

LIGUE SUISSE DES DROITS DE L'HOMME

15, RUE DES SAVOISES 1205 GENÈVE TÉLÉPHONE/FAX (022) 328 28 44 C.C.P. 12-15783-2

SECTION DE GENÈVE

Consultation sur les modifications (révisions partielles) de la loi sur les étrangers / Avis juridique sur l'initiative de l'UDC « Renvoi des criminels étrangers »

La Ligue Suisse des Droits de l'Homme – Section de Genève (ci-après : « LSDH ») a procédé à une analyse juridique de l'initiative « Renvoi des criminels étrangers » proposée par le parti politique Union démocratique du centre (UDC) ainsi que du contre-projet du Conseil fédéral. Elle en rend compte dans le présent avis, lequel met notamment en lumière un certain nombre de violations des obligations nationales et internationales auxquelles la Suisse a souscrit, si ces propositions devaient être acceptées.

Dans le cadre de la présente position juridique nous nous baserons sur la Constitution suisse de 1999 et sur les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après « CEDH »), à laquelle la Suisse est Partie depuis le 28 novembre 1974, telles qu'interprétées par la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après la « Cour EDH »). En effet, la juridiction européenne a eu l'occasion à maintes reprises de poser des critères devant être pris en considération dans le cadre des sanctions imposées par les autorités nationales, et donc en ce qui concerne l'expulsion des étrangers.

L'initiative udéciste et le contre-projet, qui prônent le renvoi de tous délinquants¹ soulève de nombreux problèmes. Parmi ceux-ci nous analyserons ceux relatifs au droit constitutionnel suisse et au droit international (B), ceux relatifs à l'insécurité juridique (C) et ceux relatifs aux droits de l'enfant (D). Enfin, nous relèverons des arguments moins juridiques qui nous semblent ne pouvoir être laissés de côté lorsque nous analysons de telles propositions (E). Mais avant tout, nous devons présenter les termes de l'initiative et du contre-projet et le contexte juridique dans lequel ils interviennent (A).

Relativement au contre-projet, nous analyserons les seules modifications faites aux articles 62 et 63 Letr, qui vise la révocation des autorisations et l'expulsion des personnes étrangères « en cas d'infractions pénales graves ». Pour les autres modifications nous renvoyons le lecteur à la « Consultation sur les modifications (révisions partielles) de la loi sur l'asile et de la loi sur les étrangers – Large coalition contre des durcissements inacceptables – 26 mars 2009 », dont la LSDH est signataire en tant que membre de la Coordination contre l'exclusion - StopEx².

¹ Nous employons ici le terme délinquant car à la lecture de l'initiative ce sont bien les personnes qui auraient commis des délits (et *a fortiori* des crimes) qui sont visés, et pas seulement les « criminels » (terme médiatiquement porteur et plus stigmatisant) comme le laisse entendre le discours favorable à cette initiative.

² Consultable sur www.lsdh.net.

Table des matières

A) Termes de l’initiative, du contre-projet et contexte juridique.....	3
1) L’initiative.....	3
2) Le contre-projet.....	4
3) Le contexte juridique	5
B) L’incompatibilité avec les valeurs constitutionnelles suisses et la jurisprudence internationale	8
1) Le principe de proportionnalité.....	8
<i>La gravité de l’infraction</i>	11
<i>L’automaticité de l’expulsion</i>	12
2) L’individualisation de la peine.....	12
3) Le droit à la vie privée et familiale	14
4) Les droits de l’enfant	16
C) L’insécurité juridique engendrée par l’initiative.....	16
D) Le principe de non refoulement	17
E) Autres	18
1) L’interdiction de la double peine	19
2) Eléments sociologiques.....	20
Conclusion.....	21

A) Termes de l'initiative, du contre-projet et contexte juridique

En première partie de cette position juridique nous devons présenter l'initiative et le contre-projet, ainsi que le contexte juridique dans lequel celle-ci apparaît.

1) L'initiative

L'initiative proposée vise plusieurs buts. Premièrement, les étrangers ayant été condamnés pour certaines infractions ou ayant perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale doivent être privés de tous leurs droits de séjourner en Suisse et être expulsés. Deuxièmement, ces personnes doivent être frappées d'une interdiction d'entrer sur le territoire et punies si elles contreviennent à l'interdiction d'entrée ou entrent illégalement en Suisse.

L'initiative se présente dans les termes suivants :

I. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 est modifiée comme suit:

Art. 121, al. 3 à 6 (nouveaux)

3. Ils (les étrangers) sont privés de leur titre de séjour, indépendamment de leur statut, et de tous leurs droits à séjourner en Suisse:

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

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

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

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

II. Les dispositions transitoires de la Constitution fédérale sont modifiées comme suit:

Art. 197, ch. 8 (nouveau)

8. *Disposition transitoire ad art. 121*

(Séjour et établissement des étrangers)

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

2) Le contre-projet

Demandant le rejet par le Parlement de l'initiative udéciste, au motif notamment que celle-ci « entraînerait d'importants conflits avec des garanties de l'Etat de droit inscrites dans la Constitution fédérale, notamment la protection de la vie privée et familiale ou le principe de proportionnalité des mesures prises par l'autorité [et que] d'importantes règles du droit international public non contraignant ne pourraient plus être respectées³ », le Conseil fédéral propose un contre-projet qui vise lui aussi en la révocation des autorisations ainsi que l'expulsion des personnes qui auraient notamment commis des « infractions pénales graves ».

Art. 62 Révocation des autorisations et d'autres décisions

1 L'autorité compétente peut révoquer une autorisation ou une autre décision fondée sur la présente loi, dans les cas suivants:

- a. l'étranger ou son représentant légal a fait de fausses déclarations ou a dissimulé des faits essentiels durant la procédure d'autorisation;
- b. l'étranger attende de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger ou les met en danger;
- c. il met en danger de manière grave ou répétée la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse;
- d. il ne respecte pas les conditions dont la décision est assortie;
- e. lui-même ou une personne dont il a la charge dépend de l'aide sociale.

Art. 63 Révocation de l'autorisation en cas d'infraction pénale grave

1 L'autorité compétente révoque l'autorisation lorsque l'étranger a été condamné par un jugement passé en force:

- a. à une peine privative de liberté de deux ans au moins, ou
- b. à plusieurs peines privatives de liberté ou à plusieurs peines pécuniaires s'élevant au total à 720 jours ou 720 jours-amende au moins en l'espace de dix ans.

2 A titre exceptionnel, l'autorisation n'est pas révoquée en vertu de l'al. 1 lorsque l'intérêt privé de l'étranger est particulièrement important et l'emporte sur l'intérêt public à révoquer l'autorisation.

Le but de cette disposition est : « L'harmonisation souhaitée de la pratique doit être atteinte au moyen d'une nouvelle disposition en vertu de laquelle une peine privative de liberté d'au moins deux ans ou des condamnations répétées s'élevant au total à 720 jours ou 720 jours-amende au moins entraînent la révocation de l'autorisation par les autorités et le départ des étrangers concernés et ce, indépendamment du type de délit (art. 63 du projet de modification de la LEtr). Ainsi, c'est la gravité de l'infraction et non le type de délit qui est déterminante pour décider de révoquer ou non l'autorisation.

Dans ces cas, l'intérêt public au renvoi est en général présumé l'emporter sur l'intérêt privé à une poursuite du séjour. Le principe constitutionnel de la proportionnalité et les normes du droit international demeurent réservés. La disposition proposée doit obliger les autorités à

³ La demande de rejet du Conseil fédéral se base sur une interprétation erronée des règles de droit international. En effet, ce n'est pas parce que les normes énoncées dans la CEDH sont, pour certaines, dérogeables dans des contextes bien spécifique (état d'urgence et conflits armés) que cela signifie qu'elles ne sont pas contraignante pour les Etats Parties. A titre d'exemple, le Conseil fédéral mentionne l'article 8 CEDH comme non contraignant (p. 7 du *Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers concernant le contre-projet indirect à l'initiative sur le renvoi*), alors même que la Cour EDH a eu l'occasion à maintes reprises de condamner des Etats pour la violation de cet article (cf. *infra*).

examiner en détail les cas et à motiver leur décision lorsqu'elles renoncent à révoquer une autorisation d'établissement »⁴.

3) Le contexte juridique

L'initiative proposée par l'UDC, ainsi que la contre-projet apparaissent dans un contexte législatif dans lequel l'expulsion n'est pas étrangère (sans mauvais jeux de mots). Deux aspects sont ici à relever : l'existence d'une expulsion administrative liée aux infractions pénales et l'abolition récente de l'expulsion judiciaire que l'initiative souhaite réintroduire dans le droit pénal. L'analyse de ces deux points va démontrer qu'il est inutile qu'une telle expulsion pénale soit remise en place et qu'elle ne servirait à rien. Notons dès à présent que nous verrons par la suite les droits fondamentaux violés par l'initiative et le contre-projets; violations qui nous amènent à conclure à l'illégalité de ces propositions.

L'expulsion administrative

La nouvelle loi fédérale sur les étrangers (LEtr) telle qu'en vigueur au 1^{er} janvier 2009 énonce l'expulsion administrative, qui englobe l'ordre de quitter la Suisse ainsi que l'interdiction d'y revenir.

Les articles 62 et 63 LEtr actuels se lisent comme suit :

Art. 62 Révocation des autorisations et d'autres décisions

L'autorité compétente peut révoquer une autorisation, à l'exception de l'autorisation d'établissement, ou une autre décision fondée sur la présente loi, dans les cas suivants:

- a) si l'étranger ou son représentant légal a fait de fausses déclarations ou a dissimulé des faits essentiels durant la procédure d'autorisation;
- b) si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée ou a fait l'objet d'une mesure pénale prévue aux articles 42 ou 100bis du Code pénal;
- c) s'il attente de manière grave ou répétée à la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse;
- d) s'il ne respecte pas les conditions dont la décision est assortie;
- e) si lui-même ou une personne dont il a la charge dépend de l'aide sociale.

Art. 63 Révocation de l'autorisation d'établissement

1 L'autorisation d'établissement ne peut être révoquée que dans les cas suivants:

- a) les conditions visées à l'art. 62, let. a ou b, sont remplies;
- b) l'étranger attente de manière très grave à la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse;
- c) lui-même ou une personne dont il a la charge dépend durablement et dans une large mesure de l'aide sociale.

2 L'autorisation d'établissement d'un étranger qui séjourne en Suisse légalement et sans interruption depuis plus de quinze ans ne peut être révoquée que pour les motifs mentionnés à l'al. 1, let. b, et à l'art. 62, let. b.

⁴ Ibid., p. 10.

Dans sa jurisprudence actuelle, le Tribunal fédéral précise (en vertu de l'art. 10 al. 1 LSEE – qui correspond aux articles ci-dessus reproduits) qu'une condamnation judiciaire à une peine privative de liberté de deux ans justifie généralement une expulsion administrative⁵. Cependant, selon la doctrine, le Tribunal fédéral « semble distinguer trois catégories de personnes étrangères en fonction de la durée de leur séjour : durée courte, moyenne ou longue »⁶.

Premièrement, pour un étranger présent en Suisse depuis peu, en cas de condamnation à deux ans ou plus, l'expulsion administrative est prononcée. Elle peut cependant ne pas être prononcée à titre exceptionnel.

Dans des cas où la condamnation serait inférieure à deux ans, il n'est pas exclu de prononcer l'expulsion, s'il existe une accumulation de petites infractions et un comportement démontrant le manque d'intégration⁷.

Deuxièmement, pour des personnes dont le séjour serait supérieur à 5 ans, l'expulsion administrative n'est plus la règle mais devient l'exception ; une exception cependant souvent utilisée⁸.

Enfin pour les personnes qui se prévalent d'un séjour de longue durée, il semble qu'il n'y ait que très peu d'expulsions administratives même si elle existe dans certains cas, qui pourtant ne semblent pas pouvoir être qualifiés de grave⁹. Dans des cas très graves, le Tribunal fédéral a aussi précisé qu'une expulsion administrative pouvait être prononcée même pour une personne dite de deuxième génération ou arrivée en Suisse en bas âge¹⁰.

L'énoncé du droit en vigueur (textes législatifs et jurisprudence) met en exergue une législation qui règlemente et utilise l'expulsion pour les étrangers qui se verraient reconnaître coupables d'une infraction. Une telle législation n'est bien entendu pas exempte de critiques, auxquelles nous nous joignons, et qui rejoindront certaines des critiques que nous allons analyser par la suite, mais elle ne laisse aucune place à une nouvelle législation, qui n'aurait aucun sens. Il est ainsi d'autant plus incompréhensible et inadmissible qu'une législation encore plus dure (qui irait à l'encontre de différents principes fondamentaux que nous allons présenter ci-dessous) soit mise en place et c'est pourtant ce que prônent l'initiative udéciste et le contre-projet qui font l'objet de la présente position.

L'abolition de l'expulsion judiciaire

⁵ ATF 122 II 433.

⁶ GAFNER M., *Personnes de nationalité étrangère, délinquance et renvoi : Une double peine ?*, in Revue de droit administratif et de droit fiscal, n° 1, 2007, pp. 1-30 (ci-après GAFNER 2007), p. 12.

⁷ WURZBURGER A., *La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers*, in RDAF 1997 I 44. ATF du 4 avril 2006, 2A.688/2005, E.2.1. : « Vielmehr ist eine Ausweisung grundsätzlich erst bei wiederholten Straftaten von einigem Gewicht angebracht. Unter Berücksichtigung aller entscheidenden Umstände kann zwar auch eine einzelne Verurteilung wegen einer besonders schwerwiegenden Straftat zur Ausweisung (*Widerruf*) führen, doch ist diese bei sehr langer Anwesenheit in der Regel erst anzuordnen, wenn eine sich zusehends verschlechternde Situation vorliegt, d.h. wenn der Ausländer, statt sich zu bessern, mit der deliktischen Tätigkeit fortfährt und sich namentlich immer schwere Straftaten zu Schulden kommen lässt. »

⁸ GAFNER 2007, pp. 12-13.

⁹ GAFNER 2007, p. 13.

¹⁰ Idem.

Lors de la mise en place du nouveau Code pénal, la raison principale qui a été avancée pour abolir l'expulsion judiciaire était que l'expulsion judiciaire n'est pas utile puisqu'il existe une expulsion administrative, plus sévère.

Le nouveau Code pénal fédéral est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Comme nous l'avons mentionné, il a aboli l'expulsion judiciaire au titre de peine accessoire (à la peine privative de liberté) et ne la place pas au rang de peine principale. Il est dès lors intéressant de relever les arguments qui ont menés à une telle abolition. Nous les trouvons dans le Message du Conseil fédéral concernant la modification du Code pénal¹¹.

Selon les termes dudit message :

« [u]n des problèmes de cette sanction pénale [l'expulsion judiciaire] est qu'elle entre en concours avec l'expulsion qui relève de la police des étrangers et qui peut également être la conséquence d'un acte délictueux. Il arrive souvent que le juge renonce à une expulsion ferme au sens de l'article 55 CP [ancien], ou du moins que l'exécution en soit différée à titre d'essai par l'autorité d'exécution, alors que l'autorité administrative prononce l'expulsion du condamné en vertu de l'article 10, 1er alinéa, lettre a, LSEE. L'expulsion en tant que sanction pénale et l'expulsion en tant que mesure de la police des étrangers sont difficilement conciliables, car toutes deux poursuivent des buts différents. L'expulsion ordonnée en vertu de l'article 55 CP obéit principalement à des considérations d'ordre pénal; les chances de réinsertion sociale de l'auteur peuvent notamment inciter à ce qu'on y renonce. En revanche, l'expulsion administrative se fonde sur des critères de la police des étrangers; le maintien de l'ordre et de la sécurité publics est prépondérant. De ce fait, les critères d'appréciation de la police des étrangers sont plus sévères que ceux des autorités pénales et d'exécution des peines. Il convient de renoncer à la solution proposée dans l'avant-projet Schultz, qui préconisait que, lorsque le juge pénal renonce à prononcer l'expulsion, le condamné ne puisse être expulsé pour les mêmes actes sur la base de l'article 10, 1er alinéa, lettre a, LSEE. Cette solution aurait pour effet de privilégier manifestement les auteurs d'infractions par rapport à d'autres étrangers, que la police des étrangers peut expulser pour des faits comparativement bénins.

Compte tenu de ces problèmes, il semble indiqué de supprimer l'expulsion régie par le code pénal. L'expulsion relevant de la police des étrangers, qui a en pratique des effets sévères, ne nécessite aucun pendant dans le droit pénal. L'abrogation de l'expulsion se justifie encore par le fait que les autres pays ne prévoient pas non plus de sanction pénale de ce type. La suppression de l'expulsion en tant que peine accessoire implique toutefois la garantie que les infractions pouvant constituer un motif d'expulsion soient portées à la connaissance des autorités administratives. A cet effet, il est prévu, dans le cadre de l'automatisation du casier judiciaire, d'accorder aux autorités de la police des étrangers un accès direct aux données personnelles relatives aux condamnations (nouvel art. 370 P). En vertu de l'article 370, 5e alinéa, P, le Conseil fédéral introduira un devoir d'annonce en ce sens pour les autorités chargées du casier judiciaire »¹².

Le législateur a donc admis qu'il n'y avait aucun sens à maintenir la possibilité pour le juge de prononcer une expulsion, puisque celle-ci allait avoir lieu par l'autorité administrative. Il est dès lors inacceptable que quelques mois après une telle décision du législateur, un parti

¹¹ FF 1999 1787.

¹² Message concernant la modification du Code Pénal suisse du 21.9.1998, FF 1999 1787, p. 1908.

politique souhaite réintroduire une disposition supprimée. Il y a là un abus indéniable du système démocratique par la présentation d'une telle initiative.

Ainsi, il apparaît qu'il n'existe aucune nécessité de mettre en place de nouvelles dispositions législatives, au vu de l'état actuelle de la législation.

A cela vont s'ajouter des conséquences qui nous amènent à conclure à l'illégalité de l'initiative et du contre-projet, que nous allons à présent analyser, au premier rang desquelles son incompatibilité avec les valeurs constitutionnelles suisses et la jurisprudence internationale.

B) L'incompatibilité avec les valeurs constitutionnelles suisses et la jurisprudence internationale

L'incompatibilité de l'initiative ainsi que du contre-projet avec les valeurs constitutionnelles suisses et la jurisprudence internationale concerne plusieurs points : le principe de proportionnalité, la non individualisation de la peine, ainsi que le droit à la vie privée et familiale et les droits de l'enfant. Les deux textes seront analysés simultanément.

1) Le principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité est en relation directe avec le principe de nécessité et forme ce que P. PONCELA appelle la « juste mesure »¹³ de la peine. En droit suisse, la protection des droits fondamentaux est ancrée à deux niveaux dans la Constitution. En premier lieu et de manière générale pour toute activité étatique (en particulier administrative) à l'art. 5 al.2 Cst et en deuxième lieu dans le cas particulier des restrictions des droits fondamentaux à l'art 36 par. 3 Cst.

Ce principe est concrétisé de surcroît dans l'art. 96 par. 1 Letr, en ce que les autorités doivent tenir compte «en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son degré d'intégration.». Le principe de proportionnalité est par ailleurs garanti par le droit international.

Le droit constitutionnel

L'art. 36 par. 3 Constitution

Le principe de proportionnalité est un des principes de base du système juridique suisse : «C'est l'Etat, auteur des restrictions, qui doit veiller à ce que celles-ci ne dépassent pas ce qui est strictement nécessaire pour atteindre le but visé, et à ce qu'elles ne frappent pas trop durement celui qui se prévaut de la liberté »¹⁴. Le Conseil Fédéral parle même d'un principe

¹³ PONCELA P. *Le droit de la peine*, Paris, Pédone, 1995, p. 38.

¹⁴ AUER A., MALINVERNI G. et HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse*, Berne, Stämpfli, 2006, p. 116.

« fondamental dans tout Etat de droit »¹⁵. Il en va de la survie des droits fondamentaux ancrés dans la Constitution.

L'art.36 de la Constitution donne les conditions nécessaires à une restriction licite des droits fondamentaux. Il s'agit selon le premier paragraphe de la nécessité d'une base légale, selon le deuxième paragraphe de la protection d'un intérêt public ou la protection d'un droit fondamental d'autrui, selon le troisième paragraphe la mesure doit être proportionnée et dans le quatrième paragraphe la mesure ne doit pas violer l'essence même d'un droit fondamental. La modification de la loi telle que proposée par l'initiative udéciste ou le contre-projet si elle répond à la condition de la nécessité d'une base légale est problématique quant au principe de proportionnalité.

Le principe de proportionnalité ancré à l'art 36 par. 3 Cst exige un « rapport raisonnable entre le but d'intérêt public visé, le moyen choisi pour l'atteindre et la liberté impliquée »¹⁶. Il s'agit là de l'essence même du travail du juge qui doit pour chaque situation procéder à une balance des intérêts en jeu dans le cas précis. La restriction ne doit jamais aller plus loin que ce qui est nécessaire pour la défense de l'intérêt public.

Le principe de proportionnalité n'est pas un droit applicable directement mais bien un droit qui s'applique en lien avec un autre droit constitutionnel, en particulier avec les droits fondamentaux et libertés. En l'occurrence, le renvoi de l'étranger criminel touche en particulier les libertés suivantes : le droit à la vie et à la liberté personnelle selon l'art. 10 Cst., la protection des enfants et des jeunes selon l'art. 11 Cst., droit au mariage et à la famille selon l'art. 14 Cst, Protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement selon l'art. 25 Cst.

La doctrine et la jurisprudence reconnaissent que le principe de proportionnalité se divise en trois questions complémentaires et devant être cumulativement remplies pour justifier la restriction d'un droit fondamental constitutionnel :

Premièrement, la mesure choisie doit être propre à atteindre le but visé, c'est la règle de l'aptitude. Le renvoi systématique tel que prévu dans l'initiative n'est, dans ce sens, pas problématique, en ce qu'il permet effectivement de réaliser l'objectif d'intérêt public fixé, c'est-à-dire empêcher l'étranger de commettre un nouveau délit sur territoire suisse.

Deuxièmement, les divers moyens disponibles ou envisageables doivent être comparés afin de déterminer si la mesure est nécessaire. Il faut donc que la mesure soit la seule, c'est-à-dire qu'il n'y en ait pas d'autres plus respectueuses des libertés, qui soient aussi efficaces. Les propositions faites par l'initiative et le contre-projet ne prennent pas en considération d'autres possibilités qui existent pour atteindre le but envisagé: la protection de la société. Ainsi, la mise en place de cette unique sanction ne permet pas d'avoir d'autres moyens envisageables plus respectueux des libertés fondamentales.

Troisièmement, il est nécessaire en chaque cas d'effectuer une pesée des intérêts en présence. Le juge doit évaluer chaque cas concret et déterminer la gravité de la restriction à la liberté que cause la mesure incriminée, pour ainsi évaluer l'importance de cette mesure en vue de l'intérêt public poursuivi. Cette pesée des intérêts correspond à l'actuelle pratique, mais elle ne serait pas possible si le changement constitutionnel ou légal proposé devait rentrer en vigueur.

¹⁵ Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers concernant le contre- projet indirect à l'initiative sur le renvoi », Condensé, p. 2 (ci-après AUER, MALINVERNI et HOTTELIER 2006).

¹⁶ AUER, MALINVERNI et HOTTELIER 2006, [Volume 2](#), p.107

La mise en œuvre des activités de l'Etat implique qu'une certaine marge de manœuvre soit laissée à l'administration, et que le pouvoir judiciaire, par le principe de proportionnalité, puisse mettre une limite à cette marge d'appréciation.

Ce principe « limite tout exercice des pouvoirs étatiques, de telle manière que les moyens qu'ils mettent en œuvre ne résultent pas d'une logique et d'un fonctionnement abstraits, mais de la prise en considération de l'ensemble des circonstances, y compris des intérêts propres et autonomes des administrés. (...) Par rapport à l'opération de la balance des intérêts, la proportionnalité manifeste qu'un intérêt public en soi suffisant ne peut néanmoins pas se réaliser à n'importe quel prix, ou, autrement dit, qu'il peut arriver que les moyens requis sont si graves qu'il importe de renoncer à l'objectif poursuivi. »¹⁷

L'application du principe de proportionnalité tel que prévu constitutionnellement ne pourrait avoir lieu dans le cadre de la modification proposée par l'UDC ni dans le cadre du contre-projet. En effet, les mesures seraient automatiques et non attachées à une étude au cas par cas et une pesée des intérêts en présence.

Norme elle-même disproportionnée

Non seulement le renvoi systématique des étrangers criminels violerait dans son application le principe de proportionnalité, mais le législateur violerait aussi ce principe en acceptant un tel contenu pour une norme¹⁸.

Une norme elle-même doit toujours être appliquée, même si elle paraît disproportionnée dans un cas concret, l'administration étant liée par la norme. Par contre, « on pourra remettre en cause la norme elle-même – qu'elle viole le principe du fait même de la réglementation qu'elle prévoit ou que, pour le respecter, il eût fallu instituer la possibilité de dérogations individuelles »¹⁹. Avec une norme pouvant elle-même être remise en cause, c'est une insécurité juridique qui se crée. Concernant l'initiative, la violation de cette norme est évidente puisqu'il n'y a aucune dérogation possible. Relativement au contre-projet, même si celui-ci laisse envisager des dérogations, elles ne sont pas définies. Il n'est dès lors pas certain que la norme précédemment décrite soit respectée.

Le principe de proportionnalité et avec lui la balance des intérêts qui est opérée permet de prendre en considération le poids de chaque argument qui parle pour un renvoi ou contre dans chaque situation particulière. Comme par exemple la durée du séjour en Suisse, le degré d'intégration, les rapports familiaux, l'acceptabilité d'un renvoi, le danger de récidive, la possibilité de re-socialisation, etc.

Le droit international

Le principe de proportionnalité est aussi ancré dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. La proportionnalité apparaît dans la jurisprudence de la Cour EDH comme une pesée d'intérêts, souvent un intérêt public ou étatique²⁰ face à un intérêt privé. De là, les juges de la Cour se sont attachés à contrôler la proportionnalité de la sanction pénale. La proportionnalité se traduit régulièrement dans l'expression des mesures « pertinentes et suffisantes » prises par

¹⁷ MOOR P., *Droit administratif*, Vol. 2, Les actes administratifs et leur contrôle, Berne, Stämpfli, 2002, p. 418.

¹⁸ Ibid. p. 417.

¹⁹ Ibid. p. 421.

²⁰ MUZNY P., *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille : Faculté de droit et de science politique, 2005 (MUZNY 2005), p. 101. Notons tout de même que parfois deux intérêts individuels sont indirectement en cause ; cf. à ce propos : MUZNY 2005, pp. 102-103.

les autorités nationales²¹. La disproportion va se retrouver dans le caractère quantitativement démesuré, excessif, abusif d'une sanction face à l'objectif de celle-ci²². De plus, la Cour a eu l'occasion de juger disproportionnées des mesures auxquelles des solutions moins restrictives pouvaient se substituer²³.

La proportionnalité est déjà mise en place dans le texte même de la Convention²⁴, mais elle a aussi donné lieu à une jurisprudence abondante et variable. Dans la majorité des cas, la proportionnalité ressort de la jurisprudence relative aux articles 8 à 11 de la Convention, qui garantissent le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté d'association. Elle doit aussi être mise en relation avec la gravité de l'infraction.

L'importance du principe de proportionnalité tel que décrit ici se retrouve dans plusieurs points devant être pris en considération pour l'attribution d'une peine : la gravité de l'infraction et l'automatisme de l'expulsion. En rapport avec ces trois points, les réflexions suivantes doivent être faites.

La gravité de l'infraction

La gravité de l'infraction celle-ci entre en considération pour juger si une expulsion est conforme ou non à la Convention européenne des droits de l'Homme

La Cour a eu l'occasion notamment de juger qu'une infraction à la législation sur les stupéfiants punie de deux ans d'emprisonnement pour une personne d'une vingtaine d'année, arrivée en France à l'âge de cinq ans et dont la famille proche habite en France, ne pouvait justifier une expulsion²⁵ ; alors même que le requérant était célibataire et n'avait aucun enfant. Plusieurs autres affaires ont mené à la même conclusion. Notons que relativement à cette affaire, la position actuelle du Tribunal fédéral que nous mentionnions précédemment, selon laquelle un emprisonnement de deux ans ou plus peut entraîner une expulsion, semble contraire à la jurisprudence européenne. Le contre-projet « légalisant » cette pratique le sera tout autant.

Même à la suite d'infractions plus importantes, la Cour EDH a eu l'occasion de considérer qu'une expulsion n'était pas légale. En effet, dans l'arrêt *Amrollahi c. Danemark*, du 11 juillet 2002, la Cour a conclu, après avoir souligné la gravité de l'infraction (important trafic d'héroïne – condamnation à une peine de trois ans d'emprisonnement) que l'expulsion qui accompagnait cette peine contrevenait à la CEDH car le requérant s'était installé au Danemark à l'âge de 21 ans et avait épousé une ressortissante avec laquelle il avait deux enfants de nationalité danoise. L'effectivité des liens familiaux a été retenue pour juger un renvoi contraire aux buts légitimes poursuivis par la CEDH

En conclusion, il est impératif de prendre en compte lorsque l'on envisage une mesure d'expulsion, pour respecter le principe de proportionnalité, les nombreux critères exposés ci-dessus ; à savoir : la nature et la gravité de l'infraction, la période s'étant écoulée depuis sa perpétration, la conduite de l'intéressé pendant cette période, la nationalité des diverses

²¹ CEDH, *Aff. New Verlags GmbH & CoKG c. Autriche*, requête 31457/96, 11 janvier 2000, para. 54.

²² MUZNY 2005, pp. 215-221.

²³ CEDH, *Aff. Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, requête 13914/88;15041/89;15717/89;..., para. 39.

²⁴ ZEROUKI 2001, pp. 340-342.

²⁵ CEDH, *Aff. Ezzoudhi c. France*, 13 février 2001.

personnes concernées, la situation familiale (sur laquelle nous reviendrons par la suite spécifiquement) ainsi que la vie privée (intégration dans le pays d'accueil), la naissance d'enfants et l'âge de ces enfants, les liens avec le pays d'origine, la gravité des difficultés que risquerait de connaître l'épouse dans le pays du mari expulsé...

Ainsi, l'initiative qui émet la possibilité d'interdiction du territoire au « criminels étrangers » pour une durée allant de 5 à 15 ans, voire même 20 ans s'il s'agit de récidive, viole le principe de proportionnalité. Ces termes apparaissent comme disproportionnés tant en relation avec l'infraction commise (surtout dans le cas d'une expulsion de 15 ou 20 ans) qu'avec la violation du droit au respect de la vie privée et familiale.

Le contre-projet viole tout autant la jurisprudence de la Cour EDH puisqu'il impose une expulsion dès qu'une personne est condamnée à deux ans de privation de liberté ou plus.

Sans analyse au cas par cas des différents critères mentionnés, la CEDH sera violée. Cet élément d'analyse *in concreto* apparaît dès lors comme essentiel. Or, en l'espèce, l'initiative, tout comme le contre-projet dans les cas de condamnation à au moins deux ans de privation de liberté, imposent une expulsion automatique sans analyser aucun critère. Elle/Ils est/sont dès lors contraire aux droits protégés par la CEDH.

L'automatisme de l'expulsion

Relativement aux expulsions des étrangers, la Cour EDH a eu à maintes reprises l'occasion de développer sa jurisprudence. La question que la Cour se pose dans les nombreux cas sur lesquels elle a dû se prononcer est celle de savoir si une expulsion est proportionnée au but poursuivi, prenant comme critère la gravité de l'infraction, mais aussi des critères tels que la personnalité de l'auteur, la naissance de l'étranger dans le pays d'accueil ou, à défaut, l'âge auquel il y est arrivé, ses antécédents, la nature des faits reprochés à l'étranger ainsi que les motifs de sa condamnation, la nature et le quantum de la peine principale encourue, et surtout le droit au respect de la vie privée et familiale et donc l'ingérence que peut ou ne peut pas exercer un Etat dans l'exercice de ce droit²⁶. Ainsi plusieurs arrêts ont été rendus concernant l'expulsion d'étrangers suite à des infractions commises dans le pays « d'accueil ». Comparant les liens existants entre le requérant et son pays d'origine, l'infraction commise, le besoin social impérieux et les liens encore existants avec le pays d'origine, la Cour, au cas par cas, s'est prononcée sur le bien-fondé ou le mal-fondé d'une expulsion²⁷.

L'initiative et le contre-projet, n'opérant aucune distinction entre les étrangers « criminels » dont ils prévoient le renvoi, semblent de surcroît ignorer purement l'individualisation nécessaire de la peine.

2) L'individualisation de la peine

Tant l'initiative que le contre-projet prônent une expulsion systématique des étrangers « criminels », condamnés à au moins deux ans de privation de liberté. L'élément

²⁶ HUET I., « La double peine », in LAMBERT P. et PETTITI C. (éd.), *Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Nemesis, 2003, pp. 59-74 (ci-après « HUET 2003 »), p. 62.

²⁷ CEDH, *Aff. Beldjoudi c. France*, requête 12083/86, 26 février 1992 ; *Aff. Moustaqim c. Belgique*, requête 12313/86, 25 janvier 1991 ; *Aff. Berrehab c. Pays-Bas*, requête 10730/84, 21 juin 1988 ; *Aff. Gül c. Suisse*, requête 23218/94, 22 janvier 1996...

problématique de cette proposition réside dans l'automatisme de la mesure de renvoi. En effet, les autorités publiques se verraient dans l'obligation de procéder à l'éloignement de ces étrangers quelles que soient les circonstances propres à l'infraction et à l'auteur de celle-ci. La situation personnelle des individus concernés ne ferait ainsi l'objet d'aucune prise en considération. Le caractère systématique de ces renvois s'oppose donc au principe d'individualisation de la peine.

Ce principe, avancé à l'origine par Saleilles, et qui a accompagné les progrès du droit pénal, participe au caractère équitable d'un jugement. S'il appartient au législateur, et donc à l'ensemble des citoyens, de fixer les peines admissibles ainsi que les circonstances atténuantes et aggravantes en général²⁸, le jugement d'une affaire concrète requiert la compétence d'experts, c'est-à-dire de juges. Dans une cause individuelle, ces derniers doivent donc décider seuls de la peine. M. Killias, Professeur à l'Université de Zürich, conclut d'ailleurs : « [i]l en résulte que le législateur doit respecter ce domaine typiquement juridictionnel, et s'abstenir de vouloir fixer des barèmes fixes qui interdisent toute individualisation de la peine dans une affaire donnée »²⁹.

Ainsi, comme l'énumère l'article 63 du Code pénal, le juge doit tenir compte, dans la détermination de la peine, de divers critères : les mobiles, les antécédents et la situation personnelle de l'accusé. En sus de ces critères, le droit international prend en considération les risques inhérents à l'expulsion.

En droit suisse, l'individualisation de la mesure de renvoi passe par l'étude de l'exigibilité du renvoi, cela signifie que la question posée est : dans le cas précis, qu'est-ce qui peut être raisonnablement exigé ? Ces questions sont traitées dans les articles 44 Lasi et 83 par. 4 Letr. Ces articles sont des *Kann-Vorschrift*. Le législateur a voulu ainsi laisser une marge d'appréciation pour renoncer à l'application de la mesure de renvoi en cas de raisons humanitaires. La nécessité d'une telle possibilité est reconnue et défendue par la doctrine et la jurisprudence. A travers l'initiative et le contre-projet proposés cette marge d'appréciation des autorités disparaîtrait.

Au regard du droit international, les Etats possèdent un pouvoir discrétionnaire en matière de police des étrangers. Cependant ils ne sont pas affranchis de leurs obligations en vertu de la CEDH, et des autres conventions internationales auxquelles ils sont Parties. A ce titre, les étrangers se trouvant sous la juridiction de la Suisse bénéficient de leur protection au même titre que les nationaux. Parmi ces obligations, notons que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, étant absolue, implique l'obligation de tout Etat qui expulse ou renvoie un étranger de s'assurer que celui-ci ne sera pas soumis à des traitements ou punitions contraires à l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, soit à la torture ou autres traitements ou punitions cruels, inhumains et dégradants. Le renvoi d'un étranger qui aurait à craindre de tels traitements ne saurait donc trouver aucune justification, pas même dans le cas d'un étranger « criminel ». La Cour Européenne a également tenu à préciser dans l'affaire *Chahal c. Grande Bretagne* portant sur l'expulsion d'une personne suspectée d'être impliquée dans des activités terroristes, que l'interdiction de la torture est absolue et ce quelque soit le comportement de la victime. De même, dans l'arrêt *St Kitts*³⁰, elle a en effet estimé que l'article 3 de la CEDH s'opposait dans le cas d'espèce au renvoi

²⁸ En effet, la législation pénale se fonde sur les valeurs fondamentales de la société, à propos desquelles tout un chacun est « expert » : KILLIAS M., *Précis de droit pénal général*, Staempfli Editions SA Berne, 1998, p. 177.

²⁹ Ibid., p. 177-178.

³⁰ CEDH, *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, requête 30240/96.

d'un trafiquant de drogue. Le fait qu'il soit séropositif en phase terminale et qu'aucun traitement n'était disponible dans le pays de renvoi a en effet été considéré comme une situation contraire à l'article 3 de la CEDH. .

La jurisprudence constante et bien établie de la Commission et de la Cour européennes a reconnu que l'article 3 de la CEDH (prohibant la torture et les traitements inhumains et dégradants) incluait donc l'obligation de ne pas renvoyer un étranger vers un territoire où il existe un risque réel qu'il subisse de tels traitements. Cela a en effet été affirmé dès 1961 par la Commission, à l'occasion de l'affaire *P. c. Belgique*, confirmé à diverses occasions³¹, puis entériné par la Cour EDH avec la décision *Soering*, du 7 juillet 1989³².

Depuis, la Cour EDH a systématiquement été fidèle à cette position, qui a été reprise par le Comité des Droits de l'Homme (l'instance onusienne en charge du respect du Pacte International pour les Droits Civils et politiques des Nations Unies de 1966, auquel la Suisse est partie depuis le 18 juin 1992)³³. Cette protection a été consacrée par l'article 3 de la Convention contre la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée dans le cadre des Nations Unies du 10 décembre 1984³⁴, à laquelle la Suisse est Partie depuis le 2 décembre 1986. Il faut noter quant à l'obligation de non refoulement, consacrée dans la Convention contre la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants, qu'il s'agit là d'une disposition ne prévoyant pas de réserve. Cela signifie qu'une personne craignant de tels traitements ne peut en aucun cas être renvoyée.

Le fait que l'initiative et le contre-projet prévoient le renvoi systématique d'un étranger « criminel » empêcherait de prendre en compte ces situations particulières et entraînerait donc une violation par la Suisse de ses obligations internationales.

3) Le droit à la vie privée et familiale

La situation familiale de l'étranger est actuellement un des critères pris en compte dans la pesée des intérêts dans le cadre de l'étude du principe de proportionnalité lors d'une décision de renvoi. Elle tombe sous le critère de la « situation personnelle de l'étranger » tel que prévu à l'art. 96 par. 1 Letr. Il est important de s'y arrêter spécifiquement.

Le droit à la vie familiale est un droit fondamental protégé notamment par l'article 8 et 13 de la CEDH ; ces articles sont contraignants comme a pu l'énoncer la Cour EDH à de nombreuses reprises³⁵. Ce droit protège particulièrement la relation effective entre conjoints ou entre parents et enfants mineurs. La relation entre parents et enfants majeurs est également protégée lorsque ces derniers se trouvent dans une position de particulière dépendance envers leurs parents (handicap physique ou mental, maladie grave, etc.). De même, une relation familiale allant au-delà de la simple famille nucléaire peut se voir protégée par l'article 8 dès lors qu'une telle dépendance est aussi démontrée.

³¹ Comm°EDH, *X c. RFA*, 6 octobre 1962, Comm°EDH, *X c. RFA*, 26 mars 1963, Comm°EDH, *X c. Autriche et Yougoslavie*, 30 juin 1964.

³² § 87.

³³ Observation Générale n°20 sur l'article 7 du PIDCP, 1992, §9, développement confirmé dans plusieurs communications.

³⁴ « Aucun Etat partie n'expulsera, ne refoulera, ni extradera une personne vers un autre Etat où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture »

³⁵ Le Conseil fédéral qui mentionne que l'article 8 CEDH est non contraignant (p. 7 du *Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers concernant le contre-projet indirect à l'initiative sur le renvoi* ») commet dès lors une erreur de droit.

Dans ce cadre, les Etats doivent garantir le respect de la vie familiale à toute personne se trouvant sous leur juridiction, ce qui comprend aussi les étrangers. Ainsi, une séparation entre les membres d'une famille s'analyse comme une ingérence dans le droit à la vie familiale. La Cour EDH a donc logiquement consacré le principe selon lequel le refoulement ou l'éloignement d'un étranger d'un pays où réside sa famille peut porter atteinte à son droit à la vie familiale et constituer une violation de l'article 8 de la CEDH³⁶. Notons aussi que le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a adopté une approche similaire³⁷.

Au surplus, le Tribunal fédéral, depuis 1983 (jurisprudence *Reneja*), a lui-même reconnu que le droit à la vie familiale pouvait faire naître un droit au permis de séjour³⁸. Le Tribunal Fédéral a fixé une limite à 2 ans de peine privative de liberté pour bénéficier d'une autorisation de séjour. A partir de cette limite, une autorisation de séjour ne sera plus délivrée. Dans ces cas-là, une autorisation ne pourrait être justifiée que dans des circonstances extraordinaires³⁹. Cela signifie qu'à partir d'une telle peine privative de liberté, l'intérêt public au renvoi est estimé plus haut que celui du partenaire, de la famille, à vivre ensemble en Suisse⁴⁰, ce qui ne va pas de soi.

En effet, ce droit à la vie familiale, tel que protégé par la CEDH, peut connaître des restrictions. Si l'Etat peut invoquer sa sécurité nationale, sa sûreté publique ou économique, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé, de la morale ou des droits et libertés d'autrui (article 8 §2), alors il faudra mettre en balance ces considérations avec les atteintes à la vie familiale qui pourront en découler et analyser dans quelle mesure l'expulsion est proportionnelle.

S'agissant des étrangers de la première génération, si la jurisprudence européenne a longtemps fait céder le droit à la vie familiale devant les nécessités de l'ordre public, elle a, depuis la décision *Boultif c. Suisse*⁴¹, marqué une certaine tendance à aligner le traitement des étrangers de première et deuxième génération en matière d'éloignement du territoire. En l'espèce, le requérant avait été condamné pour vol avec violence et cruauté et la CEDH a pourtant conclu à une violation de l'article 8 du fait de son renvoi en Algérie.

Selon cette décision, une liste exemplative des critères à prendre en considération dans la pesée des intérêts est donnée : la gravité et le moment de la commission de l'infraction, la durée du séjour en Suisse, les nationalités des deux époux, de leurs familles, de la durée du mariage, de l'âge des éventuels enfants, de la difficulté de réintégration pour l'époux suisse dans le pays d'origine de l'étranger criminel.

S'agissant des immigrés de la deuxième génération, c'est-à-dire nés sur le territoire de l'Etat d'accueil ou, par extension, qui sont arrivés très jeunes, la jurisprudence de la Cour EDH leur assure une protection renforcée contre l'éloignement. En effet, la décision de principe *Beldjoudi c. France*⁴², consacre le principe selon lequel un étranger de deuxième génération, qui n'aurait plus, en dehors de sa nationalité, de liens réels avec son Etat d'origine, ne peut en

³⁶ CEDH, *Aff. Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume Uni*, 28 mai 1985, A 94 ; *Berrehab c/ Pays-Bas*, 21 juin 1988, A 138.

³⁷ n°35/1978, A/39/40, §614

³⁸ ATF 110 Ib 201.

³⁹ ATF 130 II 176, 185, E.4.1. et ATF du 8 novembre 2007, 2C.458./2007, E.2.3.

⁴⁰ *Ausländerrecht, eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz*, 2. Edition, Nägeli Caterina/ Schoch Nik, p. 1167.

⁴¹ CEDH, *Aff. Boultif c. Suisse*, 2 août 2001, requête 54273/00.

⁴² CEDH, *Aff. Beldjoudi c. France*, 26 mars 1992, requête 12083/86.

aucun cas faire l'objet d'une mesure d'éloignement, et ce même lorsque celui-ci a été condamné à maintes reprises. Il en découle que les considérations d'ordre public cèdent, dans ces hypothèses, devant le droit à la vie familiale.

Certes, la protection de la vie familiale ne primera pas automatiquement sur la protection de l'ordre public ; mais l'inverse n'est pas vrai non plus⁴³. Il n'en demeure pas moins que la vie familiale doit être prise en compte lorsque l'on envisage un éloignement du territoire. Au regard de la jurisprudence européenne, il apparaît que, dans des cas où un étranger de deuxième génération, n'ayant plus de lien avec son pays d'origine, fait l'objet d'une mesure d'éloignement, la Cour EDH a systématiquement constaté une violation du droit à la vie familiale quelles que soient les infractions commises. A titre d'exemple, la vie familiale a primé même dans des cas de vols avec violence⁴⁴, détention d'armes, coups volontaires et vols⁴⁵, divers délit et viol⁴⁶, vol en bande et contraintes sexuelles collectives⁴⁷, ou trafic d'héroïne⁴⁸.

Toujours à titre d'exemple, dans l'affaire *Mehemi c. France*⁴⁹, malgré les circonstances exceptionnelles dues à l'infraction (infraction à la législation sur les stupéfiants) la Cour EDH a pris principalement en considération, pour conclure à la violation de l'article 8 CEDH, les liens familiaux entretenus entre l'expulsé et ses enfants ; à savoir le fait qu'il laissait des enfants mineurs en étant refoulé. La période durant laquelle le requérant a vécu en France (il était né en France, avait à l'époque de l'infraction 30 ans) a aussi été prise en considération.

Ainsi de nombreux critères liés à la vie privée et familiale doivent être pris en compte pour qu'une expulsion soit compatible avec la CEDH.

4) Les droits de l'enfant

Les étrangers « criminels » mineurs sont également visés par l'initiative et le contre-projet, sans aucune distinction quant à leur âge. Pourtant, l'article 40 de la Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant (adoptée dans le cadre des Nations Unies le 20 novembre 1989 et ratifiée par la Suisse le 24 février 1997) exige que « [l]es Etats parties reconnaissent à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale le droit à un traitement (...) qui tienne compte de son âge ». **Le respect de cette convention exige donc un examen particulier de leur situation, ce qui est techniquement rendu impossible par l'initiative et le contre-projet, du fait de la non-individualisation des peines.**

C) L'insécurité juridique engendrée par l'initiative

L'initiative abonde de formulations vagues et de notions non définies qui entraîne une insécurité juridique flagrante, en contradiction avec le droit pénal.

⁴³ HUET 2003, p. 73.

⁴⁴ CEDH, *Aff. Moustaqim c. Belgique*, 25 janvier 1991, requête 12313/86.

⁴⁵ CEDH, *Aff. Beldjoudi c. France*, 26 mars 1992, requête 12083/86.

⁴⁶ CEDH, *Aff. Nasri c. France*, 26 juin 1995, requête 19465/92.

⁴⁷ CEDH, *Aff. Yilmaz c. Allemagne*, 17 avril 2003, requête 52853/99.

⁴⁸ CEDH, *Aff. Mokrani c. France*, 15 juillet 2003, requête 52206/99.

⁴⁹ CEDH, *Aff. Mehemi c. France*, 26 septembre 1997, requête 25017/94.

Tout d'abord, parmi les infractions qui mèneront à un renvoi, sont invoqués des « actes de violence d'une autre nature ». Le caractère indéterminé de cette expression crée une réelle faille juridique, selon laquelle toute infractions pourraient être le fondement d'une expulsion pénale.

Dans le même sens, la liste des actes qui entraîneront systématiquement une expulsion n'est fournie qu'à titre indicatif. Il s'agit en effet d'une liste non exhaustive, qui apparaît en ces termes : « *tels que le brigandage, la traite d'êtres humains, le trafic de drogue ou l'effraction* » (italiques ajoutés). Ainsi, quantités d'autres actes pourront servir de base à un renvoi systématique, de façon totalement imprévisible.

Par ailleurs, la notion d'infraction évoquée dans l'initiative apparaît comme étant trop large. Une contravention, qui présente pourtant un caractère mineur, est potentiellement visée au même titre qu'un crime.

Enfin, l'argumentaire fait référence à la conformité aux us et coutumes de la Suisse, auxquels tout comportement doit se conformer. Ce que recouvrent les termes vagues d'us et coutumes ne relèvent d'aucune réalité juridique concrète. **L'imprécision patente du texte est créatrice d'insécurité juridique.**

D) Le principe de non refoulement

L'initiative prévoit le renvoi d'étrangers « criminels » sans distinguer la catégorie particulière des réfugiés. D'ailleurs, l'argumentaire précise que « l'application de l'initiative sur le renvoi aura des effets sur *tous les groupes d'étrangers* »⁵⁰ (italiques ajoutés). Si l'argumentaire fournit un tableau sur les effets de l'initiative distinguant le cas des réfugiés, n'étant pas intégré dans l'initiative elle-même, on ne peut lui accorder de valeur juridique contraignante. Le texte de l'initiative seul sera soumis aux votations et constituera la base légale des mesures d'éloignement qu'elle prône.

Le principe de non refoulement confère à un réfugié ou à un requérant d'asile une protection contre le refoulement dans leur pays dans le cas où ils auraient à y craindre des persécutions. Sans ce principe fondamental, le droit d'asile se trouverait vidé de son contenu. Il s'agit en effet d'un élément central dans la protection des réfugiés, en tant que « préalable » et « conséquence du statut de réfugié ».

Le principe de non refoulement est consacré à l'article 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés⁵¹, à laquelle la Suisse est partie, depuis le 21 janvier 1955. Cela signifie que la Suisse a accepté cette obligation, qu'elle est donc tenue de respecter.

⁵⁰ Argumentaire, p. 13.

⁵¹ Article 33. -- Défense d'expulsion et de refoulement

1. Aucun des Etats contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires 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.

2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

La Suisse a introduit le principe de non refoulement à l'article 25 de sa Constitution⁵². On trouve sa concrétisation à l'art. 5 par. 1 Lasi. Cet article prévoit une réserve dans son par. 2 pour la personne qui « compromet la sûreté de la Suisse ou que, ayant été condamnée par un jugement passé en force à la suite d'un crime ou d'un délit particulièrement grave, elle doit être considérée comme dangereuse pour la communauté. » Le Tribunal Fédéral pose comme condition au fait de considérer la personne comme apte à créer un danger public non seulement le fait d'avoir eu une condamnation pour un délit grave (tel que le meurtre, le viol, liaison corporelle grave, lourd trafic de drogue, etc.), mais aussi le danger concret de répétition.

Le Conseil Fédéral argumente qu'il « ressort de l'argumentaire de l'initiative populaire que ses auteurs n'ont pas l'intention de contravenir au droit international impératif. »⁵³. Cela ne saurait convaincre car la marge d'interprétation laissée par la formulation choisie dans le texte de l'initiative peut aussi mener à une interprétation grammaticale qui elle contreviendrait aux obligations internationales de la Suisse. D'ailleurs, les communiqués du DFJP le disent bien « l'initiative **peut** être interprétée dans le respect du principe de non-refoulement »⁵⁴. Ce qui signifie bien que le texte peut aussi être interprété de manière non conforme et en conséquence ouvrir la voie à de graves infractions au droit national et international.

Si l'initiative venait à être acceptée, elle serait intégrée à la Constitution. Dès lors viendrait à apparaître un conflit de normes, de même valeur, entre l'article 25 Cst° et la disposition qui serait introduite par l'initiative. Laquelle des deux normes se verrait reconnaître supérieure à l'autre ? L'article 25 car étant la *lex specialis* ? Ou l'initiative en tant que disposition postérieure ?

Si l'initiative devait être appliquée à des réfugiés, alors elle violerait les engagements internationaux relatifs au droit des réfugiés conclus par la Confédération. L'argumentaire de l'initiative justifie une telle violation en se référant au paragraphe 2 de l'article 33 de la Convention de 1951. Il n'est pas certain que le contre-projet (malgré le paragraphe 2 de l'article 63) préserve d'une telle violation. L'article 33 de la Convention de 1951 dispose en effet que le principe de non refoulement ne trouve pas à s'appliquer s'il y a « des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays ». Au regard du paragraphe 2, une telle exception au principe de non refoulement exigerait un examen au cas par cas de l'opportunité du renvoi. Ceci est impossible en vertu de l'initiative, étant donné le caractère systématique de la mesure d'éloignement, sans passer par l'examen d'un juge. Le texte de l'initiative et du contre-projet ne peuvent donc prétendre à une justification s'inscrivant dans le cadre de l'art. 33 § 2.

E) Autres

⁵² Article 25 : 2. Les réfugiés ne peuvent être refoulés sur le territoire d'un Etat dans lequel ils sont persécutés ni remis aux autorités d'un tel Etat.

3. Nul ne peut être refoulé sur le territoire d'un Etat dans lequel il risque la torture ou tout autre traitement ou peine cruels et inhumains.

⁵³ Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers concernant le contre-projet indirect à l'initiative sur le renvoi », p.7.

⁵⁴ Communiqués DFJP, 14.01.2009.

Maintenant les éléments juridiques mis en avant, nous ne pouvons passer sous silence d'autres éléments non moins importants. D'une part, comme déjà indiqué, l'initiative et le contre-projet rétablissent la double peine. D'autre part, l'argumentaire accompagnant l'initiative se fonde sur de fausses données arguant par là même la nécessité d'introduire une expulsion automatique.

1) L'interdiction de la double peine

« La double peine s'apparente à un bannissement dont le caractère, discriminatoire et contraire au but de réhabilitation sociale des délinquants, a pu être dénoncé par certains membres de la Cour européenne des droits de l'Homme »⁵⁵.

L'initiative impose aux étrangers « criminels » une multiplication de sanctions, soit la sanction pénale, l'expulsion mais aussi l'interdiction du territoire pour une durée allant de 5 à 15 ans, voire même 20 ans s'il s'agit de récidive. En plus de la sanction pénale qui aura sanctionné l'étranger de la même façon que toute personne ayant commis cette infraction, il est imposé une « surtaxe », soit une deuxième sanction qui a pour seul fondement le fait que le délinquant ne soit pas de nationalité suisse.

L'argumentaire lui-même admet le fait que l'expulsion est bien une sanction en soi : « L'expulsion n'est plus simplement une mesure de police des étrangers, mais elle est directement liée au délit commis. Ainsi, l'expulsion retrouve la position qu'elle avait dans l'ancien droit pénal où elle était une mesure pénale accessoire, donc où elle servait également à punir le délinquant »⁵⁶.

Le TF a d'ailleurs précisé qu'une « expulsion [...] constitue d'autre part une véritable peine »⁵⁷. Il en découle clairement qu'aucun doute ne subsiste quant à la nature juridique de l'expulsion telle que prévue par l'initiative : il s'agit bien d'une sanction au sens pénal du terme. Rappelons à ce propos que l'expulsion pénale a été abolie avec la dernière modification du Code pénal ; comme nous le mentionnions dans notre première partie.

La double peine proposée par l'initiative et le contre-projet revêt donc un caractère fondamentalement discriminatoire. En effet, l'initiative prône un traitement différencié entre des individus qui se trouvent dans une situation similaire (la nationalité ne peut effectivement pas être regardée comme entraînant une différence de situation). La différence de traitement n'est ici basée que sur la seule nationalité du délinquant.

Le principe de non discrimination est notamment consacré dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée dans le cadre des Nations Unies le 7 mars 1966, à laquelle la Suisse est Partie depuis le 29 novembre 1994. Certes, l'article 1§2 de cette Convention autorise les Etats à opérer une différence de traitement entre leurs ressortissants et les non ressortissants. Cependant, le Comité chargé du contrôle de ce traité a précisé que cette restriction ne s'appliquait pas aux libertés fondamentales, qui n'acceptent aucune discrimination à leur égard. Ainsi, l'initiative ne saurait invoquer le bénéfice de cette disposition.

⁵⁵ HUET 2003, p. 60.

⁵⁶ p. 15

⁵⁷ ATF 104 IV 222.

Notons par ailleurs, que les accords de libre circulation signés avec l'UE fondent également des obligations internationales pour la Suisse. L'art. 5 par.1 appendice du traité de libre circulation des personnes prévoit une réserve pour des mesures visant à protéger l'ordre public, la sécurité et la santé. « Vorausgesetzt wird weiter, dass das dem Strafurteil zugrunde liegende Verhalten auf eine gegenwärtige und schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung schliessen lässt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Das bedeutet, dass allein eine strafrechtliche Verurteilung nicht ohne Weiteres Administrativmassnahmen zu rechtfertigen vermag. Insbesondere darf eine frühere strafrechtliche Verurteilung nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. »⁵⁸.

2) Eléments sociologiques

Enfin, il est important de relever que l'initiative udéciste se base sur de fausses conclusions. En effet, l'initiative pose comme hypothèse de départ que la population étrangère est surreprésentée dans la population carcérale concluant de façon simpliste que les étrangers sont par nature délinquants. Il nous semble ici important de reprendre une très bonne synthèse faite par Magalie Gafner, s'exprimant sur la délinquance en Suisse :

« Tout d'abord, « dans le cas des étrangers non-résidents, les infractions qui viennent à la première place (48%) sont des infractions que les Suisses ne peuvent pas commettre, puisqu'ils s'agit de violations des dispositions de la LSEE ou de l'art. 129 CP (contravention à une décision d'expulsion de territoire de la Confédération ou d'un canton) » [...]

Concernant les condamnations pour d'autres motifs, si rien n'indique que les personnes étrangères soient, du fait de leur nationalité, plus souvent poursuivies ou plus souvent – ou plus sévèrement – punies, les personnes de nationalité étrangère sont surreprésentées dans les catégories sociales potentiellement plus touchées par la transgression de normes pénales. En effet, le profil statistique du délinquant est d'être un homme (seuls 5% des détenus sont des femmes), d'être jeune et d'origine sociale modeste. Et comme précisément la proportion de ces catégories est plus importante chez les migrants que chez les Suisses, cette différence se retrouve dans la nationalité des détenus [...] La surreprésentation criminelle des étrangers n'est alors que l'indicateur de la précarité et la discrimination sociale de leur quotidien. De plus les détentions préventives sont ordonnées de manière significativement plus importante à l'encontre des suspects non suisses. « Alors que 8% environ des condamnés de nationalité suisse étaient en détention préventive en 1991, la proportion des condamnés de nationalité étrangère non résidents était cinq fois plus élevée (près de 39%), Le fait qu'il y ait plus d'étrangers que de suisses en détention préventive ne s'explique ni par le risque de récidive, ni par la gravité des délits [...] mais] par le risque accru de fuite [dans le regard que portent les autorités à ces personnes].

[...]

Ce phénomène de surreprésentation peut donc être analysé [...] comme le résultat de la marginalisation toujours plus forte dont les migrant-e-s sont l'objet.

[...]

Il est donc important de ne pas taire la surreprésentation criminelle des personnes de nationalité étrangère, mais de l'interpréter comme le résultat d'un accès restreint à une

⁵⁸ ATF 130 II 176

stabilité de statut, d'une politique d'intégration inexistante et d'une précarisation grandissante des personnes migrantes »⁵⁹.

Dès lors, la problématique posée par la mise en place de l'initiative udéciste se fonde sur de fausses données qui amènent un faux raisonnement.

Conclusion

Tant l'initiative que le contre-projet apparaissent dès lors comme violant de nombreuses normes nationales et internationales. Concernant l'initiative, le Conseil Fédéral le reconnaît : « Accepter l'initiative entraînerait d'importants conflits avec le droit international non contraignant et avec un certain nombre de garanties de l'Etat de droit inscrites dans la Constitution »⁶⁰.

Par cette initiative, l'UDC va à l'encontre du droit international pour mettre en place des normes populistes et inacceptables. Ce n'est pas la première fois qu'une telle pratique est mise en œuvre. Déjà avec l'initiative prônant l'internement à vie de certains délinquants, l'UDC a usé d'un tel fonctionnement. Or, il n'est plus besoin de le rappeler, nombre d'observateurs (juristes, magistrats, personnalité politique, associations...) s'étaient à l'époque insurgés contre de tels abus qui ont mené aujourd'hui à de nombreux problèmes d'application d'une norme contraire au droit international. En l'espèce, en plus d'être contraire au droit international, l'initiative « Renvoi des criminels étrangers » va à l'encontre des dernières modifications du Code pénal entrée en vigueur voilà tout juste deux ans. En touchant à la marge d'appréciation des juges et au principe de proportionnalité, l'UDC s'attaque à un fondement essentiel de tout notre système juridique. L'acceptation de changement constitutionnel aurait de larges conséquences sur de nombreux articles de la Letr et sur la pensée fondamentale de cette loi qui accorde à l'étude des circonstances particulières et à la recherche de la situation juste (au sens de justice) une place encore importante.

Le contre-projet ne se distingue pas sur les points relevés ci-dessus et maintient la même logique; il va même plus loin dans le caractère inacceptable que l'initiative udéciste en ajoutant d'autres restrictions durcissant encore la loi sur les étrangers et non proposé par l'initiative.

C'est pourquoi la LSDH rejette l'initiative et le contre-projet, demande avec insistance à ce que tous les partis appellent à refuser ces textes et appelle la population à les rejeter.

Avril 2009

⁵⁹ GAFNER 2007, pp. 1-30.

⁶⁰ Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les étrangers concernant le contre-projet indirect à l'initiative sur le renvoi », p.7.