

INITIATIVE POUR LE RENVOI DES ETRANGERS CRIMINELS

Plaidoyer pour un contrat social respectueux des principes
fondamentaux de notre État de droit

foraus-Papier de discussion* - Juillet 2010

Martina Gasser, Bachelor en droit, étudiante en droit à l'université de Berne, spécialisation en droit international et droit de la migration. Contact: martinagasser(at)hotmail.com

Janine Sommer, Bachelor en droit, étudiante en droit à l'université de Neuchâtel. Contact: sommerjanine(at)hotmail.com

Simon Haefeli, lic. iur., intérêt principal: droit international public. Contact: simon.haefeli(at)foraus.ch

Johan Rochel, MA en philosophie politique, doctorant en philosophie et droit international (Université de Zürich). Contact: johan.rochel(at)foraus.ch

* Ce papier de discussion du Groupe "Droit de l'homme et politique humanitaire" du *foraus* reflète l'opinion personnelle des auteurs et non nécessairement celle de l'association *foraus*.

EXECUTIVE SUMMARY

Les promoteurs de l'initiative populaire „Pour le renvoi des étrangers criminels » veulent faire croire que les étrangers ont accepté, par leur seule présence, une sorte de contrat de société avec la Suisse et ses citoyens. En cas de violation de ce « contrat » (par ex. un délit), l'étranger devrait en porter les conséquences et serait automatiquement renvoyé. Les droits reconnus par notre Etat de droit, notamment en termes de garantie de procédure, passent aux oubliettes.

Contrat social

Il serait faux de ne pas prendre en compte les conséquences de l'initiative en termes de politique étrangère. La Suisse profite de différents traités internationaux, notamment avec l'UE. L'initiative pour le renvoi entre en contradiction avec l'accord de libre circulation des personnes et fait prendre des risques sérieux à la Suisse. En dernier recours, l'accord pourrait être dénoncé, provoquant des conséquences économiques désastreuses.

Libre circulation des personnes

De plus, l'initiative viole des principes fondamentaux de l'ordre juridique international. Le principe de non-refoulement fait partie du droit international impératif, qui fixe des limites contraignantes à la Suisse.

Droit international impératif

Le contrat de société mis en avant par les initiants ne serait acceptable que si les principes fondamentaux de notre Etat de droit étaient respectés. Le principe de proportionnalité en fait partie. De manière concrète, une mesure de renvoi doit être décidée seulement après un examen approfondi du cas en question. La mesure est-elle adaptée au but poursuivi ? N'existe-t-il pas des mesures moins graves ? Les circonstances ont-elles toutes été prises en compte ?

Principe de proportionnalité

L'initiative pour le renvoi met la Suisse dans une position très délicate, l'empêchant de respecter ses engagements internationaux. De plus, elle serait amenée à enfreindre les principes de son Etat de droit. **Sur la base de ce constat, nous appelons les politiques et les citoyens et citoyennes à prendre les mesures suivantes :**

- **L'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels » doit être refusée**

L'initiative populaire « Pour le renvoi des étrangers criminels » n'est pas compatible avec notre ordre juridique et avec les engagements internationaux de la Suisse. Le caractère automatique du renvoi tel que le prévoit l'initiative est en contradiction directe avec le principe de proportionnalité. L'acceptation de l'initiative pourrait amener la Suisse à ne pas respecter des engagements internationaux impératifs (*ius cogens* – principe de non-refoulement) et rendrait impossible le respect de traités internationaux de première importance (par ex. accord de libre circulation avec l'Union Européenne).

Violation des obligations internationales

- **Peu d'étrangers seraient touchés...**

Les citoyens et citoyennes sont trompés sur les enjeux de la votation. Les initiants promettent un renvoi pour tous les criminels étrangers. Dans les faits, l'initiative ne serait applicable qu'à moins d'un tiers des étrangers

vivant en Suisse. Les personnes issues de la zone européenne (les 27 Etats de l'UE) et de la zone de l'AELE sont en effet soumises à l'accord de libre circulation des personnes. De plus, l'initiative pourrait être appliquée à des étrangers qu'il faudrait renvoyer dans un pays où menacent torture et traitements inhumains. Ces personnes perdraient leur autorisation de séjour, mais ne pourraient être expulsées sans contrevenir au principe de non-refoulement. Les personnes « sans papier », dont on ignore la nationalité, ne pourraient pas non plus être renvoyées.

Pas
d'application
pour la
majeure
partie des
étrangers

- **...ou les Bilatérales sont en danger**

A l'inverse, en appliquant l'initiative à tous les étrangers vivant en Suisse, l'ensemble de l'édifice bilatéral serait mis en danger. D'après l'approche préconisée par le Conseil fédéral, l'accord de libre circulation devrait être dénoncé en dernier recours. Par les biais de la « clause guillotine », l'UE aurait alors les moyens de dénoncer l'ensemble des traités bilatéraux. Pour la Suisse, les conséquences seraient immenses.

Dénonciation
de l'accord
de libre
circulation

foraus appelle de ses vœux un débat informé et sérieux sur ces questions de première importance. Les conséquences de l'initiative en termes de politique étrangère doivent être montrées sans faux semblant.

SOMMAIRE

| | |
|---|----|
| Executive Summary | 2 |
| 1 Introduction | 5 |
| 2 Présentation de l’initiative sur le renvoi..... | 7 |
| 2.1 Explications de l’initiative | 7 |
| 2.1.1 Le catalogue des délits (art 121 al. 3-4 cst)..... | 7 |
| 2.1.2 Abus des assurances sociales (art. 121 al. 3 b Cst)..... | 8 |
| 2.1.3 Interdiction d’entrer sur le territoire (al. 5) et entrée illégale (al. 6) | 8 |
| 2.1.4 Automatisme..... | 8 |
| 2.1.5 Décision et exécution | 8 |
| 2.2 Contreprojet..... | 9 |
| 3 Le renvoi des étrangers dans le droit actuel | 10 |
| 3.1 Base constitutionnelle..... | 10 |
| 3.2 Les bases légales actuelles du renvoi..... | 10 |
| 3.2.1 Loi sur les étrangers (letr)..... | 10 |
| 3.2.2 Loi sur l’asile | 11 |
| 3.2.3 L’expulsion pénale (abolie) | 11 |
| 4 Les limites fixées par le droit international..... | 13 |
| 4.1 Accord de libre circulation..... | 13 |
| 4.2 Interdiction absolue du renvoi et non-refoulement..... | 15 |
| 4.2.1 Violation du principe de non-refoulement garanti dans le droit d’asile | 16 |
| 4.2.2 Violation de l’interdiction absolue de renvoyer des personnes menacées de tortures/traitements inhumains..... | 17 |
| 5 Le principe de proportionnalité..... | 19 |
| 5.1 De la proportionnalité comme valeur fondamentale de notre État de droit..... | 19 |
| 5.2 De la proportionnalité comme valeur fondamentale de l’ordre international | 20 |
| 5.3 Contradiction frontale avec l’initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels » | 21 |
| 6 En conclusion..... | 23 |
| Bibliographie | 25 |

1 INTRODUCTION

Depuis le „oui“ du peuple suisse à l’initiative concernant les minarets, l’initiative sur le renvoi est sur toutes les lèvres. Est-elle compatible avec le droit international, avec les engagements impératifs de la Suisse ? Les discussions ne sont pas sans rappeler les débats autour de l’initiative « Pour une politique d’asile raisonnable » (1995), invalidée par le Parlement suisse car elle contrevenait au *ius cogens*.

De manière directe, l’initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels » problématise le rapport entre l’État de droit suisse et les personnes étrangères qui s’établissent, travaillent et développent un parcours de vie sur sol helvétique. Plus précisément, l’initiative pose la question de la *limite* de ce rapport Suisse-étrangers vivant en Suisse, en mettant le doigt sur les « étrangers criminels » et les conséquences que leurs délits entraînent pour leur séjour en Suisse.

L’argumentaire proposé par l’UDC, mais également l’ensemble des discussions politiques qu’a provoquées l’initiative, reposent sur une vision du rapport Suisse-étrangers vivant en Suisse comme fondée sur un *contrat social*¹. A notre sens, il apparaît particulièrement intéressant de rendre compte de cette initiative et des problèmes en découlant sous l’angle de ce concept.

L’étranger souhaitant s’établir et vivre en Suisse et la Suisse comme pays souverain sont ainsi vus comme les deux parties prenantes d’un contrat. En l’acceptant, l’étranger marque sa volonté de respecter les valeurs fondamentales de l’ordre juridique, politique et sociétal suisse. De manière particulièrement importante, il marque son acceptation de la Constitution et des lois suisses et s’engage à les respecter. De son côté, la Suisse marque sa volonté d’accueillir cette personne le mieux possible, en respectant tout particulièrement la garantie de non-discrimination.

Même si l’argument de base de type contrat social s’avère extrêmement puissant², il n’en demeure pas moins que nous assistons là à ce que appelons une « absolutisation » de l’idée du contrat Suisse-étrangers vivant en Suisse. Le lien entre les deux parties du contrat est en quelques sortes « sacralisé », *au point qu’il prime sur toute autre considération*.

C’est sur la base de cette absolutisation que les initiants entendent placer leur vision du contrat social au-dessus des *conditions cadres légitimes* de ce contrat. Après avoir présenté les traits de l’initiative populaire « Pour le renvoi des étrangers criminels », nous montrerons ainsi que le contrat social ne peut faire fi des conditions juridico-politiques dans lesquelles il prend place. Premièrement, la Suisse n’est pas située dans un vacuum juridique et institutionnel : l’ordre international est régi par des règles et principes fondamentaux. A ce titre, l’interdiction de renvoyer une personne vers un pays

¹ Il s’agit donc pas du « contrat social » au sens d’un Rousseau, mais bien plutôt d’une sorte de convention sociale passée entre deux entités (la Suisse et les étrangers vivant sur son territoire).

² A ce titre, il est très intéressant de souligner que toutes les parties prenantes au processus de consultation se sont exprimées positivement quant au principe de base: un étranger criminel perd son droit de séjourner en Suisse du fait que le lien de confiance (le fameux contrat social) se trouve brisé.

où torture et traitements cruels ou inhumains menacent représente pour la Suisse une condition cadre indépassable. Deuxièmement, outre cet ancrage institutionnel international, le contrat social prend place dans l'ordre juridico-politique suisse. Notre État de droit se caractérise par la validité de principes fondamentaux, qui définissent l'essence de nos institutions. C'est dans ce cadre que nous considérons l'importance du principe de proportionnalité, en tant que trait fondamental de notre État de droit.

2 PRESENTATION DE L'INITIATIVE SUR LE RENVOI

Dans ce chapitre, nous présenterons le texte de l'initiative à l'aune de l'argumentaire proposé par les initiants. Dans un second temps, nous replacerons l'initiative et la vision du contrat social qu'elle contient dans une perspective nationale et internationale.

2.1 EXPLICATIONS DE L'INITIATIVE

2.1.1 LE CATALOGUE DES DELITS (ART 121 AL. 3-4 CST)

La proposition des initiants (art. 121 al. 3 Cst. nouveau) contient un catalogue de délits conduisant à la privation du titre de séjour de l'étranger, indépendamment de son statut. Si l'étranger a ainsi été condamné par « un jugement entré en force pour meurtre, viol, ou tout autre délit sexuel grave, pour un acte de violence d'une autre nature tel que le brigandage, la traite d'êtres humains, le trafic de drogue ou l'effraction », il perd son titre de séjour et doit donc être renvoyé (art. 121 al. 3 a Cst. nouveau).

D'après les initiants, on entend notamment par homicides intentionnels le meurtre (art. 111 Code Pénal Suisse CPS), l'assassinat (art. 112 CPS) et le meurtre passionnel (art. 113 CPS). « Viols et autres délits sexuels graves » comprend en premier lieu le viol (art. 190 CPS) ainsi que la contrainte sexuelle (art. 189 CPS) et les actes sexuels commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CPS). Les initiants comprennent notamment comme « actes de violence d'une autre nature » le brigandage (art. 140 CPS), les lésions corporelles graves (art. 122 CPS), la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CPS), la séquestration et l'enlèvement (art. 183 CPS) et la prise d'otage (185 CPS). La notion de traite d'êtres humains englobe l'encouragement à la prostitution (art. 195 CPS) ainsi que la traite d'êtres humains (art. 196 CPS). La notion de trafic de drogue est définie par les initiants de manière particulièrement large. Elle englobe toutes les violations de la loi sur le trafic des stupéfiants. Aux yeux des initiants, le délit d'infraction est le plus souvent une combinaison des délits de vol (art. 139 CPS), dommage à la propriété (art. 144 CPS) et violation de domicile (art. 186 CPS)³. D'après le texte de l'initiative, ce catalogue des délits pourrait être complété par le législateur (al. 4). Le catalogue présenté peut ainsi être compris comme une exigence minimale.

Le renvoi doit néanmoins être réglé dans une loi d'application, sous peine de ne pas rendre justice au principe fondamental de droit pénal *nulla poena sine lege*. Ce sera le travail du législateur de préparer cette loi d'application. Il dispose d'une période de 5 ans pour accomplir ce travail.

³ Pour toutes ces définitions, voir l'argumentaire pour l'initiative, p. 17, <http://www.initiative-pour-le-renvoi.ch/argumentaire/index.html>, consulté le 13 février 2010 (ci-après « Argumentaire »).

2.1.2 ABUS DES ASSURANCES SOCIALES (ART. 121 AL. 3 B CST)

Comme on peut le lire dans l'argumentaire officiel, l'initiative doit être particulièrement à même de cibler les personnes escroquant les assurances ou l'aide sociales suisses. Le texte de l'initiative ratisse large et entend cibler toutes les personnes qui percevraient abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale. Ces contraventions sont traitées par les initiants comme des équivalents des délits cités à l'al. 3 a.

Les initiants voient dans la perception abusive des assurances ou de l'aide sociale une raison d'expulser les étrangers sur la base de la défense de l'ordre public, au sens de l'art. 5 I Annexe I de l'Accord sur la libre circulation des personnes⁴. Cette interprétation n'est toutefois que difficilement compatible avec la jurisprudence développée par la Cour européenne de Justice sur l'Accord de libre circulation avec l'UE, faisant autorité pour les tribunaux suisses. Une interprétation différente serait perçue par les autres États membres comme une violation du principe de la bonne foi.

2.1.3 INTERDICTION D'ENTRER SUR LE TERRITOIRE (AL. 5) ET ENTREE ILLEGALE (AL. 6)

Afin qu'une personne renvoyée ne puisse revenir en Suisse, l'initiative prévoit la possibilité d'interdire l'entrée sur le territoire pour une durée entre 5 et 15 ans. En cas d'entrée illégale, l'interdiction pourra être prolongée jusqu'à 20 ans. La violation de cette interdiction sera poursuivie pénalement (al. 6).

2.1.4 AUTOMATISME

Une caractéristique très importante de l'initiative se trouve être l'automatisme du renvoi. Jusqu'à maintenant, les différentes règles avaient toujours prévu une marge d'interprétation pour l'autorité judiciaire, garantissant ainsi le respect du principe de proportionnalité. A l'inverse, d'après le texte l'initiative, le renvoi devra être prononcé de manière automatique, quelles que soient les circonstances. Nous reviendrons sur cette question au chapitre 5.

2.1.5 DECISION ET EXECUTION

Une interprétation satisfaisante de l'initiative et de ses conséquences juridiques implique la clarification de la relation entre décision de renvoi et exécution dudit renvoi. La distinction est d'importance. Si la décision de renvoi est acceptable à l'égard des engagements impératifs de la Suisse, l'exécution dudit renvoi est soumise à ces limites impératives (l'interdiction de renvoyer une personne vers un pays où torture et traitements cruels ou inhumains menacent a valeur de *ius cogens*). Nous reviendrons en détails sur cette question au chapitre 4.

⁴ Argumentaire, p. 18. Pour l'Accord sur la libre circulation des personnes, voir RS 0.142.112.68.

2.2 CONTREPROJET

Le contreprojet indirect proposé par le Conseil fédéral⁵ n'étant plus à l'ordre du jour, nous dirons rapidement quelques mots sur le contreprojet direct retenu par le Parlement fédéral.

Le 10 juin 2010, le Parlement fédéral accepta le contreprojet direct formulé par la Commission des Institutions politiques du Conseil des États. Ce contreprojet direct se caractérise par un double volet. D'une part, une partie du texte est consacrée à l'intégration et à ses conditions. D'autre part, la proposition de la Commission reprend l'idée d'un catalogue exemplaire de délits, tout en l'allongeant et en lui soumettant une condition uniforme. Devra ainsi être renvoyé l'étranger qui, par un jugement entré en force, a été condamné à une privation de liberté d'au moins 2 ans ou, par plusieurs jugements entrés en force, condamné à des privations de liberté et amendes pécuniaires totalisant au moins 720 jours amendes en l'espace de 10 ans.

L'al. 3 du contreprojet direct de la Commission reconnaît l'importance du principe de proportionnalité et donne aux autorités judiciaires la marge de manœuvre nécessaire pour prendre une décision dans le respect des droits et libertés fondamentales contenus dans la Constitution et/ou reconnus par le droit international.

⁵ Voir le Message du Conseil fédéral du 24 juin 2009.

3 LE RENVOI DES ETRANGERS DANS LE DROIT ACTUEL

Le renvoi des étrangers est aujourd'hui réglé à travers différents textes juridiques. D'une part, on trouve mention de cette problématique dans la Constitution fédérale (art. 121 al. 2 Cst.). D'autre part, la Loi sur les étrangers (LEtr) ainsi que la Loi sur l'asile (LAsi) contiennent les dispositions régulant le renvoi des étrangers.

L'expulsion pénale, comme elle était prévue dans l'ancien Code pénal suisse, a été abolie récemment. Néanmoins, nous présenterons rapidement comment elle fonctionnait, afin de mettre en évidence les différences avec la pratique actuelle et avec la proposition de l'initiative.

3.1 BASE CONSTITUTIONNELLE

L'art. 121 al. 2 de la Constitution fédérale précise qu'un étranger peut être renvoyé s'il met en danger la sécurité du pays. Il s'agit d'une mesure d'ordre politique, et non d'une sanction au sens pénal.⁶ Comme on peut le lire dans le message relatif à la LEtr, les dispositions ont en commun d'accorder la priorité à la protection du pouvoir étatique dans les domaines militaires et politiques. En ligne de mire sont particulièrement les dangers suivants : terrorisme, extrémisme violent, espionnage ou criminalité organisée.⁷

Lorsque le renvoi est ordonné par le Conseil fédéral, appuyé directement sur l'art. 121 al. 2 Cst., respectivement art. 67 et 68 LEtr, l'expulsion n'est normalement pas contestable auprès du Tribunal fédéral. Le TF a néanmoins décidé que, prenant en compte les garanties prévues par l'art. 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), le Conseil fédéral était autorisé à agir comme instance de recours, tandis que le Département de justice et police agirait comme organe de première instance.⁸

3.2 LES BASES LEGALES ACTUELLES DU RENVOI

Pour le renvoi des étrangers, les bases actuelles se trouvent principalement dans la LEtr et la LAsi.

3.2.1 LOI SUR LES ETRANGERS (LETR)

La LEtr stipule dans l'art. 62 lit. b et l'art. 63 lit. a que l'autorisation de séjour et d'établissement d'un étranger peut être révoquée si l'étranger a été condamné à une longue peine privative de liberté ou a fait l'objet d'une mesure pénale au sens de l'art. 64 CPS (internement) ou l'art. 61 CPS (mesures thérapeutiques institutionnelles pour jeunes adultes). La possibilité du renvoi n'est ainsi pas en fonction du type de délit commis, mais de la peine infligée.

⁶ Cavelti, U. / Abderhalden, U. 2008: N. 54.

⁷ FF 2002 3709 ff.

⁸ ATF 129 II 193 E. 3 f.

Nous pouvons partir de l'idée qu'une longue peine privative de liberté au sens de cet article comprend au moins 1 an.⁹

Même dans le cas d'une peine privative de liberté supérieure à 1 an, la proportionnalité de la révocation des autorisations de séjour ou d'établissement doit être examinée à l'aune de l'art. 96 LEtr.¹⁰ La pesée d'intérêts conduite par les autorités judiciaires prendra alors tout particulièrement en compte les rapports personnels et le niveau d'intégration de la personne.

D'autres raisons pour la révocation des autorisations comprennent notamment les fausses déclarations ou la dissimulation de faits essentiels (art. 62 lit. a), le fait de porter atteinte de manière grave et répétée à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger (lit. c), le non respect des conditions dont la décision est assortie (lit. d) ainsi que le fait que la personne ou une personne à sa charge soit dépendante de l'aide sociale (lit. e).

3.2.2 LOI SUR L'ASILE

Une disposition similaire se trouve à l'art. 63 al. 2 et art. 65 de la LAsi. Cette disposition ne concerne que les réfugiés statutaires et ne peut être appliquée que lorsque la sécurité intérieure, la sécurité extérieure ou l'ordre public de la Suisse est menacé de manière grave. La possibilité de révoquer les autorisations de séjour - c.-à-d. du renvoi - va, dans ce cas, moins loin que la LEtr. La dépendance à l'aide sociale ou la condamnation pour des délits d'importance mineure (même en cas de récidive) ne conduit pas à un renvoi dans le régime du droit d'asile.

Après révocation du statut de réfugié, l'autorisation d'établissement pour les réfugiés n'est pas automatiquement perdue.¹¹ En cas de délit grave, l'autorisation d'établissement peut être révoquée. Dans la pratique, la révocation des autorisation, c.-à-d. le renvoi, a été prononcée dans les cas suivants : tentatives de meurtres répétées¹², brigandage organisé¹³, viol¹⁴, ainsi que pour violation grave de la loi sur les stupéfiants en parallèle de délits supplémentaires¹⁵.

3.2.3 L'EXPULSION PENALE (ABOLIE)

Jusqu'à la révision de la partie générale du Code pénal, l'expulsion du pays était possible en vertu de l'art. 55 de l'ancien Code pénal. C'était la peine accessoire la plus souvent prononcée.¹⁶ L'expulsion présupposait une condamnation à l'emprisonnement ou à la réclusion. L'autorité judiciaire ne

⁹ Zünd, A. / Arquint Hill, L. 2009: N. 8.28.

¹⁰ Gächter, T. / Kradolfer, S. 2008:13.

¹¹ Zünd, A. / Arquint Hill, L. 2009: N. 8.43.

¹² Jugements du 25. août 2005 (2A.313/2005) und du 18 Juin 2006 (2C.87/2007).

¹³ Jugement du 8 mai 2006 (2A.51/2006).

¹⁴ Jugement du 1er juillet 1994 (2A.139/1994).

¹⁵ Jugements du 8 mai 2006 (2A.51/2006) und du 1er juillet 1994 (2A.139/1994).

¹⁶ Rehberg, J. 2001: 111.

prononçait une expulsion uniquement que si la mesure respectait le droit international (notamment l'art. 33 de la Convention sur le statut des réfugiés) et le principe de proportionnalité.

L'expulsion du pays a finalement été abolie car le Parlement estimait que l'expulsion était couverte par les mesures relevant de la police des étrangers. Ces mesures étaient plus complètes et strictes que l'expulsion pénale.

4 LES LIMITES FIXEES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

Comme nous l'avons précisé dans l'introduction, c'est à l'aune du concept de contrat social que nous souhaitons rendre compte de l'initiative "Pour le renvoi des étrangers criminels". Dans cette partie de notre travail, nous montrons que le contrat social ne prend pas place dans un vide juridico-politique, mais qu'il doit respecter les conditions cadres de l'ordre international. On traitera rapidement de l'Accord de libre circulation des personnes avec l'UE, avant de se concentrer sur le principe de non-refoulement, norme ayant valeur impérative pour la Suisse.

4.1 ACCORD DE LIBRE CIRCULATION

Le 21 juin 1999, la Suisse concluait sept accords sectoriels avec l'Union européenne. Les « Bilatérales I » furent acceptées par le peuple le 21 mai 2000 à 67,2% et entrèrent en force le 1^{er} juin 2002. L'accord de libre circulation des personnes est l'un des sept accords sectoriels.¹⁷ Le peuple se prononça encore par deux fois sur l'extension de cette accord de libre circulation. Le 25 septembre 2005 et le 8 février 2009 le peuple accepta de poursuivre cette politique par respectivement 56% et 59,6% de oui.

Avec cette accord, la Suisse reconnaît l'acquis communautaire daté d'avant juin 1999 - c'est-à-dire l'ensemble des règles en vigueur dans le domaine de la libre circulation des personnes du droit européen avant la signature de l'accord. De plus, selon l'art. 16 al. 2 de l'accord, la Suisse reconnaît également la jurisprudence développée par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE - depuis le traité de Lisbonne Cour de Justice de l'Union Européenne CJUE) jusqu'à la signature de l'accord. A l'inverse, la Suisse n'est pas obligée de reconnaître et d'appliquer la jurisprudence et le développement de l'acquis postérieurs à cette date. Néanmoins, ce développement et l'interprétation ayant cours en droit européen sont de première importance pour la Suisse dans ses relations avec ses voisins.¹⁸

L'accord de libre circulation contient les règles relatives à un droit individuel à l'entrée et au séjour dans un État signataire.¹⁹ Selon l'art. 5 al. 1 de l'Annexe I de l'accord, ce droit ne peut être limité que lorsque la protection de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la santé publique est en jeu. L'al. 2 de l'art. 5 Annexe I précise que la Directive 64/221/CEE contient les mesures permettant la coordination des mesures spéciales en matière d'entrée et de séjour. La CJCE estime que n'importe quelle mesure touchant au droit d'entrée et de séjour est à considérer sous l'angle de l'art. 5 Annexe I.²⁰ D'après le TF, une mesure de renvoi est une mesure touchant à l'art. 5 al. 1 Annexe I.²¹

¹⁷ RS 0.142.112.681 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes.

¹⁸ Caroni, M. / Meyer, T. D. / Ott, L. 2009: N. 430.

¹⁹ Voir art. 1 accord de libre circulation.

²⁰ Arrêt CJCE du 27. 10. 1977, Rs. 30/77 ; cette jurisprudence a été suivie par le TF (ATF 129 II 215 E. 6.3, p. 221.).

²¹ ATF 129 II 215, E. 6.3, S. 221.

Le concept d'ordre public au sens des mesures de l'art. 5 est interprété par la CJCE de manière étroite. S'il est vrai que différentes situations peuvent conduire à des interprétations nationales légèrement divergentes, la portée du concept ne saurait être laissée au libre choix des États membres, sans contrôle des instances communautaires.²² A la suite de la jurisprudence européenne, le TF prit la position suivante. De manière générale, les limitations des pouvoirs relatifs au droit des étrangers des États membres doivent être traitées sous une forme similaire aux garanties prévues par les articles 8-11 de la CEDH. Les limitations ne peuvent être justifiées que dans la mesure où elles sont nécessaires à la protection d'une société démocratique.²³

Les mesures de renvoi ou d'éloignement d'une personne exigent ainsi que cette personne soit la cause d'une mise en danger sérieuse, actuelle et suffisante d'un intérêt fondamental de la société.²⁴ Une telle mesure doit être provoquée par le comportement personnel de l'individu et ne saurait être justifiée sur la base de mesures de prévention générale.²⁵

Sur la base de l'interdiction de discriminer contenue dans l'art. 2 de l'accord de libre circulation, la mesure prévue ne peut aller plus loin que les raisons contenues dans la Loi sur les étrangers. D'après l'art. 3 al. 2 de la Directive 64/221/CEE, une condamnation pénale ne saurait justifier seule un renvoi. Il est central de considérer la gravité du crime commis, ainsi que le danger de récidive avant de pouvoir conclure à une menace sérieuse et actuelle de l'ordre public.²⁶ Il est notamment exclu de renvoyer quelqu'un sur la base de sa dépendance aux assurances sociales. De manière générale, il est très important de noter que l'automatisme du renvoi est exclu par la CJCE. Les circonstances personnelles – notamment la durée du séjour et les liens familiaux – doivent être pris en considération et permettre une décision placée sous le signe du principe de proportionnalité.²⁷

L'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels » prévoit, premièrement, un renvoi automatique et, deuxièmement, pour des délits qui ne sont pas suffisamment graves pour être justifiés sous l'angle de l'ordre public. Ils ne satisfont pas les critères développés par la jurisprudence du TF et de la CJCE. Le renvoi pour cause d'abus dans les assurances sociales comme proposé par l'initiative ne satisfait pas aux critères de menace grave et actuelle de l'ordre public. De plus, l'initiative ne permet pas de respecter le principe de proportionnalité. En bref, plusieurs points centraux de l'initiative ne sont absolument pas compatibles avec l'accord de libre circulation.²⁸

²² Arrêt CJCE du 4. 12. 1974, Rs. 41/7.

²³ ATF 129 II 215, E. 6.2, S.220: „Insgesamt stellen sich die Beschränkungen der ausländerpolizeilichen Befugnisse der Mitgliedstaaten als eine besondere Ausprägung des in den Art. 8-11 EMRK verankerten Grundsatzes dar, dass die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorgenommenen Einschränkungen der in den genannten Artikeln zugesicherten Rechte nicht den Rahmen dessen überschreiten dürfen, was für diesen Schutz in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist.“

²⁴ Arrêt CJCE du 27.10.1977, voir également ATF 131 II 352, E. 3.2.

²⁵ Art. 3 al. 1 64/221 CEE.

²⁶ Zünd, A. / Arquint Hill, L. 2009: N. 8.40.

²⁷ Arrêt CJCE C-50/06, E. 44 s.

²⁸ Voir également FF 2009 5112.

Se pose maintenant la question de savoir comment les instances helvétiques vont gérer cette forte tension entre droit international et droit constitutionnel en cas d'acceptation de l'initiative. De manière générale, les lois fédérales et provisions constitutionnelles doivent être mises en place de manière conforme aux obligations internationales de la Suisse.²⁹ Dans le cas où une telle mise en place n'est pas possible, le TF pense que l'art. 190 Cst. stipule que les instances chargées d'appliquer le droit doivent accorder la priorité au droit international.³⁰

Néanmoins, une partie de la doctrine et le Conseil fédéral défendent la position selon laquelle une nouvelle provision constitutionnelle devrait avoir la priorité sur les engagements internationaux antérieurs.³¹ D'après le Conseil fédéral, cela pourrait signifier, dans un cas extrême, que le traité international doit être dénoncé (dans notre cas l'accord de libre circulation).³² Cela suppose qu'il soit possible de dénoncer le traité.

Une dénonciation de l'accord de libre échange aurait pour la Suisse comme conséquence potentielle de voir l'ensemble de l'édifice bilatéral s'effondrer. Comme prévu par l'art. 25 de l'accord (la « clause guillotine »), l'Union européenne serait en mesure de dénoncer l'ensemble des traités bilatéraux avec la Suisse.³³ Les conséquences économiques seraient immenses pour la Suisse, tandis que la crédibilité de la Suisse sur la scène internationale serait durablement entachée.

4.2 INTERDICTION ABSOLUE DU RENVOI ET NON-REFOULEMENT

Les initiants visent l'ensemble des étrangers commettant un crime, indépendamment de leur statut en Suisse.³⁴ Cette large définition englobe donc les réfugiés reconnus, les demandeurs d'asile ou les personnes sans nationalité reconnue. Le texte de l'initiative ne fait mention d'aucune exception.

Le texte de l'initiative ne précise pas dans quel pays les personnes condamnées devraient être renvoyées. Nous partons de l'hypothèse que les étrangers doivent être renvoyés dans leur pays d'origine, même si cela n'est pas sans difficultés, par exemple dans le cas d'une personne sans nationalité reconnue ou dans le cas d'un État refusant de reconnaître et/ou de reprendre ses ressortissants. Les difficultés de renvoi des requérants d'asile déboutés montrent que cette problématique est plus qu'une simple question théorique.

²⁹ Voir le dernier rapport du Conseil fédéral sur les tensions entre droit interne et droit international, FF 2010 2317.

³⁰ ATF 133 II 450, S. 460.

³¹ FF 2010 S. 2323 avec renvoi au message du Conseil fédéral du 6 juillet 2004 concernant l'initiative populaire sur la protection des animaux (FF 2004 3307); voir également Hangartner, Y. 2008: N. 33.

³² FF 2010 2317 et 2323.

³³ Art. 25 accord de libre circulation; (1) Le présent accord sera ratifié ou approuvé par les parties contractantes selon les procédures qui leur sont propres. Il entrera en vigueur le premier jour du deuxième mois suivant la dernière notification du dépôt des instruments de ratification ou d'approbation de *tous* les sept accords suivants [...]; (4) Les sept accords mentionnés dans le par. 1 cessent d'être applicables six mois après la réception de la notification relative à la non reconduction visée au par. 2 ou à la dénonciation visée au par. 3.

³⁴ Argumentaire, p. 12.

Il faut se demander si la Suisse aurait les moyens d'appliquer concrètement un texte accepté en votation populaire.

Selon le texte de l'initiative, il apparaît clairement qu'aucune exception n'est prévue pour les cas d'expulsion où la personne serait mise en danger dans son pays d'origine. Il faut donc considérer qu'un étranger commettant un crime en Suisse pourrait être renvoyé dans son pays, même s'il est menacé de torture, de peines ou de traitements cruels ou inhumains. Cela se trouve en contradiction flagrante avec la garantie de non-refoulement prévue dans le régime de droit d'asile, ainsi qu'avec l'interdiction absolue de renvoyer une personne dans un pays où elle serait menacée de torture ou de traitements inhumains ou dégradants.

4.2.1 VIOLATION DU PRINCIPE DE NON-REFOULEMENT GARANTI DANS LE DROIT D'ASILE

L'acceptation de l'initiative pourrait amener la Suisse à violer le principe de non-refoulement, garanti par l'art. 33 de la Convention relative au statut des réfugiés (1951) et par l'art. 25 de la Constitution fédérale. Ce principe interdit aux États de renvoyer ou 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 » (art 33).

Les exceptions à ce principe de non-refoulement sont strictement délimitées par les conditions de l'art. 33 al. 2.³⁵ La disposition prévoit ainsi qu'un réfugié peut être renvoyé s'il existe des « raisons sérieuses de [le ; JR] 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 ». Il en va d'une part de la sécurité nationale. Les faits pour lesquels le réfugié a été condamné doivent avoir mis en danger la Constitution, le gouvernement, l'intégrité territoriale, l'indépendance ou la paix extérieure du pays hôte.³⁶ D'autre part, il peut également y aller d'une nécessité internationale. C'est par exemple le cas lors de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre. Dans tous les cas néanmoins, une analyse au cas par cas est absolument nécessaire afin de mettre en évidence si la présence de la personne représente toujours un danger pour la communauté.³⁷

Un renvoi n'est acceptable que dans ces constellations à caractère exceptionnel. De plus, les garanties procédurales doivent être minutieusement respectées.³⁸ Le danger auquel se trouve confronté le pays ou la communauté internationale doit primer sur le danger auquel la personne renvoyée sera confrontée.³⁹ Un vol ou un abus des assurances ou de l'aide sociales ne

³⁵ UNHCR–Comité exécutif, Décision Nr. 7 (XXVIII) 1997.

³⁶ Grahl–Madsen, A. 1997: N. 2ff.

³⁷ Weis, P. 1995: 322.

³⁸ UNHCR–Comité exécutif, Décision Nr. 7 (XXVIII) 1997.

³⁹ UNHCR „Note on Expulsion of Refugee“(EC/SCP/3).

pourrait en aucun cas être considéré comme mettant en danger la communauté.

Vu que le texte de l'initiative ne prévoit aucune exception, le nouvel art. 121 al. 5 Cst. serait également applicable aux réfugiés. Le fait que le texte de l'initiative ne fasse aucune mention de l'art. 25 Cst. ou du principe de non-refoulement tel qu'il est reconnu dans la Convention sur le statut des réfugiés est extrêmement préoccupant. Nonobstant le problème des garanties de procédure, l'initiative souffre de très fortes tensions avec le principe de non-refoulement. En considérant exclusivement le texte en l'état, une interprétation conforme à ce principe de non-refoulement paraît extrêmement difficile.

A l'inverse de ce qu'ont pu laisser entendre les initiants, il est largement admis que le principe de non-refoulement jouit du statut de droit international impératif, contraignant pour la Suisse.⁴⁰ Une violation du droit international impératif obligerait la Suisse à répondre de ses actions devant les autres pays signataires et aurait de graves conséquences sur le plan politique.

4.2.2 VIOLATION DE L'INTERDICTION ABSOLUE DE RENVOYER DES PERSONNES MENACEES DE TORTURES/TRAITEMENTS INHUMAINS

L'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels » pourrait amener la Suisse à violer l'interdiction absolue de renvoyer des personnes en situation de danger particulièrement grave. L'art. 3 de la Convention contre la torture et l'art. 25 al. 3 Cst. stipulent qu'il est absolument interdit de renvoyer une personne dans un pays où elle serait menacée de torture ou de peines ou traitements cruels ou inhumains.

Considérant cette interdiction absolue comme découlant de l'art. 3 CEDH et l'art. 7 du Pacte II de l'ONU, la jurisprudence entérinant cette interdiction est étoffée. A l'inverse des cas exceptionnels prévus par la Convention sur le statut des réfugiés, l'interdiction de la torture ne souffre d'aucune exception. Son statut de droit international impératif *ius cogens* n'est pas contesté.⁴¹ Une norme *ius cogens* (tel que défini dans l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) se définit comme «une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère». Les normes *ius cogens* forment le cœur de l'ordre juridique international. Elles ne peuvent être dénoncées par les États et aucune exception n'est acceptable (même en temps de guerre par ex.). L'interdiction de renvoyer une personne au sens de la Convention sur la torture ne peut être limitée et reste valable quel que soit le statut de la personne concernée.⁴² Une pesée d'intérêts entre les risques pour la communauté nationale et les intérêts de la personne menacée de renvoi n'est pas admissible.⁴³

⁴⁰ Häfelin, U. / Haller, W. / Keller, H. 2008: N. 590.

⁴¹ Kälin, W. / Künzli, J. 2008: 80.

⁴² Breitenmoser, S. 2008, N. 16-18; Reich, J. 2008: 509.

⁴³ Saadi v Italie, Nr. 37201/106, Cour européenne des droits de l'homme, jugement du 28.02.2008.

Il apparaît ainsi qu'un réfugié qui serait « expulsable » sur la base d'une exception évoquée à l'art. 33 de la Convention sur le statut des réfugiés, mais qui serait menacé de torture ou de traitements cruels ou inhumains dans son pays, ne peut être renvoyé. Là encore, le texte de l'initiative brille par sa clarté. Aucune exception n'est prévue et il est tout à fait possible que la Suisse soit amenée à violer l'interdiction absolue de renvoi.

Nous avons montré que le contrat social entre la Suisse et les étrangers vivant sur son territoire ne peut faire fi des conditions cadres de l'ordre international. Le texte de l'initiative ne laisse toutefois que très peu de place à la discussion, tant son contenu et la volonté des initiants apparaissent clairement. En l'état, le texte pourrait amener la Suisse à violer l'un des principes de les plus importants de l'ordre international.

5 LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

Principe fondamental de notre État de droit, la proportionnalité est au cœur de la discussion relative à l'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels ». Le principe de proportionnalité est en effet le principe organisateur d'une multitude de garanties, qui participent toutes à ce que l'on pourrait appeler la « juste mesure ».

Nous commencerons par un rapide éclairage de l'importance du *principe* de proportionnalité pour notre État de droit et pour l'ordre juridique international. Dans un deuxième temps, à l'aune du droit à la vie privée et familiale, nous mettrons en évidence certains traits problématiques de l'initiative. Comme dans le cas des limites fixées par le droit international impératif, nous estimons que le contrat social, pour être légitime, doit respecter les fondements de notre État de droit. Nous montrons que l'initiative entre en contradiction frontale avec l'un des piliers de notre ordre juridique.

5.1 DE LA PROPORTIONNALITE COMME VALEUR FONDAMENTALE DE NOTRE ÉTAT DE DROIT

Le principe de proportionnalité traverse l'entier de l'ordre juridique suisse et représente à ce titre l'un des piliers de notre État de droit. Ce principe est ancré à plusieurs niveaux de l'ordre juridique.

En tant que principe fondamental encadrant la conduite de l'État dans ses différentes actions, le principe de proportionnalité est garanti par l'art. 5 al. 3 Cst⁴⁴. En matière de restriction licite des droits fondamentaux par l'action de l'État, c'est l'art. 36 al. 3 Cst qui ancre le principe de proportionnalité, précisant que « toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé ».

L'exigence de proportionnalité est l'un des quatre éléments constituant les conditions d'une restriction licite des droits fondamentaux. En plus de la proportionnalité, l'art. 36 Cst énonce ainsi les conditions de la base légale (al. 1), d'un intérêt public ou de la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) ainsi que le respect de l'inviolabilité de l'essence des droits fondamentaux (al. 4)⁴⁵.

Outre son ancrage constitutionnel fondamental, le principe de proportionnalité trouve également une place importante dans la loi sur les étrangers (LEtr), qui règle l'expulsion administrative dans la législation actuelle (principalement art. 62 et 63 LEtr). L'art. 96 al. 1 LEtr précise en effet que « les autorités compétentes tiennent compte, en exerçant leur pouvoir d'appréciation, des intérêts publics, de la situation personnelle de l'étranger, ainsi que de son degré d'intégration ».

⁴⁴ Le texte précise ainsi que « l'activité de l'État doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé ».

⁴⁵ Le principe de proportionnalité garanti par l'art. 36 al. 3 Cst. se divise lui-même en une triple condition. Comme l'expliquent Auer, A. / Malinverni, G. / Hottelier, M. 2006: 116, cette triple condition exige « un rapport raisonnable entre le but d'intérêt public visé, le moyen choisi pour l'atteindre et la liberté impliquée ». Afin de justifier la restriction d'un droit fondamental, ces trois conditions doivent être cumulativement remplies.

5.2 DE LA PROPORTIONNALITE COMME VALEUR FONDAMENTALE DE L'ORDRE INTERNATIONAL

En plus d'être une des valeurs fondamentales de notre État de droit, le principe de proportionnalité est également l'un des piliers de l'ordre juridique international. Nombre de traités internationaux de première importance contiennent des provisions émanant du principe de proportionnalité. Nous nous limiterons ici à une brève présentation de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et sa jurisprudence développée jusqu' alors.

A titre d'exemple, le principe de proportionnalité est à la source des dispositions de l'art. 13 CEDH, garantissant notamment le droit à un recours effectif. Un recours ne sera dit « effectif » que s'il permet un examen poussé et complet du cas en présence. Cette garantie d'une prise en considération de l'ensemble des circonstances apparaît comme une émanation du principe de proportionnalité, participant à un traitement de juste mesure. Cet art. 13 se trouve concrétisé par l'art. 1 du 7^e protocole additionnel à la CEDH, qui règle précisément l'expulsion d'étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un État. Cet art. 1 comprend une série de garanties procédurales, assurant à l'étranger qu'il ne sera expulsé que si son cas a été examiné proprement et que son expulsion est conforme à la loi.

En plus de son influence dans nombre de garanties de la CEDH, le principe de proportionnalité a fait l'objet d'une abondante jurisprudence, interrogeant notamment la pertinence et la juste mesure des décisions prises par les autorités nationales dans la défense d'un bien public face à un intérêt privé.

Sur la question de l'expulsion d'étrangers, la CourEDH a eu l'occasion à maintes reprises de développer sa jurisprudence. Il apparaît que le principe de proportionnalité implique la prise en compte d'une multitude de facteurs, qui tous participent à un jugement de juste mesure⁴⁶. On retiendra notamment 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 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 expulsé⁴⁷.

En plus de la CEDH, et comme nous l'avons fait dans l'introduction, il faut rappeler le cadre législatif particulier régissant les rapports entre la Suisse et l'Union européenne : l'Accord sur la libre circulation des personnes (1999). Selon la jurisprudence actuelle, l'Accord interdit l'expulsion automatique pour cause de délinquance. Ce n'est qu'après un jugement complet qu'une telle expulsion peut être décidée⁴⁸.

⁴⁶ On se référera notamment aux décisions suivantes : *Amrollahi c. Danemark*, n° 56811/00, 11 juillet 2002, § 33, *Boultif c. Suisse*, n° 54273/00, § 46, CEDH 2001-IX, § 46, *Adam c. Allemagne* (déc.), n° 43359/98, 4 octobre 2001, *Ezzouhdi c. France*, n° 47160/99, 13 février 2001, § 34.

⁴⁷ Voir Ligue suisse des droits de l'homme, p. 12.

⁴⁸ Voir Gächter, T. / Kradolfer, S. 2008:16.

5.3 CONTRADICTION FRONTALE AVEC L'INITIATIVE « POUR LE RENVOI DES ETRANGERS CRIMINELS »

Après avoir présenté un bref état de la législation nationale et internationale concernant le principe de proportionnalité, nous tournons maintenant notre attention vers l'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels ».

L'expulsion d'un étranger criminel touche en particulier les libertés fondamentales garanties par l'art. 10 Cst (droit à la vie et à liberté personnelle), l'art. 11 Cst (protection des enfants et des jeunes), l'art. 14 Cst (droit au mariage), l'art. 25 Cst (protection contre l'expulsion, l'extradition et le refoulement)⁴⁹. Comme expliqué plus haut, une restriction de ces libertés fondamentales (qu'implique nécessairement une expulsion) est licite si elle remplit l'ensemble des conditions énoncées par l'art. 36 Cst. L'art. 96 LEtr rappelle également que la situation personnelle de l'étranger doit être prise en compte.

L'initiative rentre en contradiction frontale avec le principe de proportionnalité de par la nature *automatique* de l'expulsion. La triple condition de proportionnalité telle que concrétisée par l'art. 36 al. 3 Cst ne peut être respectée. Au vu de son caractère automatique, l'initiative rend un tel examen impossible. A ce titre, l'autorité judiciaire perd toute marge de manœuvre dans sa faculté d'appréciation d'un cas. Le juge n'a plus les moyens de prendre en compte tous les éléments qui devraient jouer un rôle dans l'examen. Un jugement de « juste mesure » - parce que subordonné au principe de proportionnalité - est rendu impossible.

A l'exemple de l'expulsion administrative que connaît actuellement la législation suisse, le Tribunal fédéral a développé une jurisprudence différenciée, où la situation personnelle de l'étranger ayant commis un délit doit être prise en compte. Selon GAFNER, le TF « semble distinguer trois catégories de personnes étrangères en fonction de la durée de leur séjour : durée courte, moyenne ou longue »⁵⁰. Sans entrer dans les détails, il nous importe de souligner que cette façon *différenciée* d'aborder un cas est au cœur du principe de proportionnalité.

Les tensions importantes que provoquerait l'initiative avec le droit à la vie privée et familiale⁵¹ sont particulièrement paradigmatiques de l'importance que possède le principe de proportionnalité. En rendant impossible une véritable pesée d'intérêts, le caractère automatique de l'expulsion prévue par l'initiative pourrait déboucher sur des scénarios proprement dramatiques en matière de situations familiales.

Le TF a développé une jurisprudence sur les tensions entre expulsion d'un étranger et respect de la vie familiale. Depuis 1983 et l'arrêt Reneja - entérinant l'idée que le droit à la vie de famille pouvait déboucher sur un droit au permis de séjour - le TF a accepté l'idée qu'il fallait procéder à un examen complet de la situation personnelle des individus impliqués. A n'en pas douter,

⁴⁹ Voir Ligue suisse des droits de l'homme, p. 9.

⁵⁰ Gafner, M. 2007: 12.

⁵¹ Notamment art. 10, 11, 14 Cst et art. 8 et 13 CEDH.

le droit à la vie familiale peut faire l'objet de restrictions, mais seulement de manière proportionnée.⁵²

La CourEDH s'est également penchée à plusieurs reprises sur cette question. La Cour fait une différence entre les étrangers de première et deuxième génération. Concernant les seconds, elle a tendance à assurer une meilleure protection contre l'éloignement.⁵³

Au vu de cette courte discussion, la conclusion suivante semble s'imposer : l'initiative ne peut être conciliée avec le plein respect du principe de proportionnalité. Comme nous l'avons évoqué dans l'introduction, le contrat social passé entre la Suisse et les étrangers vivant sur son territoire ne saurait faire fi des conditions cadres de notre État de droit. A ce titre, l'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels » est incompatible avec ce qui caractérise l'essence de notre ordre juridique.

⁵² ATF 130 II 176, 185, E.4.1. et ATF du 8 novembre 2007, 2C.458./2007, E.2.3.

⁵³ Voir notamment *Boultif c. Suisse* ou *Beldjoudi c. France*.

6 EN CONCLUSION

Comme nous l'avons montré dans cette courte prise de position, l'initiative « Pour le renvoi des étrangers criminels » rentre en collision frontale avec certaines garanties fondamentales de notre État de droit et de nos engagements internationaux. L'initiative lancée par l'UDC, de par la nature automatique du renvoi qu'elle appelle de ses vœux, ne permet de pas de respecter les garanties du principe de proportionnalité. De plus, dans certains cas, le texte de l'initiative pourrait amener la Suisse à ne pas respecter certains de ses engagements internationaux impératifs (non-refoulement) et nombres d'engagements de premier plan (accord libre échange avec l'UE).

L'intuition de base du contrat social entre la Suisse comme pays souverain et les étrangers vivant sur son territoire peut être sauvegardée. A l'inverse de la sacralisation du contrat social que l'UDC et ses alliés appellent de leurs vœux, il est nécessaire de souligner que ce contrat social ne peut toutefois être pensé *en-dehors* des conditions cadres fondamentales de l'ordre juridico-politique international. De plus, pour que le contrat social soit légitime, il doit respecter les principes fondamentaux de notre État de droit.

L'initiative de l'UDC met les politiques devant leurs responsabilités. Il est certain que toutes les vérités ne sont pas faciles à dire, notamment en matière d'intégration et de droit des étrangers. On attend néanmoins de nos élus un certain courage politique. Premièrement, il importe de prendre un bâton de pèlerin et d'expliquer, loin d'un populisme crasse, que des mesures d'expulsion sont déjà prévues dans le nouveau cadre législatif (choisi en 2007 !) et que celles-ci sont utilisées dans la pratique.

Deuxièmement, il importe de se montrer très clair dans le débat public. Accepter une initiative comme celle de l'UDC ne permet en rien de résoudre les problèmes auxquels nous sommes confrontés. La complexité des situations individuelles, mais également la densité des différents engagements juridiques et politiques de la Suisse avec ses voisins, notamment européens, doivent être expliquées et illustrées. A ce titre, nous regrettons que le débat n'ait pour l'heure souligné l'importance de l'Accord de libre-échange avec l'UE, qui règle le possible renvoi de plus de 2/3 des étrangers vivant en Suisse et face auquel l'initiative de l'UDC ne serait d'aucune utilité. Les solutions trop faciles, prétendument ancrées dans un bon sens douteux, doivent être dénoncées pour ce qu'elles sont : des effets de manche cachant la complexité de la situation juridique, politique mais également sociale et humaine.

Sur la base de l'argumentation présentée ci-dessus, nous nous engageons clairement contre l'initiative sur le renvoi. Au-delà de cette question, une initiative comme celle de l'UDC, poussant la stratégie d'« accommodation » du Conseil fédéral dans ses derniers retranchements, rappelle qu'il faut empoigner la problématique des limites des outils de démocratie directe. Démocratie, respect des droits et libertés fondamentaux contenus dans la Constitution et respect du droit international ne doivent se concevoir comme incompatibles, mais plutôt comme éléments d'un tout indissociable.

Outre l'appréciation personnelle de chacun sur la nécessité de durcir le ton en matière de renvoi des étrangers – notamment vis-à-vis des dispositions légales déjà existantes – il nous importe de souligner que le contreprojet direct appelle de ses vœux le respect des droits et libertés fondamentales, des valeurs fondamentales de notre État de droit ainsi que des engagements internationaux de la Suisse. Ce sont notamment le principe de proportionnalité, en tant que pierre d'achoppement d'une décision *juste*, et le principe de non-refoulement, en tant que pilier de l'ordre juridique international, qui sont ainsi pleinement reconnus comme étant des principes de valeur supérieure.

BIBLIOGRAPHIE

- Auer, A. / Malinverni, G. / Hottelier, M. 2006: Droit constitutionnel Suisse, 2. Aufl., Bern.
- Biaggini, G. 2007: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich.
- Breitenmoser, S. 2008: Art. 25, in: Ehrenzeller, B. et al., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich.
- Caroni, M. / Meyer, T. D. / Ott, L. 2009: Migrationsrecht, Bern.
- Cavelti, U. / Abderhalden, U. 2008: Art. 121, in: Ehrenzeller, B. et al., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich.
- Gächter, T. / Kradolfer, M. 2008: Von schwarzen Schafen : Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, Asyl, 1/2008, p. 12-20.
- Gafner, M. 2007: Personnes de nationalité étrangère, délinquance et renvoi: une double peine?, Revue de droit administratif et de droit fiscal. Partie 1, Droit administratif, 1/2007, p. 1-30.
- Gattiker, M. 1999: Das Asyl- und Wegweisungsverfahren : Asylgewährung und Wegweisung nach dem Asylgesetz vom 26.6.1998, Bern.
- Grahl-Madsen, A. 1997: Commentary on the 1951 Refugee Convention (Articles 2-11, 13-37), Genf.
- Häfelin, U. / Haller, W. / Keller, H. 2008: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich.
- Hangartner, Y. 2008: Art. 190, in: Ehrenzeller, B. et al., Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich.
- Herdegen, M. 2007: Völkerrecht, 6. Aufl., München.
- Kälin, W. 1982: Das Prinzip des Non-Refoulement, Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht, Diss., Bern/Frankfurt am Main.
- Kälin, W. / Künzli, J. 2008: Universeller Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., Basel.
- Ligue suisse sur les droits de l'homme 2009: Consultation sur les modifications (révisions partielles) de la loi sur les étrangers / Avis juridique sur l'initiative de l'UDC «Renvoi des étrangers criminels», abrufbar unter : <http://www.lsdh.net/rapports/30-autres-activites/127-position-juridique-de-la-lsdh-sur-linitiative-renvoi-des-criminels-etrangers>, visité le 19.02.10.

- Möhlenbeck, M. 2007: Das absolute Folterverbot, Seine Grundlagen und die strafrechtlichen sowie strafprozessualen Folgen seiner Verletzung, Frankfurt am Main.
- Müller, J-P. / Wildhaber, L. 2001: Praxis des Völkerrechts, Bern.
- Nay, G. 2009: « Direkte Demokratie, Rechtsstaat und Menschenrechte - Eckpfeiler unseres Verfassungsstaates », Aktualisierte Fassung des Beitrages, in: Georg Kreis (Hrsg.), Erprobt und entwicklungsfähig - Zehn Jahre Bundesverfassung, NZZ-Verlag 2009, erschienen in: Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden, ZGRG 04/2009, http://www.clubhelvetique.ch/pdf-dokumente/Direkte_Demokratie.pdf, besucht am 15. Februar 2010.
- Nowak, M. / McArthur, E. 2008: The United Nations Convention Against Torture, A Commentary, Oxford.
- Rehberg, J. 2001: Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht, 7. Aufl., Zürich.
- Reich, J. 2008: Verletzt die "Ausschaffungsinitiative" zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 127 (2008), p. 499-520.
- Weis, P. 1995: The Refugee Convention, 1951, The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis, Cambridge.
- Zimmermann, T. 2007: Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?, in: Pratique juridique actuelle, 16 (2007), p. 748-760.
- Zünd, A. / Arquint Hill, L. 2009: Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Peter Uebersax et al., Ausländerrecht: eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz - von A(syl) bis Z(ivilrecht), Basel.