

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

(Professeur Heinrich Koller, président du groupe de travail)

Il est arrivé à plusieurs reprises, ces dernières années, que le peuple et les cantons acceptent des initiatives populaires pourtant difficilement conciliables avec des principes reconnus de l'État de droit, avec des principes constitutionnels, avec des droits fondamentaux ou avec des accords internationaux. Le conflit qui en résulte, à chaque fois, entre les nouvelles dispositions constitutionnelles et le droit international et constitutionnel déjà en vigueur est une conséquence de la situation actuelle, où seules les normes impératives du droit international peuvent être opposées à une initiative populaire, mais pas le droit constitutionnel existant, ni des accords internationaux. La résolution de ces conflits revient en premier lieu au législateur. Il ne saurait cependant les résoudre en accordant au principe démocratique, traditionnellement tenu en haute estime en Suisse, la priorité absolue sur tous les autres principes, par exemple le principe de l'État régi par le droit. La démocratie et l'État de droit sont fondamentalement équivalents. Ils se complètent l'un l'autre, sont nécessaires l'un à l'autre.

La doctrine et la pratique ont développé différents instruments et règles de conflit pour résoudre les antagonismes et les contradictions. En font partie une méthode d'interprétation constitutionnelle visant à « établir une concordance pratique », en plaçant la Constitution dans un contexte global et en considérant qu'elle forme une unité de sens. Un autre principe est d'interpréter les dispositions problématiques de manière conforme au droit international, avant d'envisager la renégociation, voire la dénonciation d'accords internationaux. En appliquant ces principes éprouvés, les autorités fédérales se sont toujours efforcées de mettre en œuvre les initiatives populaires de manière conforme au droit international et de ne rogner les buts visés par leurs auteurs que si des raisons juridiques impératives les y contraignaient.

La nouvelle norme constitutionnelle dont il est question ici, sur le renvoi des étrangers criminels, n'est que difficilement compatible avec certains principes figurant dans la Constitution et dans des accords internationaux. À l'époque, les autorités fédérales avaient considéré que l'initiative sur le renvoi était contraire au droit international sur plusieurs points, qu'elle contrevenait à des principes fondamentaux de la Constitution fédérale (en particulier au principe de la proportionnalité), et qu'elle contrevenait aussi à la Convention européenne des droits de l'homme, au Pacte II de l'ONU, à la Convention relative aux droits de l'enfant et à l'Accord sur la libre circulation des personnes. Le groupe de travail institué par le DFJP s'est ainsi trouvé face à une mission difficile, devant un dilemme presque impossible à résoudre : mise en œuvre au prix de contradictions avec des principes constitutionnels éprouvés et de manquements à des accords internationaux de défense des droits de l'homme et à l'Accord sur la libre circulation des personnes (avec toutes les conséquences que cela implique) ou mise en œuvre sur la base d'une interprétation constitutionnelle conforme au droit international, selon les préceptes de la doctrine auxquels la pratique, à ce jour, n'a jamais dérogé, en s'accommodant, dans ce cas, d'une certaine contradiction avec les nouvelles dispositions constitutionnelles.

Le groupe de travail s'est réuni à onze reprises. Il s'est penché attentivement sur ces questions de fond, a mené des discussions approfondies sur la manière « correcte » d'interpréter le texte constitutionnel, ainsi que la « volonté populaire » et débattu en détail des conséquences des

différentes options pour le droit international. Le rapport présenté aujourd'hui est l'expression de ces considérations. Il faut noter que le groupe de travail n'a jamais eu pour objectif de trouver un compromis et d'arriver à une solution unique qui aurait eu l'assentiment de la totalité de ses membres. Le mandat qui lui avait été donné le 22.12.2010 précisait bien qu'il devait élaborer « des propositions » (au pluriel) pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles, et montrer les conséquences juridiques de ces propositions. L'objectif était bien davantage d'identifier des solutions de mise en œuvre conformes à la constitution et au droit international, afin que les autorités politiques (et elles seules) puissent, sur cette base, prendre des décisions. Les marges de manœuvre mises en évidence dans le rapport permettent des combinaisons (en particulier entre les variantes que la majorité du groupe de travail considère comme conformes à la constitution et au droit international). Reste à ajouter qu'au fil des débats, les lignes de démarcation n'ont pas toujours réuni les représentants du comité d'initiative, d'un côté, et le reste des membres du groupe de travail, de l'autre, comme le montre la diversité des opinions par exemple sur la question du choix de l'acte législatif où inscrire les dispositions de mise en œuvre, ou sur la question des autorités d'exécution.

Les représentants du comité d'initiative ont présenté, dès la première séance du groupe de travail, une proposition de mise en œuvre sous forme d'un texte de loi rédigé. Il s'agit (à quelques minimales adaptations près) de la variante 1 figurant en annexe du rapport. Cette démarche avait le mérite d'exposer clairement, dès le départ, la manière dont les auteurs de l'initiative (en se fondant, selon leurs termes, sur une interprétation « authentique ») entendaient mettre en œuvre la « volonté du peuple ». Les auteurs de l'initiative estiment ainsi que le constituant, en retenant certaines infractions déterminées (axées sur la « criminalité des étrangers ») et en renonçant à prévoir une peine minimale, a concrétisé lui-même le principe de proportionnalité. En tant qu'elle est plus récente (et plus spécialisée), la nouvelle norme constitutionnelle primerait, à leurs yeux, le principe général inscrit à l'art. 5, al. 2, de la Constitution fédérale. Elle ne laisserait pas non plus de marge de manœuvre pour examiner, dans un cas individuel, si l'exécution de l'expulsion est admissible, si elle est concrètement possible et si elle peut être raisonnablement exigée (sauf pour ce qui est du principe de non-refoulement, qui fait partie des règles impératives du droit international). Les auteurs de l'initiative considèrent qu'il faudrait s'accommoder des violations des accords internationaux précités qui pourraient en résulter et accepter, le cas échéant, que la Suisse soit la cible de sanctions. Il faudrait alors œuvrer, de manière ciblée, en vue d'une modification de la jurisprudence ou carrément dénoncer les accords qui posent problèmes. Les représentants du comité d'initiative considèrent, enfin, que le droit constitutionnel plus récent (et qui plus est auréolé d'une plus forte légitimité démocratique) prime dans tous les cas le droit international non impératif.

La majorité des membres du groupe de travail estiment que cette argumentation est contraire à des principes reconnus, développés par la doctrine et la pratique, sur lesquels se fondent les actions de l'État régi par le droit. Le groupe de travail a donc développé trois autres propositions (les variantes 2 à 4) qui tiennent mieux compte, selon la majorité de ses membres, du principe de proportionnalité, des droits fondamentaux, de la cohérence de l'ordre juridique et des accords internationaux (y compris leur jurisprudence) auxquels la Suisse est partie. Notons encore que la variante 4 peut être mise entre parenthèses, puisqu'elle reprend le contenu de la variante 2 mais dans la législation sur les étrangers plutôt que dans le code pénal. Permettez-moi maintenant de vous exposer brièvement les principales différences entre les versions 1 à 3.

Pour ce qui est de la liste des infractions, les variantes se ressemblent en ce qu'elles incluent toutes les infractions mentionnées dans la nouvelle norme constitutionnelle. Elles se distinguent les unes des autres, cependant, par la manière dont elles concrétisent les délits sexuels

graves et les actes de violence, et par les autres infractions devant entraîner une expulsion obligatoire qu'elles ajoutent à la liste. Dans la variante 1, l'accent est mis sur les délits sexuels et les actes de violence. Ils sont considérés comme graves, quelle que soit la peine dont ils sont passibles en théorie. La liste comprend donc les crimes les plus graves, comme le meurtre, mais aussi des délits plus légers, comme les lésions corporelles simples (une infraction qui n'est punissable que sur plainte) ou des infractions du droit pénal accessoire (par exemple l'entrée illégale sur le territoire). La variante 2 n'inclut dans la liste, au titre des délits sexuels et des actes de violence, que des infractions qui doivent être considérées comme des crimes graves sur la base de la peine encourue par l'auteur (comme le brigandage ou le viol que mentionne le texte constitutionnel). À la différence des variantes 1 et 3, la variante 2 contient une clause générale qui couvre de nombreuses autres infractions du code pénal et du droit pénal accessoire, dont la gravité est comparable à celle du brigandage et du viol et qui peuvent également justifier une expulsion obligatoire. La liste des infractions de la variante 2 est donc plus complète et plus cohérente que celle de la variante 1. La variante 3, quant à elle, inclut parmi les délits sexuels et les actes de violence d'autres infractions considérées comme des crimes. Elle contient ainsi une clause générale d'une portée moindre que celle de la variante 2 et met l'accent sur les infractions déjà mentionnées dans le texte de la norme constitutionnelle.

Les variantes 1 à 3 se distinguent aussi les unes des autres concernant les autres conditions de l'expulsion obligatoire. La variante 1 n'exige qu'une condamnation pour l'une des infractions de la liste (même si le cas est bénin), quelle que soit la peine effectivement infligée (même si le juge renonce à prononcer une peine ou l'atténue fortement). Les variantes 2 et 3 tiennent compte du principe de proportionnalité en prévoyant que l'expulsion n'est en principe obligatoire que si l'étranger concerné a été condamné à une peine de six mois au moins (variante 2) ou de plus de six mois (variante 3). La même limite inférieure s'applique aux récidivistes par le jeu du cumul des peines prononcées sur une période de dix ans. La variante 2 permet également d'expulser un étranger ayant été condamné, pour l'une des infractions de la liste, à une peine inférieure à six mois, lorsque les intérêts publics à son expulsion l'emportent sur son intérêt personnel à demeurer en Suisse. Cette disposition vise les personnes se livrant à la délinquance itinérante (tourisme de la criminalité). La peine minimale a été fixée à six mois afin que l'expulsion, qui constitue une atteinte grave à la liberté personnelle, soit ordonnée par un juge et non par le ministère public dans une procédure d'ordonnance pénale (sauf dans le cas de cumul de peines légères par un récidiviste). Les variantes 2 et 3 réintroduisent, par ailleurs, l'expulsion facultative pour des infractions qui ne figurent pas dans les listes.

Il faut enfin relever des différences considérables entre les variantes 1 à 3 s'agissant des compétences des autorités, de l'examen des obstacles à l'exécution et de la procédure applicable. Dans la variante 1, c'est le juge pénal ou le ministère public qui a la compétence d'ordonner l'expulsion et de fixer la durée de l'interdiction d'entrée dont elle est assortie. Ni le juge, ni le ministère public n'examine l'existence d'obstacles à l'exécution du renvoi ; ils ordonnent automatiquement l'expulsion, pour peu que les conditions soient réunies. L'autorité cantonale compétente exécute le renvoi immédiatement. Un report n'est possible que si le renvoi viole le principe de non-refoulement. La variante 1 ne dit mot, par contre, des autres motifs qui pourraient s'opposer à l'expulsion, par exemple l'impossibilité pratique de renvoyer une personne parce qu'elle ne dispose pas de documents de voyage ou que les autorités de l'État de destination refusent de coopérer, ou le caractère inexigible du renvoi, notamment pour cause de maladie de l'intéressé. La variante 1 ne dit rien non plus du statut qu'auraient ces étrangers dont un obstacle insurmontable empêche de facto l'expulsion. La majorité du groupe de travail estime que cet automatisme de l'expulsion est en contradiction avec des règles non impératives du droit international figurant dans des accords de protection des droits de l'homme et dans l'Accord sur la libre circulation des personnes. Elle considère aussi que l'automatisme

prôné par la variante 1 ne laisse pas assez de place pour l'examen individuel de chaque cas tel que le prescrit le principe de proportionnalité. Les variantes 2 et 3, en revanche, permettent l'examen d'obstacles posés par le droit international à l'exécution du renvoi. Dans la variante 2, cet examen se fait d'office, pendant la phase d'exécution et avec un délai de recours de dix jours, tandis que dans la variante 3, l'examen d'éventuels obstacles à l'exécution est laissé à la compétence du juge. Si les obstacles ne sont identifiés ou invoqués qu'ultérieurement, le dossier repasse dans les mains du juge pour un nouvel examen.

M. Schneeberger vous en dira plus à ce sujet, de même que sur la charge de travail supplémentaire qu'entraîneraient les différentes variantes pour les autorités d'exécution. Il parlera également de la nouvelle infraction d'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale.

Il me reste à conclure avec les remerciements d'usage et avec une indication concernant les recommandations au département. Le groupe de travail a travaillé dans une atmosphère sereine et agréable qui lui a permis d'aborder les problèmes de manière objective. Il n'est jamais arrivé à définir une opinion commune, ce qui était néanmoins prévisible compte tenu des positions de départ très éloignées les unes des autres. Nous avons donc le plaisir de remettre aujourd'hui au département des clés d'interprétation et plusieurs variantes, faisant chacune l'objet d'une appréciation. Il revient maintenant au DFJP et au Conseil fédéral d'évaluer ces variantes et de soumettre au Parlement un projet de loi qui soit défendable sous l'angle du droit comme sous l'angle politique.