenir des relations personnelles et des contacts réguliers, visés à l'art. 10 de cette même convention.
- A titre d'obstacle à l'exécution de l'expulsion, l'autorité d'exécution ne tient compte, d'office ou sur demande, que du principe du non-refoulement. Il peut aussi arriver que l'expulsion ne puisse pas être exécutée en raison d'obstacles tech-

⁵⁵ Cf. rapport du groupe de travail, ch. 7.10.5, p. 111 ss

niques (par ex. refus des autorités du pays d'origine d'établir des documents de voyage).

Cette répartition des compétences se distingue nettement de celle préconisée dans les variantes 2 et 3 du groupe de travail : si elles posaient bien le principe d'un certain automatisme de l'expulsion judiciaire (sauf dans les cas relevant du champ d'application de l'ALCP et de la Convention AELE, car le principe de l'automatisme de l'expulsion serait contraire aux dispositions de ces deux accords), les solutions proposées prévoyaient de nombreux obstacles à l'exécution de l'expulsion fondés sur la Constitution et le droit international. Or avec ce type de réglementation, un grand nombre de personnes concernées se seraient retrouvées en Suisse sans titre de séjour et auraient dû être admises provisoirement. La réglementation proposée dans la variante 1 doit permettre d'éviter, dans la mesure du possible, que les tribunaux ordonnent des expulsions dont l'exécution ne pourra ensuite être raisonnablement exigée, car elle violerait des droits de l'homme garantis par le droit international.

La variante 1 contient en outre des dispositions concernant le moment de l'exécution de l'expulsion et la durée de la mesure (art. 66c AP-CP)⁵⁶.

1.4.4.6 Procédure de l'ordonnance pénale

Dans les cas où elle apparaît probable, l'expulsion doit être ordonnée par le juge pénal, dans le cadre de la procédure ordinaire ; la procédure de l'ordonnance pénale (ou ordonnance de condamnation selon la procédure pénale militaire⁵⁷) est ici exclue.

Le CPPP détermine la compétence pour juger les infractions en fonction de la sanction à infliger en l'espèce. Lorsqu'une peine privative de liberté de six mois au plus (ou une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général équivalents) est jugée suffisante et que le cas est simple et clair, tant de fait qu'en droit, le ministère public est habilité à rendre une ordonnance pénale (art. 352 CPP). Ce n'est qu'à ses 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.

Une expulsion pour une durée de cinq ans ou plus n'est pas une sanction légère, comme en atteste la manière dont sont réglées les compétences du juge unique : 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 s'applique a fortiori au ministère public qui rend l'ordonnance pénale.

En cas de peine privative de liberté inférieure à six mois, la réglementation proposée prévoit une mise en balance des intérêts, une tâche pour laquelle une procédure écrite et rapide ne semble guère adaptée. Nombre de ces cas ne sont en effet ni simples ni clairs, tant de fait qu'en droit. Les cas de délinquance itinérante peuvent néanmoins constituer l'exception à cette règle.

⁵⁶ Cf. ch. 2.1.3

⁵⁷ PPM, RS 322.1

A cela s'ajoute que la procédure de l'ordonnance pénale comporte certains points faibles au regard de l'Etat de droit : cette procédure n'étant pas publique, elle ne permet aucun contrôle de la jurisprudence par le public, contrairement à la procédure ordinaire. 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.

Il s'ensuit que seules des sanctions relativement légères doivent pouvoir être prononcées dans la procédure de l'ordonnance pénale. Une expulsion de longue durée comprise entre 5 et 15 ans, voire 20 ans dans certains cas, n'est pas ce que l'on peut appeler une sanction légère.

Ces considérations s'appliquent par analogie à l'ordonnance de condamnation selon les art. 119 ss PPM.

1.4.4.7 Garantie des voies de droit

Il est possible d'utiliser les voies de droit usuelles selon la procédure pénale pour attaquer un jugement pénal contenant une décision d'expulsion. Au niveau cantonal, c'est la juridiction d'appel qui statue sur les recours formés contre les jugements de première instance (cf. art. 21 et 398 ss CPP). Sa décision peut à son tour faire l'objet d'un recours de droit pénal devant le Tribunal fédéral (art. 78 ss de la loi sur le Tribunal fédéral, LTF).

En revanche, les recours formés contre des décisions rendues en application de l'art. 66d AP-CP (report de l'exécution) sont du ressort des autorités cantonales. Les voies de droit varient en fonction de la manière dont les autorités sont organisées dans le canton concerné. A Berne, par exemple, une décision du Service des migrations, qui dépend de l'Office de la population et des migrations, pourrait d'abord être attaquée devant la Direction de la police et des affaires militaires puis devant le Tribunal administratif ou la Cour suprême. Ce n'est qu'après avoir épuisé ces voies de recours cantonales que l'affaire pourrait être portée devant le Tribunal fédéral (recours unifié en matière pénale ou en matière de droit public).

1.4.4.8 Validité temporelle et dispositions transitoires

La question de savoir si les nouvelles normes constitutionnelles sont directement applicables est contestée. L'art. 121, al. 4, Cst., qui dispose que les faits constitutifs des infractions doivent être précisés, ne plaide pas en faveur d'une application directe⁵⁸. On ne peut toutefois exclure que l'autorité compétente en matière de migrations n'applique, sur la base des infractions énumérées dans les nouvelles dispositions constitutionnelles (notamment le brigandage, le viol et le trafic d'êtres humains), une politique restrictive en matière d'expulsions jusqu'à ce que les dispositions d'exécution entrent en vigueur dans le CP.

En vertu de l'interdiction de la rétroactivité visée à l'art. 2, al. 1, CP, le juge pénal ne peut prononcer une expulsion que si l'auteur a commis un acte justifiant cette me-

⁵⁸ HANGARTNER 2011, p. 474 et 476

sure après l'entrée en vigueur de la modification de loi. L'interdiction de la rétroactivité s'applique en principe aussi aux mesures et a fortiori à l'expulsion, qui a un caractère pénal. La seule exception admise concerne les cas où la loi est modifiée entre le moment des faits et le jugement. Selon l'art. 2, al. 1, 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. La doctrine n'est pas unanime sur la question de l'applicabilité du principe du droit le plus favorable à des mesures. Cet aspect ne devrait cependant pas être déterminant en l'espèce, puisque la nouvelle expulsion obligatoire du territoire suisse constitue un durcissement par rapport au droit en vigueur. Si les révisions partielles de lois – par ex. pour inscrire une nouvelle expulsion dans le CP – sont en principe aussi soumises à l'interdiction de la rétroactivité, les règles de compétence et de procédure ne sont pas concernées. Il serait certes envisageable que le législateur, s'écartant des principes mentionnés ci-dessus, prévoie des dispositions particulières sur l'application rétroactive des nouvelles normes relatives à l'expulsion⁵⁹. La réglementation proposée s'en tient néanmoins aux principes visés à l'art. 2 CP et ne prévoit pas de dispositions transitoires particulières.

1.4.4.9 Champ d'application à raison du lieu

Les nouvelles dispositions constitutionnelles ne précisent 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. Vérifier quels étrangers ont été condamnés à l'étranger pour une infraction pertinente serait une tâche lourde et complexe, dont le résultat se révélerait arbitraire, car un tel examen ne pourrait jamais être exhaustif.

La réglementation proposée prévoit dès lors que l'expulsion ne puisse être prononcée que par un juge pénal dans le cadre d'un jugement rendu en Suisse. Le champ d'application du CP découle des art. 3 à 8 CP. Que l'auteur ait commis l'infraction en Suisse ou à l'étranger n'est pas ici un élément pertinent.

Il y a lieu de signaler que si un étranger a été condamné à l'étranger pour des faits qui auraient entraîné l'expulsion selon le droit suisse, les autorités auront toujours la possibilité de prononcer à son encontre une mesure d'éloignement relevant du droit des étrangers, par exemple une interdiction d'entrée (art. 67, al. 2, let. a, LEtr).

1.4.4.10 Sanction encourue en cas de violation de l'interdiction d'entrée et en cas d'entrée illégale sur le territoire (art. 121, al. 6, Cst.)

L'art. 291 CP punit d'une peine privative de liberté de trois ans au plus celui qui contrevient à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération ou d'un canton. Cette norme n'a plus qu'une portée très restreinte depuis la suppression de

⁵⁹ 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 décidé de prévoir l'application rétroactive des nouvelles dispositions relatives aux mesures (art. 59 à 65 CP), tandis que les autres mesures (art. 66 ss CP) étaient soumises au principe de l'interdiction de la rétroactivité visé à l'art. 2 CP. Cf. ch. 2 des dispositions finales de la modification du 13 décembre 2002.

l'expulsion judiciaire prévue dans l'ancien droit et de l'expulsion du territoire d'un canton. L'inscription d'une nouvelle expulsion dans le CP pourrait lui rendre sa fonction initiale. L'entrée en Suisse au mépris d'une interdiction d'entrée selon le droit des étrangers est aussi punissable conformément à l'art. 115, al. 1, let. a, en relation avec l'art. 5, al. 1, let. d, LEtr.

1.4.4.11 Expulsion facultative

L'expulsion facultative, telle que proposée dans le message du 4 avril 2012 relatif à la modification du droit des sanctions⁶⁰, ne fait pas partie du présent projet. Le cas échéant, il faudra harmoniser les deux expulsions.

1.4.5 Réglementation parallèle dans le code pénal militaire

Conformément à l'art. 3, al. 1, ch. 7 à 9, CPM, les civils sont soumis au CPM pour certaines catégories d'infractions. Il peut donc aussi arriver que des civils étrangers commettent des infractions réprimées par le CPM qui entraînent obligatoirement l'expulsion de Suisse en application des dispositions constitutionnelles (par ex. le meurtre, l'« effraction », le brigandage, la contrainte sexuelle et le viol).

C'est pourquoi il importe d'inclure dans le CPM une réglementation analogue à celle prévue dans le CP concernant les conditions qui doivent être remplies pour ordonner l'expulsion. La liste des infractions se limitera ici aux infractions soumises au CPM. Pour ce qui est de l'exécution de l'expulsion, il est possible de renvoyer aux dispositions du CP.

1.4.6 Pas de dispositions relatives à l'expulsion dans le droit pénal des mineurs

La question se pose de savoir si l'expulsion obligatoire doit aussi s'appliquer aux mineurs. Le libellé de l'art. 121, al. 3, Cst. ne fait pas de distinction explicite entre les auteurs mineurs et majeurs. Une approche nuancée n'en reste pas moins possible, comme le montre la solution retenue pour la mise en œuvre de l'initiative pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantine⁶¹, qui ne prévoit pas d'inclure des dispositions particulières dans le droit pénal des mineurs.

Le droit suisse ne traite pas les auteurs d'infractions pénales de la même manière selon qu'ils sont mineurs ou majeurs. A l'occasion de la révision de la partie générale du CP, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, le droit pénal des mineurs (DPMin) a été retiré du code pénal et réglé dans une loi séparée. Disposition centrale du droit pénal des mineurs, l'art. 2 DPMin pose la protection et l'éducation du mineur comme principes directeurs. La personnalité du mineur est ici au premier plan : le but visé n'est pas la sanction, mais bien la resocialisation. C'est pourquoi les sanc-

⁶⁰ Le document peut être consulté à l'adresse http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/sicherheit/ref_gesetzgebung/ref_sanktionensystem.html.

⁶¹ FF 2011 5565, initiative sur l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantine, 5589 ss

tions prévues ne sont pas déterminées au premier chef par la gravité de l'infraction commise et le degré de culpabilité de l'auteur, mais par les besoins de l'enfant ou de l'adolescent. Le législateur reconnaît ainsi que la criminalité des jeunes ne constitue souvent qu'une manifestation accessoire du développement normal d'une jeune personne et qu'une réaction excessive ne s'impose pas du fait de son caractère passager⁶².

Comme indiqué plus haut, le droit pénal des mineurs est un droit axé sur la personnalité de l'auteur, à la différence du droit pénal des adultes, qui est lui axé sur l'infraction⁶³. Les dispositions du CP qui complètent le DPMIn ne peuvent s'appliquer que par analogie, c'est-à-dire en conformité avec l'esprit et le but du droit pénal des mineurs⁶⁴. L'expulsion obligatoire, qui se fonde exclusivement sur l'infraction, est donc en contradiction avec l'idée fondamentale qui sous-tend le droit pénal des mineurs.

Les mesures d'éloignement prévues dans la LEtr (par ex. l'interdiction d'entrée) sont plus appropriées au cas particulier des mineurs, en ce sens qu'elles permettent de tenir compte de la situation personnelle du jeune et de la menace concrète qu'il représente. On signalera également qu'une expulsion peut avoir des conséquences plus graves pour un jeune que pour un adulte. Beaucoup de jeunes sont encore en formation ou ont grandi en Suisse, ne maîtrisent pas la langue de leur pays d'origine et n'ont guère de contacts avec des compatriotes⁶⁵.

La variante 1 ne prévoit donc pas d'inscrire l'expulsion dans le droit pénal des mineurs. La compétence de prononcer une interdiction d'entrée ou une décision de renvoi à l'encontre d'un mineur doit rester du ressort exclusif des autorités compétentes en matière de migrations.

1.4.7 Adaptation de la LEtr et de la LAsi

L'expulsion selon le CP et le CPM peut se recouper avec des mesures d'éloignement au sens de la LEtr et des dispositions de la LAsi relatives aux droits de l'homme garantis par le droit international. Les modifications proposées visent à éviter ces doublons. Si le juge pénal renonce à prononcer une expulsion fondée sur une infraction figurant dans la liste des infractions, l'autorité compétente en matière de migrations ne doit pas pouvoir ordonner une mesure relevant du droit des étrangers sur la seule base de cette même infraction. La possibilité de prononcer des mesures relevant du droit des étrangers demeure réservée dans les cas où des conditions supplémentaires selon la LEtr sont remplies. Sont en outre réservés les jugements rendus pour des infractions de la liste par un tribunal étranger (cf. ch. 1.4.4.9).

Il s'agit également de régler les conséquences de l'expulsion sur les droits que la LEtr et la LAsi confèrent aux intéressés.

⁶² FF 1999 1787, message concernant la modification du CP et du CPM, ainsi que le DPMIn, 2022 ss.

⁶³ Dans le droit pénal axé sur l'infraction, l'accent est mis sur les faits qui ont été commis et sur la réparation du tort causé.

⁶⁴ FF 1999 1787, message concernant la modification du CP et du CPM, ainsi que le DPMIn, 2027

⁶⁵ Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'art. 8 CEDH, cf. *a fortiori* les arrêts *Emre contre la Suisse* du 22 mai 2008 et *Emre contre la Suisse (n° 2)* du 11 octobre 2011, concernant l'expulsion d'un jeune adulte ayant grandi en Suisse.

Aux termes de l'art. 83 LEtr, les personnes frappées d'une décision de renvoi ou d'expulsion doivent être admises provisoirement si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée. Le statut de l'admission provisoire confère une série de droits (cf. art. 85 s. LEtr)⁶⁶. La proposition de réglementation relative à l'expulsion ne prévoit pas d'admission provisoire, même dans les cas où l'exécution est impossible pour des motifs d'ordre technique ou en raison du principe de non-refoulement. L'article constitutionnel prévoit de retirer aux personnes frappées d'une expulsion tous les droits à séjourner en Suisse. L'admission provisoire est une mesure de substitution valable pour la période durant laquelle l'expulsion ou le renvoi ne peut être exécuté. Si elle ne confère pas à proprement parler de droit à séjourner en Suisse, elle n'en donne pas moins à la personne concernée une série de droits légaux (par ex. droit au regroupement familial selon l'art. 85, al. 7, LEtr) qui sont en contradiction avec les objectifs des nouvelles dispositions constitutionnelles. Il s'ensuit que des personnes dont l'expulsion ne pourrait être exécutée devraient provisoirement demeurer en Suisse sans statut légal. Cette situation pourrait générer des coûts supplémentaires pour les cantons, par exemple s'ils devaient verser à ces personnes une aide d'urgence ou des prestations d'aide sociale. A cela s'ajoute que ces personnes ne seraient pas en mesure d'attester de leur « droit » à être momentanément en Suisse, ce qui ne manquerait pas de leur causer de nombreux problèmes au quotidien. L'opportunité de créer un statut spécial pour ces personnes devrait dès lors être envisagée.

1.5 Variante 2

1.5.1 Introduction

Les représentants du comité d'initiative au sein du groupe de travail institué par le DFJP avaient présenté leur propre solution de mise en œuvre⁶⁷. De leur point de vue, cette proposition est celle qui correspond le mieux à la volonté populaire exprimée dans les urnes. Le Conseil fédéral a décidé d'envoyer également cette proposition en consultation⁶⁸.

⁶⁶ Les personnes admises provisoirement peuvent obtenir de la part des autorités cantonales une autorisation d'exercer une activité lucrative (art. 85, al. 6, LEtr) ; le conjoint et les enfants des personnes admises provisoirement peuvent bénéficier du regroupement familial au plus tôt après trois ans (art. 85, al. 7, LEtr) ; les personnes admises provisoirement ont droit à l'aide sociale et à l'assurance-maladie (art. 86 LEtr).

⁶⁷ Cf. avant-projet variante 2

⁶⁸ La variante 2 reprend le contenu de la proposition des représentants du comité d'initiative. Seules quelques corrections indispensables du point de vue de la technique législative y ont été apportées, concernant principalement la manière de citer les articles de loi auxquels on se réfère.

1.5.2

Relation entre le droit constitutionnel et le droit international

Sur ce point, les représentants du comité d'initiative défendent les positions suivantes⁶⁹ :

- Les nouvelles dispositions constitutionnelles subordonnent l'expulsion à une condamnation pour des infractions particulièrement graves ou pour des infractions représentant une menace particulière pour l'ordre et la sécurité publics. La formulation de la norme constitutionnelle tient déjà compte du principe de proportionnalité, de sorte que l'examen du respect de ce principe est superflu lors de l'adoption de la législation d'exécution et de l'examen de cas individuels.
- 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. Les principes selon lesquels la loi postérieure déroge à la loi antérieure et la loi spéciale déroge à la loi générale interdisent d'atténuer la portée des nouvelles dispositions constitutionnelles en leur opposant des normes constitutionnelles antérieures ou générales.
- Précisément parce qu'elles tiennent compte du principe de proportionnalité, les nouvelles dispositions constitutionnelles ne portent pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 13, al. 1, Cst. et par l'art. 8 CEDH.
- Dans l'hypothèse où l'on estimerait, en revanche, que les nouvelles dispositions constitutionnelles ne sont pas compatibles avec certaines dispositions non impératives du droit international, les représentants du comité d'initiative font valoir que le droit constitutionnel prime le droit international non impératif (notamment l'art. 8 CEDH, l'art. 17 du Pacte II de l'ONU, la Convention relative aux droits de l'enfant et l'ALCP). Les nouvelles dispositions constitutionnelles doivent dès lors être mises en œuvre sans réserves eu égard au droit international non impératif. Le Conseil fédéral a dans ce cas le mandat de négocier une révision des traités internationaux qui posent problème et – en cas d'échec de ces négociations – de dénoncer lesdits traités.

1.5.3

Proposition de réglementation

Pour mettre en œuvre les nouvelles dispositions constitutionnelles, l'expulsion du territoire serait introduite dans le code pénal, aux côtés des peines et des mesures, comme une nouvelle forme de sanction⁷⁰.

Liste d'infractions :

La liste des infractions devant obligatoirement entraîner une expulsion du territoire s'appuie sur les prescriptions de l'art. 121, al. 3, Cst.⁷¹. Outre les infractions explicitement mentionnées dans cette disposition, elle comprend en premier lieu des actes de violence et d'autres infractions contre l'intégrité sexuelle. L'extension de la liste des infractions se fonde, d'une part, sur la possibilité offerte par les nouvelles dispo-

⁶⁹ Cf. rapport du groupe de travail, ch. 4, p. 44 ss

⁷⁰ Cf. avant-projet variante 2

⁷¹ Art. 73a AP-CP variante 2

sitions constitutionnelles de compléter les infractions explicitement visées par d'autres faits constitutifs (art. 121, al. 4, Cst.) et, d'autre part, sur la volonté d'inclure en particulier les « actes de violence » mentionnés dans la Constitution comme motifs d'expulsion, de manière aussi complète que possible, même s'ils n'ont pas la gravité d'un brigandage.

Dans cette liste, l'essentiel n'est pas tant la gravité abstraite des différentes infractions que la nature de la violation du bien juridique, en particulier pour les infractions contre l'intégrité sexuelle et les actes de violence. Un point central est aussi que la commission de ces infractions par une personne étrangère en Suisse est considérée comme intolérable. La liste d'infractions comprend ainsi non seulement des crimes graves (le meurtre, l'assassinat, le brigandage, l'incendie intentionnel et le viol), mais aussi des crimes de moindre gravité (par ex. l'exposition et la mise en danger de la vie d'autrui) et des délits (par ex. les lésions corporelles simples, qui ne sont punies que sur plainte) pour lesquels la sanction encourue selon le code pénal, dans des cas de peu de gravité, est une peine pécuniaire mesurée en jours-amende.

Le trafic de drogue, qui doit entraîner l'expulsion selon l'art. 121, al. 1, let. a, Cst., est interprété de manière très large et complété par d'autres faits constitutifs : toutes les infractions à l'art. 19 LStup sont reprises dans la liste des infractions. Comme les peines encourues selon l'art. 19, al. 1, LStup sont une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, des infractions mineures pourront, dans ce domaine, entraîner une expulsion obligatoire.

La perception abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale au sens de l'art. 121, al. 3, let. b, Cst. doit entraîner l'expulsion lorsqu'elle constitue une escroquerie selon l'art. 146 CP ou lorsque sont réunis les éléments constitutifs d'une nouvelle infraction d'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales⁷².

Pas de peine minimale :

La gravité concrète de l'infraction n'est pas prise en considération. Il suffit que l'auteur soit condamné pour l'une des infractions mentionnées dans la liste. Cela signifie que l'expulsion doit être ordonnée quelle que soit la peine prononcée contre l'auteur dans un cas concret. Par conséquent, l'expulsion devra obligatoirement être ordonnée même dans des cas où, bien que les faits constitutifs d'une infraction de la liste sont réalisés, le juge renonce à infliger une peine à l'auteur parce qu'il n'y a pas d'intérêt à le punir (art. 52 CP), ou lui inflige une peine très faible parce que sa culpabilité est peu importante, ou encore atténue la peine en raison d'une situation de légitime défense (art. 16 CP). En revanche, la formulation retenue fait qu'un auteur qui ne serait pas punissable pour cause d'irresponsabilité mais interné en raison de sa dangerosité, ne devrait pas obligatoirement être expulsé.

Autorité chargée d'ordonner l'expulsion :

L'autorité compétente pour ordonner l'expulsion et fixer la durée de l'interdiction d'entrée est le juge pénal ou, dans une procédure d'ordonnance pénale, le ministère public (art. 73b, al. 1, AP-CP). Un examen de l'existence d'éventuels obstacles à

⁷² Art. 73b, al. 1, let. k et art. 151a AP-CP, variante 2

l'expulsion n'est pas prévu. L'expulsion est ordonnée automatiquement dès lors que les faits constitutifs d'une des infractions de la liste sont réalisés.

La possibilité de prononcer une interdiction d'entrée d'une durée de 5 à 15 ans (20 ans en cas de récidive) dans une procédure d'ordonnance pénale est justifiée par le fait que l'expulsion est ordonnée sans examen des droits de l'homme garantis par le droit international, et donc sans pesée des intérêts.

Dispositions d'exécution :

C'est l'« autorité cantonale compétente » qui est chargée d'exécuter l'expulsion immédiatement (art. 73c, al. 1, AP-CP).

Si la personne concernée fait valoir que son expulsion est contraire au principe de non-refoulement (art. 25, al. 2 et 3, Cst.), l'autorité cantonale d'exécution peut temporairement suspendre l'expulsion (art. 73^{quater}, al. 2, AP-CP). Elle a 30 jours pour prendre sa décision (art. 73c, al. 4, AP-CP). Il n'est pas possible d'examiner l'existence d'autres obstacles à l'exécution⁷³. Une interruption de la procédure ou une révocation ultérieure de l'expulsion ne sont pas envisageables.

Les voies de droit permettant de contester la décision d'exécution sont restreintes et la procédure, accélérée. Conformément à l'art. 73c, al. 4, AP-CP, un recours peut être formé devant le tribunal compétent contre la décision de l'autorité d'exécution. Le pouvoir d'examen de la cour se limite au respect du principe de non-refoulement. La décision du tribunal, qui est définitive, doit être rendue dans les 30 jours à compter du dépôt du recours.

Disposition concernant le droit applicable :

Enfin, la variante 2 précise explicitement que les nouveaux articles du code pénal relatifs à l'expulsion priment le droit international non impératif. Ne sont considérées comme des normes impératives du droit international, selon l'art. 73d AP-CP, 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 Etat dans lequel elle risque la mort ou la torture.

1.6 Appréciation des variantes proposées

1.6.1 Variante 1

La variante 1 est une solution de compromis qui tient compte aussi bien de l'automatisme de l'expulsion visé par les nouvelles dispositions constitutionnelles que des principes de l'Etat de droit. Il s'agit là d'un compromis, qui par définition, ne peut cependant répondre entièrement aux attentes de part et d'autre :

- D'un côté, l'automatisme de l'expulsion est limité par le principe de proportionnalité (au sens strict) et par les droits de l'homme garantis par le droit international. Devraient ainsi être respectés non seulement le principe de non-refoulement, mais également le droit au respect de la vie privée et familiale selon l'art. 8 CEDH et

⁷³ Le cas où l'expulsion est dans les faits impossible (au moins temporairement) parce que l'intéressé n'a pas de documents d'identité ou parce que les autorités du pays de destination refusent de coopérer n'est pas explicitement réglé. On peut néanmoins partir du principe que l'impossibilité concrète d'exécuter l'expulsion doit entraîner son report.

l'art. 17 du Pacte II de l'ONU, ainsi que les garanties de la Convention relative aux droits de l'enfant.

- De l'autre côté, l'automatisme de l'expulsion visé par les nouvelles dispositions constitutionnelles empêche le respect plein et entier du principe de proportionnalité et du droit international. Concernant le principe de proportionnalité, on estimera ainsi en règle générale, sans examen individuel de chaque cas, que l'expulsion est dans l'intérêt public, qu'elle est nécessaire et qu'elle est adéquate. La nouvelle réglementation de l'expulsion tient compte autant que possible de l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne et de la Convention AELE. Dans de nombreux cas, l'expulsion pourra tenir compte des garanties matérielles de ces deux traités.

Compte tenu des intérêts contradictoires évoqués ci-dessus, la liste des infractions est relativement concise. Ne doivent en effet entraîner l'expulsion que des crimes graves, comparables au viol ou au brigandage qui sont mentionnés dans le texte de la Constitution⁷⁴. On satisfait là aux vœux des auteurs de l'initiative.

La variante 1 essaie par ailleurs d'établir une certaine cohérence en ne se limitant pas aux actes de violence graves et aux infractions contre l'intégrité sexuelle, mais en incluant également dans la liste des infractions les crimes graves contre le patrimoine (qui peuvent aussi, dans certains cas, relever de la grande criminalité économique) ainsi que des infractions en matière de contributions de droit public.

En n'incluant dans la liste que des infractions d'une certaine gravité abstraite et en prévoyant une peine minimale de six mois, la variante 1 vise à empêcher que des délits mineurs puissent entraîner l'expulsion obligatoire de leur auteur. Une clause d'exception – visant en particulier les étrangers qui ne seraient venus en Suisse que pour s'y livrer à la délinquance – permet néanmoins d'expulser les auteurs quelle que soit la peine qui leur a été infligée. Cette réglementation flexible permet de tenir compte de manière appropriée du principe de proportionnalité (au sens strict).

La variante 1 est enfin cohérente, puisqu'elle ne permet pas l'admission provisoire, sur la base de l'art. 83 LEtr, des personnes dont l'expulsion n'est pas exécutable. On empêche de la sorte que ces personnes retrouvent un nouveau statut légal, ce qui serait contraire aux nouvelles dispositions constitutionnelles.

1.6.2 Variante 2

La variante 2 vise à établir, autant que possible, un automatisme de l'expulsion. Elle s'accommode pour ce faire de contradictions avec des principes fondamentaux de l'Etat de droit et avec le droit international. La variante 2 ne laisse notamment aucune place à l'examen individuel de chaque cas à la lumière du principe de proportionnalité et du droit international non impératif.

Par sa liste très étendue des infractions et par l'absence d'une peine minimale, la variante 2 pourrait entraîner l'expulsion automatique d'auteurs d'infractions de moindre gravité. Elle est ainsi en contradiction avec les affirmations du comité

⁷⁴ Cf. Explications du Conseil fédéral relatives à la votation populaire du 28 novembre 2010, p. 12.

d'initiative faites avant la votation, selon lesquelles seuls les étrangers commettant de « graves délits » seraient systématiquement expulsés⁷⁵.

Le problème que pose cette longue liste d'infractions et l'absence d'une peine minimale est encore accentué par l'interdiction de prendre en considération les garanties internationales en matière de droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et familiale selon l'art. 8 CEDH et selon l'art. 17 du Pacte II de l'ONU, droits de la Convention relative aux droits de l'enfant).

On peut penser notamment à des situations de légitime défense ou des situations d'urgence dans lesquelles le juge ne renonce pas à infliger une peine mais prononce une peine légère comme le permettent les dispositions du code pénal sur l'atténuation de la peine. Il est difficile de soutenir que de tels résultats correspondent à la volonté populaire.

Outre les infractions mentionnées dans la Constitution, la liste des infractions de la variante 2 contient en premier lieu des actes de violence et des infractions à l'intégrité sexuelle. D'autres types d'infractions, par exemple les graves infractions contre le patrimoine ou délits économiques, ne sont pas pris en considération, alors qu'ils sont aussi fréquemment commis par des étrangers et pourraient justifier une expulsion.

La variante 2 est incomplète sur un certain nombre de points essentiels, de sorte qu'il n'est pas possible d'en mesurer toutes les conséquences. Elle ne dit pas, notamment, si l'expulsion doit aussi être prévue dans le CPM et dans le DPMIn. La question de sa compatibilité avec la législation sur les étrangers n'est pas non plus réglée. Elle ne précise pas, par exemple s'il est ou non possible d'admettre à titre provisoire, sur la base de l'art. 83 LEtr, une personne dont l'expulsion ne peut être exécutée en raison du principe de non-refoulement. Egalement sans réponse est la question de savoir dans quelle mesure l'expulsion peut être exécutée en recourant à des mesures de contraintes du droit des étrangers⁷⁶. Des précisions à ce sujet manquent aussi dans le code de procédure pénale (CPP)⁷⁷, qui permettraient de recourir à la détention pour des motifs de sûreté (art. 220 s. CPP) afin d'assurer l'exécution de l'expulsion. Les points mentionnés ici pourraient être complétés ultérieurement et ne devraient donc pas être retenus contre la variante 2.

1.6.3 Bilan

Au vu des explications qui précèdent, le Conseil fédéral donne sa préférence à la variante 1. Il estime cependant que la variante 2, qui reflète l'opinion des représentants du comité d'initiative, doit elle aussi être envoyée en consultation.

⁷⁵ Cf. Explications du Conseil fédéral relatives à la votation populaire du 28 novembre 2010, p. 12

⁷⁶ Détention en phase préparatoire (art. 75 LEtr), détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 LEtr) et détention pour insoumission (art. 78 LEtr)

⁷⁷ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)

1.7 Comparaison avec le droit étranger

Les Etats voisins de la Suisse – Allemagne, Autriche, France et Italie – procèdent aussi à l’expulsion d’étrangers criminels. Les chapitres qui suivent exposent les règles et les principes les plus importants adoptés par ces quatre pays en la matière. Vu que ces pays sont tous membres de l’Union européenne (UE), leurs législations nationales respectives sont régies par le principe de la primauté et de l’applicabilité directe du droit de l’UE, dont font aussi partie l’Accord sur l’Espace économique européen (EEE) et l’accord sur la libre circulation des personnes conclu avec la Suisse. Ce principe du droit de l’UE correspond à la jurisprudence constante et communément admise de la Cour de justice de l’Union européenne.

1.7.1 Allemagne

En Allemagne, les dispositions pertinentes pour l’expulsion d’étrangers criminels figurent dans la loi relative au séjour des étrangers (« Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet », AufenthaltG^{78 79}). Les infractions entraînant ou pouvant entraîner une expulsion n’y sont toutefois pas énumérées. L’AufenthG distingue trois types d’expulsion, en fonction de la gravité de l’infraction commise et de la peine infligée (art. 53 à 55 AufenthG) : l’expulsion obligatoire (« zwingende Ausweisung »), l’expulsion de principe (« Regel-Ausweisung ») et l’expulsion discrétionnaire (ou possibilité d’expulsion, « Ermessensausweisung »). Les autorités chargées de prononcer l’expulsion doivent s’assurer, dans chaque cas, que la mesure respecte le principe de proportionnalité et qu’elle n’enfreint ni le droit européen ni le droit international⁸⁰. Certains ressortissants étrangers bénéficient cependant d’une protection spécifique contre les expulsions (art. 56 AufenthG) et les dispositions relatives à l’expulsion ne leur sont applicables qu’à certaines conditions : c’est le cas, par exemple, des titulaires d’un permis de séjour de résident de longue durée – CE, des personnes possédant une autorisation de séjour et vivant en Allemagne depuis plus de cinq ans, ainsi que des mineurs possédant une autorisation de séjour et vivant en Allemagne depuis plus de cinq ans aussi.

Aux termes de l’art. 53 AufenthG, il y a obligation d’expulser une personne étrangère lorsqu’elle a été condamnée, pour une ou plusieurs infractions intentionnelles, par un jugement entré en force à une peine privative de liberté (ou à une condamnation pénale pour mineurs) de trois ans au minimum ou à plusieurs peines privatives de liberté (ou à plusieurs condamnations pénales pour mineurs) d’une durée cumulée de trois ans au minimum sur une période de cinq ans (par. 1). L’expulsion obligatoire s’applique aussi en cas de condamnation pour infractions intentionnelles à la loi sur les stupéfiants (« Betäubungsmittelgesetz ») ou de condamnation pour émeute si l’auteur s’est vu infliger une peine privative de liberté (ou une condamnation pénale pour mineurs d’une durée de deux ans au moins) qui n’était pas assortie d’un

⁷⁸ Texte disponible sous <http://dejure.org/gesetze/AufenthG>

⁷⁹ Conformément à l’art. 1, al. 2, ch. 1, AufenthG et sauf disposition légale contraire, cette loi ne s’applique pas aux étrangers dont le statut est régi par la loi relative à la libre circulation générale des citoyens de l’Union (Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern).

⁸⁰ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 72

sursis (par. 2). Les condamnations pour introduction clandestine de migrants tombent aussi sous le coup de l'expulsion obligatoire (par. 3).

Même si la loi parle d'expulsion obligatoire, l'expulsion n'intervient pas automatiquement, les autorités compétentes devant tenir compte des particularités du cas (principe de proportionnalité, art. 8 CEDH)⁸¹.

Dans les cas de moindre gravité⁸², l'AufenthG prévoit, à l'art. 54, l'expulsion de principe. Un ressortissant étranger est en principe expulsé s'il a été condamné, par exemple pour une ou plusieurs infractions intentionnelles, par un jugement entré en force à une condamnation pénale pour mineurs d'une durée minimale de deux ans ou à peine privative de liberté fermes (par. 1). L'introduction clandestine de migrants et certaines infractions à la loi sur les stupéfiants entrent aussi dans le champ d'application de l'expulsion de principe (par. 2 et 3). Les autorités ne peuvent renoncer à l'expulsion qu'en présence d'un cas de figure atypique. Les infractions commises précédemment ne sont prises en compte dans l'examen de l'opportunité de l'expulsion que dans la mesure où elles représentent encore un danger actuel⁸³.

L'expulsion discrétionnaire (art. 55 AufenthG), enfin, s'applique lorsque le séjour d'une personne étrangère porte atteinte à la sécurité et à l'ordre publics ou à d'autres intérêts prépondérants de la République fédérale d'Allemagne⁸⁴. C'est le cas, entre autres, lorsque la personne a fait des déclarations fausses ou incomplètes pour obtenir, par exemple, un titre de séjour (art. 55, par. 2, ch. 1, AufenthG) ou qu'elle consomme des stupéfiants et n'est pas disposée à se soumettre à un traitement nécessaire à son sevrage ou qu'elle se soustrait à ce traitement (par. 4). Les autorités compétentes tiennent compte, là aussi, dans leur décision des particularités du cas (par ex. durée du séjour, répercussions de l'expulsion pour la vie de famille ; cf. art. 55, par. 3, AufenthG).

1.7.2 Autriche

Les conditions d'expulsion de ressortissants d'Etats tiers sont fixées dans la loi sur la police des étrangers (« Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetiteln », Fremdenpolizeigesetz, FPG⁸⁵). Tout comme dans le droit allemand, les infractions entraînant ou pouvant entraîner l'expulsion n'y sont pas énumérées. L'expulsion de criminels étrangers dépend, d'une part, du titre de séjour de la personne concernée, d'autre part, de la durée de son séjour en Autriche. Avant de pouvoir prononcer une expulsion (décision administrative), les autorités doivent procéder à un examen individuel du cas et s'assurer que la mesure respecte le principe de proportionnalité⁸⁶.

⁸¹ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 75

⁸² De même que dans les cas où l'infraction commise justifierait une expulsion obligatoire mais que le ressortissant étranger bénéficie d'une protection spécifique contre l'expulsion (cf. art. 56, par. 1, AufenthG).

⁸³ Pour d'autres cas d'application, voir art. 54, par. 4 à 7, AufenthG ; FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 77 s.

⁸⁴ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 78 s.

⁸⁵ Texte disponible sous <http://www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/>

⁸⁶ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 80 s.

Un ressortissant étranger en situation irrégulière peut être renvoyé si, dans les trois mois suivant son entrée en Autriche, il est condamné par un jugement entré en force pour une infraction intentionnelle (art. 53, par. 3, ch. 2, FPG)⁸⁷.

En revanche, si la personne dispose d'une autorisation de séjour (délivrée selon le principe de la consolidation du séjour, « Aufenthaltsverfestigung ») et qu'elle vit en Autriche depuis huit ans au moins, elle ne peut être expulsée que si elle a été condamnée par un tribunal pour un acte pénalement répréhensible et que la poursuite de son séjour en Autriche menacerait l'ordre et la sécurité publics (art. 64, par. 3, FPG). En ce qui concerne les titulaires d'une autorisation de séjour de durée illimitée, de même que les étrangers de la deuxième génération, l'expulsion n'est possible que si la poursuite de leur séjour constitue une menace actuelle et suffisamment grave pour l'ordre et la sécurité publics (art. 64, par. 4, FPG). On entend par menace grave, par exemple, une condamnation, par un jugement entré en force, pour un crime ou pour trafic de migrants (art. 64, par. 5, ch. 1, FPG)⁸⁸. D'une manière générale, plus une personne réside depuis longtemps en Autriche et plus l'infraction qu'elle a commise doit être grave pour que l'expulsion puisse être ordonnée⁸⁹. L'expulsion de ressortissants étrangers de la deuxième ou troisième génération, qui sont nés en Autriche et y ont grandi, n'est pas autorisée. Il en va de même de ceux qui sont arrivés en Autriche avant l'âge de trois ans⁹⁰.

1.7.3 France

C'est le livre V du « Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit asile » (CESEDA⁹¹) qui règle, depuis le 1^{er} mars 2005, les conditions d'expulsion de ressortissants étrangers. Les autorités disposent de trois outils pour expulser un étranger criminel, à savoir la reconduite à la frontière, la mesure d'expulsion et la peine d'interdiction du territoire⁹².

Le préfet de département peut prononcer une mesure de reconduite à la frontière à l'encontre d'une personne étrangère qui séjourne depuis moins de trois mois sur le territoire français et constitue une menace pour l'ordre public ou à l'encontre d'une personne étrangère condamnée pour une infraction pénale⁹³, ce qui est plus souvent le cas. Certaines catégories de ressortissants étrangers ne peuvent toutefois pas faire l'objet de cette mesure en raison de leur âge ou de leur situation familiale, ou encore de la durée de leur séjour ou de leur état de santé (cf. art. L.511-4-7^o CESEDA)⁹⁴. Il en va de même des ressortissants de l'UE et des citoyens suisses. Les mineurs étrangers ne peuvent pas non plus être expulsés (art. L. 511-4-1 CESEDA).

La mesure d'expulsion est une mesure policière visant la protection de la sécurité et de l'ordre publics. Il ne s'agit pas d'une sanction au sens strict. Elle est prononcée par le préfet de département lorsque la présence d'un ressortissant étranger constitue

⁸⁷ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 81

⁸⁸ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 82 s.

⁸⁹ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 83

⁹⁰ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 83

⁹¹ Texte disponible sous <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.do> (18.01.12)

⁹² Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 85

⁹³ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 86

⁹⁴ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 89. Cf. aussi <http://vosdroits.service-public.fr/F11954.xhtml> (19.01.12)

une menace grave pour l'ordre public. Il n'est pas nécessaire que la personne ait été condamnée. Le préfet procède à chaque fois à un examen individuel du cas : tout comme la reconduite à la frontière, la mesure d'expulsion ne peut pas s'appliquer à certaines catégories de ressortissants étrangers⁹⁵, en particulier aux mineurs (art. L. 521-4 CESEDA).

La peine d'interdiction du territoire (art. L. 541-1 ss CESEDA) est, en revanche, une sanction pénale, qui est prononcée soit à titre de peine principale, soit en complément d'une autre peine. Lorsque cette sanction est expressément prévue par la loi⁹⁶, le juge pénal peut interdire (disposition potestative) à une personne étrangère coupable d'un crime ou d'un délit l'entrée en France pour une durée déterminée (10 ans au plus) ou à titre définitif. Le juge procède, là aussi, à un examen individuel de chaque cas. La peine d'interdiction du territoire ne peut pas non plus être prononcée à l'encontre de certaines catégories de ressortissants étrangers ou seulement dans des cas bien définis : un mineur ou un adulte ayant commis une infraction alors qu'il était encore mineur ne peut pas faire l'objet de ce type de mesure, dont l'application est en principe aussi exclue par exemple si la personne réside en France depuis plus de vingt ans ou qu'elle est arrivée en France avant son treizième anniversaire⁹⁷. Dans d'autres cas enfin (par ex. ressortissant étranger marié à un citoyen français), une interdiction du territoire ne peut être prononcée qu'au regard de la gravité de l'infraction et de la situation personnelle et familiale de la personne concernée⁹⁸.

1.7.4 Italie

En Italie, les dispositions légales sur l'expulsion de ressortissants étrangers figurent, notamment, dans le décret n° 286 du 25 juillet 1998 relatif à l'immigration et au statut des étrangers (« Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero », T.U.⁹⁹), qui est complété par des dispositions pénales spécifiques (cf. par ex. les art. 235 et 312 du code pénal [Codice Penale, C.P.¹⁰⁰]). La loi met divers outils à la disposition des autorités compétentes :

Comme son nom l'indique, l'expulsion administrative (« espulsione amministrativa », art. 13 T.U.) est une mesure de nature administrative prononcée par le préfet à

⁹⁵ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 90 ; cf. aussi art. L. 521-2 et L. 521-3 CESEDA

⁹⁶ Sont concernées quelque 200 infractions sanctionnées par le « code pénal » (par ex. atteintes à la vie et à l'intégrité physique de la personne, crimes et délits contre les biens, et crimes et délits contre l'État), le « code du travail » (par ex. travail dissimulé), le « code du sport » ou le « code de justice militaire » ; cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 92

⁹⁷ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 93 ; cf. aussi art. 131-30-2 du code pénal. Dans certains cas toutefois (par ex. violence domestique ou infractions particulièrement graves, comme le terrorisme ou l'espionnage), la personne étrangère ne peut pas invoquer cette protection contre l'expulsion.

⁹⁸ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 94 ; cf. art. 131-30-1 du code pénal et renseignements sous <http://vosdroits.service-public.fr/F2784.xhtml> (19.01.12)

⁹⁹ Texte disponible sous http://www.interno.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/servizi/legislazione/immigrazione/legislazione_200.html

¹⁰⁰ Texte disponible sous <http://www.testolegge.com/italia/codice-penale>

l'encontre de personnes étrangères qui séjournent illégalement en Italie ou qui y sont entrées illégalement ou qui ne remplissent plus les conditions de séjour¹⁰¹.

Parmi les mesures d'expulsion judiciaire que le juge peut prononcer à l'encontre d'un étranger criminel figure l'expulsion à titre de mesure de sécurité (« espulsione a titolo di misura di sicurezza », art. 15 T.U.). Pour que cette sanction puisse être appliquée, deux cas de figure sont envisageables : soit le ressortissant étranger a été condamné à une peine privative de liberté de plus de deux ans, quelle que soit l'infraction qu'il a commise (cf. art. 235 C.P.), soit il a été condamné pour une infraction de gravité moindre¹⁰², indépendamment de la peine qui lui a été infligée. Dans un cas comme dans l'autre, le ressortissant étranger doit non seulement avoir été condamné, mais il doit aussi constituer une menace réelle et actuelle pour l'ordre public. Le juge procède à un examen individuel de chaque cas¹⁰³.

L'expulsion à titre de sanction de substitution à la détention (« espulsione a titolo di sanzione sostitutiva alla detenzione », art. 16, par 1, T.U.) est une autre mesure d'expulsion judiciaire, qui consiste pour le juge à prononcer une expulsion en remplacement d'une peine privative de liberté d'une durée de moins de deux ans infligée pour une infraction qui n'a pas été commise par négligence. L'expulsion à titre de sanction alternative (« espulsione a titolo di sanzione alternativa ») est une mesure particulière qui ne s'applique que si certaines conditions sont remplies : le ressortissant étranger concerné doit être formellement identifié et se trouver en détention. Il doit en outre être entré illégalement en Italie ou y séjourné de manière irrégulière. Enfin, la peine qui lui a été infligée ne doit pas être d'une durée supérieure à deux ans (cf. art. 16, par. 5, et art. 13, par. 2, T.U.)¹⁰⁴.

Dans les cas où une personne étrangère représente une menace grave pour l'ordre public et la sécurité nationale ou dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, l'expulsion peut être prononcée directement par le ministère italien de l'Intérieur (art. 13, par. 1, T.U.)¹⁰⁵.

Certaines catégories de ressortissants étrangers ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure d'expulsion (art. 19 T.U.). C'est le cas, par exemple, des étrangers qui séjournent légalement, depuis longtemps, en Italie et des mineurs. Les personnes qui pourraient être persécutées en raison notamment de leur race, de leur langue ou de leurs convictions politiques ou religieuses, ne peuvent pas non plus être expulsées.

¹⁰¹ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 97

¹⁰² Par ex. infractions contre l'Etat et infractions à la législation sur les stupéfiants

¹⁰³ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 98 s.

¹⁰⁴ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 100.

¹⁰⁵ Cf. FORNALE / KURT / SOW / STÜNZI 2011, p. 101 s.

plosifs ou de gaz toxiques (art. 224, al. 1, CP), fabrication, dissimulation et transport d'explosifs ou de gaz toxiques en sachant ou en devant présumer qu'ils sont destinés à un emploi délictueux (art. 226, al. 1, CP), mise en danger en se servant de l'énergie nucléaire, de matières radioactives ou de rayonnements ionisants (art. 226^{bis}, al. 1, CP), fabrication, obtention, etc. de substances radioactives, d'installations ou d'appareils ou d'objets qui en contiennent ou peuvent en émettre, en sachant ou en devant présumer qu'ils sont destinés à un emploi délictueux (art. 226^{ter}, al. 2, CP) et endommagement d'installations électriques, de travaux hydrauliques ou d'ouvrages de protection (art. 228, ch. 1, al. 1, CP).

Fallait-il mentionner dans cette liste les « crimes économiques » graves au même titre que le brigandage, le viol ou l'obtention abusive de prestations de l'aide sociale? Cette question a également été examinée. L'inscription de ces infractions permettrait également d'expulser les étrangers qui s'en rendent coupables. Il n'existe cependant pas de définition précise en Suisse de ce qu'il faut entendre par « crimes économiques ». Les auteurs de doctrine sont d'avis que ce terme peut couvrir toutes les infractions qui sont commises en abusant de la confiance nécessaire au déroulement de la vie économique et qui, par un préjudice individuel, lèsent les intérêts de la communauté. Autres particularités de ces crimes: leur complexité, leur potentiel dommageable important, un nombre élevé de cas et de lésés, et pour certains auteurs, l'absence de recours à la force. La plupart des infractions qui appartiennent à cette catégorie sont passibles de peines relativement légères. Du point de vue de leur gravité abstraite, un certain nombre d'entre elles peuvent être comparées au brigandage et au viol. Citons entre autres l'abus de confiance qualifié (art. 138, ch. 2, CP), l'escroquerie par métier (art. 146, al. 2, CP), l'abus par métier de cartes-chèques et de cartes de crédit (art. 148, al. 2, CP), l'usure par métier (art. 157, ch. 2, CP), la gestion déloyale par métier aux fins d'enrichissement illégitime (art. 158, ch. 1, al. 3, CP) ou encore le recel par métier (art. 160, ch. 2, CP). Mentionnons encore au titre du droit pénal accessoire les infractions graves contre la loi sur le matériel de guerre (art. 33, al. 2, 34, al. 1 et 35, al. 1, LFMG). La plupart des crimes économiques graves peuvent être considérés comme des crimes graves contre le patrimoine. Ces derniers incluent encore d'autres types d'infractions, en partie assimilables à des actes de violence, comme le vol par métier et le vol en bande (art. 139, ch. 2 et 3, CP) ou l'extorsion et chantage exercés par métier, accompagnés de violences ou assortis de menaces de mettre en danger un grand nombre de personnes (art. 156, ch. 2 à 4, CP). Compte tenu de ce qui précède, nous proposons d'ajouter les crimes graves contre le patrimoine à la liste d'infractions destinées à concrétiser l'art. 121, al. 4, phr. 2, Cst.

c. Lettre b

L'effraction visée à l'art. 121, al. 3., let. a, Cst. est définie par le vol (art. 139 CP) en lien avec une violation de domicile (art. 186 CP). La combinaison de la violation de domicile et des dommages à la propriété (art. 144 CP), deux infractions poursuivies sur plainte, n'a pas été retenue: même si les conséquences d'une violation de domicile n'entraînant que des dommages matériels peuvent s'avérer aussi graves que les conséquences d'un vol par effraction, elles résultent la plupart du temps d'une tentative ratée de vol par effraction, au cours duquel les auteurs en mal de butin endommagent des biens mobiliers. Un tel acte, assimilable à une tentative de vol, est déjà couvert par l'infraction de vol en lien avec une violation de domicile.

d. Lettre c

L'art. 121, al. 3, let. b, Cst., dispose que tout étranger ayant « perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale » doit être expulsé de Suisse. L'expulsion n'est pas conditionnée à une condamnation. Le constituant laisse donc au législateur le soin de déterminer si la sanction encourue doit ressortir au droit administratif ou au droit pénal. Le principe de légalité inscrit à l'art. 1 CP plaide pour la création d'un nouvel élément constitutif d'infraction.

L'escroquerie au sens de l'art. 146 CP couvre déjà l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales, lorsque celui-ci est commis astucieusement. Cette infraction est donc ajoutée à la liste. Une infraction générale est en outre créée, qui englobera les différentes variantes d'abus commis sans astuce. Objectivement, la norme vise avant tout les auteurs qui fournissent des indications fausses ou incomplètes concernant leur situation personnelle ou économique (cf. ch. 2.1.5).

e. Lettre d

Le terme « trafic de drogue » mentionné dans l'article constitutionnel ne correspond à aucun élément constitutif d'une infraction en droit pénal. Il s'agit donc de le concrétiser. Etant donné que les spécialistes utilisent les termes « stupéfiants » et « substances psychotropes » pour désigner la drogue, nous parlerons ici de « trafic de stupéfiants ». Conformément à la norme constitutionnelle, qui vise des infractions, seul le trafic *illicite* de stupéfiants est concerné. Le terme « illicite » traduit l'absence d'une autorisation de faire le commerce des substances en question (il revient à Swissmedic, à l'Office fédéral de la santé publique [OFSP], aux cantons ou au Département fédéral de l'intérieur [DFI] de délivrer une telle autorisation) ou le fait que les stupéfiants en question sont interdits aux termes de l'art. 8, al. 1, LStup. Le trafic illicite de stupéfiants couvre en principe tous les actes commis illégalement d'une manière intéressée en vue de permettre ou de favoriser le commerce illégal de produits stupéfiants¹⁰⁷. Le trafic illicite ne se limite donc pas au fait de vendre ces substances, de les mettre à disposition ou de les remettre gratuitement; il couvre toute la chaîne des actes qui, au final, aboutissent à une mise en danger de la santé publique. C'est pourquoi des activités facilitant l'acquisition, le stockage et la livraison de stupéfiants ou le financement de leur achat sont-elles également prises en compte.

De manière générale, les sanctions visant le trafic illicite de stupéfiants sont définies dans la LStup. La LStup a pour but de protéger la santé contre les effets de substances et de préparations qui créent une dépendance ou produisent des effets simi-

¹⁰⁷ Cf. FINGERHUTH/TSCHURR 2007, art. 19, n° 191, avec renvoi vers ALBRECHT 2007, art. 19, n° 190; selon la jurisprudence constante allemande, on entend par trafic l'ensemble des actes commis de manière intéressée dans le but de permettre ou de favoriser le commerce de stupéfiants (« unter Handeltreiben ist jedes eigennützige Bemühen zu verstehen, das darauf gerichtet ist, den Umsatz von Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern»); in WEBER 2007, p. 43 suiv.

Nous renonçons à définir ici de manière exhaustive la notion de « trafic illicite de stupéfiants ». Une telle définition n'apparaît pas pertinente, compte tenu du très grand nombre d'éléments potentiellement constitutifs d'infraction qui pourraient permettre ou favoriser le trafic de stupéfiants. Il n'existe d'ailleurs à ce jour aucune définition de ce genre au niveau international. La commission de l'UE a bien tenté en 2001 de formuler une définition uniforme de la notion de trafic illicite de stupéfiants, mais elle s'est heurtée à l'opposition de certains Etats membres (WEBER 2007, p. 178 suiv.).

lares (art. 1). Les sanctions visant les infractions à la LStup sont définies en tant que droit accessoire au chapitre 4 de la loi.

Par stupéfiants, on entend au sens de l'art. 2, let. a, LStup les substances et préparations qui engendrent une dépendance et qui ont des effets de type morphinique, cocaïnique ou cannabique, et celles qui sont fabriquées à partir de ces substances ou préparations ou qui ont un effet semblable à celles-ci. Sont assimilées à des stupéfiants les substances psychotropes, à savoir les substances et préparations engendrant une dépendance qui contiennent des amphétamines, des barbituriques, des benzodiazépines ou des hallucinogènes tels que le lysergide ou la mescaline ou qui ont un effet semblable à ces substances ou préparations (art. 2, let. b, LStup).

Le groupe de travail a suggéré d'ajouter un renvoi à l'art. 19 LStup pour concrétiser le terme « trafic de drogue ». Cet article décrit à son premier alinéa toute la palette des actes constitutifs d'infraction; ceux-ci comprennent, pour autant qu'ils soient pratiqués illégalement, la culture, la fabrication et la production de stupéfiants, leur entreposage, expédition, transport, importation, exportation, passage en transit et commercialisation, leur possession ou détention, le financement du trafic illicite et les actes préparatoires liés à ces infractions. Les éléments constitutifs de l'infraction principale visés à l'art. 19, al. 1, LStup englobent des situations abstraites de mise en danger. La disposition doit permettre de punir d'une peine toute personne dont le comportement augmente le risque que le bien juridique concerné puisse être blessé, qu'il y ait ou non mise en danger réelle¹⁰⁸. Il suffit d'une petite quantité de stupéfiants ou qu'un petit nombre de personnes soit en cause pour que les éléments constitutifs de l'infraction soient réalisés. Toutefois, dans de tels cas, le risque potentiel pour la santé publique est généralement minime et ne justifie pas une mesure aussi drastique que l'expulsion automatique de Suisse¹⁰⁹.

Tel qu'il est énoncé, l'art. 19, al. 2, LStup établit un lien plus explicite avec la santé en tant que bien juridique protégé. Selon cet alinéa, il y a infraction qualifiée lorsqu'il existe un risque concret de mise en danger de la santé publique, en raison des quantités en jeu, de la composition des stupéfiants ou du nombre de personnes concernées. La mise en danger concrète de la santé publique place l'intérêt général au premier plan et justifie une sanction plus élevée.

L'art. 19, al. 2, LStup énumère différents critères d'une infraction qualifiée:

Dans sa let. a, il désigne comme des cas graves les infractions qui peuvent mettre en danger directement ou indirectement la santé de nombreuses personnes. Le danger que représente un stupéfiant pour la santé ne dépend cependant pas uniquement du critère quantitatif. D'autres facteurs entrent en compte, comme le risque d'overdose, la forme d'application ou le mélange avec d'autres drogues¹¹⁰. Le Tribunal fédéral applique une interprétation extensive de la notion de danger: à ses yeux, pour que le critère de « nombreuses personnes » soit réalisé, il faut que celles-ci soient au moins au nombre de 20 (ATF 108 IV 65 suiv.; 120 IV 337 suiv.; 121 IV 334). En d'autres

¹⁰⁸ Cf. FINGERHUTH / TSCHURR 2007, art. 19, n° 2; même avis: ALBRECHT 2009, p. 3.

¹⁰⁹ Lors des débats ayant précédé la votation, il a toujours été question de « graves délits » (voir p. ex. la documentation des auteurs de l'initiative).

¹¹⁰ Initiative parlementaire, Révision partielle de la loi sur les stupéfiants, Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 4 mai 2006, 8178.

termes, l'infraction est qualifiée lorsque la substance stupéfiante a été remise à vingt personnes au moins.

Les seuils de quantité minimaux définis par le Tribunal fédéral pour les différentes sortes de stupéfiants sont peu élevés, raison pour laquelle l'art. 19, al. 2, let. a, LStup est souvent appliqué¹¹¹.

L'affiliation à une bande criminelle et le fait de se livrer au trafic par métier constituent deux autres critères de qualification (art. 19, al. 2, let. b et c, LStup). Selon la jurisprudence, il y a bande lorsque deux ou plusieurs auteurs manifestent expressément ou par acte concluant la volonté de s'associer en vue de commettre ensemble plusieurs (plus de deux) infractions indépendantes, même s'ils n'ont pas de plan et que les infractions futures ne sont pas encore déterminées¹¹². Toujours selon la jurisprudence, la circonstance aggravante du métier est réalisée lorsque le chiffre d'affaires ou le gain est à qualifier d'important; c'est le cas à partir de respectivement 100'000 fr.¹¹³ et 10'000 fr.¹¹⁴. Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2011, de la révision partielle de la LStup du 4 mai 2006, est également considéré comme une circonstance aggravante le fait de proposer, de céder ou de permettre de toute autre manière à des tiers, par métier, d'avoir accès à des stupéfiants dans les lieux de formation principalement réservés aux mineurs ou dans leur périmètre immédiat (art. 19, al. 2, let. d, LSup). Peu importe dans ce cas que l'auteur réalise un chiffre d'affaires ou un gain important.

Dans l'ancienne loi, les raisons fondant un cas grave étaient énumérées de manière non exhaustive, en raison de l'utilisation du terme «notamment»¹¹⁵ (ATF 120 IV 332 suiv.). Le Tribunal fédéral¹¹⁶ a précisé qu'on pouvait le cas échéant admettre l'existence d'un cas grave en présence d'infractions répétées dont aucune n'implique une mise en danger de nombreuses personnes: peu importe selon lui que l'auteur mette en circulation la drogue en une seule grande quantité ou sous forme de nombreuses petites doses. Dans ce dernier cas, l'auteur doit finir par se rendre compte que la quantité totale de stupéfiants qu'il a mise en circulation est susceptible de mettre en danger la santé d'un grand nombre de personnes¹¹⁷. Le terme « notamment » ayant disparu du nouvel article 19, on peut se demander s'il faut continuer de considérer comme non exhaustive la liste des critères de qualification énumérés. Le législateur ayant par ailleurs renoncé, dans l'art. 19, al. 2, let. a, à préciser la quantité de stupéfiants à considérer¹¹⁸, l'infraction impliquant de petites quantités peut désormais être

¹¹¹ ALBRECHT 2007, p.104; le Tribunal fédéral a émis un arrêt de principe (ATF 109 IV 144 suiv.) fixant à 12g d'héroïne pure, à 18g de cocaïne pure ou à 200 trips de LSD (confirmé dans l'ATF 121 IV 332) les quantités minimales pouvant mettre en danger la santé de nombreuses personnes et qui sont donc constitutives d'un cas grave. Le seuil fixé pour les amphétamines se situe à 36g (ATF 113 IV 34 ss). Le trafic d'ecstasy (ATF 125 IV 90 ss) ou de cannabis (ATF 117 IV 314 modifiant l'ATF 109 IV 145) n'est à l'inverse pas constitutif d'un cas grave, étant donné que contrairement aux cocaïnomanes et aux héroïnomanes, on n'observe pas chez les consommateurs de ces drogues de phénomène de décrochage social ni de hausse de la criminalité.

¹¹² ATF 122 IV 265, consid. 2b avec renvois; ATF 124 IV 86 ss.

¹¹³ ATF 129 IV 188.

¹¹⁴ ATF 129 IV 253.

¹¹⁵ Art. 19, ch. 2 aLStup: Le cas est grave *notamment* lorsque l'auteur (...).

¹¹⁶ ATF 114 IV 164; arrêt 6S.190/2000 du 11 juillet 2001.

¹¹⁷ ATF 114 IV 164 consid. 2b.

¹¹⁸ Art. 19, al. 2, let. a: [...] s'il sait ou ne peut ignorer que l'infraction peut directement ou indirectement mettre en danger la santé de nombreuses personnes; [...].

considérée comme grave lorsqu'elle est commise de manière répétée. Ce n'est pas la quantité de stupéfiants composant chaque dose isolée qui est considérée, mais le fait que l'auteur, par la répétition de ses actes, peut menacer la santé d'un grand nombre de personnes. Selon les circonstances, cette définition s'applique également aux « trafiquants de boulettes ».

Pour les raisons évoquées ci-dessus, il semble justifié de définir la notion de trafic de drogue au sens de l'article 121 Cst. par les infractions visées à l'art. 19, al. 2, LStup.

2.1.1.2 Alinéa 2

Le principe de proportionnalité (considéré au sens strict) interdit en principe toute expulsion lorsque la peine prononcée ne dépasse pas une peine privative de liberté de six mois, une peine pécuniaire de 180 jours-amende ou un travail d'intérêt général de 720 heures de travail.

Ces seuils minimaux n'ont cependant pas une valeur absolue: le juge pourra ainsi prononcer l'expulsion même si la peine est inférieure à six mois lorsque les intérêts publics à l'expulsion l'emportent sur l'intérêt de l'étranger à demeurer en Suisse. Cette exception permettra d'étendre l'expulsion judiciaire à de nombreux étrangers qui n'ont pas de permis de séjour et qui devraient déjà pouvoir être expulsés administrativement en vertu de la LEtr. La solution retenue permettra au juge pénal de prononcer une expulsion judiciaire à l'encontre de ceux qui auront commis une infraction au sens de l'art. 66a AP-CP, expulsion dont la durée est plus longue que celle prévue par l'expulsion administrative au sens de la LEtr.

Nous renonçons à introduire une règle qui viserait à expulser également les auteurs condamnés plusieurs fois à de courtes peines pour avoir commis des infractions prévues dans la liste, et dont la durée cumulée sur 10 ans dépasserait 6 mois pour une peine privative de liberté, 180 jours-amende pour une peine pécuniaire et 720 heures de travail d'intérêt général¹¹⁹. Une telle règle nous paraît superflue: le juge confronté à un délinquant d'habitude pourra toujours s'appuyer sur l'al. 2, applicable lorsque les peines sont inférieures à six mois, et ordonner son expulsion si les intérêts publics l'emportent sur l'intérêt de l'auteur, ce qui pourra être le cas lorsque celui-ci est multirécidiviste.

2.1.1.3 Alinéa 3

Le juge qui inflige à l'auteur d'une infraction figurant dans la liste de l'al. 1 une peine de plus de six mois est en principe tenu de prononcer également son expulsion.

Cette règle connaît toutefois une exception: on renoncera à l'expulsion si celle-ci ne peut être raisonnablement exigée, parce qu'elle porterait gravement atteinte à des droits personnels de l'étranger qui sont garantis par le droit international en matière de droits de l'homme. On songe ici en premier lieu aux droits définis à l'art. 8 CEDH et à l'art. 17 du Pacte II de l'ONU. Sont également à prendre en considération les droits garantis par la Convention relative aux droits de l'enfant, comme l'intérêt

¹¹⁹ Cf. Rapport du groupe de travail, variantes 2 à 4, p. 123 ss.

supérieur de l'enfant (art. 3), l'interdiction de séparer l'enfant de ses parents contre leur gré (art. 10, al. 1) et le droit de l'enfant d'entretenir des contacts directs réguliers avec ses parents (art. 10, al. 2).

Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), la CEDH ne reconnaît pas un droit automatique à entrer ou à séjourner dans un Etat signataire. Si l'étranger est établi légalement dans un Etat signataire, son expulsion constitue toutefois une ingérence dans son droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH).

La jurisprudence de la Cour EDH impose de prendre en compte de nombreux critères au moment d'examiner l'admissibilité d'une telle ingérence¹²⁰. Pour l'essentiel, ces critères s'appliquent également à l'examen des ingérences visées à l'art. 17 du Pacte II de l'ONU.

L'alinéa 3 prévoit certaines restrictions quant aux critères à prendre en compte. C'est ainsi qu'une condamnation à une peine de plus de six mois pour une infraction à l'art. 66a, al. 1, AP-CP justifiera en principe une expulsion automatique. Par ailleurs, l'impossibilité d'exiger raisonnablement l'expulsion ne pourra découler que de l'existence « d'atteintes graves aux droits personnels ». Cette formulation indique que des atteintes mineures à la vie privée et familiale, même si elles sont multiples, ne suffiront pas à justifier une dérogation. De la même manière que l'al. 2 dispose que l'intérêt public doit l'emporter pour qu'on puisse exceptionnellement ordonner une expulsion, il faut selon l'al. 3 que l'intérêt privé l'emporte sur l'intérêt public pour qu'il puisse être exceptionnellement dérogé à l'expulsion. Par ailleurs, la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3, Cst. oblige à ne plus accorder d'importance au statut de séjour du condamné, actuellement pris en compte au moment de fixer une mesure en vertu du droit des étrangers.

Selon l'al. 3, le juge devra tenir compte avant tout, dans sa décision, de motifs résultant de la situation personnelle et familiale du condamné. Il ne pourra toutefois occulter complètement la situation du pays vers lequel l'expulsion devrait avoir lieu; toutefois, les motifs d'empêchement découlant du principe de non-refoulement ne seront examinés qu'au moment d'exécuter l'expulsion (art. 66d, al. 1, AP-CP).

¹²⁰ Nature et gravité de l'infraction ou des infractions; durée du séjour, temps écoulé depuis la commission de l'infraction ou des infractions et conduite de l'intéressé depuis lors; durée d'un éventuel éloignement; situation familiale de la personne concernée (durée du mariage, caractère effectif de la vie familiale, degré d'information du partenaire concernant l'infraction au moment du mariage, présence d'enfants et âge de ces derniers); gravité des difficultés que le conjoint pourrait connaître dans le pays de destination, intérêt et bien-être des éventuels enfants et notamment difficultés qu'ils pourraient connaître dans le pays de destination; disparités des liens sociaux, culturels et familiaux entre le pays de résidence et le pays de destination.

Lorsque l'auteur est arrivé très jeune voire qu'il est né dans le pays de résidence et qu'il y a accompli toute sa scolarité, la Cour EDH tient en outre compte des critères suivants: connaissances linguistiques de l'intéressé; âge de l'intéressé au moment de l'expulsion; présence de parents dans le pays de destination; potentiel d'intégration dans le pays de destination, par rapport au pays de résidence.

2.1.1.4 Alinéa 4

Selon les variantes 2 à 4¹²¹ proposées par le groupe de travail, il aurait suffi qu'une peine de plus de six mois soit prononcée entre autre pour une infraction de la liste pour justifier l'expulsion de la personne condamnée. Cette règle aurait eu pour conséquence de relativiser la définition de la peine minimale de six mois, étant donné que la durée totale de la sanction infligée pourrait résulter de l'addition des diverses peines prononcées pour toutes les infractions concomitantes ayant fait l'objet du jugement, et pas seulement pour l'infraction justifiant une expulsion. L'al. 4 vise à empêcher une telle situation.

2.1.2 Article 66b (Récidive)

Cette disposition concrétise l'art. 121, al. 5, phr. 2, Cst. Pour qu'il y ait récidive, il faut que la personne condamnée soit déjà sous le coup d'une expulsion. C'est le cas entre le moment où l'expulsion devient exécutoire et celui où elle prend fin (parce qu'elle arrive à son terme ou qu'elle est révoquée).

Si l'auteur pénètre en Suisse avant que l'expulsion ne soit arrivée à son terme et qu'il y commet de nouveaux délits entraînant une nouvelle expulsion, la première sera remplacée par la suivante, dont la durée plus longue courra à partir du nouveau jugement. Il n'y aura donc pas cumul des expulsions, mais absorption de la première par la seconde¹²². L'expulsion durera toujours 20 ans en cas de récidive.

2.1.3 Article 66c (Moment de l'exécution)

2.1.3.1 Introduction

La règle définie à l'art. 66c AP-CP correspond à celle proposée par le groupe de travail dans ses variantes 2 et 3. Les commentaires suivants sont donc repris pour l'essentiel du rapport du groupe de travail¹²³.

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.

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 serait contraire au principe de l'égalité des droits et à l'obligation de punir impartie à l'Etat. De plus, une telle solution serait contre-productive 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

¹²¹ Cf. art. 73a, al. 2 et 3 de la variante 2, Rapport du groupe de travail, p. 123.

¹²² Cf. jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 55 aCP, in : KELLER 2003, art. 55 CP, n° 56 s.

¹²³ Rapport du groupe de travail, ch. 73, p. 84 ss

personne condamnée avant d'exécuter l'expulsion. Déjà sous l'ancien régime d'expulsion prévu à l'art. 55 aCP, on admettait que la peine ou la mesure privative de liberté devait être partiellement ou totalement purgée avant que l'expulsion judiciaire ne soit exécutée¹²⁴. Cette manière de procéder est également prévue dans l'expulsion facultative nouvellement proposée par le Conseil fédéral¹²⁵.

2.1.3.2 Alinéa 1

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.
- 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 peine¹²⁶. 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 pas¹²⁷.
- 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

¹²⁴ KELLER 2003, art. 55 CP, n° 57.

¹²⁵ Cf. art. 67c, al. 2, P-CP dans le message du 4 avril 2012 relatif à la réforme du droit des sanctions.

¹²⁶ ATF 134 IV 97 consid. 6.3.3.4.

¹²⁷ Déjà sous l'ancien droit, on parlait du principe que l'expulsion devait être exécutée sans délai: KELLER 2003, art. 55 CP, n° 57.

probatoire ne peut pas non plus être surveillée en Suisse, ce dont il convient aussi de s'accommoder.

2.1.3.3 Alinéa 2

La règle définie à l'alinéa relative au calcul de la durée de l'expulsion a été reprise de l'ancien code pénal¹²⁸.

Théoriquement, la durée de l'expulsion pourrait commencer à courir dès le constat de l'entrée en force. Cela 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, il pourra arriver que la personne expulsée reste un certain temps en Suisse avant d'être expulsée, pour des raisons familiales, de santé ou autre. Dans d'autres cas, l'expulsion ne pourra pas être exécutée parce que les personnes à expulser ne posséderont pas de pièces d'identité et qu'on ne pourra établir leur identité. Enfin, certaines personnes, comme les délinquants itinérants, dont l'identité est établie et qui possèdent des documents valables, pourront être expulsées très rapidement¹²⁹. C'est pourquoi la durée de l'expulsion doit commencer de courir le jour où la personne condamnée quitte la Suisse.

La durée de l'expulsion correspondra en principe à celle prévue dans le jugement.

2.1.4 Article 66d (Report de l'exécution)

Lorsque l'autorité identifie, d'office ou sur la base d'indications de l'étranger concerné, des obstacles empêchant l'exécution, l'obligation matérielle de quitter la Suisse et, donc, la perte du droit de séjour subsistent; seule l'exécution forcée est provisoirement suspendue. Sans cette « ouverture » au niveau de la phase d'exécution, l'initiative sur le renvoi des étrangers criminels aurait dû être invalidée pour cause de violation règles impératives du droit international.

L'art. 66d AP-CP fait une distinction entre l'application relative et l'application absolue du principe de non-refoulement.

Lettre a: l'application relative du principe de non-refoulement concerne les réfugiés qui bénéficient d'une protection particulière du fait de leur statut (art. 25, al. 2, Cst.). L'art. 33, ch. 1, de la convention relative au statut des réfugiés¹³⁰ et l'art. 5, al. 1, LAsi précisent qu'un réfugié reconnu ne peut être refoulé dans un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social déterminé ou de ses opinions politiques. Cette protection n'est toutefois pas absolue (art. 33, ch. 2, convention relative au statut des réfugiés, et art. 5, al. 2, LAsi): « l'interdiction du refoulement ne peut être invoquée lorsqu'il y a de sérieuses raisons d'admettre que la personne qui l'invoque compromet la sûreté de la Suisse ou que, ayant été condamnée par un jugement passé en force à la suite d'un crime ou d'un délit particulièrement grave, elle doit être considérée comme dangereuse pour la communauté ». Lorsque l'expulsion concerne un

¹²⁸ Cf. art. 55, al. 3, phr. 2, aCP.

¹²⁹ Cf. art. 64d LEtr (Délai de départ et exécution immédiate).

¹³⁰ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, RS 0.142.30.

réfugié, l'autorité d'exécution doit donc toujours procéder à une pesée d'intérêts, pour déterminer si le délit ou le crime à l'origine de l'expulsion est suffisamment grave pour justifier l'exécution de l'expulsion. Selon la jurisprudence, la protection contre le refoulement peut être levée seulement si la personne a commis un crime particulièrement grave et qu'il existe un risque concret de récidive¹³¹. En d'autres termes, la possibilité d'une dérogation au principe de non-refoulement est beaucoup plus limitée pour les réfugiés que pour les autres étrangers.

Lettre b: l'art. 25, al. 3, Cst. dispose que nul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains. Cette disposition a une valeur absolue et s'applique à tous les étrangers, quel que soit leur statut juridique¹³².

L'impossibilité d'une exécution n'est pas explicitement mentionnée, puisque le report de l'exécution en constitue la conséquence logique. Cette impossibilité 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. Principal motif pratique rendant impossible le renvoi: le refus des autorités du pays d'origine de délivrer des documents de voyage. L'art. 121, al. 3 et 5, Cst. permet un examen par l'autorité d'exécution pénale, ce qui répond également à des impératifs pratiques.

La LEtR prévoit à son art. 83 que l'expulsion peut également être temporairement suspendue lorsque l'exécution de la décision ne peut être raisonnablement exigée pour cause de guerre, de guerre civile ou de nécessité médicale. Si ce motif de non-refoulement n'est pas explicitement mentionné, c'est parce qu'il ne constitue pas un droit de l'homme dont la protection est garantie par le droit international. Le juge pourra toutefois tenir compte des situations mentionnées à l'art. 83 au moment d'examiner, dans le cadre de sa pesée d'intérêts, les droits de l'homme garantis par le droit international qu'il y a lieu de prendre en compte. S'il décide que la situation qui règne dans le pays rend le renvoi illicite, les autorités d'exécution devront se plier à sa décision. Si le pays vers lequel l'expulsion doit se faire est un pays médicalement sous-équipé et que ce sous-équipement peut entraîner des conséquences graves pour l'expulsé, voire mettre sa vie en péril, il pourra aussi, exceptionnellement, interdire l'expulsion au motif qu'elle violerait l'art. 3 CEDH (traitements inhumains)¹³³.

2.1.5 Article 148a (Obtention abusive de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale)

La nouvelle infraction correspond pour l'essentiel à l'art. 151^{bis} AP-CP prévue dans les variantes 2 à 4 proposées par le groupe de travail; seules sa position dans le CP et la peine déterminante ont été modifiées. Les commentaires suivants sont donc repris pour l'essentiel du rapport du groupe de travail¹³⁴.

¹³¹ Arrêt 2A.139/1994 du 1er juillet 1994, consid. 6, avec renvois à la doctrine, confirmé par l'arrêt 2A.51/2006 du 8 mai 2006, consid. 5.2

¹³² Même un terroriste ayant tué un grand nombre de personnes ne peut être refoulé dans un pays ou il risque de subir des traitements cruels et inhumains.

¹³³ ILLES 2006/2007, p. 40 ss

¹³⁴ Rapport du groupe de travail, ch. 6.6.3, p. 66 ss

2.1.5.1 Emplacement dans le CP et titre marginal

La nouvelle infraction s'insérera dans le titre consacré aux infractions contre le patrimoine (art. 137 ss CP), après l'escroquerie, l'utilisation frauduleuse d'un ordinateur ou l'abus de cartes-chèques et de cartes de crédits (art. 146 à 148 CP). Le titre marginal proposé pour le projet d'art. 148a est le suivant: « Obtention abusive de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale ».

2.1.5.2 Rapport à 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. 148a 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. 148a 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.

2.1.5.3 Faits constitutifs objectifs

L'art. 148a, al. 1, AP-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 classique¹³⁵.

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

¹³⁵ 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, consultable à l'adresse : http://www.skos.ch/store/pdf_f/publikationen/grundlagendokumente/Kontrollinstrumente_f.pdf.

prestations obtenues n'est pas mentionnée: la définition d'une telle infraction pénale poserait de grands problèmes de délimitation.

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 (p. ex. caisses-maladie de droit privé dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire). D'autre part, la tromperie peut aussi viser le médecin, 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.

2.1.5.4 Eléments 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 DPA¹³⁶ et de l'art. 87 LAVS¹³⁷): qu'il faille obtenir intentionnellement une prestation illicite implique déjà la volonté de s'enrichir illicitement en touchant ladite prestation.

¹³⁶ RS 313.0

¹³⁷ RS 831.10

2.1.5.5 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 sur la sanction prévue. Les dispositions pénales figurant dans la législation sur les assurances sociales fédérales et l'aide sociale cantonale prévoient des sanctions moins sévères¹³⁸. L'art. 121, al. 3, Cst. porte toutefois à conclure que l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales doit être considéré comme plus grave.

L'art. 148a, al. 2, AP-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 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.

2.1.5.6 Rapport avec le droit en vigueur

La législation fédérale en matière d'assurances sociales contient également des normes pénales destinées à sanctionner les personnes qui obtiennent, pour elles-mêmes ou pour des tiers, des prestations indues, en fournissant des indications fausses ou incomplètes, ou de toute autre manière¹³⁹. On peut s'interroger sur le rapport qui existe entre ces dispositions et le nouvel art. 148a AP-CP. Bien que les éléments constitutifs de l'infraction présentent des formulations similaires dans les textes en vigueur et dans l'avant-projet, la notion d'erreur figure uniquement à l'art. 148a AP-CP. Ainsi, dans le cas d'une demande motivée par des indications fausses, les éléments constitutifs de l'infraction pourront être réalisés même lorsque l'institution (la caisse de compensation p. ex.) accorde les prestations bien qu'elle connaisse le caractère mensonger des indications fournies par le requérant¹⁴⁰. Les dispositions pertinentes du droit des assurances sociales définissent donc les infractions de manière un peu plus large que la nouvelle norme du CP, raison pour laquelle elles ne doivent pas être modifiées. En outre, on peut exclure un concours parfait entre l'art. 148a AP-CP et les normes relevant des assurances sociales, ces dernières prévoyant une réserve pour les délits et crimes frappés d'une lourde peine dans le code pénal¹⁴¹. Lorsqu'un comportement remplira les conditions d'une infraction aussi bien

¹³⁸ Art. 87, al. 1, LAVS; peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus; art. 85 LASoc BE; amende; § 48a SHG ZH: amende.

¹³⁹ Cf. art. 87, al. 1, LAVS (RS 831.10), art. 76, al. 1, LPP (RS 831.40), art. 92, let. b, LAMal (RS 832.10), art. 31, al. 1, let. a, LPC (RS 831.30), art. 105, al. 1, LACI (RS 837.0); art. 23 LAFam (RS 836.2) en lien avec l'art. 87, al. 1, LAVS, art. 25 LAPG (RS 834.1) en lien avec l'art. 87, al. 1, LAVS; art. 70 LAI (RS 831.20) en lien avec l'art. 87, al. 1, LAVS.

¹⁴⁰ HOMBERGER 1993, p. 59.

¹⁴¹ Cf. art. 87, al. 8, LAVS; art. 76, al. 8, LPP; art. 31, al. 1, LPC; art. 92, LAMal; art. 105, al. 5, LACI; art. 23, LAFam en lien avec l'art. 87, al. 8, LAVS; art. 25 LAPG en lien avec l'art. 87, al. 8, LAVS; art. 70 LAI en lien avec l'art. 87, al. 8, LAVS.

au sens des normes relevant des assurances sociales qu'à celui de l'art. 148a AP-CP, c'est ce dernier, plus sévère, qui s'appliquera¹⁴².

La poursuite pénale des infractions aux assurances sociales fédérales a été confiée aux cantons, raison pour laquelle l'application de l'art. 14, al. 1, DPA est ici exclue. Ce dernier s'applique en effet uniquement lorsque la poursuite et le jugement des infractions sont confiés à une autorité administrative fédérale.

2.1.6 Droit du casier judiciaire

2.1.6.1 Introduction

Tout jugement dans lequel est prononcée une expulsion est inscrit au casier judiciaire.

L'expulsé qui récidive pendant la durée de l'expulsion se verra condamné à une nouvelle expulsion d'une durée de 20 ans. La durée de l'expulsion peut être considérée comme une sorte de mise à l'épreuve, raison pour laquelle elle est enregistrée au casier judiciaire. Cette information permettra aux autorités de poursuite pénale chargées de sanctionner un délinquant de fixer la peine en tenant compte d'une éventuelle infraction commise pendant la durée de l'expulsion. C'est à cette fin que l'autorité d'exécution inscrit au casier judiciaire la date à laquelle la durée de l'expulsion commence à courir¹⁴³. La durée de l'expulsion indique à quel moment celle-ci prend fin, de sorte qu'une mention explicite n'est pas nécessaire.

Nous présentons ci-après les adaptations à apporter au niveau de la loi.

2.1.6.2 Article 369 (Elimination de l'inscription)

L'art. 369 prévoit que les jugements inscrits dans VOSTRA sont éliminés (physiquement) après un certain délai, déterminé par le type de sanction (cf. al. 1 à 5 et 6).

Ces délais ne s'appliqueront pas aux jugements dans lesquels une expulsion est prononcée: l'al 5^{bis} prévoit que ces derniers ne seront supprimés de VOSTRA qu'au décès de la personne concernée.

Le maintien de l'inscription jusqu'au décès de la personne concernée se justifie pour la raison suivante: l'art. 66b AP-CP prévoit la possibilité de porter à 20 ans la durée de l'expulsion prononcée contre un étranger récidiviste. Cela suppose toutefois que les autorités de poursuite ou de justice pénale puissent vérifier en tout temps si le délinquant a déjà subi une expulsion par le passé. En admettant que celui-ci ait récidivé pendant la durée de cette dernière, mais que les autorités n'aient connaissance de l'infraction qu'une fois la durée de l'expulsion écoulée, elles doivent néanmoins pouvoir prononcer une nouvelle expulsion d'une durée plus longue. Théoriquement, il faudrait donc que l'expulsion soit enregistrée dans VOSTRA au moins

¹⁴² Les infractions au droit des assurances sociales sont passibles d'une «peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus», alors que l'art. 148a AP-CP prévoit «une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire».

¹⁴³ Il faudra encore compléter l'art. 6 de l'ordonnance du 29 septembre 2006 sur le casier judiciaire (Ordonnance VOSTRA, RS 331).

jusqu'à la prescription de l'action pénale relative à la récidive (art. 97 ss CP). Le fait de maintenir l'inscription de l'expulsion au casier judiciaire jusqu'au décès du délinquant permet de tenir compte de toutes les infractions visées à l'art. 66a AP-CP qui seraient commises pendant la durée de l'expulsion mais décelées seulement après l'exécution de cette dernière, indépendamment du délai de prescription (certains des crimes visés sont imprescriptibles; cf. art. 101 CP).

Pour respecter le principe de proportionnalité, il est en revanche prévu de n'autoriser qu'un petit nombre d'autorités à accéder à ces données, une fois la durée de l'expulsion écoulée.

2.1.6.3 Article 371 (Extraits du casier judiciaire destinés à des particuliers)

L'art. 371 définit à partir de quand la condamnation pénale est effacée des extraits du casier judiciaire destinés à des particuliers (tout en restant enregistrée dans VOSTRA), afin de permettre la réinsertion sociale de la personne condamnée¹⁴⁴. Ces délais se fondent sur ceux fixés à l'art. 369 (Elimination de l'inscription), mais sont plus courts que ces derniers.

Etant donné que l'expulsion figure dans le casier judiciaire jusqu'au décès du délinquant (art. 369, al. 5^{bis}, AP-CP), sa durée ne peut pas être déterminante pour l'élimination de l'inscription sur les extraits du casier judiciaire. On a donc précisé aux *al. 3 et 4* de l'art. 371, qui fixent les règles de calcul des délais pertinents, les alinéas de l'art. 369 auxquels il est renvoyé (*al. 1 à 5 et 6*). Ces dispositions restent inchangées du point de vue matériel.

Le nouvel *al. 4^{bis}* prévoit une règle spéciale pour les jugements dans lesquels une expulsion est prononcée. Selon cette règle, un jugement dans lequel est prononcée une expulsion continuera de figurer sur l'extrait du casier judiciaire aussi longtemps que l'expulsion sera valable¹⁴⁵. Ainsi, le jugement cessera en principe de figurer sur l'extrait une fois l'expulsion arrivée à son terme¹⁴⁶. La règle spéciale de l'*al. 4^{bis}* ne s'applique pas si l'expulsion prend fin avant que les délais normaux mentionnés à l'art. 371, al. 3 ou 4 ne soient écoulés¹⁴⁷.

A titre d'exemple, si un étranger est condamné à une peine pécuniaire assortie du sursis et d'un délai d'épreuve de 2 ans, ainsi que d'une expulsion de 5 ans, le fait que la durée de l'expulsion se poursuive au-delà du délai d'épreuve de 2 ans fait que le jugement sera maintenu sur l'extrait du registre jusqu'à la fin de l'expulsion (cf. art. 371, al. 3^{bis}).

L'application de la règle spéciale de l'*al. 4^{bis}* entraîne un allongement de la durée pendant laquelle un jugement peut figurer sur un extrait du casier judiciaire, notam-

¹⁴⁴ Une fois ces délais écoulés, la personne condamnée peut à nouveau se déclarer "sans antécédants judiciaires" à l'égard de tiers (bailleur p. ex.).

¹⁴⁵ Cf. commentaire relatif à l'art. 66b AP-CP (ch. 2.1.3).

¹⁴⁶ La durée de l'expulsion est calculée à partir du jour où la personne condamnée a quitté la Suisse (art. 66c, al. 2, AP-CP).

¹⁴⁷ L'art. 371, al. 3^{bis}, CP n'est pas pertinent dans ce contexte, puisque l'expulsion est prononcée pour une durée de 5 à 15 ans, ce qui signifie que sa durée minimale correspond à la durée maximale du délai d'épreuve (5 ans) applicable en cas de peine assortie d'un sursis (partiel).

ment lorsqu'un jugement prévoit, outre une peine avec sursis ou une courte peine privative de liberté ferme, une expulsion de longue durée.

Il n'apparaît pas normal qu'on puisse délivrer à une personne condamnée à une expulsion un extrait du casier judiciaire « vierge », une fois écoulés les délais « ordinaires » prévus à l'art. 371, al. 3 à 5, alors que celle-ci est sous le coup de l'expulsion, c'est-à-dire qu'elle n'a pas le droit de séjourner en Suisse. Certains tiers peuvent avoir un intérêt à connaître sa situation réelle (bailleur, employeur). Le même constat s'applique aux cas où la personne condamnée reste en Suisse parce que l'expulsion ne peut être exécutée (pour des raisons techniques ou sur la base du principe de non-refoulement). L'intérêt de la sécurité publique l'emporte dans ce cas sur l'intérêt de la personne condamnée à une réinsertion sociale.

Enfin, il est proposé d'étendre la règle visée à l'al. 5 aux jugements dans lesquelles une expulsion est prononcée (al. 4^{bis}).

2.1.6.4 Code pénal dans sa version du 19 mars 2010 (art. 367 – Traitement et consultation des données)

Les modifications de l'art. 367 proposées se fondent sur la disposition correspondante adoptée dans le cadre de la modification de la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire (LAAM) et dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2013 (RO 2011 487).

En vertu de l'art. 369, al. 5^{bis}, les jugements dans lesquels une expulsion est prononcée doivent figurer dans VOSTRA jusqu'au décès de la personne concernée (ch. 2.1.6.2). Une fois la durée de l'expulsion écoulée, ces données ne doivent plus être accessibles qu'aux autorités de poursuite pénale, au cas où la personne condamnée récidiverait (nouvelle expulsion d'une durée de 20 ans). Les autorités d'exécution des peines doivent également pouvoir utiliser ces données, de même que l'Office fédéral de la justice, responsable de la gestion du casier judiciaire, et les services de coordination cantonaux qui participent à cette gestion. Les autres autorités (à savoir celles visées à l'al. 2, let. c à k) ne doivent plus pouvoir consulter le jugement, une fois l'expulsion arrivée à son terme (al. 2^{ter}). Il peut cependant arriver qu'une expulsion parvienne à son terme avant que ne soient écoulés les délais ordinaires calculés en vertu de l'art. 369, al. 1 à 4^{ter} CP pour les jugements n'entraînant pas une expulsion. La deuxième phrase de l'al. 2^{ter} garantit dans un tel cas que le droit de consulter les données soit préservé au moins jusqu'au terme de ces délais.

Les al. 2^{quater} à 2^{sexies} CP restent inchangés sur le fond, seuls leurs numéros et ceux des alinéas cités dans le texte sont modifiés pour tenir compte du nouvel al. 2^{ter}¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Cf. RO 2010 6015 et annexe, ch. II, p. 6027 ss pour la numérotation originale (et le texte des alinéas).

2.2 Code pénal militaire¹⁴⁹

2.2.1 Article 49a (Expulsion)

Cette disposition s'applique aux civils ou militaires étrangers qui ont commis une infraction au sens des art. 3, ch. 2 et 7 à 9 CPM et qui sont à ce titre passibles d'une expulsion.

Les principes qui régissent l'expulsion du territoire sont les mêmes que ceux décrits à l'art. 66a AP-CP. Seule différence: la liste des infractions à l'al. 1 est plus courte, puisqu'elle porte uniquement sur des délits poursuivis en vertu du CPM.

Les infractions visées aux let a et b de l'al. 1 figurent également à l'art. 66a AP-CP.

La liste n'inclut pas l'escroquerie à une assurance sociale ou à l'aide sociale, mentionnée à l'art. 66a, al. 1, let. c, AP-CP. Il est en effet improbable qu'un civil ou un militaire étranger commette une telle infraction comme employé ou mandataire de l'armée ou de l'administration militaire dans le cadre de la collaboration avec la troupe (art. 3, ch. 8, CPM). La nouvelle disposition prévue à l'art. 148a AP-CP, qui fonde l'infraction d'obtention abusive de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale, n'est donc pas reprise dans l'AP-CPM.

Quant aux infractions à la loi sur les stupéfiants, elles sont jugées par les tribunaux civils, d'où l'inutilité de reprendre dans l'AP-CPM les infractions visées à l'art. 19, al. 2, LStup, qui figurent dans la liste de l'art. 66a, al. 1, let. d, AP-CP.

Les infractions visées à l'art. 3, ch. 7, CPM, ne sont pas ajoutées à la liste des infractions pertinentes, vu qu'elles ne correspondent à aucune de celles mentionnées à l'art. 66a AP-CP et qu'elles ne sont pas visées par la nouvelle disposition constitutionnelle, qui a pour cible la criminalité étrangère.

Il est à noter que les étrangers condamnés en vertu du CPM peuvent être expulsés en application de l'art. 68 LÉtr afin de maintenir la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse (cf. ch. 1.3.2).

2.2.2 Article 49b (Récidive)

Cette disposition est identique à l'art. 66b AP-CP.

2.2.3 Article 49c (Exécution)

A l'instar des peines privatives de liberté (art. 34b, al. 1, CPM) et des mesures (art. 47, al. 3, CPM), l'exécution de l'expulsion est régie par les dispositions du CP, auxquelles il est renvoyé.

¹⁴⁹ RS 321.0.

2.3 Modification d'autres lois fédérales

2.3.1 Loi sur les étrangers¹⁵⁰

2.3.1.1 Article 61

L'autorisation de séjour dont bénéficie l'étranger, quelle qu'elle soit (de courte durée, de séjour, d'établissement, de frontalier) prend fin automatiquement au moment où l'expulsion devient exécutoire; aucune décision ne doit être délivrée.

2.3.1.2 Articles 62 et 63

La clause prévue aux art. 62, al. 2, et 63, al. 3, LEtr vise à éviter le dualisme qui caractérisait l'expulsion dans l'ancien code pénal (art. 55 aCP)¹⁵¹, et qui avait fait l'objet de critiques à l'époque. La nouvelle clause interdit à l'autorité compétente en matière de migrations de révoquer une autorisation de séjour uniquement sur la base d'un jugement déjà rendu et ne prévoyant pas l'expulsion du condamné. Cette autorité pourra toutefois reconsidérer sa position dès lors qu'elle aura connaissance de nouveaux éléments non liés à l'infraction qui n'étaient pas connus au moment du jugement ou qui sont survenus après-coup, ou d'autres éléments ne relevant que de la législation sur les étrangers.

2.3.1.3 Articles 75, 76 et 78

Une nouvelle base légale est créée dans la loi sur les étrangers, qui vient s'ajouter aux mesures d'éloignement que les cantons peuvent déjà prononcer. Le Tribunal fédéral a déjà statué sur la détention administrative dans son arrêt 128 II 103 relatif à l'expulsion selon l'aCP (art. 55 aCP), dans lequel il précise ce qui suit (traduction de l'allemand): « La loi ne désigne pas expressément l'expulsion judiciaire comme une mesure d'éloignement pouvant justifier une détention en vue du renvoi. Le Tribunal fédéral a toutefois déjà jugé, il y a quelque temps, qu'une expulsion judiciaire pouvait fonder une telle détention »¹⁵².

Les cantons seront libres de prononcer une mesure d'éloignement en s'appuyant sur le CPP ou sur la LEtr.

On pourrait aussi donner mandat au législateur de désigner lequel de ces textes pourra fonder une mesure d'éloignement justifiant une détention administrative.

2.3.2 Loi sur l'asile¹⁵³

2.3.2.1 Articles 37 et 109

Grâce au principe du non-refoulement, les réfugiés reconnus comme tels (art. 3 LAsi) jouissent d'une plus large protection que les autres étrangers (cf. ch. 2.1.4).

¹⁵⁰ RS 142.20.

¹⁵¹ KELLER 2003, art. 55, n° 62.

¹⁵² Arrêt 2A.405/1996 du 29 août 1996, confirmé par les arrêts 2A.1/1998 du 23 janvier 1998 et 2A.13/1999 du 28 janvier 1999.

¹⁵³ RS 142.31.

L'autorité d'exécution, qui est tenue de respecter les règles impératives du droit international, doit donc attendre la décision de l'ODM ou du Tribunal administratif fédéral pour savoir si une personne ayant déposé une demande d'asile se voit effectivement accorder le statut de réfugié. L'ODM et le Tribunal administratif fédéral se sont engagés à traiter prioritairement les dossiers des candidats qui sont sous le coup d'une expulsion entrée en force.

2.3.2.2 Articles 53 et 64

Indépendamment de sa qualité de réfugié, le requérant ou le réfugié n'a pas ou n'a plus droit à l'asile lorsqu'il est sous le coup d'une expulsion.

2.3.3 Code de procédure pénale¹⁵⁴

2.3.3.1 Article 220, alinéa 2

En principe, les dispositions en vigueur permettent déjà d'assurer l'exécution de l'expulsion ; encore faut-il que les mesures prévues par le droit des étrangers s'appliquent à l'expulsion judiciaire. C'est pourquoi la disposition pertinente de la LEtr est précisée à cet égard (cf. ch. 2.3.1.3).

Une variante consisterait à modifier les dispositions du CPP, en mentionnant explicitement la détention pour des motifs de sûreté comme un moyen d'assurer l'exécution de l'expulsion.

Formellement, les cantons pourront s'appuyer soit sur le CPP (détention pour des motifs de sûreté), soit sur la LEtr (détention en vue de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion) pour assurer l'exécution de l'expulsion.

2.3.3.2 Article 352, alinéa 2

Si une expulsion entre en considération, le jugement pénal doit être rendu au terme d'une procédure ordinaire; la procédure de l'ordonnance pénale est exclue dans un tel cas (cf. ch. 1.4.4.6). La précision apportée à l'art. 352, al. 2, tient compte de ce principe.

2.3.4 Procédure pénale militaire¹⁵⁵

2.3.4.1 Article 56, lettre a

Alors que la formulation française en vigueur (« si sa fuite est à craindre ») est assez générale pour inclure le nouveau cas de figure, la formulation allemande, qui évoque le risque que l'inculpé ne se soustraie « à la poursuite pénale », est complétée.

¹⁵⁴ RS 312.0.

¹⁵⁵ RS 322.1.

2.3.4.2 Article 119, alinéa 2, lettre e

Si une expulsion entre en considération, le jugement pénal doit être rendu au terme d'une procédure ordinaire; la procédure de l'ordonnance pénale est exclue dans un tel cas (cf. ch. 1.4.4.6). La précision apportée à l'art. 119, al. 2, let. e, tient compte de ce principe.

2.3.5 Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA)¹⁵⁶

L'art. 21, al. 1, DPA est complété de manière que la compétence de juger soit transférée à un tribunal lorsque le département de tutelle considère qu'outre celles justifiant une peine ou une mesure privative de liberté, les conditions d'une expulsion sont réunies.

L'expulsion est une sanction très sévère, qui justifie qu'on retire à l'administration la compétence matérielle de l'ordonner. Cette compétence doit revenir au juge pénal, comme c'est déjà le cas de celle d'ordonner une peine ou mesure privative de liberté. On établit par ailleurs un certain parallélisme avec la procédure pénale: le ministère public appelé à rendre une ordonnance pénale¹⁵⁷ n'est pas non plus habilité à ordonner une expulsion; seul le juge pénal en a le droit¹⁵⁸.

L'art. 73, al. 1 (1^{re} phrase) prévoit donc que l'administration compétente devra envoyer au ministère public cantonal les dossiers concernés, pour que celui-ci les transmette au tribunal pénal responsable.

2.3.6 Loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de police de la Confédération (LSIP)¹⁵⁹

L'art. 15, al. 1, let. d, LSIP, qui concerne l'exécution des mesures d'éloignement et de contrainte, est complété de renvois vers l'art. 121, al. 5, Cst. et vers l'art. 66a AP-CP. Les autorités de la Confédération et des cantons chargées d'exécuter les expulsions pourront donc s'appuyer sur le système informatisé de recherches policières utilisé pour mettre en œuvre ces mesures.

3 Conséquences

3.1 Hypothèses

3.1.1 Situation actuelle

En 2010, le Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population (SFM) et le Centre de droit des migrations (CDM) de l'Université de Neuchâtel ont réalisé une enquête visant à en savoir plus sur la pratique des cantons en matière de renvoi des

¹⁵⁶ RS 313.0.

¹⁵⁷ La procédure de l'ordonnance pénale n'est applicable que dans des cas simples, lorsque les faits sont clairement établis et que les conditions juridiques sont réunies. En outre, elle n'intervient que si les sanctions encourues sont relativement peu sévères.

¹⁵⁸ Cf. ch. 1.4.4.6.

¹⁵⁹ RS 361.

étrangers délinquants. 20 cantons ont accepté d'y participer. Dans ces cantons, 480 étrangers ont été renvoyés en 2008 après avoir fait l'objet d'une condamnation pénale. Ce nombre est passé à 615 en 2009. D'après le rapport du SFM et du CDM, si l'on procède à une extrapolation à l'ensemble de la Suisse, on peut partir de l'idée que le nombre de personnes au bénéfice d'un droit de séjour en Suisse ayant été renvoyées suite à une condamnation s'élevait à au moins 615 en 2008 et à au moins 750 en 2009¹⁶⁰.

3.1.2 Hypothèses pour la variante 1

Afin d'évaluer le nombre d'étrangers qui devraient être expulsés en vertu de la réglementation prévue dans la variante 1, on peut se fonder sur les relevés concernant la variante 2 qui figurent dans le rapport du groupe de travail¹⁶¹. La liste des infractions de cette variante correspond à peu près à celle de l'avant-projet¹⁶².

Selon les chiffres publiés par l'Office fédéral de la statistique (OFS), quelque 3 400 étrangers auraient été concernés en 2009 par les nouvelles dispositions :

- Environ 23 % d'entre eux étaient des citoyens de l'UE qui bénéficiaient à ce titre de la libre-circulation.
- Environ 1 300 étaient titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement et avaient donc un droit de présence en Suisse.
- Environ 1 680 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 d'environ 400 personnes n'a pas été relevé.
- Selon cette variante, l'expulsion obligatoire concernerait donc chaque année quelque 1 300 personnes titulaires d'une autorisation de séjour.
- La demande d'asile ou la levée de l'admission provisoire devrait être examinée à titre préjudiciel pour environ 330 personnes¹⁶³.
- Dans les quelque 1 770 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 infraction¹⁶⁴. Ces personnes sont toutefois concernées par les nouvelles normes constitutionnelles puisque, en cas de condamnation pénale, elles seront expulsées pour une

¹⁶⁰ Pour en savoir plus : Pratique actuelle des renvois, rapport succinct, Commission fédérale pour les questions de migration (CFM), Berne, 19 octobre 2010, p. 1, 2, 3, 4 et 7.

¹⁶¹ Rapport du groupe de travail ; ce rapport se fonde sur des enquêtes menées par l'OFS durant la campagne précédant la votation relative à l'initiative sur le renvoi. Voir à ce propos le rapport du groupe de travail, p. 107 ss.

¹⁶² Outre les infractions expressément mentionnées dans la Cst., la liste comprend aussi les crimes graves contre la vie et l'intégrité corporelle, le patrimoine, la liberté, l'intégrité sexuelle, et les crimes créant un danger collectif qui sont passibles d'une peine privative de liberté d'au moins un an ou de dix ans au maximum. Cette liste correspond ainsi pour l'essentiel à celle de la variante 2 qui a été proposée par la majorité du groupe de travail et qui contient, outre les infractions prévues par l'article constitutionnel, tous les crimes passibles d'une peine privative de liberté d'au moins un an ou de dix ans ou plus au maximum.

¹⁶³ Rapport du groupe de travail, p. 109 s.

¹⁶⁴ Rapport du groupe de travail, p. 110.

durée d'au moins cinq ans. Rappelons que, sous le régime actuel, la durée de l'interdiction d'entrée sur le territoire est généralement de cinq ans au maximum.

Il convient de noter que le nombre d'étrangers concernés par la variante 1 devrait être légèrement inférieur aux 3 400 évoqués ci-dessus, car le juge est tenu, selon cette variante, de se conformer aux règles de la CEDH, du pacte II de l'ONU et de la Convention relative aux droits de l'enfant au moment d'ordonner une expulsion.

3.1.3 Hypothèses pour la variante 2¹⁶⁵

En 2009, quelque 16 400 étrangers auraient été concernés par cette variante.

- Parmi eux, 3 183 (environ 20 %) étaient des citoyens de l'UE qui bénéficiaient à ce titre de la libre-circulation.
- Quelque 4 450 étaient titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement et avaient donc un droit de présence en Suisse.
- Environ 10 780 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 quelque 1 180 personnes restantes n'a pas été relevé.
- Selon la variante 2, la révocation ou la non-prolongation d'une autorisation relevant du droit des étrangers devrait être ordonnée pour quelque 4 500 personnes.
- La demande d'asile ou la levée de l'admission provisoire devrait être examinée à titre préjudiciel pour environ 2 500 personnes (si cet examen n'a pas déjà été réalisé avant que la condamnation soit prononcée).
- Dans les quelque 9 500 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 rendu coupables d'une infraction.

La variante 2 concerne beaucoup plus d'étrangers que la variante 1, ce qui est notamment dû au fait qu'elle prend seulement en compte l'infraction commise et non la gravité de la peine infligée, contrairement à la variante 1 (peine privative de liberté d'au moins six mois). On ne sait cependant pas combien de personnes parmi celles condamnées à une peine de moins de six mois pourraient tout de même être expulsées en vertu de la clause d'exception prévue par l'art. 66a, al. 2, AP-CP dans la variante 1.

3.2 Conséquences possibles pour la Confédération et les cantons

3.2.1 Généralités

L'augmentation probable du nombre d'expulsions administratives et judiciaires qu'entraînera la mise en œuvre de l'une ou l'autre des variantes pourrait avoir des conséquences pour la Confédération et les cantons dans les domaines administratif et

¹⁶⁵ Rapport du groupe de travail, p. 109 ; la variante 2 AP-CP correspond à la variante 1 du rapport.

de la détention en vue du renvoi¹⁶⁶ mais aussi dans ceux de l'aide d'urgence et de l'aide sociale.

3.2.2 Conséquences pour la Confédération

3.2.2.1 Variante 1

Il arrive que l'ODM doive traiter, dans le cadre de l'entraide administrative, des demandes visant à savoir si l'exécution d'un renvoi (relevant du droit des étrangers) n'est pas contraire au principe du non-refoulement. Ce sera également le cas lors de l'exécution des expulsions prévues par la nouvelle réglementation. Les quatre à six heures de travail qui sont nécessaires à l'examen de ces demandes (pour les cas ne présentant aucune complexité) ne doivent pas être négligées.

La mise en œuvre de la variante 1 n'entraînera pas davantage de travail administratif lié aux admissions provisoires pour les autorités fédérales puisqu'une telle admission ne peut être prononcée dans le cas de personnes se trouvant sous le coup d'une expulsion.

3.2.2.2 Variante 2

La charge de travail supplémentaire liée aux enquêtes sur l'applicabilité du principe de non-refoulement serait beaucoup plus importante pour l'ODM si c'était la variante 2 qui était mise en œuvre compte tenu du fait que cette dernière concerne un plus grand nombre de personnes. Rien ne permet toutefois de dire si les autorités fédérales auraient davantage de travail lié aux admissions provisoires à accomplir si c'était cette variante qui était choisie, puisque la question n'est pas réglée dans l'avant-projet.

3.2.3 Conséquences pour les cantons et les communes

3.2.3.1 Variante 1

L'exécution des expulsions prévues par l'AP-CP incombera aux cantons. La variante 1 laisse ces derniers libres de choisir à qui ils souhaitent confier cette tâche : aux autorités d'exécution des peines et mesures, aux autorités compétentes en matière d'étrangers ou aux deux.

Dans ce contexte se pose la question de savoir si la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi entraînera une diminution ou une augmentation de la charge de travail administratif pour les offices cantonaux des migrations. On peut imaginer que le fait que ces derniers ne soient plus tenus d'administrer les preuves dans le cadre des procédures de renvoi conduise à une diminution de cette charge (dans les cas où le juge ordonnera une expulsion à l'encontre d'un étranger ayant commis une infraction). Il est toutefois aussi possible que la charge de travail s'alourdisse ; avec la

¹⁶⁶ Parfois aussi appelée « détention administrative ».

hausse du nombre d'expulsions, on peut en effet s'attendre à ce que le nombre de litiges dus à des recours contre des décisions d'exécution progresse¹⁶⁷.

Par ailleurs, la charge financière représentée par la détention administrative pourrait s'alourdir pour les cantons. Il manque d'ores et déjà des places de détention en Suisse. Si la construction de nouveaux centres s'avérait nécessaire, les cantons devraient faire face à des dépenses supplémentaires considérables.

Enfin, les cantons peuvent également avoir un surplus de coûts à supporter dans les domaines de l'aide d'urgence et de l'aide sociale. En effet, une fois qu'une décision d'expulsion devient exécutoire, l'étranger concerné se retrouve privé de son droit de séjour en Suisse, mais il se peut qu'il doive encore y rester quelque temps. C'est le cas par exemple lorsqu'une enquête est menée afin de savoir si l'expulsion est exécutable ou lorsque l'expulsion ne peut pas être exécutée (parce qu'elle est p. ex. contraire au principe de non-refoulement). Pendant cette période, la personne concernée n'a pas l'autorisation de travailler, si bien qu'elle ne peut souvent plus subvenir à ses propres besoins. La possibilité de faire valoir dans ce cas le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse qui est conféré par l'art. 12 Cst. peut déjà occasionner des coûts supplémentaires à la charge des cantons.

3.2.3.2 Variante 2

La variante 2 ne contient aucune disposition d'exécution qui permette de tirer des conclusions particulières sur les conséquences mentionnées ci-dessus. On peut toutefois partir du principe que se poseront ici les mêmes questions que pour la variante 1. Compte tenu du fait que la variante 2 concerne un nombre beaucoup plus élevé de personnes, on peut s'attendre à ce que la charge de travail des autorités d'exécution mais aussi les coûts liés à la détention administrative et à l'aide d'urgence soient beaucoup plus importants.

3.3 Relation avec les accords conclus avec l'UE

La principale question qui se pose est de savoir quelles conséquences les avant-projets pourront avoir pour l'ALCP et les six autres traités bilatéraux existant entre la Suisse et l'UE.

3.3.1 Respect des prescriptions de l'ALCP

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 pour 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 appe-

¹⁶⁷ Voir « Migrationsämter sind uneins », Südostschweiz.ch du 14 octobre 2010, consultable à l'adresse suivante : <http://www.suedostschweiz.ch/zeitung/migrations%C3%A4mter-sind-uneins>, dernière consultation le 16 janvier 2012 (disponible uniquement en allemand).

lée à statuer dans la procédure sur la décision ou la mesure prononcée, qu'il s'agisse du tribunal pénal ou de l'autorité compétente en matière d'étrangers.

3.3.1.1 Variante 1

La variante 1 réduit sensiblement le risque que des mesures d'éloignement entraînent des violations des règles de l'ALCP. Le fait que la liste des infractions pertinentes se limite, autant que possible, à des crimes graves devrait garantir qu'une expulsion ne soit prononcée que lorsque la personne condamnée pour une infraction de la liste constitue effectivement une menace suffisamment grave pour l'ordre public. En outre, dans les cas de peu de gravité, dans lesquels l'existence d'une telle menace n'est guère probable, une expulsion ne peut pas non plus en principe être ordonnée en raison de la condition prévue d'une peine minimale de six mois. Cette peine minimale et la nécessité de prendre en considération les droits de l'homme garantis par le droit international dans les cas où une peine de plus de six mois est prononcée permettront aussi, en définitive, de tenir compte du principe de proportionnalité (au sens strict).

Dans un souci de cohérence, le Conseil fédéral avait aussi envisagé la possibilité d'inclure dans la liste des infractions pertinentes, conformément à l'art. 121, al. 4, Cst., également les infractions en matière de contributions de droit public. Si les infractions en matière de prestations de l'Etat doivent obligatoirement conduire à l'expulsion du pays, il semblait logique, en effet, que les infractions en matière de contributions publiques aient aussi la même conséquence juridique. Vu toutefois que les infractions en matière de contributions constituent, en raison de la peine dont ils sont passibles, des crimes de gravité plutôt moindre, prononcer une mesure d'éloignement dans ce type de cas ne serait guère compatible avec les prescriptions de l'ALCP (cf. ch. 3.3.1). Aussi, pour réduire au minimum les points de friction potentiels avec cet accord, le Conseil fédéral a-t-il finalement décidé de ne pas inclure dans la liste les infractions en matière de contributions de droit public.

La variante 1 proposée par le Conseil fédéral permet d'assurer que l'expulsion obligatoire ne touchera que les cas dans lesquels la violation de l'ordre public est en règle générale suffisamment grave. Le potentiel de conflit avec l'ALCP se trouvera réduit à un minimum, dans le respect toutefois de la volonté du peuple.

3.3.1.2 Variante 2

Si c'est la variante 2 qui est mise en œuvre, il faudra s'accommoder du fait que l'expulsion prononcée aille fréquemment à l'encontre des dispositions de l'ALCP. En particulier, il ne sera pas possible, dans de nombreux cas, de satisfaire à l'exigence de la présence d'une menace suffisamment grave à l'ordre public : d'une part, parce que la liste des infractions comporte non seulement des infractions graves, mais aussi un grand nombre de crimes de gravité moindre et de délits mineurs (par ex. lésions corporelles simples au sens de l'art. 123 Cst.) ; d'autre part, parce que cette variante ne prévoit pas de peine minimale et ne requiert pas non plus la prise en considération des droits de l'homme garantis par le droit international, à l'exception du principe de non-refoulement. En raison de cet automatisme, le juge

devra donc obligatoirement prononcer l'expulsion, même dans les cas de peu de gravité¹⁶⁸.

Lorsque le jugement pénal est rendu, il n'est pas procédé à un examen individuel du cas. Et au stade de l'exécution, un tel examen n'a lieu, tout au plus, que pour s'assurer du respect du principe de non-refoulement. Les exigences découlant de l'ALCP ne seraient dès lors pas remplies.

Les conséquences décrites ci-dessous devraient donc être nettement plus lourdes si c'est la variante 2 qui est mise en œuvre.

3.3.1.3 Conséquences pour l'ALCP

Des violations des règles de l'ALCP de la part de la Suisse ne peuvent pas être exclues lors de l'application des nouvelles dispositions du CP relatives à l'expulsion. L'UE ne manquerait pas de constater et de dénoncer ces violations, même si elle aussi a un grand intérêt à maintenir cet accord. La variante 1 devrait néanmoins permettre de réduire considérablement le nombre de cas où l'on aboutirait effectivement à une expulsion pouvant entraîner une violation des règles de l'ALCP (contrairement à la variante 2). Il n'est donc pas possible de déterminer précisément quelles pourraient être en définitive les conséquences politiques concrètes de la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi¹⁶⁹.

Une solution pour sortir de cette impasse serait que la Suisse et l'UE entament de nouvelles négociations concernant le point controversé (expulsion automatique) et qu'une réserve renvoyant à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. soit formulée dans l'ALCP. Au vu de la pratique de la Cour de justice de l'UE (CJUE), il n'y a toutefois pas lieu d'escompter que l'UE consente à trouver une solution spéciale dans le cas de la Suisse. L'Allemagne, l'Espagne et les Pays-Bas ont en effet déjà été condamnés par cette cour pour avoir violé les dispositions pertinentes du droit européen¹⁷⁰ en voulant faire appliquer leur droit interne¹⁷¹. Dans le cas des Pays-Bas, il s'agissait par exemple de dispositions du droit des étrangers qui prévoyaient qu'une personne ayant fait l'objet d'une condamnation pénale pouvait être automatiquement expulsée

¹⁶⁸ Cf. tableau permettant de visualiser les différentes variantes proposées par le groupe de travail, disponible uniquement en allemand à l'adresse suivante : http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-06-28/110628_tab_delikte-d.pdf

¹⁶⁹ JAAG / PRIULI 2010, p. 7. Le politologue et professeur émérite Dieter Freiburghaus ne partage pas cet avis : selon lui, une dénonciation de l'ALCP par l'UE n'est guère vraisemblable (voir article « Die Ausschaffungsinitiative als Belastungsprobe für die Bilateralen », paru le 10 octobre 2010 dans le Tagesanzeiger et disponible à l'adresse <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Die-Ausschaffungsinitiative-als-Belastungsprobe-fuer-die-Bilateralen/story/12972422> ; consulté pour la dernière fois le 16 janvier 2012).

¹⁷⁰ Les Pays-Bas avaient par exemple introduit une disposition dans leur législation sur les étrangers qui prévoyait la possibilité d'expulser une personne ayant fait l'objet d'une condamnation pénale sans avoir à tenir compte de sa situation personnelle et familiale ni de la question de savoir s'il existait une menace actuelle, réelle et suffisamment grave pour l'ordre public. Voir à ce propos JAAG / PRIULI 2010, p. 5.

¹⁷¹ Dispositions relatives à l'expulsion en cas de « menace pour l'ordre public et les intérêts fondamentaux de la société ».

sans qu'il soit obligatoire de prendre en compte sa situation personnelle et familiale¹⁷².

Une autre conséquence possible serait que l'UE menace la Suisse de dénoncer l'ALCP s'il ne devait pas être mis fin à la violation dans le délai impart¹⁷³.

4 Lien avec le programme de la législature

Dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015, le message concernant la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi est présenté comme étant un « autre objet » devant permettre de réaliser l'objectif 16 intitulé « les chances offertes par la migration sont saisies et ses risques combattus »¹⁷⁴.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

5.1.1 Compétence législative

Aux termes de l'art. 121, al. 1, Cst., 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. Il en va de même pour la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale, conformément à l'art. 123 du même texte.

Selon la disposition transitoire ad art. 121 Cst. (art. 197, ch. 8, Cst.), le législateur doit définir, dans les cinq années qui suivent l'acceptation par le peuple et par les cantons de l'art. 121, al. 3 à 6, les faits constitutifs des infractions en vertu de l'art. 121, al. 3, les compléter et édicter les dispositions pénales relatives à l'entrée illégale sur le territoire visée à l'art. 121, al. 6. La compétence législative pour la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi découle donc directement de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

5.1.2 Conformité aux droits fondamentaux

5.1.2.1 Variante 1

La variante 1 est fondée sur le principe de l'égalité des normes constitutionnelles et sur celui d'une interprétation harmonisante. Le poids accordé aux nouveaux al. 3 à 6 introduits à l'art. 121 Cst. (cf. ch. 1.4.2) est tel que les principes de l'activité de l'Etat régi par le droit, fixés à l'art. 5, al. 2 et 4, Cst., ne sont pris en compte que dans une certaine mesure. L'application de la loi peut conduire à une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale conféré par l'art. 13, al. 1, Cst.

¹⁷² JAAG / PRIULI 2010, p. 5.

¹⁷³ JAAG / PRIULI 2010, p. 7.

¹⁷⁴ FF 2012 480.

Le principe de proportionnalité (au sens restreint) est respecté dans la mesure où une peine minimale est prévue (cf. ch. 1.4.4.4) et où les droits de l'homme garantis par le droit international sont pris en considération (cf. ch. 1.4.2).

5.1.2.2 Variante 2

La variante 2 se fonde sur la position défendue par les représentants du comité d'initiative, selon laquelle les nouvelles dispositions constitutionnelles respectent le principe de proportionnalité et sont conformes au droit international ; si ces dispositions n'étaient pas compatibles avec les normes non impératives du droit international, ce sont elles qui primeraient (cf. ch. 1.5.2). La variante 2 ne contient donc aucune disposition qui tienne particulièrement compte du principe de proportionnalité ou des normes non impératives du droit international au sens de l'art. 5, al. 2 et 4, Cst. La mise en œuvre de la variante 2 peut également porter atteinte au droit au respect à la vie privée et familiale conféré par l'art.13, al. 1, Cst. Contrairement à la variante 1, on considère que le principe de proportionnalité (au sens restreint) est respecté sans qu'une peine minimale soit fixée et que les droits de l'homme garantis par le droit international soient pris en considération.

5.2 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse

5.2.1 CEDH, pacte II de l'ONU et Convention relative aux droits de l'enfant

5.2.1.1 Variante 1

L'art. 1 du protocole n°7 à la CEDH¹⁷⁵ et l'art. 13 du pacte II de l'ONU prévoient un certain nombre de garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers. En particulier, l'intéressé doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner la décision rendue concernant son cas, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent. Ces garanties ne sont accordées qu'aux personnes qui se trouvent légalement sur le territoire d'un Etat partie au Pacte. Elles ne se rapportent directement qu'à la procédure et non au contenu des motifs de l'expulsion ; elles ont cependant pour but de prévenir les expulsions arbitraires. Ces garanties sont également fournies par la variante 1 en ce sens que cette dernière ne formule aucune restriction procédurale en lien avec une expulsion.

La variante 1 prend en compte les normes impératives du droit international en obligeant expressément l'autorité compétente à reporter l'exécution forcée de l'expulsion lorsqu'il existe des motifs interdisant le refoulement (art. 66d, al. 1, let. a et b, AP-CP).

¹⁷⁵ Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 22 novembre 1984, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 1988 (RS **0.101.07**).

Les droits de l'homme garantis par le droit international non impératif sont aussi pris en considération au moment de prononcer une expulsion (art. 66a, al. 3, AP-CP, et 49a, al. 3, AP-CPM). On songe ici en premier lieu au droit au respect de la vie privée et familiale conféré par l'art. 8 CEDH et l'art. 17 du pacte II de l'ONU. Entrent également en ligne de compte les droits garantis par la Convention relative aux droits de l'enfant, comme la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3), l'interdiction de séparer l'enfant de ses parents contre leur gré (art. 9) et le droit d'entretenir des relations personnelles et d'avoir des contacts réguliers avec ses deux parents (art. 10, al. 2).

Les critères à prendre en compte peuvent être largement pondérés en examinant les conditions propres au cas d'espèce. Il existe des exceptions relatives à la gravité de l'infraction et au statut de séjour de l'intéressé. Par ailleurs, les motifs personnels invoqués doivent présenter un certain degré de gravité (cf. ch. 2.1.1.3). Il convient de souligner qu'on ne tient pas compte ici que d'un seul critère fixe (p. ex. faits constitutifs d'une infraction avérée). Les restrictions que l'on vient d'évoquer permettent d'examiner chaque cas d'espèce en réalisant une pesée des intérêts dont le résultat est ouvert.

5.2.1.2 Variante 2

La variante 2 limite les moyens de droit et contient des dispositions visant à accélérer la procédure (art. 73^{quater}, al. 4, AP-CP). L'art. 1 du protocole n°7 à la CEDH et l'art. 13 du pacte II de l'ONU prévoient certes que la personne concernée peut faire examiner la décision d'expulsion prise à son encontre par une autorité administrative ou judiciaire, mais pas que cette personne a un droit d'accès spécial à un tribunal. En désignant l'autorité cantonale d'exécution comme autorité habilitée à statuer sur la décision prononcée et en donnant à l'intéressé la possibilité de former un recours contre la nouvelle décision devant le tribunal cantonal compétent, l'art. 73^{quater}, al. 4, AP-CP prend en considération les garanties procédurales susmentionnées.

En prévoyant expressément qu'une expulsion peut être suspendue temporairement lorsque des motifs impératifs selon l'art. 25, al. 2 et 3, Cst. s'y opposent (art. 73^{quater}, al. 2, AP-CP), la variante 2 tient compte des normes impératives du droit international.

Dans la variante 2, les droits de l'homme garantis par le droit international non impératif ne sont pas expressément pris en compte au moment de prononcer une expulsion. Il faut partir du principe que le droit au respect de la vie privée et familiale qui est conféré par l'art. 8 CEDH et l'art. 17 du pacte II de l'ONU et les droits garantis par la Convention relative aux droits de l'enfant ne seront pas respectés dans de nombreux cas. Les critères à prendre en compte ne peuvent en tout cas pas être pondérés en examinant les conditions propres au cas d'espèce.

Dans la mesure où elle ne tient compte que d'un seul critère fixe (faits constitutifs d'une infraction avérée), la variante 2 ne permet pas d'examiner chaque cas d'espèce en réalisant une pesée des intérêts dont le résultat soit ouvert.

5.2.2 ALCP et Convention AELE

5.2.2.1 Variante 1

Grâce au catalogue réduit de crimes graves, la variante 1 devrait permettre de tenir compte autant que possible de l'ALCP et de la Convention AELE. Elle permettra de respecter les garanties matérielles dans de nombreux cas (cf. ch. 1.4.2 et 3.3.1)¹⁷⁶.

5.2.2.2 Variante 2

La variante 2 ne permettra, elle non plus, pas de respecter l'exigence formulée par ces accords, selon laquelle chaque cas d'espèce doit faire l'objet d'un examen individuel. Il est de surcroît probable que, dans de nombreux cas, elle ne permette pas de tenir compte des garanties matérielles (cf. ch. 3.3.1).

¹⁷⁶ Cf. rapport du groupe de travail, ch. 3.4.4.

Bibliographie

- ALBRECHT PETER, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28 BetmG), 2. Auflage, Bern 2007
- ALBRECHT PETER, Die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, in: Jusletter du 2 mars 2009
- FINGERHUTH THOMAS / TSCHURR CHRISTOF (Hrsg.), Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007
- FORNALE ELISA / KURT STEFANIE TAMARA / SOW DIEYLA / STÜNZI ROBIN, Les spécificités du renvoi des délinquants étrangers, in: Les renvois et leur exécution, Cesla Amarelle / Minh Son Nguyen (édit.), Bern 2011
- 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, p. 471 ss
- HOMBERGER THOMAS, Die Strafbestimmungen im Sozialversicherungsrecht, Bern 1993
- ILLES RUEDI, Die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Ausländer- und Asylrecht, Jahrbuch für Migrationsrecht, 2006/2007
- JAAG TOBIAS / PRIULI VALERIO, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, in Jusletter du 8 novembre 2010
- KELLER BEATRICE, in Basler Kommentar, Niggli Marcel Alexander / Wiprächtiger Hans (édit.), Strafgesetzbuch, 1. Auflage, Basel 2003
- MÜLLER JÖRG PAUL, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in Jusletter du 1^{er} mars 2010
- 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
- SPESCHA MARC / KERLAND ANTONIA / BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Auflage, Bern 2006
- TSCHANNEN PIERRE, in Verfassungsrecht der Schweiz, Daniel Thürer / Jean-François Aubert / Jörg Paul Müller (Hrsg.), Zürich 2001

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Auflage, Bern 2011

TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009

ÜBERSAX PETER, Zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative, Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und -Praxis, 4/11, S. 9 ff.

WEBER KLAUS, Der Begriff des Handeltreibens, Diss., München 2007

Sources utilisées

Rapport du 21 juin 2011 du groupe de travail pour la mise en oeuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers criminels à l'intention du Département fédéral de justice et police ; disponible à l'adresse: www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2011/2011-06-28/110628_ber_ausschaffungsinitiative-f.pdf.
(Rapport du groupe de travail)

Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 (FF **1997** I 133, Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale)

Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998 (FF **1999** 1787, message concernant la modification du CP et du CPM, ainsi que le DPMin)

Initiative populaire fédérale « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) ». Examen préliminaire du 26 juin 2007.
(FF **2007** 4725, examen préliminaire)

Publications des départements et des offices de la Confédération du 7 mars 2008 concernant l'aboutissement de l'initiative populaire fédérale « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) »
(FF **2008** 1745, publication)

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

La relation entre droit international et droit interne. Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008
(FF **2010** 2067, Relation entre droit international et droit interne)

Arrêté fédéral du 18 juin 2010 relatif à l'initiative populaire fédérale « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) »
(FF **2010** 3853, Arrêté fédéral relatif à l'initiative sur le renvoi)

Arrêté fédéral du 10 juin 2010 concernant le contre-projet « Expulsion et renvoi des criminels étrangers dans le respect de la Constitution » (contre-projet à l'initiative populaire fédérale « Pour le renvoi des étrangers criminels [initiative sur le renvoi] »)
(FF **2010** 3855, Arrêté fédéral concernant le contre-projet à l'initiative sur le renvoi)

Arrêté fédéral du 17 mars 2011 constatant le résultat de la votation populaire du 28 novembre 2010 (« Initiative sur le renvoi » et contre-projet de l'Assemblée fédérale ; « Initiative pour des impôts équitables »)
(FF **2011** 2593, Arrêté fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 28 novembre 2010)

Rapport additionnel du Conseil fédéral du 30 mars 2011 au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne
(FF **2011** 3401, Rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne)

Message du 22 juin 2011 relatif à la loi fédérale portant mise en œuvre de l'art. 123b de la Constitution concernant l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants impubères (Modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs)
(FF **2011** 5565, initiative sur l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine)