

13.091

**Message
concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif
des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»**

du 20 novembre 2013

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous proposons de déclarer partiellement nulle l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)» et d'en soumettre la partie valable au vote du peuple et des cantons, en leur recommandant de rejeter l'initiative.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

20 novembre 2013

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ueli Maurer
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

L'initiative vise à mettre en œuvre directement l'art. 121, al. 3 à 6, de la Constitution (Cst.). Si elle est acceptée, les étrangers condamnés pour certaines infractions seront expulsés de Suisse pour un temps déterminé, indépendamment de la peine concrète qui leur aura été infligée (automatisme de l'expulsion). Les autorités n'auront pas le droit de tenir compte des dispositions non impératives du droit international. L'initiative de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles (art. 121, al. 3 à 6, Cst.) n'est pas nécessaire. Par ailleurs, elle définit de manière restrictive les règles impératives du droit international: pour cette raison, elle doit être déclarée partiellement nulle. Le Conseil fédéral recommande d'en rejeter la partie valable.

Contenu de l'initiative

L'initiative vise à inscrire dans la Constitution une nouvelle disposition directement applicable concrétisant l'art. 121, al. 3 à 6, Cst., relatif à l'expulsion des étrangers criminels. Ses auteurs veulent ainsi obtenir une mise en œuvre de cet article qui soit «conforme à la volonté du peuple». L'initiative demande l'expulsion de tout étranger frappé d'une condamnation entrée en force pour un certain nombre d'infractions, indépendamment de la peine prononcée dans le cas concret. L'étranger sous le coup d'une expulsion entrée en force est, indépendamment de son statut, privé de son titre de séjour et de tous ses autres droits à séjourner en Suisse. Il est en outre frappé d'une interdiction d'entrer en Suisse de 5 à 15 ans, voire de 20 ans en cas de récidive. L'autorité compétente (tribunal pénal ou ministère public) ne dispose d'une marge d'appréciation lui permettant le cas échéant de renoncer à l'expulsion que si la peine a été atténuée parce que l'auteur a agi en état de défense ou de nécessité excusable. L'initiative prévoit en outre la primauté de l'expulsion et de ses modalités d'exécution sur le droit international non impératif. L'autorité d'exécution ne pourra donc reporter une expulsion que si celle-ci contrevient aux règles impératives du droit international.

L'initiative n'est pas nécessaire

L'art. 197, ch. 8, Cst. accorde au législateur un délai de 5 ans à compter de l'acceptation de l'initiative sur le renvoi pour qu'il la concrétise au niveau de la loi. Le Conseil fédéral a transmis en juin 2013 au Parlement le projet de loi et le message correspondants. L'initiative de mise en œuvre n'est donc pas nécessaire, ni du point de vue du calendrier, ni du point de vue du contenu.

Lacunes de l'initiative

L'automatisme de l'expulsion proposé par l'initiative ne laisse aucune place à un examen au cas par cas, conforme au principe de la proportionnalité et au droit international non impératif. Il ne tient donc pas compte des droits de l'homme garantis par le droit international (notamment du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH ou de l'art. 17 du Pacte II de l'ONU et des droits garantis par la Convention relative aux droits de l'enfant), ni des exigences posées

par l'accord sur la libre circulation conclu avec l'UE et par la Convention AELE. Enfin, la définition restrictive que l'initiative donne des règles impératives du droit international a pour conséquence qu'elle ne remplit pas les critères de validité applicables aux initiatives populaires.

Proposition du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral propose aux Chambres fédérales de déclarer l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)» partiellement nulle. Il recommande d'en soumettre la partie valable, c'est-à-dire le texte initial sans l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, 2^e phr., P-Cst. (définissant les normes impératives du droit international) au vote du peuple et des cantons, en leur recommandant de la rejeter.

Table des matières

Condensé	8494
1 Aspects formels et validité de l'initiative	8498
1.1 Texte	8498
1.2 Aboutissement et délais de traitement	8501
1.3 Validité	8501
1.3.1 Critères de validité	8501
1.3.2 Unité de la forme	8501
1.3.3 Conformité avec les règles impératives du droit international	8501
1.3.4 Définition des règles impératives du droit international dans l'initiative de mise en œuvre	8504
1.3.5 Définition restrictive du droit international impératif: quel effet sur la validité de l'initiative?	8506
1.3.6 Unité de la matière	8507
1.3.7 Exécutabilité	8508
1.3.8 Conclusion	8509
2 Genèse de l'initiative	8509
2.1 Mesures d'éloignement selon le droit en vigueur	8509
2.2 Nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers criminels (art. 121, al. 3 à 6, Cst.)	8510
2.3 Mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.	8510
2.4 Raisons justifiant l'initiative de mise en œuvre selon le comité d'initiative	8511
3 Buts et contenu de l'initiative	8511
3.1 Buts visés	8511
3.2 Dispositif proposé	8512
3.3 Commentaire et interprétation du texte de l'initiative	8512
3.3.1 Principes d'interprétation des normes constitutionnelles	8512
3.3.2 Particularités du texte de l'initiative	8515
3.3.3 Eléments de l'art. 197, ch. 9, P-Cst.	8516
4 Appréciation de l'initiative	8525
4.1 Appréciation des buts visés par l'initiative	8525
4.1.1 Mise en œuvre des dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels	8525
4.1.2 Durcissement de la pratique des tribunaux	8525
4.1.3 Renforcer la sécurité	8526
4.1.4 Raccourcissement de la procédure	8528
4.2 Conséquences en cas d'acceptation	8528
4.2.1 Non-respect du principe de la proportionnalité	8528
4.2.2 Conséquences pour la Confédération et les cantons	8529
4.3 Lacunes de l'initiative	8532

4.4	Compatibilité avec les obligations internationales	8533
4.4.1	CEDH et Pacte II de l'ONU	8533
4.4.2	Convention relative aux droits de l'enfant	8535
4.4.3	ALCP et Convention AELE	8536
5	Conclusions et proposition du Conseil fédéral	8538
	Bibliographie	8540
	Principaux documents auxquels il est renvoyé	8541
	Arrêté fédéral concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)» (<i>Projet</i>)	8543

Message

1 Aspects formels et validité de l'initiative

1.1 Texte

L'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)» a la teneur suivante:

Les dispositions transitoires de la Constitution¹ sont modifiées comme suit:

Art. 197, ch. 9 (nouveau)

9. Disposition transitoire directement applicable ad art. 121 (Séjour et établissement des étrangers)

¹ Les dispositions suivantes sont appliquées en vue d'assurer le renvoi effectif des étrangers criminels:

I. Expulsion

1. Si un étranger est condamné pour l'une des infractions énumérées ci-après, et quelle que soit la quotité de la peine qui a été prononcée à son encontre, le tribunal ou le ministère public prononcent son expulsion du territoire suisse:

- a. meurtre (art. 111 du code pénal, CP²), assassinat (art. 112 CP), meurtre passionnel (art. 113 CP);
- b. lésions corporelles graves (art. 122 CP), mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP);
- c. effraction, entendue comme la réalisation cumulative des éléments constitutifs des infractions de vol (art. 139 CP), de dommages à la propriété (art. 144 CP) et de violation de domicile (art. 186 CP);
- d. vol qualifié (art. 139, ch. 2 et 3, CP), brigandage (art. 140 CP), escroquerie par métier (art. 146, al. 2, CP), extorsion qualifiée (art. 156, ch. 2, 3 et 4 CP), recel par métier (art. 160, ch. 2, CP);
- e. escroquerie (art. 146 CP) à l'aide sociale et aux assurances sociales, et abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales (ch. V.1);
- f. traite d'être humains (art. 182 CP), séquestration et enlèvement qualifiés (art. 184 CP), prise d'otage (art. 185 CP);
- g. contrainte sexuelle (art. 189 CP), viol (art. 190 CP), actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP), encouragement à la prostitution (art. 195 CP);
- h. génocide (art. 264 CP), crimes contre l'humanité (art. 264a CP), crimes de guerre (art. 264b à 264j CP);
- i. infraction aux art. 19, al. 2, ou 20, al. 2, de la loi du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (LStup)³.

¹ RS 101

² RS 311.0

2. Si un étranger est condamné pour l'une des infractions énumérées ci-après, et s'il a déjà été condamné au cours des dix années précédentes par un jugement entré en force à une peine pécuniaire ou privative de liberté, le tribunal ou le ministère public prononcent son expulsion du territoire suisse:

- a. lésions corporelles simples (art. 123 CP), exposition (art. 127 CP), rixe (art. 133 CP), agression (art. 134 CP);
- b. violation de domicile (art. 186 CP) en relation avec les infractions de dommages à la propriété (art. 144 CP) ou de vol (art. 139, ch. 1, CP);
- c. abus de confiance qualifié (art. 138, ch. 2, CP), utilisation frauduleuse d'un ordinateur par métier (art. 147, al. 2, CP), abus de cartes-chèques ou de cartes de crédit par métier (art. 148, al. 2, CP), usure par métier (art. 157, ch. 2, CP);
- d. séquestration et enlèvement (art. 183 CP);
- e. actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187, ch. 1, CP), actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes (art. 188, ch. 1, CP), actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues (art. 192 CP), abus de la détresse (art. 193 CP), pornographie (art. 197, ch. 3, CP);
- f. incendie intentionnel (art. 221, al. 1 et 2, CP), explosion intentionnelle (art. 223, ch. 1, CP), emploi, avec dessein délictueux, d'explosifs ou de gaz toxiques (art. 224 CP), fabriquer, dissimuler et transporter des explosifs ou des gaz toxiques (art. 226 CP);
- g. fabrication de fausse monnaie (art. 240, al. 1, CP), falsification de la monnaie (art. 241, al. 1, CP);
- h. provocation publique au crime ou à la violence (art. 259 CP), participation ou soutien à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP), mise en danger de la sécurité publique au moyen d'armes (art. 260^{quater} CP), financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP);
- i. violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires (art. 285 CP), rupture de ban (art. 291 CP);
- j. dénonciation calomnieuse (art. 303, ch. 1, CP), blanchiment d'argent qualifié (art. 305^{bis}, ch. 2, CP), faux témoignage, faux rapport ou fausse traduction en justice (art. 307, al. 1 et 2, CP);
- k. infraction intentionnelle aux art. 115, al. 1 et 2, 116, al. 3, ou 118, al. 3, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers⁴;
- l. infraction aux art. 19, al. 1, ou 20, al. 1, LStup.

3. Si, au cours des dix années précédentes, il a été ouvert contre l'intéressé une procédure pénale qui n'est pas encore close au moment où est prononcée la condamnation pour l'une des infractions visées au ch. 2, l'expulsion du territoire suisse est prononcée dès que l'intéressé est condamné par un jugement entré en force à une peine pécuniaire ou privative de liberté.

4. L'expulsion du territoire suisse peut ne pas être prononcée si l'acte a été commis en état de défense excusable (art. 16 CP) ou de nécessité excusable (art. 18 CP).

³ RS 812.121

⁴ RS 142.20

5. L'étranger contre qui a été prononcée une décision d'expulsion du territoire suisse entrée en force est privé, indépendamment de son statut, de son titre de séjour et de tous ses autres droits à séjourner ou à retourner en Suisse.

II. Délai de départ et interdiction d'entrée

1. Lorsque le tribunal ou le ministère public prononce une expulsion du territoire suisse, il impartit à l'intéressé un délai de départ et assortit sa décision d'une interdiction d'entrée pour une durée comprise entre 5 et 15 ans.

2. Si l'intéressé a été condamné pour l'une des infractions visées au ch. I.1, la durée de l'interdiction d'entrée ne peut être inférieure à 10 ans.

3. En cas de récidive, la durée de l'interdiction d'entrée est de 20 ans.

III. Exécution

1. L'autorité cantonale compétente procède à l'expulsion du territoire suisse dès que la condamnation est entrée en force ou, selon le cas, dès que la peine a été purgée.

2. L'expulsion du territoire suisse peut être suspendue si des motifs impérieux au sens de l'art. 25, al. 2 et 3, de la Constitution fédérale s'y opposent, mais uniquement de manière temporaire.

3. Lorsqu'elle prend sa décision, l'autorité cantonale compétente présume que ne contrevient pas à l'art. 25, al. 2 et 3, de la Constitution fédérale, une expulsion vers un Etat que le Conseil fédéral a désigné comme un Etat sûr au sens de l'art. 6a, al. 2, de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile⁵.

4. S'il est fait valoir des motifs impérieux au sens de l'art. 25, al. 2 et 3, de la Constitution fédérale, l'autorité cantonale compétente décide dans un délai de 30 jours. Sa décision peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal cantonal compétent. Celui-ci décide dans un délai de 30 jours à compter du dépôt du recours; sa décision est définitive.

IV. Relation avec le droit international

Les dispositions qui régissent l'expulsion du territoire suisse et leurs modalités d'exécution priment les normes du droit international qui ne sont pas impératives. Par normes impératives du droit international, s'entendent exclusivement l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression, de l'esclavage ainsi que l'interdiction de refouler une personne vers un Etat où elle risque d'être torturée ou tuée.

V. Abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales

1. Quiconque aura, par des indications fausses ou incomplètes, par la dissimulation de faits déterminants ou par tout autre moyen, perçu ou tenté de percevoir indûment pour soi ou pour autrui des prestations de l'aide sociale ou d'une assurance sociale, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire, à moins que l'acte ne soit passible d'une peine plus lourde en vertu d'une autre disposition.

2. Dans les cas de peu de gravité, la peine pourra être l'amende.

² L'al. 1 est directement applicable.

1.2 **Aboutissement et délais de traitement**

L'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)» a fait l'objet d'un examen préliminaire par la Chancellerie fédérale le 10 juillet 2012⁶, et elle a été déposée le 28 décembre 2012 avec le nombre requis de signatures.

Par décision du 5 février 2013, la Chancellerie fédérale a constaté que l'initiative avait recueilli 155 788 signatures valables et qu'elle avait donc abouti⁷.

L'initiative a la forme d'un projet rédigé. Le Conseil fédéral ne lui oppose pas de contre-projet. Conformément à l'art. 97, al. 1, let. a, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)⁸, le Conseil fédéral avait jusqu'au 28 décembre 2013 pour soumettre à l'Assemblée fédérale un projet d'arrêté fédéral accompagné d'un message. Conformément à l'art. 100 LParl, l'Assemblée fédérale a jusqu'au 28 juin 2015 pour adopter la recommandation de vote qu'elle présentera au peuple et aux cantons.

1.3 **Validité**

1.3.1 **Critères de validité**

Lorsqu'une initiative populaire visant une révision partielle de la Constitution (Cst.)⁹ ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle (art. 139, al. 3, Cst.; voir aussi l'art. 194, al. 2 et 3, Cst.).

1.3.2 **Unité de la forme**

L'art. 197, ch. 9, P-Cst. obéit au principe de l'unité de la forme, puisqu'il revêt la forme d'un projet rédigé.

1.3.3 **Conformité avec les règles impératives du droit international**

Critères de validité

Une initiative contraire aux règles impératives du droit international doit être invalidée, en totalité ou en partie (art. 139, al. 3, Cst.). Si en revanche elle n'enfreint «que» des dispositions non impératives du droit international, elle doit être déclarée valable et soumise au vote du peuple et des cantons¹⁰. Il faut donc déterminer les normes qui font partie des *règles impératives du droit international*. Le respect de ces normes sert de critère pour juger de la validité d'une initiative. Le texte de la

⁶ FF **2012** 6873

⁷ FF **2013** 1061

⁸ RS **171.10**

⁹ RS **101**

¹⁰ ATF **139** I 16 consid. 5.2.1.

Constitution ne définit pas concrètement cette notion. Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale ont toutefois développé une pratique permettant de l'interpréter. Selon cette pratique, on qualifiera les normes suivantes de «règles impératives du droit international»¹¹:

- a. En font en premier lieu partie les *règles impératives (jus cogens) du droit international* telles que les décrit de manière générale l'art. 53, 2^e phr., de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités¹². Le terme *jus cogens* désigne les normes fondamentales du droit international auxquelles on ne peut déroger sous aucun prétexte. S'il n'existe pas de liste officielle ou faisant autorité des normes de *jus cogens*, on peut cependant en déduire certaines de la pratique des Etats et des traités internationaux en matière de droit international humanitaire. Font notamment partie du droit international impératif¹³:
 - L'égalité souveraine des Etats, l'interdiction du recours à la force (interdiction du recours à la force militaire) figurant dans la Charte des Nations Unies, l'interdiction de la torture, du génocide et de l'esclavage.
 - L'interdiction d'expulser un réfugié 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 certain groupe social ou de ses opinions politiques (principe de non-refoulement dans sa portée relative, codifié dans les normes applicables aux réfugiés)¹⁴.
 - L'interdiction de refouler une personne sur le territoire d'un Etat dans lequel elle risque la torture et d'autres peines ou traitements cruels ou inhumains (principe de non-refoulement dans sa portée absolue, codifié dans les instruments généraux des droits de l'homme et applicable à toute personne, indépendamment de son statut de séjour).
 - Les principes du droit international humanitaire en cas de conflit armé («*jus in bello*»), qui confèrent une protection particulière à certains

¹¹ Pour plus de détails à ce propos, voir le rapport additionnel du 30 mars 2011 du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (FF **2011** 3401, en partic. 3413 ss). Voir aussi le message du 20 novembre 1996 relatif à une constitution fédérale (FF **1997** I 369, 441 s.) et le message du 27 août 2008 relatif à l'initiative populaire contre la construction de minarets (FF **2008** 6923, 6929 à 6932).

¹² RS **0.111**

¹³ Le Tribunal fédéral n'a pris position que ponctuellement sur la teneur des normes de *jus cogens*; cf. ATF **133** II 450 consid. 7.3 (cas *Nada*): «De manière générale, on considère que le *jus cogens* inclut des droits de l'homme élémentaires, comme le droit à la vie, la protection contre la torture et les traitements dégradants, l'interdiction de l'esclavage et de la traite d'êtres humains, l'interdiction des peines collectives, le principe de l'individualité de la responsabilité pénale et le principe de non-refoulement [...]. Plus largement, le *jus cogens* inclut aussi partiellement la protection contre la détention arbitraire, de même que certaines garanties de procédure liées à celle-ci [...].».

¹⁴ Cf. déjà FF **2011** 3414 et **1994** III 1485 s. Cette protection n'est pas absolue: elle ne pourra pas bénéficier au «réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité [de la Suisse] ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté [...]» (art. 33, ch. 2, Convention sur les réfugiés; voir aussi l'art. 5, al. 2, LAsi).

groupes. Selon l'art. 3 des quatre Conventions de Genève de 1949¹⁵, sont prohibés, «en tout temps et en tout lieu»: les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; les prises d'otages; les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué et assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

- b. Le Conseil fédéral a confirmé à plusieurs reprises que la notion de règles impératives du droit international couvre également les *garanties de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (CEDH)¹⁶ pour les *états de nécessité* (art. 15). Ces garanties sont les suivantes: interdiction d'infliger intentionnellement la mort (art. 2), interdiction de la torture (art. 3), interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4, al. 1), principe «pas de peine sans loi» (art. 7), conjugué avec l'interdiction de la double peine ou le principe «ne bis in idem» (art. 4, protocole additionnel n° 7).

Dans la pratique, les autorités fédérales ont constaté, de manière ponctuelle, que les garanties du *Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques* (Pacte II de l'ONU)¹⁷ auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité devaient être considérées comme des «règles impératives du droit international». Aux termes de l'art. 4, al. 2, du Pacte II de l'ONU, l'existence d'un danger public exceptionnel n'autorise aucune dérogation aux art. 6 (droit à la vie), 7 (interdiction de la torture), 8 (par. 1 et 2 – interdiction de l'esclavage et de la servitude), 11 (interdiction de l'emprisonnement pour dette), 15 (principe «pas de peine sans loi»), 16 (reconnaissance universelle de la personnalité juridique) et 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion). Il convient de relativiser cette liste dans la mesure où il y a lieu de déterminer dans chaque cas si les éléments garantissant une protection au sens des articles cités sont tous véritablement immunisés contre une atteinte, même en état de nécessité¹⁸.

Obstacles hétéronomes et autonomes à une révision constitutionnelle

La valeur supérieure du *jus cogens* fait qu'aucun Etat ne peut s'y soustraire. Il constitue donc une limite matérielle *hétéronome* à une révision de la Constitution, que cette dernière prévoie ou non une réserve. Certes, aucune norme du *jus cogens* n'interdit de soumettre au vote des révisions constitutionnelles qui lui soit contraires. La question de la validité des initiatives populaires contraires au droit international relève donc du droit constitutionnel. Une révision constitutionnelle non conforme au *jus cogens* ne peut pas déployer d'effets, raison pour laquelle il semble opportun de la déclarer nulle, conformément à ce que prévoit la Constitution.

¹⁵ RS 0.518.12 (Amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne); RS 0.518.23 (Amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer); RS 0.518.42 (Traitement des prisonniers de guerre); RS 0.518.51 (Protection des personnes civiles en temps de guerre).

¹⁶ RS 0.101

¹⁷ RS 0.103.2

¹⁸ A titre d'exemple, l'art. 18 du Pacte II de l'ONU n'est que partiellement immunisé face à un état de nécessité (voir les explications du message relatif à l'initiative populaire contre la construction de minarets, ch. 2.3.4).

Comme le montre l'interprétation par les autorités de l'art. 139, al. 3, Cst., la notion de *règles impératives du droit international*, telle qu'elle est appliquée en droit national, englobe également *d'autres normes du droit international qui dépassent le strict cadre du droit international impératif (jus cogens)*, en particulier les garanties de la CEDH et du Pacte II de l'ONU en cas de situation de nécessité¹⁹, qui peuvent ainsi faire obstacle à une révision constitutionnelle. Ces obstacles sont dits *autonomes*, car ils découlent de la Constitution même. Il s'agit d'obstacles que le constituant s'est lui-même imposés, mais dont il peut se défaire à tout moment. En effet, lui seul dispose, en tant qu'organe suprême de l'Etat, d'une légitimité suffisante pour déterminer dans quelle mesure il faut s'accommoder d'éventuelles atteintes au droit international (pour autant qu'elles ne touchent pas des règles impératives de ce droit)²⁰.

Eviter les conflits entre normes grâce à une interprétation conforme au droit international

Dans sa pratique, le législateur s'efforce toujours d'interpréter *conformément au droit international* les dispositions constitutionnelles qui paraissent s'en écarter²¹. Dans le cas d'une initiative, il procède à son interprétation de manière à tenir compte à la fois des buts visés par ses auteurs et du cadre imposé par les obligations internationales que la Suisse a contractées. Le but étant de prévenir un éventuel conflit avec des normes contraires du droit international.

Certaines dispositions constitutionnelles ne permettent pas une telle interprétation conforme au droit international. Lorsqu'une initiative provoque un conflit insoluble avec des règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale est tenue, en application de l'art. 139, al. 3, Cst., d'invalider tout ou partie de ses dispositions.

1.3.4 Définition des règles impératives du droit international dans l'initiative de mise en œuvre

L'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, P-Cst. (ci-après: ch. IV P-Cst.) porte l'intertitre *Relation avec le droit international*. En voici la teneur:

Les dispositions qui régissent l'expulsion du territoire suisse et leurs modalités d'exécution priment les normes du droit international qui ne sont pas impératives. Par normes impératives du droit international, s'entendent exclusivement l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression, de l'esclavage ainsi que l'interdiction de refouler une personne vers un Etat où elle risque d'être torturée ou tuée.

Même si elle ne l'indique pas expressément, la disposition laisse entendre *a contrario*, dans la deuxième partie de la première phrase, que les normes impératives priment les dispositions constitutionnelles sur l'expulsion et leurs modalités

¹⁹ Cf. ch. 1.3.3 (Critères de validité, let. b)

²⁰ Cf. ch. 1.3.6 (Respect de l'unité de la matière) pour le principe d'une procédure en deux étapes.

²¹ Pour plus de détails, voir le rapport du 5 mars 2010 du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2010 2067), en particulier le ch. 8.7.2.

d'exécution. Compte tenu de cette garantie de la primauté du droit international impératif, il n'y a pas lieu d'envisager une invalidation de l'initiative pour violation de l'art. 139, al. 3, Cst.

Le ch. IV P-Cst. donne toutefois une *définition restrictive des règles impératives du droit international*. Il contient à sa 2^e phrase une liste positive exhaustive indiquant ce que ce droit impératif doit couvrir. Une comparaison avec la pratique des autorités décrites au ch. 1.3.3 (Critères de validité) nous amène au constat suivant:

- a. Les *garanties* de la CEDH et du Pacte II de l'ONU qui ne souffrent aucune dérogation même en *état de nécessité* ne sont pas mentionnées au ch. IV, 2^e phr., P-Cst. L'initiative les considère donc comme faisant partie des normes non impératives du droit international, que la 1^{re} phrase qualifie de toute manière comme étant inférieures aux dispositions constitutionnelles sur l'expulsion et à ses modalités d'exécution.
- b. Les dispositions du *jus cogens* relatives au droit humanitaire en cas de conflit armé ne sont pas non plus mentionnées. La définition du droit impératif international de l'al. 1, ch. IV, 2^e phr., P-Cst. comporte d'autres lacunes, comparée à celle du *jus cogens* donnée par le Tribunal fédéral²². Elle n'inclut par ex. pas la protection contre la détention arbitraire, ni l'interdiction des peines collectives.
- c. La définition du principe de non-refoulement donnée par le texte de l'initiative est plus étroite que celle qui ressort du droit impératif international²³. Le ch. IV, 2^e phr., P-Cst., parle seulement de l'«interdiction de refouler une personne vers un Etat où elle risque d'être torturée ou tuée». De ce fait, il s'écarte du principe de non-refoulement absolu, en ne retenant que le risque de torture, mais pas celui de subir d'autres traitements ou peine cruels et inhumains. Et il omet de considérer, par rapport au principe de non-refoulement relatif, les menaces pesant sur *la liberté*, qui, à l'instar des menaces pour *la vie*, peuvent aussi justifier qu'on renonce à une expulsion. S'agissant du principe de non-refoulement, l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. III/2 et ch. III/4 P-Cst. réserve cependant explicitement les principes statués à l'art. 25, al. 2 et 3, Cst. Ce renvoi interne à la Constitution fédérale permet de garantir pleinement qu'un réfugié ne sera pas renvoyé vers un Etat où il est persécuté (art. 25, al. 2, Cst.) et que nul ne sera refoulé dans un Etat qui pratique la torture (art. 25, al. 3, Cst.).

La définition des normes impératives du droit international donnée par le ch. IV, phr. 2, P-Cst. est donc plus restrictive que celle découlant de l'art. 139, al. 3, Cst. (critères de validité des initiatives populaires) ou que la notion de *jus cogens* appliquée en droit international.

²² Cf. note de bas de page 11.

²³ Cf. ch. 1.3.3 (Critères de validité, let. a).

Conflit de normes

L'interprétation de la disposition proposée ne permet pas d'éliminer les différences entre les définitions; on est en présence d'un *conflit de normes* entre le ch. IV, 2^e phr., P-Cst. et les art. 139, al. 3, et 194, al. 2, Cst. Le jus cogens étant défini par la la communauté des Etats, la Suisse ne peut pas, à elle seule, étendre ou restreindre cette définition. Une telle définition ferait d'ailleurs naître des attentes qu'elle serait incapable de combler, puisqu'elle ne pourrait avoir d'effet juridique si elle s'éloignait de la définition acceptée en droit international (cf. ch. 1.3.3 [Obstacles hétéronomes et autonomes à une révisions constitutionnelle])²⁴. Au final, la définition que donne le ch. IV, 2^e phr. P-Cst. des normes impératives du droit international ouvrirait la porte à des expulsions et à des renvois qui pourraient violer le jus cogens au sens du droit international et les dispositions impératives du droit international au sens de l'art. 139, al. 3, Cst.

Envisager une invalidation partielle

La conséquence juridique du non-respect des règles impératives du droit international par une initiative populaire est définie à l'art. 139, al. 3, Cst. (voir aussi l'art. 75, al. 1, de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques²⁵ et l'art. 98, al. 1, LParl): dans ce cas, l'Assemblée fédérale déclare l'initiative *nulle, en tout ou en partie*. L'invalidation d'une initiative constitue une atteinte grave au droit d'initiative; elle doit donc se faire en application du principe de proportionnalité. L'Assemblée fédérale doit opter pour la solution la moins drastique, à savoir l'invalidation partielle, pour autant que la partie valable conserve un sens et qu'on puisse partir du principe que, même amputée ainsi, l'initiative aurait recueilli le nombre de signatures requis²⁶.

Seule la 1^{re} phrase du ch. IV P-Cst. est indispensable pour garantir le respect du but visé par les auteurs de l'initiative, qui est d'imposer la primauté des nouvelles dispositions constitutionnelles, qui ressortissent au droit national, sur le droit international non impératif. Cette phrase permet de faire primer les nouvelles dispositions sur les droits découlant par exemple de l'art. 8 CEDH et de l'ALCP²⁷. A l'inverse, la définition des normes impératives du droit international figurant à la 2^e phrase du ch. IV P-Cst. n'est pas absolument nécessaire pour permettre à l'initiative d'atteindre son but: même sans elle, l'initiative de mise en œuvre, si elle était acceptée par le peuple et les cantons, entraînerait un net durcissement de la pratique de l'expulsion. On peut donc sans autre invalider cette partie problématique, en supprimant le ch. IV, 2^e phrase, P-Cst.

²⁴ Cf. également Astrid Epiney, 2013, n° 38

²⁵ RS 161.1

²⁶ Cf. Yvo Hangartner/Andreas Kley, 2000, n° 853; cf. ATF 134 I 172 consid. 2.1 (à propos de l'invalidation d'une initiative populaire communale).

²⁷ Cf. ch. 4.4.

1.3.6

Unité de la matière

Respect du principe de l'unité de la matière

En exécution de l'art. 139, al. 3, Cst., l'art. 75, al. 2, de la loi du 17 décembre 1976 sur les droits politiques dispose qu'une initiative respecte le principe de l'unité de la matière lorsqu'il existe un *rapport intrinsèque* entre ses différentes parties. Ce principe vise à éviter que ne soit réuni sous une seule proposition un ensemble de postulats différents dans le but d'atteindre plus facilement le nombre de signatures exigé. Il faut également veiller à ne pas proposer au vote une initiative réunissant plusieurs objets différents n'ayant pas entre eux un rapport de connexité suffisant²⁸.

Le constituant est libre de modifier en tout temps les règles limitant la révision (autonome)²⁹. Cela signifie concrètement que s'il veut renoncer, dans le cadre d'une révision partielle, à la restriction représentée par les règles impératives du droit international et inscrite à l'art. 139, al. 3, Cst., ou qu'il veut en réduire la portée, il doit commencer par modifier l'art. 139, al. 3, Cst., dans le cadre d'une révision partielle distincte. En effet, toute révision des dispositions en vigueur, qu'elle soit partielle ou totale, doit respecter les règles de procédure fixées dans la Constitution. Il n'est pas possible de procéder aux deux révisions en parallèle, car la validité d'une révision de la Constitution se mesure toujours aux dispositions en vigueur, et non à celles qui sont en projet. Il faut donc prévoir une procédure *en deux étapes*. Si une initiative populaire entend à la fois modifier le principe général figurant à l'art. 139, al. 3, Cst. et compléter la Constitution de nouvelles dispositions allant à l'encontre des règles impératives du droit international fixées à ce même article, elle doit être déclarée (partiellement) nulle, car elle viole le principe de l'unité de la matière. Les citoyens ne doivent pas avoir à se prononcer, dans le même projet de révision constitutionnelle, sur une modification des dispositions régissant leurs droits politiques (modification d'un principe général déterminant la validité des initiatives populaires) et sur des dispositions matérielles réglant l'expulsion et ses modalités d'exécution. Nous allons examiner si l'initiative de mise en œuvre remplit ces conditions.

Règles impératives du droit international: portée de la définition du champ d'application selon l'initiative

Pour déterminer si l'initiative de mise en œuvre respecte le principe de l'unité de la matière, il faut s'appuyer sur son interprétation du droit international impératif. La question est de savoir si la définition des normes impératives du droit international que fait l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, 2^e phr., P-Cst. n'a qu'une *portée partielle*, limitée au champ d'application de l'expulsion au sens de l'art. 197, ch. 9, P-Cst., ou si elle a une *portée générale*, de sorte qu'elle vaille pour la Constitution dans son ensemble. Dans ce dernier cas, elle instaurerait un nouveau standard d'examen de la validité des initiatives populaires, en violation du principe de l'unité de la matière, qui impose dans ce cas une procédure en deux étapes³⁰.

L'*interprétation systématique* tend à conférer à la définition une *portée partielle*: la position de la phr. 2 dans l'al. 1, ch. IV, P-Cst. indique que la définition des règles impératives du droit international se limite au champ d'application de l'art. 197,

²⁸ Cf. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I, 441.

²⁹ Cf. ch. 1.3.3 (Critères de validité).

³⁰ Cf. ch. 1.3.6 (Respect du principe de l'unité de la matière).

ch. 9, P-Cst. Cette définition se rattache en effet aux «dispositions qui régissent l'expulsion du territoire suisse et leurs modalités d'exécution [...]», mentionnées à la phrase précédente. Le but de l'initiative plaide également en faveur d'une portée partielle de cette définition. Elle vise à «assurer» l'application effective des dispositions sur le renvoi adoptées par le peuple (art. 121, al. 3 à 6, Cst.)³¹. On peut toutefois déplorer que les restrictions apportées au champ d'application entraînent la présence dans la Constitution de deux normes apparentées n'ayant pas la même portée («règles impératives du droit international» selon l'art. 139, al. 3, Cst., et «normes impératives du droit international» au sens de l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, P-Cst.).

L'*interprétation harmonisante*³² plaide pour accorder à la définition une portée générale. Cette forme d'interprétation vise à faire une lecture des normes qui permette d'éviter autant que possible les contradictions. Ce principe de mise en concordance pratique est particulièrement important pour l'interprétation de la Constitution³³. Si l'on concluait à une portée générale de l'initiative de mise en œuvre, son éventuelle adoption remettrait en question les critères définissant la validité des initiatives populaires et entraînerait un net assouplissement de ces derniers. L'Assemblée fédérale ne pourrait plus, par la suite invalider une initiative populaire contraire au droit international, que si celle-ci contrevenait à l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression ou de l'esclavage, ou au principe de non-refoulement³⁴. Compte tenu de ces éléments d'interprétation, et en application du principe «in dubio pro populo», c'est la *portée partielle* de la définition qui est à privilégier. Interprétée de la sorte, la définition des normes impératives du droit international, telle que la propose l'initiative de mise en œuvre, ne viole pas le principe de l'unité de la matière. En effet, elle ne s'applique ici que dans le cadre (matériel étroit) des dispositions régissant l'expulsion et ses modalités d'application. Elle satisfait donc au principe de l'unité de la matière (voir cependant le ch. 1.3.5, concernant l'invalidation partielle de l'initiative, à savoir l'invalidation des seuls éléments contraires aux règles impératives du droit international).

1.3.7 Exécutabilité

L'inexécutabilité dans les faits d'une initiative est la seule limite matérielle non écrite admise à la révision constitutionnelle³⁵. Pour qu'une initiative puisse être invalidée sur ce motif, il faut qu'il existe des raisons matérielles manifestes la rendant sans aucune doute inexécutable. L'initiative dont il est ici question réclame l'expulsion de personnes étrangères ayant fait l'objet d'une condamnation entrée en force. Il s'agit là d'un but que l'on peut atteindre.

³¹ Concernant les buts de l'initiative, cf. ch. 3.

³² Cf. René Rhinow/Markus Schefer, 2009, n° 524, 529.

³³ Voir aussi l'arrêt rendu le 12 octobre 2012 par le Tribunal fédéral concernant l'initiative sur le renvoi, ATF 139 I 16 consid. 4.2.1 et 4.2.2.

³⁴ Cf. ch. 1.3.3 concernant les critères de validité actuels.

³⁵ FF 1997 I 433

1.3.8

Conclusion

La définition (restrictive) que l'initiative de mise en œuvre donne du droit international impératif viole les règles impératives du droit international. L'art. 139, al. 3, Cst. impose donc de déclarer l'initiative de mise en œuvre partiellement nulle. L'initiative peut être soumise au vote du peuple et des cantons sans son art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, 2^e phrase, étant donné que les autres critères de validité (unité de la forme et unité de la matière) sont respectés.

2

Genèse de l'initiative

2.1

Mesures d'éloignement selon le droit en vigueur³⁶

En vertu de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)³⁷, le renvoi (art. 64 à 65 LEtr) et l'expulsion (art. 68 LEtr) peuvent être ordonnés au titre de mesures d'éloignement. Pour éviter que les personnes expulsées ne reviennent en Suisse, l'Office fédéral des migrations (ODM) peut ordonner une interdiction d'entrée (art. 67 LEtr).

Les autorités compétentes renvoient de Suisse tout étranger qui ne possède pas d'autorisation, qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse, auquel une autorisation est refusée ou dont l'autorisation, bien que requise, est révoquée ou n'est pas prolongée après un séjour autorisé (art. 64, al. 1, LEtr). Selon l'art. 62 LEtr, l'autorisation peut être révoquée, entre autres, si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée ou qu'il fait l'objet d'une mesure pénale prévue aux art. 64 ou 61 du code pénal (CP)³⁸ (art. 62, let. b, LEtr). Les critères permettant la révocation de l'autorisation d'établissement sont plus sévères (art. 63 LEtr).

L'exécution du renvoi incombe aux cantons. Des mesures de contrainte peuvent être ordonnées en vertu des art. 73 ss LEtr pour garantir cette exécution (rétention; assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée; détention administrative).

Dans son interprétation de l'art. 62, let. b, LEtr, prévoyant la révocation des autorisations et d'autres décisions si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée, le Tribunal fédéral a fixé à un an la limite inférieure de cette durée³⁹. Cette limite concerne la révocation d'une autorisation à laquelle le requérant n'avait pas un droit absolu. Elle passe à deux ans si la personne de nationalité étrangère peut faire valoir un droit absolu à l'obtenir (par ex. parce qu'elle est mariée avec un Suisse ou une Suissesse). Ces limites ont une valeur indicative; le juge doit dans tous les cas peser les intérêts en présence⁴⁰. Si la peine privative de liberté est inférieure à la limite fixée, il ne peut révoquer une autorisation qu'en faisant

³⁶ Cf. message du 24 juin 2009 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» et la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2009 4571, ch. 2.2.

³⁷ RS 142.20

³⁸ RS 311.0

³⁹ ATF 135 II 377; 137 II 297 consid. 2.1 à 2.3.

⁴⁰ ATF 135 II 377 consid. 4.2 et 4.5.

valoir à titre subsidiaire d'autres motifs de révocation visés aux art. 63, al. 1, let. b, ou 62, let. c, LEtr.

2.2 Nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers criminels (art. 121, al. 3 à 6, Cst.)

Le 28 novembre 2010, le peuple et les cantons ont accepté l'initiative populaire «pour le renvoi des étrangers criminels» et rejeté le contre-projet direct qui lui était opposé⁴¹.

Suite à l'acceptation de l'initiative, l'art. 121 Cst., figurant à la section 9 «Séjour et établissement des étrangers», a été complété des al. 3 à 6, disposant que les étrangers sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse s'ils ont été condamnés par un jugement entré en force pour un certain nombre d'infractions ou s'ils ont perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale. Les étrangers concernés sont expulsés et frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans, et de 20 ans en cas de récidive.

Les dispositions transitoires (art. 197, ch. 8, Cst.) donnent au législateur cinq ans à dater de l'acceptation des nouvelles dispositions, soit jusqu'au 28 novembre 2015, pour édicter les dispositions de mise en œuvre.

2.3 Mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

Le 22 décembre 2010, la chef du Département fédéral de justice et police (DFJP) a chargé un groupe de travail d'élaborer au niveau de la loi des propositions de mise en œuvre des nouvelles dispositions et d'en présenter les conséquences juridiques. Le groupe de travail a présenté quatre propositions⁴².

Le DFJP s'est appuyé sur ces quatre propositions pour élaborer deux variantes de mise en œuvre, que le Conseil fédéral a mises en consultation le 23 mai 2012. La consultation a pris fin le 30 septembre de la même année.

La variante 1⁴³, qui a la préférence du Conseil fédéral, représente un compromis entre l'automatisme de l'expulsion visé par les nouvelles dispositions constitutionnelles, d'une part, et les principes constitutionnels en vigueur et le droit international, d'autre part. Elle est soutenue par une majorité des participants à la consultation, même si certains émettent de sérieuses réserves⁴⁴. La variante 2⁴⁵ émane des membres du groupe de travail qui représentaient le comité d'initiative. Elle a reçu l'appui d'une minorité de participants à la consultation⁴⁶.

⁴¹ FF 2011 2593

⁴² Rapport du groupe de travail.

⁴³ Rapport explicatif sur la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, ch. 1.4 (variante 1 de l'avant-projet).

⁴⁴ Synthèse des résultats de la consultation sur la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, pp. 2 ss.

⁴⁵ Rapport explicatif sur la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, ch. 1.5 (variante 2 de l'avant-projet).

⁴⁶ Synthèse des résultats de la consultation sur la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, pp. 2 ss.

Le 26 juin 2013, le Conseil fédéral a adopté un message et un projet de loi mettant en œuvre les nouvelles dispositions constitutionnelles, dont le contenu s'inspire pour l'essentiel du compromis proposé dans la variante 1 mise en consultation⁴⁷.

2.4 Raisons justifiant l'initiative de mise en œuvre selon le comité d'initiative

Le comité d'initiative affirme dans son argumentaire que «la Berne fédérale refuse d'appliquer l'initiative sur le renvoi»⁴⁸. Il estime que la variante 1, que le Conseil fédéral a fait élaborer dans les détails et qui a clairement ses faveurs, s'inspire du contre-projet rejeté par le peuple et les cantons. Selon le comité, le Conseil fédéral l'a accompagnée dans le dossier mis en consultation de la variante 2, laissée telle quelle, uniquement «pour la forme», ce qui démontre qu'il n'a pas l'intention de respecter la volonté du peuple. L'initiative de mise en œuvre doit permettre au peuple et aux cantons de montrer au Conseil fédéral comment l'initiative sur le renvoi doit être appliquée⁴⁹.

Le ch. 4.1 présente la position du Conseil fédéral (voir aussi son message du 26 juin 2013⁵⁰ concernant la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.).

3 Buts et contenu de l'initiative

3.1 Buts visés

Selon le comité d'initiative, le but de l'initiative de mise en œuvre est de corriger une situation jugée insatisfaisante en matière de criminalité des étrangers: elle vise à renforcer la sécurité, accélérer les procédures et durcir la pratique des tribunaux⁵¹.

Le nouvel art. 197, ch. 9, P-Cst. doit être compris comme une concrétisation de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst: il ne serait plus laissé à l'appréciation du tribunal ou d'une autorité d'ordonner ou non une expulsion. Les juges seraient déchargés et moins exposés aux pressions. Ils ne décideraient que des articles du code pénal applicables et de la quotité de la peine, mais non de l'expulsion. Les dispositions transitoires de la Constitution fédérale prévoient clairement que les étrangers qui commettent certains délits ou qui récidivent doivent être expulsés et frappés d'une interdiction d'entrer en Suisse⁵².

Tout comme l'initiative sur le renvoi, l'initiative de mise en œuvre vise donc l'expulsion de ressortissants étrangers criminels.

⁴⁷ FF **2013** 5373

⁴⁸ Argumentaire de l'initiative de mise en œuvre, ch. 1. Pour le contre-projet, voir le message concernant l'initiative sur le renvoi, ch. 5.

⁴⁹ Argumentaire de l'initiative de mise en œuvre, ch. 2.2.

⁵⁰ FF **2013** 5373

⁵¹ Argumentaire de l'initiative de mise en œuvre, ch. 4.1.

⁵² Argumentaire de l'initiative de mise en œuvre, ch. 3.2.1.

3.2 Dispositif proposé

L'art. 197, ch. 9, P-Cst. porte le titre «Disposition transitoire directement applicable ad art. 121 (Séjour et établissement des étrangers)». Contrairement à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst., les dispositions proposées seraient directement applicables par les autorités (art. 197, ch. 9, al. 2, P-Cst.)⁵³. Le législateur, si tant est qu'il intervienne, ne pourrait ainsi adopter des dispositions d'exécution que sur certains points.

Les dispositions constitutionnelles proposées contiennent deux listes d'infractions devant obligatoirement entraîner l'expulsion. La différence essentielle entre ces deux listes est que pour les infractions de la première, l'expulsion est prononcée dès la première condamnation, alors que pour celles de la deuxième liste, l'expulsion n'est obligatoirement prononcée que si l'étranger a déjà été condamné au cours des dix années précédentes, par un jugement entré en force, à une peine pécuniaire ou privative de liberté.

Les dispositions proposées abordent également les conséquences juridiques (perte du titre de séjour et de tous les droits à séjourner en Suisse, délai de départ et interdiction d'entrée), ainsi que les modalités d'exécution.

Le texte précise la relation avec les normes non impératives du droit international et définit ce qu'il faut entendre par les normes impératives du droit international.

Les dispositions proposées définissent enfin une nouvelle infraction d'«abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales».

3.3 Commentaire et interprétation du texte de l'initiative

3.3.1 Principes d'interprétation des normes constitutionnelles

Méthodologie

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)⁵⁴. La volonté des auteurs de l'initiative à l'origine d'une nouvelle norme constitutionnelle n'est pas un élément

⁵³ Sur la question de l'applicabilité directe de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst., cf. ATF **139 I** 16 consid. 4.3.

⁵⁴ Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, 2012, n° 130.

décisif, même si elle peut être prise en considération dans le cadre de l'interprétation historique⁵⁵.

Tant que le constituant n'attribue pas lui-même une priorité explicite à certaines normes⁵⁶, le principe qui vaut est par ailleurs celui de l'égalité des normes constitutionnelles⁵⁷. Ce principe est cependant soumis à deux restrictions: lorsque la Constitution reprend explicitement des normes impératives du droit international, ces normes priment le droit constitutionnel «ordinaire». 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 et la loi spéciale déroge à la loi générale, ne peuvent être appliqués sans autre réflexion à l'interprétation constitutionnelle⁵⁸, en raison du principe, évoqué plus haut, selon lequel les normes constitutionnelles sont en principe de rang équivalent.

En plus des éléments d'interprétation généraux, deux éléments d'interprétation spécifiques aux normes constitutionnelles doivent être pris en considération:

- L'interprétation harmonisante⁵⁹ (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 Constitution⁶⁰.
- 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» (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.

Proportionnalité

Le principe de proportionnalité exige que les mesures prises par l'Etat pour atteindre un but d'intérêt public soient appropriées, nécessaires et raisonnablement exigibles, c'est-à-dire qu'elles doivent être dans un rapport raisonnable avec les restrictions imposées à la personne concernée⁶¹. Ce principe revêt une importance particulière pour l'interprétation de normes constitutionnelles. Dans la Constitution, 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

⁵⁵ Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne, ch. 8.7.1.2.

⁵⁶ A ce sujet cf. Giovanni Biaggini, 2013, p. 322 s.

⁵⁷ Pierre Tschannen, 2011, § 4 n° 13, § 9 n° 5; Jörg Paul Müller, 2010, N° 7; cf. également ATF 105 Ia 330 consid. 3c; ATF 139 I 16 consid. 4.2.1.

⁵⁸ Tschannen Pierre, 2011, § 4 n° 16.

⁵⁹ René Rhinow/Markus Schefer, 2009, n° 524, 529; Yvo Hangartner, 2011, p. 473; ATF 139 I 16 consid. 4.2.2.

⁶⁰ Sur la question des limites de l'interprétation harmonisante, cf. Giovanni Biaggini, 2013, p. 321.

⁶¹ Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, 2009, § 21 n° 1.

retrouve en filigrane dans tout l'ordre 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 doit dès lors régir le droit administratif dans son ensemble et guider aussi bien l'application du droit que l'activité législative⁶². 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*, [...]»⁶³. 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).

Relation entre les dispositions non impératives du droit international et les initiatives populaires

Une initiative populaire qui viole des dispositions non impératives du droit international n'en est pas moins valable et doit être mise en œuvre lorsqu'elle a été acceptée par le peuple et les cantons (art. 139, al. 3, art. 193, al. 4, et art. 194, al. 2, Cst.).

L'art. 5, al. 4, Cst. oblige la Suisse à respecter le droit international. Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral confirme que la Suisse est «liée» par le droit international⁶⁴. Si une initiative contraire aux dispositions non impératives du droit international est acceptée, les autorités doivent la mettre en œuvre conformément au droit international.

Cependant, de l'avis du Conseil fédéral, les autorités sont en principe tenues d'appliquer une disposition constitutionnelle contraire au droit international lorsqu'elle est *plus récente que la règle internationale et que l'art. 190 Cst. est directement applicable*⁶⁵.

Pour éviter une violation du droit international, lorsqu'une interprétation conforme au droit international est impossible, la résiliation de l'accord posant problème peut être envisagée en dernier recours. S'il est manifeste que l'initiative a pour objectif même de déroger au droit international non impératif, ou si la nouvelle disposition constitutionnelle ne se prête pas à une mise en œuvre conforme, le Conseil fédéral considère traditionnellement que son acceptation par le peuple et les cantons peut, dans certains cas, être comprise comme une obligation de dénoncer les engagements internationaux faisant obstacle à sa réalisation⁶⁶. Des problèmes se posent toutefois pour des traités qui ne peuvent pas être dénoncés ou des engagements dont la Suisse, pour des motifs politiques ou économiques majeurs, ne peut guère se défaire. Dans

⁶² ATF 96 I 234 consid. 5.

⁶³ ATF 102 Ia 234 consid. 5c. Cf. également le message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 133.

⁶⁴ ATF 139 I 16 consid. 5.1; 138 II 524 consid. 5.1; 136 II 241 consid. 16.1; 135 II 243 consid. 3.1; 125 II 417 consid. 4d; 122 II 485 consid. 3a.

⁶⁵ Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne, ch. 9.3.3. Cette position n'est cependant pas incontestée dans la doctrine. Cf. Künzli Jörg, 2009, p. 70 ss et Kiener Regina/Krüsi Melanie, 2009, p. 249 ss.

⁶⁶ Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne, ch. 8.7.2.

son message concernant l'initiative populaire «Pour une conception moderne de la protection des animaux», le Conseil fédéral a par exemple dit clairement qu'une dénonciation de l'accord de l'OMC, de la CEDH ou du Pacte II de l'ONU n'était pas une option réaliste⁶⁷.

La compatibilité de l'initiative de mise en œuvre avec les dispositions non impératives du droit international est examinée au ch. 4.4.

3.3.2 Particularités du texte de l'initiative

Insertion dans les dispositions transitoires

L'art. 197, ch. 9, P-Cst. doit être inséré dans le chapitre 2 du titre 6 de la Constitution fédérale, qui regroupe les dispositions transitoires, et porter comme titre «Disposition transitoire directement applicable ad art. 121 (Séjour et établissement des étrangers)»⁶⁸. Malgré cette insertion dans les dispositions transitoires, le texte introduit par l'initiative de mise en œuvre aurait une *durée de validité indéterminée*. La phrase introductive de l'art. 197, ch. 9, P-Cst. dit clairement que les dispositions constitutionnelles sur l'expulsion, de même que leurs modalités d'exécution, doivent assurer durablement la mise en œuvre «effective» des principes relatifs à l'expulsion des étrangers criminels figurant à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

Degré de détail

L'art. 197, ch. 9, qu'il est proposé d'introduire dans la Constitution fédérale n'a pas la formulation ouverte propre aux normes constitutionnelles. Il présente au contraire un degré de détail qui l'apparente davantage à une disposition législative et contient – toujours par rapport aux autres normes constitutionnelles – un nombre particulièrement élevé de dispositions. Sur de nombreux points, il correspond à la variante 2 du projet envoyé en consultation concernant la mise en œuvre au niveau législatif des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers criminels⁶⁹.

Renvoi au droit législatif de rang inférieur

Les ch. I/1 et I/2 de l'art. 197, ch. 9, al. 1, P-Cst. renvoient directement au CP, à la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (LStup)⁷⁰ et à la LEtr.

Le renvoi à une norme existante permet de renoncer à en créer une nouvelle⁷¹. Lorsqu'elle est employée à bon escient, la norme de renvoi a toute son utilité, notamment pour la concision des textes législatifs. Elle peut poser problème, en revanche, lorsqu'elle renvoie à des normes de rang inférieur, par exemple lorsqu'une norme figurant dans une loi renvoie à une norme figurant dans une ordonnance.

⁶⁷ FF 2004 3086 ss. Le Conseil fédéral a récemment confirmé cette position dans sa réponse du 15 mai 2013 à l'interpellation Brunner 13.3237 (Dénonciation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

⁶⁸ L'art. 197 Cst. comprenant aujourd'hui déjà des dispositions transitoires portant les ch. 9 (ad art. 75b [résidences secondaires]) et 10 (ad art. 95, al. 3 [initiative populaire «contre les rémunérations abusives»]), ces nouvelles dispositions porteraient, en l'état actuel, le ch. 11.

⁶⁹ Cf. ch. 2.3.

⁷⁰ RS 812.121

⁷¹ ATF 132 III 470 consid. 4.1.

La question se pose ici: comme l'art 197, ch. 9, P-Cst. renvoie à des normes législatives (de rang inférieur), quelles seraient les conséquences de la modification d'une des infractions définies dans le CP, dans la LStup ou dans la LEtr? Si le législateur modifie par exemple les infractions d'encouragement à la prostitution (art. 195 CP) ou de pornographie (art. 197, ch. 3, CP)⁷², la question se posera de savoir si l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/1, let. g, ou ch. I/2, let. e, P-Cst. renvoie à l'infraction dans sa formulation ancienne (renvoi statique) ou actuelle (renvoi dynamique). Si l'autorité chargée d'appliquer le droit estime qu'il s'agit d'un renvoi dynamique, la norme constitutionnelle de renvoi sera de fait modifiée, sans l'intervention du constituant.

3.3.3 Eléments de l'art. 197, ch. 9, P-Cst.

Liste d'infractions (al. 1, ch. I/1 et I/2)

Généralités:

Une personne étrangère condamnée pour l'une (ou plusieurs) des infractions mentionnées à l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/1, P-Cst. doit être expulsée du territoire suisse. L'expulsion est assortie d'une interdiction d'entrée pour une durée déterminée. Pour les infractions figurant à l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/2, P-Cst., une condamnation entraîne l'expulsion lorsque l'auteur a déjà été condamné.

Les infractions sont énumérées avec un renvoi aux dispositions pénales correspondantes du CP, de la LStup et de la LEtr⁷³. Seule l'«effraction» renvoie aux éléments constitutifs de plusieurs infractions du CP (cf. ch. I/1, let. c, et ch. I/2, let. b). L'objectif de cette énumération est de concrétiser directement dans la Constitution l'art. 121, al. 3, let. a et b, Cst., afin de réduire au maximum la nécessité d'une intervention du législateur pour préciser et compléter les faits constitutifs des infractions visées (cf. art. 121, al. 4, Cst.). Si l'initiative de mise en œuvre est acceptée, le législateur pourra certes se fonder sur l'art. 121, al. 4, Cst. pour compléter, dans une loi, les deux listes d'infractions, afin d'assurer leur cohérence⁷⁴; une restriction serait en revanche exclue, en raison de la formulation claire de l'initiative de mise en œuvre.

Les infractions mentionnées dans ces deux listes correspondent, pour l'essentiel, à celles qui figuraient dans la liste de la variante 2 du projet de mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi qui a été envoyé en consultation⁷⁵.

Les listes contiennent une large palette d'infractions dont la commission par des étrangers résidant en Suisse est considérée comme intolérable. L'élément déterminant n'est pas tant la gravité abstraite de l'infraction que le bien juridique touché (par ex. la vie et l'intégrité corporelle) ou la manière dont ce bien est violé.

⁷² Ce qui est par ex. prévu dans le cadre de la mise en œuvre de la Convention de Lanzarote, cf. www.dfjp.admin.ch > Thèmes > Criminalité > Législation > Exploitation sexuelle > Arrêté fédéral (FF 2012 7129).

⁷³ Concernant la problématique du renvoi à des normes de rang inférieur, cf. ch. 3.3.2 (Renvoi au droit législatif de rang inférieur).

⁷⁴ Cf. rapport du groupe de travail, ch. 3.3.

⁷⁵ Cf. ch. 2.3.

Concernant les *auteurs*, la question se pose de savoir si l'expulsion obligatoire devrait aussi être prononcée contre les étrangers mineurs. Le texte constitutionnel ne parle que d'étrangers criminels, c'est-à-dire qu'il ne fait pas explicitement de distinction entre auteurs majeurs et mineurs. En outre, les infractions du CP figurant dans les listes peuvent être commises aussi bien par des adultes⁷⁶ que par des auteurs mineurs⁷⁷.

Il ressort cependant de l'argumentaire des auteurs de l'initiative que cette dernière ne vise l'expulsion obligatoire que pour les criminels étrangers adultes⁷⁸. Cette restriction n'étant pas clairement exprimée dans le texte constitutionnel proposé, il conviendrait d'examiner s'il ne serait pas nécessaire de modifier la loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs (droit pénal des mineurs, DPMin)⁷⁹ pour préciser qu'une expulsion ne peut pas être prononcée contre un étranger mineur.

Les choses sont différentes s'agissant du code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)⁸⁰. Conformément à l'art. 3, al. 1, ch. 7 à 9, CPM, les civils sont soumis au droit pénal militaire pour certaines catégories d'infractions. Il peut donc arriver que des civils étrangers commettent des infractions réprimées par le CPM. Sur ce point, l'initiative de mise en œuvre est claire: la liste des infractions devant obligatoirement entraîner l'expulsion de leur auteur ne contient que des infractions figurant dans le CP, la LStup et la LEtr. Par souci de cohérence, il serait judicieux que les infractions correspondantes du CPM entraînent, elles aussi, l'expulsion obligatoire⁸¹. A cette fin, le législateur pourrait modifier le CPM en se fondant sur l'art. 121, al. 4, Cst.

Liste d'infractions de l'al. 1, ch. I/1:

Les infractions de la première liste sont presque exclusivement des *crimes*. Seule l'«effraction» (let. c), pour laquelle doivent être réalisés cumulativement les éléments constitutifs des infractions de vol (art. 139 CP), de dommages à la propriété (art. 144 CP) et de violation de domicile (art. 186 CP), contient deux délits (dommage à la propriété et violation de domicile), qui ne sont poursuivis, qui plus est, que sur plainte.

La condamnation pour l'une des infractions de cette liste doit normalement dans tous les cas entraîner l'expulsion obligatoire de l'auteur⁸². L'expulsion est assortie d'une interdiction d'entrée d'une durée minimale de 10 ans (cf. al. 1, ch. II/2 P-Cst.).

⁷⁶ Art. 9, al. 2, CP

⁷⁷ Art. 1, al. 1, let. a, DPMin

⁷⁸ Cf. argumentaire de l'initiative de mise en œuvre, ch. 3.2.2.

⁷⁹ RS 311.1

⁸⁰ RS 321.0

⁸¹ Par ex. le meurtre, l'«effraction», le brigandage, la contrainte sexuelle, le viol. Le Conseil fédéral propose une modification en ce sens dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst, cf. message relatif à la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, ch. 1.2.17.

⁸² Pour les exceptions liées à la défense excusable ou à l'état de nécessité excusable, cf. ch. 3.3.3 (motifs d'atténuation de la peine).

L'expulsion doit être prononcée quelle que soit la *quotité de la peine* infligée à l'auteur concerné. Le texte constitutionnel proposé est très clair sur ce point et ne permettrait pas de justifier l'introduction d'une peine minimale (principe de proportionnalité⁸³) au niveau de la loi⁸⁴.

Liste d'infractions de l'al. 1, ch. I/2:

La deuxième liste comprend des *crimes* de moindre gravité⁸⁵, mais aussi des *délits* graves ou même de moindre gravité⁸⁶ qui, selon les peines prévues dans le CP, peuvent en théorie ne valoir à leur auteur qu'une peine pécuniaire.

L'effraction (let. b) est définie comme la violation de domicile (art. 186 CP) en relation avec les infractions de dommages à la propriété (art. 144 CP) *ou* de vol (art. 139, ch. 1, CP). La définition ne correspond donc pas à celle que l'on trouve au ch. I/1 (let. c), où ces deux dernières infractions doivent être réalisées cumulativement, et non alternativement, en conjonction avec la violation de domicile.

Un étranger condamné pour l'une des infractions de cette liste ne sera expulsé que s'il a *déjà été condamné*. Selon le texte de l'initiative, c'est le cas lorsque la personne concernée a été condamnée au cours des dix années précédentes par un jugement entré en force⁸⁷ à une peine pécuniaire ou à une peine privative de liberté.

Si, au cours des dix années précédentes, il a été ouvert contre l'intéressé une procédure pénale qui n'est pas encore close au moment de la décision sur l'expulsion du territoire, celle-ci est prononcée dès que l'intéressé est condamné par un jugement entré en force à une peine pécuniaire ou privative de liberté (cf. art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/3, P-Cst.). En pareil cas, l'autorité pénale qui doit se prononcer sur l'expulsion pourrait suspendre la procédure jusqu'à ce que le jugement en question entre en force (art. 314, al. 1, let. b, et art. 329, al. 2, CPP⁸⁸). Elle pourrait aussi considérer que des raisons objectives justifient la disjonction de la procédure (art. 30 CPP), de manière à ne juger que l'infraction, dans un premier temps, et à suspendre temporairement la décision sur l'expulsion (jusqu'à l'entrée en force du jugement concernant l'infraction précédente).

Selon le texte de l'initiative, la première infraction commise ne doit pas obligatoirement être l'une de celles figurant dans la liste. C'est la *sanction* prononcée qui est déterminante (peine pécuniaire ou privative de liberté). La première infraction peut dès lors être n'importe quel crime ou délit du droit pénal commun, militaire ou accessoire, même un délit de peu de gravité qui, compte tenu de la peine encourue (peine pécuniaire uniquement), ne se distingue guère d'une simple contravention⁸⁹.

⁸³ Cf. ch. 2.3.

⁸⁴ Le Conseil fédéral propose en revanche une peine minimale dans son projet de mise en œuvre des dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels, cf. message relatif à la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, ch. 1.2.7.

⁸⁵ Par ex. exposition (art. 127 CP) ou mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP).

⁸⁶ Par ex. les lésions corporelles simple (art. 123 CP), un délit poursuivi sur plainte, ou les infractions simples à la LEtr (art. 115, al. 1 et 2, LEtr).

⁸⁷ Dans le droit en vigueur, le moment de l'entrée en force est défini à l'art. 437 du code de procédure pénale (CPP) pour les jugements rendus au niveau cantonal et à l'art. 61 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110) pour les arrêts du TF.

⁸⁸ RS 312.0

⁸⁹ Par ex. la diffamation (art. 173, ch. 1, CP), l'injure (art. 177, al. 1, CP) ou la conduite sans autorisation (art. 95, al. 2, de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière, LCR; RS 741.01).

Le texte de l'initiative ne précise pas si seules des peines pécuniaires ou privatives de liberté fermes doivent être prises en considération ou si une précédente condamnation assortie d'un sursis ou d'un sursis partiel est suffisante. C'est la jurisprudence qui devrait clarifier ce point.

L'expulsion d'une personne déjà condamnée une première fois est assortie d'une *interdiction d'entrée* d'une durée minimale de cinq ans (cf. al. 1, ch. II/1, P-Cst.) – soit cinq ans de moins que l'interdiction d'entrée ordonnée conjointement à l'expulsion pour une infraction de la première liste.

Le texte ne reprend pas ici la formule utilisée pour la liste des infractions graves que l'expulsion doit être prononcée «quelle que soit la *quotité de la peine*» prononcée à l'encontre de l'intéressé. Cette omission ne signifie pas pour autant, compte tenu de l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/1, P-Cst. et de la genèse de l'initiative de mise en œuvre, que le législateur puisse introduire dans la législation une peine minimale motivée par le principe de proportionnalité⁹⁰.

Condamnation:

En vertu de l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/1 et II/2, P-Cst., l'expulsion doit être prononcée lorsque l'étranger a été «condamné» pour une infraction donnée. L'art. 121, al. 3, let. a, Cst., précise que les étrangers sont privés de leur droit à séjourner en Suisse s'ils ont été condamnés «par un jugement entré en force». Si l'on se fonde sur la formulation de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. («condamnés par un jugement entré en force»), la procédure est au final scindée en deux: le tribunal ne pourrait prononcer l'expulsion qu'une fois que la condamnation pour une infraction est entrée en force⁹¹.

Le terme «condamnation» est opposé à celui d'«acquittement» et suppose que l'auteur de l'infraction l'a commise en enfreignant la loi et de manière coupable. Il est alors «reconnu coupable».

Selon la terminologie juridique, la condamnation est indépendante du prononcé d'une sanction⁹². Dans certaines situations, le juge qui prononce une condamnation renonce à infliger une peine (cf. art. 23 et 52 à 54 CP). Il n'en demeure pas moins que l'auteur est la plupart du temps «condamné» à une certaine peine (et donc «puni» de cette dernière). Dans le langage courant aussi, le terme «condamnation» est généralement associé à une peine⁹³.

Si l'on se fonde sur la terminologie juridique, une expulsion devrait aussi être prononcée à l'encontre d'une personne que le juge *condamne mais sans lui infliger une peine*. Le texte de l'initiative, en revanche, laisse la possibilité de l'interprétation inverse: comme il précise que le tribunal ou le ministère public doit prononcer l'expulsion quelle que soit la quotité de la peine prononcée à l'encontre de l'auteur

⁹⁰ Concernant l'opinion du comité de l'initiative sur le renvoi au sujet d'une peine minimale, cf. rapport du groupe de travail, ch. 6.7.

⁹¹ Rapport du groupe de travail, ch. 6.8.1.

⁹² Gruber Patrik, 2013, art. 366 n° 18 avec renvoi au message du 21 septembre 1998 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, FF 1999 1787.

⁹³ Le Grand Robert définit le terme «condamner» de la sorte: «frapper (qqn) d'une peine, faire subir une punition à (qqn), par un jugement». Pour les définitions dans les autres langues officielles, voir le Deutsches Universalwörterbuch, Mannheim/Leipzig/Vienne/Zürich 2001, et le Dizionario della Lingua Italiana, Milan 2003.

(art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/1, P-Cst.), on peut en déduire que l'expulsion ne peut être ordonnée qu'à la condition qu'une peine soit prononcée.

Ce qui est clair en revanche, c'est qu'une personne acquittée pour cause d'*irresponsabilité* (art. 19, al. 1, CP) mais à l'encontre de laquelle une mesure est prononcée ne pourrait pas être sanctionnée par une expulsion, faute d'une «condamnation».

Le texte de l'initiative ne dit rien des conditions à *raison du lieu*. Il ne précise pas, par exemple, si une expulsion pourrait être prononcée contre une personne étrangère condamnée en Suisse pour une *infraction commise à l'étranger* (sur la base par ex. des art. 5 à 7 CP). La question reste également ouverte de savoir si un jugement pénal rendu par un tribunal à l'étranger et qui, après notification, serait transposé dans le droit suisse et inscrit au casier judiciaire devrait être considéré comme une *infraction préalable* au sens de l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/2, P-Cst. On peut penser que tel n'est pas le cas: d'une part, le texte de l'initiative renvoie à des infractions du droit suisse et, d'autre part, les autorités pénales suisses n'ont pas systématiquement connaissance des jugements prononcés à l'étranger. En outre, l'initiative a pour but de renforcer la sécurité en Suisse en empêchant des infractions commises par des étrangers criminels⁹⁴

Le texte de l'initiative ne dit rien non plus des conditions *temporelles*. La question reste par exemple ouverte de savoir s'il ne faut tenir compte que des infractions commises pendant la période durant laquelle la personne avait un statut de séjour déterminé en Suisse ou également des actes commis avant l'acquisition de ce statut de séjour⁹⁵.

La référence générale à une condamnation indique enfin la prise en compte de toutes les formes de culpabilité et de participation (culpabilité principale et complicité, de même qu'instigation et complicité), de même que les infractions effectivement consommées, mais aussi les tentatives⁹⁶.

Motifs d'atténuation de la peine (al. 1, ch. I/4)

Les autorités qui ont la compétence de prononcer l'expulsion ne peuvent déroger à l'automatisme de celle-ci⁹⁷ que si l'acte a été commis en état de *défense* excusable (art. 16 CP) ou de *nécessité* excusable (art. 18 CP).

Il convient de préciser que la possibilité de déroger à l'automatisme de l'expulsion ne peut être examinée que dans le champ d'application de l'art. 16, al. 1, CP ou de l'art. 18, al. 1, CP. En effet, dans ces deux articles, seul le premier alinéa prévoit la condamnation de l'auteur, à une peine atténuée. Lorsque les conditions de l'art. 16, al. 2, CP ou de l'art. 18, al. 2, CP sont remplies, l'auteur n'agit pas de manière coupable et il est acquitté. Dans ce cas, faute de condamnation, l'expulsion est exclue⁹⁸.

Le texte constitutionnel ne cite explicitement que ces deux motifs d'atténuation de la peine. On peut donc en conclure que d'autres motifs qui peuvent également, dans

⁹⁴ Pour plus de détails sur l'absence de conditions à raison du lieu: rapport du groupe de travail, ch. 6.8.3.

⁹⁵ Pour plus de détail sur l'absence de conditions temporelles: rapport du groupe de travail, ch. 6.8.3.

⁹⁶ Cf. rapport du groupe de travail, ch. 3.3.2.3.

⁹⁷ Cf. ch. 3.3.3 (Liste d'infractions).

⁹⁸ Cf. ch. 3.3.3 (Liste d'infractions).

certains cas, entraîner une atténuation de la peine ne peuvent pas être pris en compte⁹⁹.

Autorité chargée de prononcer l'expulsion (al. 1, ch. II)

C'est au *tribunal* ou au *ministère public* que revient la compétence de prononcer l'expulsion, mais aussi d'impartir un délai de départ et de fixer la durée concrète de l'interdiction d'entrée.

L'initiative utilise ici des termes qui figuraient dans le CP jusqu'en 2007 (expulsion judiciaire) ou qui figurent aujourd'hui encore dans la loi sur les étrangers (interdiction d'entrée). En droit pénal, l'«expulsion» est toujours prononcée pour une durée déterminée, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de l'assortir d'une «interdiction d'entrée». Dans le droit des étrangers, lorsqu'une personne perd son droit à séjourner en Suisse, les autorités compétentes rendent une décision de renvoi et peuvent prononcer une interdiction d'entrée. Lorsque l'intéressé ne quitte pas le territoire de son plein gré, l'autorité compétente «exécute le renvoi ou l'expulsion».

Prononcé de l'expulsion:

L'expulsion doit pouvoir être prononcée non seulement par un tribunal, mais aussi par le ministère public. Autrement dit, une sanction lourde telle que l'expulsion pourrait être prononcée au terme non seulement d'une procédure judiciaire ordinaire, mais aussi d'une procédure d'ordonnance pénale, pourtant prévue pour des cas simples en fait et en droit, et qui ne devrait en principe déboucher que sur des sanctions relativement légères (cf. art. 352 CPP).

Fixation de la durée concrète de l'interdiction d'entrée:

La durée maximale de l'interdiction d'entrée est en principe de quinze ans. La durée minimale est de cinq ou dix ans, en fonction de la gravité de l'infraction commise¹⁰⁰. Lorsque la personne étrangère commet une infraction figurant dans la première liste (al. 1, ch. I/1, P-Cst., par ex. meurtre, lésions corporelles graves ou abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales), l'interdiction d'entrée en Suisse doit être d'au moins dix ans. Pour une infraction figurant dans la deuxième liste (al. 1, ch. I/2, par ex. lésions corporelles simples, actes d'ordre sexuel avec des enfants ou infraction à l'art. 19, al. 1, LStup), l'interdiction d'entrée prévue (pour les personnes déjà condamnées auparavant) est d'au minimum cinq ans.

En cas de récidive, la durée de l'interdiction d'entrée doit être de vingt ans. Le texte constitutionnel proposé ne précise pas dans quel cas il y a récidive. La récidive peut être envisagée comme le cas d'une personne étrangère qui, déjà expulsée de Suisse pour une certaine durée suite à une infraction – revient légalement ou illégalement en Suisse et y commet une nouvelle infraction devant entraîner son expulsion. On peut aussi penser qu'il n'y a récidive que si la personne étrangère est sous le coup d'une interdiction d'entrée en Suisse, c'est-à-dire entre le moment de l'entrée en force de sa condamnation et jusqu'à expiration de la durée de l'interdiction d'entrée prononcée à son encontre (par analogie avec l'échec de la mise à l'épreuve selon l'art. 46 ou 89 CP). Passé ce délai, la nouvelle commission d'une infraction de la liste ne serait plus considérée comme un cas de récidive.

⁹⁹ Par ex. dans des cas de complicité (art. 25 CP) ou de responsabilité restreinte (art. 19, al. 2, CP).

¹⁰⁰ Cf. ch. 3.3.3 (Liste d'infractions).

Le texte de l'initiative ne précise pas non plus quels critères devraient être pris en compte pour fixer la durée concrète de l'interdiction d'entrée dans la fourchette prévue (5 à 15 ou 10 à 15 ans). Une possibilité serait de se fonder sur la culpabilité de l'auteur selon l'art. 47 CP.

Un autre point qui reste ouvert est le moment à partir duquel se mesure la durée de l'interdiction d'entrée. Peuvent entrer en ligne de compte le jour de l'entrée en force du jugement, ou alors seulement le jour où la personne condamnée quitte effectivement la Suisse.

Délai de départ:

L'autorité pénale qui prononce une expulsion doit aussi impartir à la personne étrangère condamnée un délai de départ (cf. al. 1, ch. II/1, P-Cst.).

Les critères à prendre en compte pour fixer ce délai dans un cas concret (par ex. situation personnelle de l'intéressé) ne sont pas précisés.

Compétences des tribunaux:

Le texte constitutionnel proposé contient des prescriptions et modalités concernant l'exécution de l'expulsion, mais pas concernant les voies de droit possibles contre une décision d'expulsion (par ex. délai de recours). Seul le pouvoir d'examen du tribunal est limité de manière à l'empêcher d'examiner d'éventuels obstacles à l'expulsion¹⁰¹ (par ex. prescriptions de droit international telles que l'art. 8 CEDH¹⁰²). Cette restriction peut être inférée de l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, P-Cst. («Relation avec le droit international»). Pour le reste, les voies de droit ordinaires en matière pénale sont ouvertes. Un appel peut être formé au niveau cantonal, devant la juridiction compétente, contre le jugement en première instance (cf. art. 21 et 398 ss CPP). Le jugement en appel peut ensuite faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral (art. 78 ss LTF).

Conséquences juridiques (al. 1, ch. I/5)

Un étranger contre lequel a été prononcée une décision d'expulsion entrée en force doit être «privé, indépendamment de son statut, de son titre de séjour et de tous ses autres droits à séjourner ou à retourner en Suisse». La formulation correspond pour l'essentiel à la phrase introductive de l'art. 121, al. 3, Cst. Les conséquences juridiques de cette disposition ayant déjà été exposées en détail dans le message relatif à la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, elles ne sont pas reprises ici¹⁰³.

Si la personne frappée d'une expulsion est un réfugié reconnu, ces conséquences juridiques peuvent entraîner des conflits avec la *Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés*¹⁰⁴ (Convention sur les réfugiés), qui reconnaît certains droits aux réfugiés reconnus. Les dispositions de la Convention prévoyant une égalité de traitement entre les réfugiés et les nationaux ne laissent ainsi pas de marge de manœuvre aux Etats (par ex. pour l'assistance et le secours publics selon l'art. 23 de la Convention sur les réfugiés). Une autre série de dispositions de la Convention demande que le traitement accordé aux réfugiés soit «aussi favorable que possible et

¹⁰¹ Concernant l'exception d'une atténuation de la peine pour défense excusable ou nécessité excusable, cf. ch. 3.3.3 (Motifs d'atténuation de la peine).

¹⁰² Pour plus de détail sur ce point, cf. ch. 4.4.

¹⁰³ Cf. rapport du groupe de travail, ch. 3, et message sur la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, ch. 1.1.3.

¹⁰⁴ RS 0.142.30

en tout cas [...] non moins favorable que celui accordé dans les mêmes circonstances aux étrangers en général»¹⁰⁵.

Dispositions d'exécution (al. 1, ch. III)

C'est «l'autorité cantonale compétente» qui doit procéder à l'expulsion du territoire dès que la condamnation est entrée en force ou, selon le cas, dès que la peine a été purgée (art. 197, al. 1, ch. III/1, P-Cst.). Selon l'argumentaire de l'initiative de mise en œuvre, les peines privatives de liberté seront en principe exécutées en Suisse¹⁰⁶. La formulation «dès que la peine a été purgée» permet d'inférer que la procédure vaudra également pour l'exécution d'une peine pécuniaire ferme, c'est-à-dire que l'expulsion ne sera exécutée qu'après le paiement de la peine pécuniaire (cf. art. 35 et 36 CP). En revanche, une peine assortie d'un sursis ne devrait pas faire obstacle à l'exécution immédiate de l'expulsion, dès l'entrée en force du jugement (bien que le délai d'épreuve fasse partie de l'exécution d'une peine avec sursis).

Seul le principe de non-refoulement tel qu'il est défini à l'art. 25, al. 2 et 3, Cst. doit pouvoir être considéré comme un obstacle (temporaire) à l'exécution de l'expulsion. L'autorité cantonale compétente doit en outre présumer que l'expulsion vers un Etat que le Conseil fédéral a désigné comme sûr (art. 6a, al. 2, LAsi) ne contrevient pas à ce principe (art. 197, al. 1, ch. III/3, P-Cst.). La problématique du renvoi à des dispositions législatives dans des dispositions constitutionnelles a déjà été abordée au ch. 3.3.2.

Cependant, l'expulsion devra certainement aussi être suspendue dans les cas où des obstacles techniques la rendent impossible, par exemple le refus des autorités du pays d'origine de l'intéressé de lui délivrer des documents de voyage.

Le texte de l'initiative interdit en revanche explicitement de prendre en compte d'autres motifs de report de l'exécution qui pourraient découler des engagements internationaux de la Suisse (par ex. art. 8 CEDH) ou de considérations liées à la proportionnalité de la mesure (art. 197, al. 1, ch. III/2, et ch. IV, 1^{re} phr. P-Cst.).

Si l'étranger fait valoir que son expulsion serait contraire au principe de non-refoulement, l'autorité cantonale d'exécution a trente jours pour statuer. Une seule instance de recours peut examiner sa décision, également dans un délai de trente jours (al. 1, ch. III/4). Un recours ultérieur devant le Tribunal fédéral est exclu. Le cas pourrait cependant être porté devant la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), pour autant que les conditions de recevabilité d'une requête individuelle – par exemple épuisement des voies de recours internes – soient remplies (art. 3 en lien avec les art. 13 et 35 CEDH).

Réglementation explicite de la relation avec le droit international (al. 1, ch. IV)

La disposition transitoire proposée prévoit expressément que les dispositions qui régissent l'expulsion du territoire et leurs modalités d'exécution priment les normes non impératives du droit international¹⁰⁷.

Le texte précise en outre que s'entendent comme normes impératives du droit international «exclusivement l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression, de l'esclavage ainsi que l'interdiction de refouler une personne vers un

¹⁰⁵ Pour plus de détails à ce sujet, cf. message relatif à l'initiative sur le renvoi, ch. 1.2.10.

¹⁰⁶ Argumentaire de l'initiative de mise en œuvre, ch. 3.2.3.

¹⁰⁷ Concernant les conséquences de cette réglementation, cf. ch. 4.4.

Etat où elle risque d'être torturée ou tuée». Sont ainsi également définies, en creux, les limites du droit international non impératif¹⁰⁸.

Nouvelle infraction d'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales (al. 1, ch. V)

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 obligatoire lorsqu'elle constitue une escroquerie selon l'art. 146 CP (cf. art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/1, let. e, P-Cst.) ou un «abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales» selon la nouvelle infraction proposée, qui doit être inscrite directement dans la Constitution.

A la différence de ce qui était prévu dans la variante 2 du projet de mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi qui a été envoyé en consultation, la peine plus sévère dont serait passible l'auteur d'un abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales fait désormais de cette infraction un *crime* (art. 10, al. 2, CP). La peine encourue est en effet une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire (al. 1, ch. V/1), entraînant une expulsion du territoire pour une durée de dix ans au moins (al. 1, ch. I/1, let. e, en lien avec ch. II/2). L'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales aurait ainsi – malgré l'absence de l'élément de l'astuce – le même degré d'illicéité que l'escroquerie (art. 146 CP) en matière d'assurances sociales et d'aide sociale. Le fait que l'astuce ne soit pas un élément constitutif de l'infraction aurait pour conséquence que l'art. 146 CP ne serait plus guère appliqué pour les faits touchants à l'aide sociale et à l'assurance sociale, car le seuil de réalisation de la nouvelle infraction est plus bas. Du fait de sa position dans la Constitution, la nouvelle infraction d'abus en matière d'aide sociale d'assurances sociales ne s'appliquera en principe qu'aux étrangers. La question se pose de savoir ce qui, matériellement, justifie une telle différence de traitement.

Dans les cas de peu de gravité, la peine pourra être l'amende (al. 1, ch. V/2), ce qui n'entraînerait pas l'expulsion (cf. al. 1, ch. I/1, let. e).

Applicabilité directe (al. 2)

Tant le titre de l'art. 197, ch. 9, P-Cst. que son al. 2 précisent que les dispositions constitutionnelles proposées sont «directement applicables». La question se pose cependant de savoir si une mention aussi explicite suffit à motiver l'applicabilité directe¹⁰⁹.

Outre son libellé, le but et la genèse de l'initiative la portent également à être directement applicable. L'art. 197, ch. 9, P-Cst. est formulé de manière assez précise pour qu'un individu puisse s'appuyer sur ses prescriptions pour orienter son comportement (principe de précision de la base légale¹¹⁰) et pour que les autorités chargées d'appliquer le droit puissent arrêter les décisions nécessaires (par ex. un jugement pénal incluant une décision d'expulsion) en se fondant directement sur la Constitution¹¹¹.

L'applicabilité directe n'empêche toutefois pas le législateur d'édicter des dispositions complémentaires dans une loi, s'il estime que c'est utile ou nécessaire. La

¹⁰⁸ Cf. explications du ch. 1.3.3 et rapport du groupe de travail, ch. 8.1.

¹⁰⁹ Epiney Astrid, 2013, n° 24.

¹¹⁰ Concernant les exigences du principe de précision des normes légales, cf. par ex. ATF 138 IV 13, consid. 4.1.

¹¹¹ Clairement en faveur de l'applicabilité directe: Hangartner Yvo, 2013, p. 705.

présentation des différents éléments de l'art. 197, ch. 9, P-Cst. montre clairement que malgré un degré de détail plutôt inhabituel pour une disposition constitutionnelle, différentes questions restent ouvertes, auxquelles les réponses devraient être apportées par le législateur, conformément à l'Etat de droit et aux principes démocratiques, plutôt que par les autorités chargées d'appliquer le droit.

4 Appréciation de l'initiative

4.1 Appréciation des buts visés par l'initiative

4.1.1 Mise en œuvre des dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels

De l'avis du comité d'initiative, le Conseil fédéral et le législateur retardent la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi et refusent d'assurer une mise en œuvre conforme à la volonté populaire. L'initiative proposée entend assurer une «mise en œuvre directe» des dispositions constitutionnelles visées à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. L'art. 197, ch. 9, P-Cst. se veut donc avant tout une norme de concrétisation de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.¹¹².

S'il était accepté, le texte de l'initiative entrerait immédiatement en vigueur (art. 195 Cst.). Les autorités devraient pouvoir appliquer directement l'art. 197, ch. 9, P-Cst.¹¹³. Le but de l'initiative, qui est de permettre la mise en œuvre directe de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. sans que le législateur n'ait à intervenir, serait donc atteint. Il est évidemment impossible de prédire la manière dont les autorités chargées de l'application du droit appliqueront l'art. 197, ch. 9, P-Cst. le cas échéant. Nous avons évoqué au point 3.3.3 les éléments que la pratique devra clarifier.

Le Conseil fédéral estime que l'initiative de mise en œuvre n'est pas nécessaire¹¹⁴.

Comme décrit au ch. 2.3, l'art. 197, ch. 8, Cst. accorde au législateur un délai de cinq ans, à dater de l'acceptation de l'initiative sur le renvoi, pour édicter les dispositions d'exécution nécessaires au niveau de la loi. La votation s'étant tenue le 28 novembre 2010, ce délai court jusqu'au 28 novembre 2015. Le Conseil fédéral a transmis le 26 juin 2013 au Parlement le projet de loi qu'il a élaboré¹¹⁵. Il reste donc aux Chambres fédérales environ deux ans et demi pour mettre en œuvre l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

Nous présentons ci-après ce que nous pouvons dire de la prise en compte de la volonté populaire dans le projet du Conseil fédéral.

4.1.2 Durcissement de la pratique des tribunaux

Pour durcir la pratique des tribunaux¹¹⁶, l'initiative de mise en œuvre prévoit un automatisme (quasi total) de l'expulsion des personnes étrangères ayant subi une

¹¹² Cf. ch. 2.4 et 3.1.

¹¹³ Cf. ch. 3.3.3 (Applicabilité directe).

¹¹⁴ Cf. ci-après et ch. 4.1.2 ss.

¹¹⁵ FF 2013 5373

¹¹⁶ Concernant la pratique actuelle des tribunaux, cf. ch. 2.1.

condamnation pénale¹¹⁷. Le but de durcir la pratique judiciaire poursuivi par l'initiative serait certainement atteint si elle était acceptée en votation. L'automatisme de l'expulsion aurait toutefois pour conséquence d'empêcher pratiquement les autorités chargées de l'élaboration et de l'application du droit de prendre en compte le principe de la proportionnalité. La Suisse ne pourrait plus respecter les dispositions non impératives du droit international auxquelles elle a souscrit¹¹⁸. L'initiative de mise en œuvre obligerait chaque année un très grand nombre d'étrangers à quitter la Suisse, ce qui aurait un coût élevé pour la Confédération et les cantons¹¹⁹. Dans la documentation accompagnant les variantes mises en consultation, il est indiqué que la mise en œuvre de la variante 2 entraînerait un grand nombre d'expulsions qui ne pourraient pas être exécutées faute de ressources financières suffisantes. Les conséquences en seraient le non-respect de la volonté du peuple et une décredibilisation des tribunaux et de la Suisse¹²⁰.

Le Conseil fédéral partage l'avis du comité d'initiative, selon lequel les personnes étrangères qui représentent une menace manifeste pour la sécurité et l'ordre publics ou qui y ont porté atteinte de manière répétée doivent quitter le pays. Il rejette toutefois le durcissement plus marqué prévu à l'art. 197, ch. 9, P-Cst., qu'il estime contraire aux principes de l'Etat de droit et aux obligations internationales de la Suisse.

Le projet élaboré par le Conseil fédéral pour mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels (art. 121, al. 3 à 6, Cst.) représente quant à lui une voie médiane entre l'automatisme de l'expulsion et la prise en compte des principes constitutionnels, des droits de l'homme garantis par le droit international et des traités internationaux. Il durcit le droit en vigueur et va plus loin que le contre-projet proposé à l'époque: la peine minimale entraînant une expulsion a été abaissée; l'expulsion sera automatique dans une plus grande part des cas; le projet malmène déjà suffisamment les principes de l'Etat de droit et les règles non impératives du droit international.

Le résultat de la consultation montre en outre que la solution médiane bénéficie d'un large soutien. A l'inverse, la variante 2, dont le contenu est repris en grande partie dans le projet d'art. 197, ch. 9, P-Cst., ne recueille l'appui que d'une petite minorité. Une nette majorité la rejette, notamment du fait de l'automatisme de l'expulsion, synonyme de graves entorses aux principes de l'Etat de droit et aux obligations internationales de la Suisse¹²¹.

4.1.3 Renforcer la sécurité

L'initiative de mise en œuvre entend renforcer la sécurité en Suisse en expulsant de manière systématique les «étrangers qui commettent des délits graves [et les] individus incorrigibles qui récidivent en permanence».

¹¹⁷ Cf. ch. 3.3.3 (Liste d'infractions et Motifs d'atténuation de la peine)

¹¹⁸ Cf. ch. 4.4.

¹¹⁹ Cf. ch. 4.2.2.

¹²⁰ Synthèse des résultats de la consultation sur la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, p. 8.

¹²¹ Synthèse des résultats de la consultation sur la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, pp. 2 ss et 25 s.; cf. ch. 2.3.

L'acceptation de l'initiative permettra-t-elle réellement de renforcer la sécurité? La question mérite d'être posée, compte tenu des éléments suivants:

Il ne sera possible d'expulser automatiquement un *délinquant itinérant* venu en Suisse pour y commettre une infraction au sens de l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/2, P-Cst. que s'il a déjà subi précédemment en Suisse une condamnation entrée en force à une peine privative de liberté ou à une peine pécuniaire. Le projet présenté par le Conseil fédéral pour mettre en œuvre l'initiative sur le renvoi va plus loin: il permet au tribunal de prononcer l'expulsion indépendamment de l'existence d'une condamnation antérieure (cf. art. 66a, al. 2 et 3, P-CP). Le droit actuel prévoit déjà l'obligation de renvoyer, en raison de l'absence d'une autorisation de séjour, les délinquants itinérants et les personnes condamnées auxquelles l'asile a été refusé, mais l'interdiction d'entrer en Suisse n'est que de cinq ans au maximum (art. 67 LEtr).

Il est également peu probable que l'expulsion automatique des personnes ayant subi une *condamnation assortie d'un sursis* contribue à renforcer la sécurité. Le sursis est prononcé à l'encontre des personnes qui présentent un pronostic favorable ou, si l'on reprend la formule de l'art. 42, al. 1, CP, des personnes qu'il n'apparaît pas nécessaire de frapper d'une peine ferme pour les détourner d'autres crimes ou délits. En 2011, 76,4 % des peines prononcées ont été assorties d'un sursis, 72,8 % étaient des peines pécuniaires avec sursis.

Mais même dans le cas des étrangers condamnés à une peine privative de liberté ferme, ou contre lesquels une mesure thérapeutique institutionnelle a été ordonnée, on peut douter que l'initiative renforce la sécurité, si l'on songe que tant la peine que la mesure ont déjà pour but de dissuader le délinquant de récidiver. Une libération conditionnelle de l'exécution d'une peine ou d'une mesure n'est possible que s'il est à prévoir que le condamné se conduira correctement en liberté (art. 62 et 86 CP). De ce point de vue, la possibilité qu'une expulsion puisse encore améliorer la sécurité dépendra du cas d'espèce.

Au final, seule une petite partie des étrangers font peser un risque sur la sécurité de la Suisse et sont concernés par les buts de l'initiative sur le renvoi et de l'initiative de mise en œuvre, à savoir ceux ayant subi une condamnation pour des délits graves et présentant un risque de récidive. La majeure partie des étrangers visés par les deux initiatives ne sont pas à considérer comme dangereux. Il n'y a que dans le cas où un étranger commettrait une récidive à l'étranger (par suite de son expulsion) plutôt qu'en Suisse que la sécurité de notre pays pourrait y gagner.

S'agissant de la prévention générale négative, qui désigne l'effet dissuasif exercé par une sanction sur la collectivité dans son ensemble, diverses études relèvent que la quotité théorique de la peine n'a pas d'effet de dissuasion manifeste¹²². On peut se demander si ce constat s'applique également à l'expulsion, qui constitue une sanction sévère. Il est probable qu'elle n'ait pas d'effet dissuasif sur les futurs auteurs d'infractions (qu'il s'agisse de délinquants itinérants ou de requérants d'asile qui, en l'absence d'une autorisation de séjour, doivent de toute manière quitter la Suisse).

¹²² Cf. Kunz Karl-Ludwig, 2004, § 33 n° 12 ss.

4.1.4 Raccourcissement de la procédure

L'initiative de mise en œuvre vise à raccourcir les procédures. Pour ce qui est des voies de recours et des conditions d'un recours contre le jugement contenant l'expulsion, seul le pouvoir d'examen du tribunal ou du ministère public est restreint¹²³. Il ne faut donc pas s'attendre à un raccourcissement marqué de la procédure conduisant au prononcé de l'expulsion. Celle-ci devrait au contraire engendrer davantage de recours, d'où un probable allongement des procédures.

La procédure d'exécution de l'expulsion devrait en revanche se trouver accélérée du fait, d'une part, qu'il n'existe qu'une instance judiciaire habilitée à examiner la décision de l'autorité d'exécution et, d'autre part, que le pouvoir d'examen des autorités d'exécution est fortement restreint. Enfin, les autorités sont tenues d'arrêter leur décision dans un délai déterminé (art. 197, ch. 9, al. 1, ch. III, P-Cst.)¹²⁴.

Ces divers effets pourraient entraîner un certain raccourcissement des procédures, mais seulement si les autorités d'exécution et les tribunaux chargés d'examiner les décisions d'exécution parviennent à respecter les délais prévus, ce dont on peut douter. Comme le montre la pratique, le respect du droit d'être entendu et l'obligation pour l'autorité de constater les faits d'office ne sauraient se soumettre à des délais rigides. Il devrait en aller de même de la recherche d'informations à effectuer pour s'assurer du respect du principe de non-refoulement. L'autorité d'exécution parviendra peut-être à respecter le délai de 30 jours fixé pour examiner les motifs opposés à l'expulsion, mais elle risque de devoir le faire de manière superficielle et sans pouvoir aller au fond des choses. Il reviendra alors à l'autorité de recours de réunir les informations manquantes, en prenant le temps nécessaire. Des critiques se sont déjà élevées lors de la consultation concernant le projet de mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, à propos des délais raccourcis prévus dans la variante 2¹²⁵.

4.2 Conséquences en cas d'acceptation

4.2.1 Non-respect du principe de la proportionnalité

En fixant comme règle l'automatisme de l'expulsion, la disposition proposée admet des entorses au principe de la proportionnalité inscrit dans la Constitution (art. 5, al. 2, et 36, al. 3, Cst.)¹²⁶. Ce principe impose de vérifier que l'expulsion constitue une mesure appropriée, nécessaire, et qui puisse être raisonnablement exigée de l'étranger condamné, or l'initiative ne prévoit pas un tel examen de la proportionnalité de l'expulsion avant qu'elle soit prononcée ou exécutée. Elle n'autorise les juges à renoncer à l'expulsion que si l'acte à l'origine de la condamnation a été commis en état de défense excusable ou de nécessité excusable (art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/4 P-Cst.)¹²⁷.

¹²³ Cf. ch. 3.3.3 (Autorité chargée de prononcer l'expulsion).

¹²⁴ Cf. ch. 3.3.3 (Dispositions d'exécution).

¹²⁵ Synthèse des résultats de la consultation sur la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, p. 28.

¹²⁶ Cf. ch. 3.3.1 (Proportionnalité). Cf. ch. 4.4. à propos de l'impossibilité de tenir compte du principe de la proportionnalité dans le domaine du droit international.

¹²⁷ Cf. ch. 3.3.3 (Motifs d'atténuation de la peine).

L'ampleur de la liste d'infractions, qui comprend également des infractions de peu de gravité, et l'absence d'une peine minimale font que l'expulsion peut être infligée également à des personnes condamnées à une peine très légère (peine pécuniaire de quelques jours-amendes assortie d'un sursis par ex.), voire à des personnes contre lesquelles aucune sanction n'a été prononcée (voir par ex. l'art. 187, ch. 3, CP). Cette situation contredit l'affirmation des promoteurs de l'initiative sur le renvoi, selon laquelle seuls des délits graves devraient entraîner une expulsion automatique¹²⁸.

L'initiative tente certes de désamorcer ce problème, en réservant, dans le cas de certaines infractions de peu de gravité, l'expulsion automatique aux personnes ayant déjà été condamnées par le passé; ce faisant, elle s'appuie uniquement sur l'existence d'une sanction antérieure (peine privative de liberté ou peine pécuniaire), indépendamment de la nature de l'infraction qui l'a entraînée. Conséquence: la personne qui commet deux infractions considérées comme légères au vu de la faute commise sera obligatoirement expulsée pour une durée de 5 ans au moins (à titre d'exemple, on expulsera la personne déjà condamnée à une peine pécuniaire avec sursis pour injure [art. 177, al. 1, CP] et qui subit une nouvelle condamnation pour des lésions corporelles simples [art. 123, al. 1, CP])¹²⁹.

Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral juge disproportionnée la solution prônée par l'initiative de mise en œuvre.

4.2.2 Conséquences pour la Confédération et les cantons

Expulsion des étrangers condamnés: 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 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 2009¹³⁰.

En réponse à l'interpellation Müri 13.3122 (Renvoi d'étrangers criminels), l'ODM a fait réaliser un sondage auprès des cantons¹³¹, dont il ressort qu'en 2011, quelque 500 étrangers délinquants se sont vu retirer leur autorisation de séjour ou d'éta-

¹²⁸ Argumentaire du comité de l'initiative sur le renvoi, ch. 2.2 (consultable à l'adresse: www.initiative-sur-le-renvoi.ch > Arguments > Argumentaire).

¹²⁹ Cf. ch. 3.3.3 (Liste d'infractions).

¹³⁰ Pour l'ensemble du message, voir: Pratique actuelle des renvois, Rapport succinct, Commission fédérale pour les questions de migration CFM, Berne, 19 octobre 2010, pp. 1, 2, 3, 7.

¹³¹ La réponse du Conseil fédéral du 20 mars 2013 est consultable à l'adresse: www.parlement.ch > Documentation > Curia Vista Base de données des objets parlementaires > Interventions contenant un tableau ou un graphique > 13.3122 Interpellation Müri Renvois d'étrangers criminels.

blissement (livret C ou B). Environ 430 étrangers ont été touchés par une telle mesure en 2012.

La révocation de ces autorisations concernait pour une bonne part des ressortissants de pays tiers, c'est-à-dire ne bénéficiant pas de la libre circulation aux termes de l'ALCP ou de la Convention AELE.

Hypothèses concernant le nombre d'expulsions selon l'initiative

Selon les relevés de l'Office fédéral de la statistique (OFS), 2635 étrangers environ auraient été expulsés en 2011 selon la 1^{re} liste d'infractions (art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/1, P-Cst.):

- sur l'ensemble de cette population, 835 personnes (env. 32 %) bénéficiaient d'un droit de séjour de longue durée ou d'un permis d'établissement (livret B ou C);
- 281 personnes (env. 11 %) séjournaient en Suisse dans le cadre de l'asile (livret N ou F) et 26 autres (env. 1 %) disposaient d'un permis de séjour temporaire (livret G ou L);
- 1194 personnes (env. 45 %) n'avaient pas de domicile en Suisse, tandis que le statut des 299 personnes restantes (env. 11 %) était inconnu.

Cette même année, 12 691 personnes étrangères auraient été condamnées pour une infraction de la 2^e liste (art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/2, P-Cst.). Une analyse du casier judiciaire électronique VOSTRA montre qu'environ 30 % d'entre elles, soit 4060 personnes environ, auraient déjà été condamnées à une peine privative de liberté ou à une peine pécuniaire au cours des 10 années précédentes:

- sur l'ensemble de cette population, 1014 personnes (env. 25 %) auraient bénéficié d'un droit de séjour de longue durée ou d'un permis d'établissement (livret B ou C).
- 606 personnes (env. 15 %) séjournaient en Suisse dans le cadre de l'asile (livret N ou F).
- 2214 personnes (env. 55 %) n'avaient pas de domicile en Suisse, tandis que le statut des 179 personnes restantes (env. 5 %) était inconnu.

Le nombre d'étrangers expulsés en 2011 en vertu des deux listes d'infractions se serait ainsi élevé à 6700 personnes¹³². Parmi ces dernières, 1800 environ étaient au bénéfice d'une autorisation de séjour durable (livret B ou C). Par rapport au droit actuel¹³³, la disposition proposée entraînerait dans ce groupe un triplement du nombre des expulsions.

Conséquences pour la Confédération

Il est très difficile d'estimer le montant des dépenses totales qu'entraînerait l'adoption de l'initiative de mise en œuvre. Son texte ne dit rien de la manière dont ce coût devrait se répartir entre la Confédération et les cantons.

Le droit actuel réparti entre la Confédération et les cantons les compétences et les obligations financières dans le domaine des migrations. Selon cette répartition, la Confédération assume les tâches et les coûts suivants:

¹³² 2635 au sens de la première liste d'infractions et 4060 au sens de la seconde.

¹³³ Voir le ch. 4.2.2 (Expulsion des étrangers condamnés: situation actuelle).

- dans le domaine de l’asile, elle soutient financièrement les cantons pour les coûts imputables à l’aide sociale (art. 88 ss LAsi);
- elle prend position au cas par cas sur la question de savoir si le principe de non-refoulement s’oppose sous certains aspects au renvoi d’une personne;
- elle soutient en outre les cantons dans l’exécution des renvois en les aidant à obtenir les documents de voyage ou à organiser le voyage de retour (art. 71 LEtr);
- enfin, dans le domaine de l’asile, elle assume les frais de départ des personnes à renvoyer (art. 92 LAsi).

En cas d’acceptation de l’initiative de mise en œuvre, il faudra déterminer si cette répartition des compétences et des coûts doit aussi s’appliquer à l’expulsion au sens de l’art. 197, ch. 9, P-Cst. Le texte de l’initiative considère l’expulsion comme une mesure pénale (elle est ordonnée par le tribunal ou le ministère public). Les frais d’exécution des sanctions pénales sont actuellement à la charge des cantons (art. 380, al. 1, CP). Si l’on suivait ce schéma classique, ces derniers auraient aussi à assumer l’ensemble des tâches et des dépenses découlant de la nouvelle forme d’expulsion. Contrairement au droit actuel, la Confédération ne serait pas tenue d’y participer, si bien qu’elle devrait réaliser des économies.

Si l’on devait au contraire prévoir qu’elle participe aux coûts, comme elle le fait déjà dans le domaine de la migration, il en résulterait une hausse de ses dépenses.

Même s’il n’est guère possible d’estimer le nombre de personnes qui, dans le domaine de l’asile, tomberaient effectivement sous le coup d’une expulsion, il faut s’attendre à ce que cette nouvelle mesure n’ait que peu d’effets sur la situation de l’asile. La raison: la plupart des personnes qui déposent aujourd’hui une demande d’asile ne remplissent pas les conditions requises pour qu’on leur reconnaisse la qualité de réfugié et sont donc tenues de quitter la Suisse (avec tout ce que cela implique comme coûts pour la Confédération). Aujourd’hui déjà, les requérants qui commettent des infractions en Suisse ne remplissent généralement pas les conditions requises pour obtenir l’asile et sont tenus de quitter notre pays. En 2012, l’exécution par la Confédération du renvoi des personnes qui tombaient sous sa compétence (domaine de l’asile) lui a coûté environ 34 millions de francs.

L’ODM serait probablement davantage sollicité dans le domaine de l’entraide administrative pour rendre des avis sur la conformité des expulsions avec le principe de non-refoulement. Dans d’autres domaines, les procédures se trouveraient quelque peu simplifiées, le texte de l’initiative laissant entendre qu’il ne sera pas possible d’accorder l’asile en cas d’expulsion ou que celle-ci entraînera l’annulation du statut de réfugié (cf. art. 197, ch. 9, al. 1, ch. 5, P-Cst.).

De manière générale, l’acceptation de l’initiative ne devrait pas entraîner pour la Confédération d’augmentation notable des coûts, pour autant que la répartition actuelle reste inchangée. L’ODM devrait pouvoir absorber un éventuel surplus de tâches (hausse du nombre de rapports à l’intention des autorités d’exécution cantonales et de cas d’assistance à l’exécution) avec le personnel dont il dispose. Il va de soi qu’une hausse significative de la charge de travail nécessiterait la création de nouveaux postes.

Conséquences pour les cantons

Il est probable que les cantons doivent exécuter l'expulsion sous la forme d'une sanction pénale. Selon l'art. 380, al. 1, CP, les cantons assument les frais d'exécution des peines et des mesures, au moins en grande partie¹³⁴.

Comme indiqué plus haut, il est difficile d'estimer les coûts qu'occasionnerait la nouvelle forme d'expulsion. Une estimation grossière fondée sur les chiffres de 2009¹³⁵ et de 2011¹³⁶ indique un triplement environ du nombre d'étrangers au bénéfice d'un permis de séjour ou d'établissement qui seraient expulsés après avoir été condamnés.

La nouvelle forme d'expulsion devrait entraîner un surcroît de travail essentiellement pour les tribunaux pénaux cantonaux et les ministères publics, qui auraient à vérifier que ses conditions soient réunies. Etant donné que le nombre des renvois devrait lui aussi augmenter, il faut s'attendre à ce que les organes d'exécution actifs dans le domaine des étrangers doivent eux aussi supporter une charge de travail accrue (pour exécuter le renvoi des personnes qui étaient au bénéfice d'un permis de séjour ou d'établissement).

Les cantons pourraient encore être amenés à subir une hausse de leurs charges financières dans le domaine de l'aide d'urgence et de l'aide sociale. Une fois sa condamnation entrée en force, la personne étrangère n'aura plus droit à aucun statut de séjour. Il se pourra toutefois qu'elle doive rester en Suisse, au moins le temps qu'on examine si son expulsion peut être exécutée, voire aussi longtemps qu'elle ne pourra l'être. La personne expulsée étant privée de statut de séjour, elle ne pourra plus obtenir d'autorisation de travail et ne sera donc plus en mesure de subvenir à ses besoins. Cette situation pourra entraîner un surcoût pour les cantons, qui seront tenus au minimum de verser une aide d'urgence, en vertu de l'art. 12 Cst. Les cantons chargés de l'expulsion recevront toutefois de la Confédération un forfait pour les requérants d'asile frappés d'une expulsion¹³⁷.

4.3 Lacunes de l'initiative

Tant le titre de l'art. 197, ch. 9, P-Cst. que son al. 2 précisent que la disposition proposée est «directement applicable», pour éviter que le législateur n'ait à élaborer des dispositions d'exécution.

Le texte de l'initiative présente toutefois des lacunes dans plusieurs domaines concernant la mise en œuvre de l'expulsion. On peut relever notamment les points suivants:

La question de savoir si l'expulsion s'appliquera dans le domaine du code pénal militaire reste ouverte (cf. ch 3.3.3, Liste d'infractions).

On déplorera encore un manque de coordination avec les dispositions du droit des étrangers et de l'asile. Ainsi, il n'est pas précisé si une personne dont l'expulsion sera inexécutable selon le principe de non-refoulement pourra bénéficier d'une mesure d'admission provisoire au sens de l'art 83 LEtr. On ne sait pas non plus dans

¹³⁴ Cf. ch. 4.2.2 (Conséquences pour la Confédération).

¹³⁵ Cf. ch. 4.2.2 (Expulsion des étrangers condamnés: situation actuelle).

¹³⁶ Cf. ch. 4.2.2 (Hypothèses concernant le nombre d'expulsions selon l'initiative).

¹³⁷ Cf. ch. 4.2.2 (Conséquences pour la Confédération).

quelle mesure l'exécution de l'expulsion en tant que sanction de droit pénal pourra être assortie de mesures de contrainte au sens du droit des étrangers. Il faudrait également compléter le CPP pour pouvoir appliquer la détention pour des motifs de sûreté (art. 220), afin de garantir l'exécution de l'expulsion. D'autres lacunes sont à déplorer concernant la répartition des coûts entre la Confédération et les cantons et le droit du casier judiciaire (cf. ch 3.3.3, Dispositions d'exécution).

Le texte de l'initiative renvoie directement à des infractions inscrites dans le CP, la LStup et la LEtr. Cela signifie que les infractions qui y seront ajoutées après son entrée en vigueur (éventuelle) n'entraîneront pas l'expulsion, même si leur gravité justifierait une telle mesure (cf. ch 3.3.2, Renvoi au droit législatif de rang inférieur).

En cas d'acceptation de l'initiative, la plupart de ces lacunes pourra toutefois être comblée par le législateur, de sorte qu'elles ne sauraient servir d'argument pour s'y opposer.

4.4 Compatibilité avec les obligations internationales

Comme exposé au ch. 3.3.1 (Relation entre les dispositions non impératives du droit international et les initiatives populaires), la Suisse doit respecter le droit international (art. 5, al. 4, Cst.).

L'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, P-Cst. indique explicitement que les dispositions régissant l'expulsion et ses modalités d'exécution priment les normes du droit international qui ne sont pas impératives. L'initiative accepte donc la possibilité de conflits avec le droit international et, de l'avis du Conseil fédéral, place les autorités dans l'impossibilité de la mettre en œuvre en conformité avec ce dernier¹³⁸.

Nous présentons ci-après les situations dans lesquelles la Suisse, en cas d'acceptation de l'initiative, contreviendra aux obligations de droit international auxquelles elle a souscrit, et les conséquences qui devraient en résulter pour elle.

4.4.1 CEDH et Pacte II de l'ONU

CEDH

La CEDH ne garantit pas le droit d'entrée ni de séjour dans ses Etats signataires. Toutefois, lorsqu'un étranger est établi légalement dans un pays signataire, son expulsion constitue une atteinte à son droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)¹³⁹. Il n'y a pas d'atteinte si la loi prévoit une telle ingérence et si elle constitue, dans une société démocratique, une nécessité pour préserver un certain nombre d'intérêts publics (art. 8, al. 2, CEDH).

¹³⁸ Cf. ch. 3.3.1 (Relation entre les dispositions non impératives du droit international et les initiatives populaires).

¹³⁹ Voir par ex. CourEDH, Boughanemi contre France, arrêt du 24 avril 1996, ACEDH 1996-II, pp. 593 ss, § 35.

La CourEDH recourt à un certain nombre de critères d'égale valeur pour juger de l'admissibilité d'une telle ingérence¹⁴⁰. Des critères supplémentaires sont pris en compte pour les délinquants qui sont arrivés très jeunes en Suisse ou qui y sont nés et y ont effectué toute leur scolarité¹⁴¹. Ces critères ne sont pas appliqués de manière rigide, mais pondérés au cas par cas.

Le texte de l'initiative exclut un tel traitement au cas par cas. De manière générale, il prévoit un seul critère, rigide, déterminant l'expulsion, à savoir le fait que l'étranger a subi une condamnation entrée en force pour l'une des infractions mentionnées¹⁴². La seule possibilité qu'il a pour échapper à l'exécution de l'expulsion est de faire valoir le principe de non-refoulement selon l'art. 25, al. 2 et 3, Cst.¹⁴³. L'initiative de mise en œuvre ne remplit donc pas les conditions de la CEDH.

Les personnes frappées d'une expulsion peuvent, après avoir épuisé les voies de recours de l'ordre judiciaire national, déposer une requête individuelle auprès de la CourEDH (art. 34 CEDH). Il faut s'attendre à ce que soient invoquées en premier lieu les violations du principe de non-refoulement (art. 3 CEDH) ou du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH). Si, dans un cas d'espèce, la CourEDH conclut à une violation de la CEDH, son arrêt est contraignant (art. 46, al. 1, CEDH).

Le Comité des Ministres surveille l'exécution de l'arrêt (art. 46, al. 2, CEDH). Celle-ci ne se limite pas au paiement du dédommagement accordé par la Cour (art. 41 CEDH). L'Etat condamné est tenu d'effacer autant que possible les conséquences pratiques et juridiques de la violation¹⁴⁴. A cet effet, le requérant résidant en Suisse a notamment la possibilité de demander au Tribunal fédéral une révision de l'arrêt en question (art. 122 LTF). L'Etat concerné doit en outre prendre les mesures générales

¹⁴⁰ Sur le fond: CourEDH, Bouloufi contre Suisse, arrêt du 2 août 2001, ACEDH 2001-IX, pp. 119 ss, § 48. En font partie les critères suivants: nature et gravité de l'infraction ou des infractions; durée de 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 l'intéressé (durée du mariage, caractère effectif de la vie familiale, degré d'information du conjoint 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.

¹⁴¹ Sur le fond: CourEDH, Ünür contre Pays-Bas [Grande Chambre], arrêt du 18 octobre 2002, ACEDH 2006-XII, pp. 129 ss, § 55. Font partie de ces critères: 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.

¹⁴² Cf. ch. 3.3.3 (Liste d'infractions et Motifs d'atténuation de la peine).

¹⁴³ Cf. ch. 3.3.3 (Dispositions d'exécution).

¹⁴⁴ Voir par ex. CourEDH, Emre contre Suisse (n° 2), arrêt du 11 octobre 2011, requête n° 5056/10, p. 19, § 75, selon lequel, s'agissant d'une interdiction d'entrée en Suisse prononcée en violation de l'art. 8 CEDH, «l'exécution la plus naturelle de l'arrêt de la Cour [...] aurait été d'annuler purement et simplement [...] l'interdiction de territoire contre le requérant».

nécessaires pour éviter que d'autres violations similaires ne se produisent¹⁴⁵. Une dénonciation de la CEDH ne représente pas une solution crédible¹⁴⁶.

Pacte II de l'ONU

Le Pacte II de l'ONU statue à son art. 17 une garantie similaire à celle de l'art. 8 CEDH. Le Comité des droits de l'homme a également développé une jurisprudence en la matière qui est très proche de celle de la CourEDH, même si elle est moins détaillée. L'art. 12, par. 4, du Pacte interdit de priver quiconque arbitrairement du droit d'entrer dans son propre pays. Une telle mesure doit être fondée, d'une part, sur une norme juridique ayant un caractère général et abstrait et, d'autre part, sur un examen approfondi et approprié des circonstances particulières. Les étrangers peuvent également invoquer cette disposition¹⁴⁷.

En d'autres termes, le fait de fonder l'expulsion sur un critère unique et rigide (p.ex. l'infraction réalisée) est contraire aux exigences découlant de l'art. 12, par. 4, et de l'art. 17 du Pacte II de l'ONU.

Le Pacte II de l'ONU ne peut pas être dénoncé. En cas de réglementation incompatible avec le Pacte II de l'ONU, il faudrait s'attendre à ce que le Comité des droits de l'homme invite la Suisse, dans le cadre de la procédure d'examen des rapports des Etats parties, à expliquer sa position et à modifier ou abroger les dispositions correspondantes. Ses recommandations ne seraient pas contraignantes sur le plan juridique. À la suite de l'examen des rapports ou lors de leur prochain examen, la Suisse devrait cependant rendre compte de sa mise en œuvre des recommandations.

4.4.2 Convention relative aux droits de l'enfant¹⁴⁸

La Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant¹⁴⁹ définit à son art. 3 le principe selon lequel l'*intérêt supérieur de l'enfant* doit être une considération primordiale dans toutes les décisions des autorités qui le concernent. En outre, l'art. 16 de la Convention statue une garantie comparable à celles de l'art. 8 CEDH et de l'art. 17 du Pacte II de l'ONU.

¹⁴⁵ Cf. ch. 3.5.2 du rapport du groupe de travail pour plus de détails concernant les conséquences d'une violation de la Convention.

¹⁴⁶ Cf. ch. 3.3.1 (Relation entre les dispositions non impératives du droit international et les initiatives populaires). Voir la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Brunner (13.3237), Dénonciation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon laquelle une telle dénonciation «n'entre pas en ligne de compte».

¹⁴⁷ Le Comité a jugé que cette disposition s'appliquait au cas d'un Suédois arrivé en Australie peu après sa naissance et qui, y ayant grandi, a vu son permis de séjour annulé et a été expulsé vers la Suède à l'âge de 16 ans, après avoir été condamné entre autres pour viol. Le Comité a estimé que la durée du séjour en Australie était déterminante et faisait de cette dernière le «propre pays» du requérant. Il a considéré que la décision de l'expulser puis de lui interdire de retourner en Australie était arbitraire et contraire à l'art. 12, par. 4, du Pacte: abstraction faite de sa nationalité, le requérant n'avait aucun lien avec la Suède, ne parlait pas le suédois et, en outre, l'expulsion avait été ordonnée 14 ans après sa condamnation et 9 ans après qu'il eût exécuté ses peines (Nations Unies-Comité des droits de l'homme, Nystrom c. Australie [communication n° 1557/2007], constatations du 18 juillet 2011, § 7.5 ss)).

¹⁴⁸ Cf. message du 24 juin 2009 concernant l'initiative sur le renvoi, ch. 4.1.2.

¹⁴⁹ RS 0.107

L'initiative de mise en œuvre pourrait toucher cet intérêt supérieur dans la mesure où toute expulsion ordonnée contre les parents ou les tuteurs d'un enfant aurait des conséquences directes sur ce dernier¹⁵⁰.

Au demeurant, un enfant dont les parents résident dans des pays différents a le droit d'entretenir *des relations personnelles et des contacts directs réguliers* avec ses deux parents (art. 10, par. 2, de la Convention). Il s'agirait de les préserver en cas d'expulsion, ce qui pourrait s'avérer problématique selon le pays de destination.

En cas d'expulsion obligatoire au sens de l'initiative de mise en œuvre, il ne serait pas possible d'examiner au cas par cas si ces droits de l'enfant seraient respectés. Il pourrait en résulter des violations de la Convention.

En cas de réglementation incompatible avec la Convention, il faudrait également s'attendre à ce que le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies invite la Suisse, dans le cadre de la procédure d'examen des rapports des Etats parties, à expliquer sa position et à modifier ou abroger les dispositions correspondantes. Comme pour le Pacte II de l'ONU, les recommandations du Comité des droits de l'enfant ne sont pas contraignantes sur le plan juridique¹⁵¹. Mais contrairement à ce dernier, la Convention relative aux droits de l'enfant peut être dénoncée.

4.4.3 ALCP et Convention AELE

A la différence de la CEDH, l'ALCP et la Convention AELE octroient aux ressortissants des pays parties aux accords des droits individuels relevant du droit des étrangers qui sont directement applicables, en matière d'entrée et de sortie, de séjour, d'exercice d'une activité lucrative et de poursuite du séjour. Ces droits sont valables immédiatement et ne requièrent aucun acte administratif supplémentaire.

Ces droits ne sont toutefois pas absolus. Ils peuvent être restreints par des mesures visant à protéger l'ordre, la sécurité et la santé publics. Sont considérées comme telles notamment les mesures qui ont une incidence sur le droit d'entrer et de séjourner librement dans le pays¹⁵², dont font notamment partie le renvoi, l'expulsion ou l'interdiction d'entrée. A cet égard, il convient de relever les aspects suivants:

Le comportement personnel de l'intéressé est seul déterminant pour apprécier si le refus ou le retrait d'une autorisation ou une mesure d'éloignement peut se justifier en vertu de l'ALCP ou de la Convention AELE (pas de mesure fondée sur des considérations de prévention générale¹⁵³).

S'agissant d'évaluer les circonstances qui justifient d'invoquer des raisons d'ordre public, les autorités nationales disposent d'une certaine marge de manœuvre qui doit cependant être interprétée de manière relativement étroite. Il faut qu'il y ait une menace avérée et suffisamment grave à l'ordre public. Le seul dérangement de l'ordre social entraîné par une violation quelconque de l'ordre juridique ne suffit pas¹⁵⁴. Bien plus: il faut que la menace touche un intérêt fondamental de la société.

¹⁵⁰ Selon le comité d'initiative, il est prévu de ne pas expulser les étrangers condamnés mineurs (cf. ch. 3.3.3, Liste d'infractions).

¹⁵¹ Rapport du groupe de travail, ch. 3.5.3.

¹⁵² ATF 129 II 215, 221

¹⁵³ ATF 136 II 5, 20

¹⁵⁴ ATF 130 II 176, 183

C'est notamment le cas lorsque le comportement en question est réprimé pénalement en Suisse également lorsqu'il est le fait de ressortissants suisses¹⁵⁵.

Il faut que la menace soit présente et actuelle: elle doit être avérée aussi bien au moment où l'expulsion ou le renvoi est prononcé (par un tribunal pénal) qu'à celui de l'exécution de l'expulsion ou du renvoi. Il faut tenir compte de tout changement des états de fait survenu dans l'intervalle. De tels changements doivent aussi pouvoir être invoqués, en tout temps, par la suite¹⁵⁶. Toute interdiction d'entrée qui présente un caractère exclusivement pénal contrevient à l'ALCP/à la Convention AELE.

Une condamnation pénale ne suffit pas à elle seule à justifier le recours à des mesures prévues par l'ALCP ou la Convention AELE pour préserver l'ordre public et la santé publique¹⁵⁷. Le comportement individuel à la base de cette condamnation peut néanmoins constituer une menace actuelle de l'ordre public ou de la sécurité publique¹⁵⁸.

Un examen au cas par cas doit mettre en balance l'intérêt public à protéger la sécurité et l'ordre public et les intérêts privés des personnes directement ou indirectement concernées, les seconds divergeant du premier. Il s'agit de prendre en compte les droits fondamentaux, en particulier les garanties prévues par la CEDH¹⁵⁹ et le principe de la proportionnalité¹⁶⁰.

Compte tenu de ce qui précède, voici les principaux problèmes posés par l'initiative de mise en œuvre:

Le fait qu'elle ne prenne pas en compte l'actualité de la menace et qu'elle exclue une pesée des intérêts au cas par cas la rend incompatible avec l'ALCP et la Convention AELE. Peu importe que l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/1 et ch. I/2, P-Cst. constituent deux catégories distinctes d'infractions. Dans la première catégorie (ch. I/1), l'expulsion obligatoire se fonde uniquement sur la première condamnation; dans la seconde, elle pose comme condition supplémentaire l'existence d'une précédente condamnation. Cette subdivision ne laisse aucune place à une prise en compte du principe de la proportionnalité. La possibilité d'invoquer les cas de défense excusable ou de nécessité excusable (art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/4, P-Cst.) ne remplit pas les conditions d'un examen au cas par cas au sens de l'ALCP ou de la Convention AELE.

Par ailleurs, au vu du droit européen appliqué en vertu de l'ALCP et de la Convention AELE¹⁶¹, ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour de justice de l'UE, on ne peut partir du principe que toutes les infractions visées dans la disposition toucheraient des intérêts fondamentaux de la société. C'est d'autant moins le cas pour plusieurs infractions visées au ch. I/2 (par ex. lésions corporelles simples, violation de domicile, infractions à la LEtr), ou encore pour l'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales (art. 197, ch. 9, al. 1, ch. V, P-Cst.).

¹⁵⁵ ATF 130 II 176, 183; ATF 129 II 215

¹⁵⁶ CJUE, arrêt du 29 avril 2004, affaires jointes C-482/01 et C-493/01, Orfanopoulos et Oliveri contre Land Baden-Württemberg.

¹⁵⁷ Art. 3, par. 2, de la directive 64/221/CEE applicable en vertu de l'art. 5, al. 2, ALCP; si le Tribunal fédéral n'a jusqu'ici pas explicitement pris en compte cet arrêt, il s'y réfère dans l'ATF 137 II 233 (cf. p. 239).

¹⁵⁸ ATF 130 II 493, 499; ATF 130 II 176, 186

¹⁵⁹ Cf. ch. 4.4.1.

¹⁶⁰ Cf. ch. 3.3.1 (Proportionnalité)

¹⁶¹ Directive 64/221/CEE (JO L 56 du 4.4.1964, p. 850), art. 3, al. 1 et 2.

Un autre problème est que l'initiative de mise en œuvre ne tient aucunement compte des changements survenus dans la situation de l'intéressé depuis le moment du jugement (art. 197, ch. 9, al. 1, ch. III, P-Cst.). D'après l'ALCP et la Convention AELE, il faudrait pouvoir réviser après-coup la décision d'expulsion si la situation de l'intéressé évolue, chose que n'autorisent ni le ch. II ni le ch. III de l'art. 197, ch. 9, al. 1.

Sur plusieurs points, l'initiative est donc incompatible avec l'ALCP et la Convention AELE.

Si elle était acceptée, il est probable que l'UE et les autres membres de l'AELE ne tarderaient pas à constater et à dénoncer des entorses aux accords concernés. L'UE et plusieurs de ses membres ont suivi attentivement le parcours de l'initiative sur le renvoi. Il est toutefois difficile d'estimer les conséquences juridiques ou politiques que l'application de l'initiative de mise en œuvre pourrait avoir. Les futures négociations entre la Suisse et l'UE sur la poursuite des négociations bilatérales pourraient s'en ressentir.

La Suisse pourrait théoriquement envisager de résoudre le conflit en dénonçant et en renégociant les accords conclus avec l'UE et avec les autres membres de l'AELE sur les points qui posent problème (en particulier l'automatisme de l'expulsion) et en demandant l'ajout dans l'ALCP et dans la Convention AELE d'une disposition autorisant l'application de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. et de l'art. 197, ch. 9, P-Cst à l'endroit des ressortissantes de l'UE et de l'AELE. Une renégociation des deux accords qui se limiterait aux points concernées paraît illusoire: la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE sur des dispositions analogues dans plusieurs Etats membres montre que l'UE ne serait même pas disposée à entrer en matière sur de nouvelles négociations avec la Suisse. La Cour de justice de l'UE a déjà condamné l'Allemagne, l'Espagne et les Pays-Bas pour avoir adopté des législations nationales similaires, contraires au droit européen¹⁶². Les Pays-Bas en particulier ont été condamnés pour avoir inscrit dans leur droit une disposition prévoyant une expulsion automatique en cas de condamnation pénale sans qu'il soit tenu compte de la situation personnelle et familiale de l'intéressé¹⁶³.

5 Conclusions et proposition du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral partage l'avis du comité d'initiative selon lequel les personnes étrangères qui représentent une menace manifeste pour la sécurité et l'ordre publics ou qui y portent atteinte de manière répétée doivent quitter le pays. Il propose toutefois le rejet de l'initiative. Elle n'est pas nécessaire, *ni du point de vue du calendrier, ni du point de vue du contenu*, pour mettre en œuvre les nouvelles dispositions fédérales sur l'expulsion des étrangers criminels (art. 121, al. 3 à 6, Cst.). L'automatisme de l'expulsion qu'elle prévoit *viole en outre des principes fondamentaux de l'Etat de droit et le droit international*.

La définition (restrictive) que l'initiative de mise en œuvre donne du droit international impératif viole les normes impératives du droit international. L'art. 139, al. 3, Cst. impose donc de la déclarer partiellement nulle. L'initiative de mise en œuvre

¹⁶² Réglementations sur l'expulsion pour menace à l'ordre public et aux intérêts fondamentaux de la société.

¹⁶³ Jaag Tobias/Priuli Valerio, 2010, p. 5.

peut être soumise au vote du peuple et des cantons sans son art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, 2^e phrase.

L'initiative *exclut par ailleurs tout examen au cas par cas, empêchant le respect du principe de la proportionnalité et des dispositions non impératives du droit international*. La liste des délits visée à l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/2, P-Cst. inclut des infractions légères, mais ne prévoit pas de peine minimale. La conséquence est que l'expulsion sera également prononcée à l'encontre des auteurs d'une infraction de moindre gravité qui auront déjà été condamnés, au cours des dix années précédentes, à une peine privative de liberté ou à une peine pécuniaire, indépendamment de l'infraction à l'origine de cette condamnation.

Le grand nombre d'infractions et l'absence d'une peine minimale sont d'autant plus problématiques que *l'initiative exclut la prise en compte des droits de l'homme garantis par le droit international* (en particulier le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH ou de l'art. 17 du Pacte II de l'ONU et les droits inscrits dans la Convention relative aux droits de l'enfant).

L'initiative, bien que très détaillée, laisse des questions ouvertes dans des domaines essentiels. Elle pêche par une absence de coordination avec les dispositions du droit des étrangers. Plus particulièrement, elle ne dit rien sur la manière de combiner l'exécution de l'expulsion avec les mesures de contrainte prévues par le droit des étrangers ou le code de procédure pénale. Elle ne précise pas non plus les adaptations à apporter au casier judiciaire et ne donne pas d'indication sur la manière de répartir les coûts entre la Confédération et les cantons. Le fait que l'initiative de mise en œuvre présente des lacunes en dépit des nombreuses normes qu'elle contient résulte notamment du fait que nombre de ces normes ont leur place non pas dans la Constitution, mais dans une loi.

Les travaux législatifs destinés à mettre en œuvre l'initiative sur le renvoi sont déjà bien avancés. Le Conseil fédéral reste convaincu que la solution qu'il propose est la plus appropriée. Elle tient compte aussi bien de l'automatisme de l'expulsion que des principes constitutionnels et du droit international. C'est pourquoi il propose de ne pas opposer de contre-projet à l'initiative.

Bibliographie

- Biaggini Giovanni, 2013, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, in: ZBl 6/2013.
- Epiney Astrid, 2013, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus Sicht des Bundesgerichts, in: Jusletter du 18 mars 2013.
- Gruber Patrik, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar Strafrecht II, 3^e édition, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2013.
- Jaag Tobias/Priuli Valerio, 2010, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, in: Jusletter du 1^{er} mars 2010.
- Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8^e édition, Zurich: Schulthess, 2012.
- Hangartner Yvo, 2011, Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), in: PJA 2011.
- Hangartner Yvo, 2013, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, in: PJA 2013.
- Hangartner Yvo/Kley Andreas, 2000, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich: Schulthess, 2000.
- Kiener Regina/Krüsi Melanie, 2009, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, in: ZBl 5/2009.
- Kunz Karl-Ludwig, 2004, Kriminologie, 4^e édition, 2004, Berne, Stuttgart, Vienne: Haupt, 2004.
- Künzli Jörg, 2009, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, in: RDS 128/2009.
- Müller Jörg Paul, Wie wird sich das Bundesgericht mit dem Minarettverbot der BV auseinandersetzen?, in: Jusletter du 1^{er} mars 2010.
- Rhinow René/Schefer Markus, 2009, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2^e édition, Bâle: Helbling Lichtenhahn 2009.
- Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, 2009, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berne: Stämpfli, 2009.
- Tschannen Pierre, 2011, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3^e édition, Berne: Stämpfli, 2011.

Principaux documents auxquels il est renvoyé

Argumentaire du comité d'initiative (consultable sous: www.initiative-de-mise-en-œuvre.ch > De quoi s'agit-il? > Arguments).

Rapport du Conseil fédéral: La relation entre droit international et droit interne.
Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008, FF 2010 2067.

Rapport du groupe de travail: Rapport du groupe de travail du 21 juin 2011 pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers criminels, à l'intention du Département fédéral de justice et police; consultable sous: www.dfjp.admin.ch > Thèmes > Criminalité > Législation > Renvoi > Documentation.

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

Message concernant la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi: Message du 26 juin 2013 concernant une modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels), FF 2013 5373.

Message relatif à l'initiative populaire contre la construction de minarets: Message du 27 août 2008 relatif à l'initiative populaire «contre la construction de minarets», FF 2008 6923.

Rapport explicatif sur la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi: 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.) (www.dfjp.admin.ch > Thèmes > Criminalité > Législation > Renvoi > Procédure de consultation).

Synthèse des résultats de la consultation sur le rapport et les avant-projets relatifs à une 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.); www.dfjp.admin.ch > Thèmes > Criminalité > Législation > Renvoi > Résultats de la consultation.

