



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40, F +41 26 305 10 48
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

Office fédéral de la justice
Domaine de direction
Droit pénal
Bundesrain 20
3003 Berne

Fribourg, le 10 septembre 2012

Modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst., relatif au renvoi des étrangers criminels). Procédure de consultation du DFJP. Réponse au courrier du DFJP du 25 mai 2012

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons à votre lettre du 25 mai 2012 relative à la consultation notée en titre. Nous vous remercions de nous avoir consultés. Dans le délai imparti, nous vous faisons part, ci-après, de nos observations.

1. Choix des variantes

Nous nous prononçons en faveur de la variante 1 telle qu'aménagée par le Conseil fédéral. La variante 1 s'efforce de concilier autant que possible l'exigence du caractère automatique de l'expulsion, telle qu'elle ressort des nouvelles dispositions constitutionnelles votées par le peuple et les cantons, avec le respect des principes qui fondent notre constitution (notamment le principe de proportionnalité) et des droits de l'Homme garantis par le droit international.

Connaissant la maturité politique du peuple suisse, il est légitime de penser que la majorité des votants tenait à ce que les auteurs d'infractions d'une certaine gravité soient expulsés, et qu'elle n'entendait pas remettre en cause les principes fondamentaux de notre Etat de droit. Il se justifie par conséquent de tenir compte, comme le fait la variante 1, de la gravité de l'infraction, qui, comme le souligne le Conseil fédéral, découle d'une part de la peine dont elle est (objectivement) passible et, d'autre part, de la peine infligée en l'espèce compte tenu de la culpabilité de l'auteur. Nous saluons à cet égard le fait que les alinéas 2 et 3 de l'article 66a CP, tels que proposés, utilise le critère (bien établi en droit pénal) « des six mois », limite entre la criminalité « légère » et la criminalité « grave ».

2. Remarques d'ordre général

1. Le Conseil d'Etat du canton de Fribourg *salue en particulier le fait que la variante 1 renonce à l'introduction du renvoi dans le droit pénal des mineurs*, compte tenu des lourdes conséquences que peut entraîner une expulsion pour une personne mineure. Toute décision d'interdiction d'entrée ou de renvoi à l'encontre d'un mineur doit rester de la compétence exclusive des autorités chargées de l'application de la législation sur les étrangers.

2. Pour garantir la sécurité du droit, l'inscription dans le code pénal de la répartition des compétences et des grands principes est une solution qui nous paraît opportune. Ainsi, le tribunal devra examiner les motifs susceptibles de s'opposer à ce qu'une expulsion soit ordonnée (CEDH, Pacte II de l'ONU, Convention sur les droits de l'enfant), ce qui pourra lui occasionner une certaine surcharge de travail, alors que l'autorité d'exécution ne devra tenir compte, d'office ou sur demande, que du principe de non-refoulement, voire d'obstacles techniques.
3. L'exécution des expulsions incombera aux cantons. Ces derniers peuvent confier cette tâche aux autorités d'exécution des peines et mesures, aux autorités compétentes en matière d'étrangers ou aux deux. Indépendamment de la solution qui sera choisie – laquelle nécessitera une adaptation de la législation cantonale en la matière –, *l'autorité amenée à exécuter les expulsions devra rendre un nombre croissant de décisions de mise en œuvre et décider des reports d'exécution, ce qui se traduira inévitablement par une augmentation de la charge de travail.*
4. Dans la pratique, *des conflits d'application avec l'accord sur la libre-circulation des personnes (ALCP) ne manqueront pas de se produire.* L'ALCP stipule que la personne étrangère concernée doit constituer, tant au moment de la condamnation pénale qu'au moment de l'expulsion, une menace actuelle et suffisamment grave pour l'ordre, la sécurité ou la santé publiques.
5. Le durcissement de la pratique entraînera une *augmentation notable du nombre des personnes à expulser, respectivement à placer en détention administrative* lorsque l'exécution du renvoi s'avère problématique. Il n'est pas exclu que, combiné aux besoins accrus découlant des domaines de l'asile et de Dublin, cette évolution entraîne à terme une *extension des structures carcérales spécifiques* dans les cantons, avec à la clé des coûts très importants. La question d'un financement fédéral se poserait alors avec acuité. Un tel financement devrait aussi être envisagé pour des structures de moins de 50 places.
6. La solution proposée ne prévoit *pas d'admission provisoire*, même quand l'expulsion est impossible pour des raisons techniques ou en vertu du principe de non-refoulement. Par conséquent, un certain nombre de personnes resteraient en Suisse sans aucun statut légal, ce qui risque de provoquer une hausse des coûts de l'aide d'urgence et de l'aide sociale. Ici aussi se posera la question d'une contribution de la Confédération à l'augmentation des charges des cantons. Dans l'idéal, une base légale devrait être créée pour assurer la prise en charge finale des coûts d'aide sociale d'urgence par la Confédération

3. Remarques de détail concernant la variante 1

I. Ad art. 66a al. 1 (nouveau) CP

La *lettre b* de l'article 66a al. 1 CP va trop loin, en ce sens que n'importe quel vol pourrait conduire à une expulsion. Lier le vol à la violation de domicile indique qu'il doit s'agir d'un vol par effraction. Or, la violation de domicile ne se poursuit que sur plainte. Ainsi, le sort d'une personne à expulser reposerait-il sur les épaules du plaignant. Soit celui-ci maintient sa plainte pour violation de domicile et l'étranger est expulsé, soit il la retire et l'article 186 CP tombe, de même que l'expulsion. Afin de mieux cibler le genre de criminels qu'il y a lieu d'expulser, *il conviendrait de retenir, sous la lettre b, uniquement le vol qualifié, soit le vol par métier ou le vol en bande (art. 139 ch. 2 et c CP).* En marge de cette réflexion, nous nous permettons de relever que les conditions dans lesquelles les requérants d'asile sont logés peuvent les inciter à commettre des vols ou à trafiquer des stupéfiants. En effet, l'aide qui leur est octroyée est faible et ils ont une interdiction de

travailler. Lever cette interdiction de travailler pourrait permettre d'améliorer leur situation et ne pas les inciter à commettre des larcins.

La *lettre c* de l'article 66a al. 1 CP correspond à la volonté populaire de mieux combattre les abus de l'aide sociale. Il faut remarquer à ce sujet qu'une escroquerie à l'aide sociale est vite réalisée, puisque l'étranger a l'obligation d'annoncer tout changement dans sa situation personnelle sans délai. Une omission de sa part peut amener l'application de l'article 148a nouveau CP du projet. Or, vu les enjeux liés à cette infraction, il appartiendra à l'organe de versement des aides de prouver qu'il a communiqué, dans une langue que comprend la personne, l'obligation d'annonce immédiate de tout changement, ainsi que les conséquences pénales, y compris l'expulsion, en cas d'omission. Ainsi, *l'instruction pénale sera plus compliquée et le bénéfice du doute (incompréhension de la part du prévenu notamment) plus large encore.*

A ce propos, nous prenons position comme suite sur l'art. 148a (nouveau) CP :

II. Ad art. 148a (nouveau) CP

L'introduction d'un nouvel article 148a relatif à l'obtention abusive de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale n'apparaît pas opportune. Actuellement, des omissions volontaires d'annoncer une situation personnelle complète et exacte peuvent tomber sous le coup de l'art. 146 CP (ATF 6B_409/2007). Si l'escroquerie n'est pas réalisée, il peut y avoir contravention à la loi sur l'aide sociale (ce que prévoit l'art. 148a al. 2 du projet).

L'art. 148a CP concerne aussi l'aide sociale cantonale prodiguée en application de l'article 115 Cst. Tel qu'il est formulé, l'art. 148a CP ne vise cependant pas seulement les personnes concernées par l'article 121 al. 3 à 6 Cst., mais l'ensemble des bénéficiaires des assurances sociales ou d'aide sociale. Une telle extension va au-delà de la volonté populaire exprimée le 28 novembre 2010 et constitue une mesure disproportionnée par rapport au cercle de destinataires initialement visé. Pour cette raison également, l'art. 148a CP ne saurait être maintenu en sa teneur actuelle.

Cet article est contraire à la répartition des compétences prévue par la Constitution fédérale et viole de ce fait les souverainetés cantonales et les règles fondamentales du fédéralisme. Selon l'article 115 Cst., les personnes dans le besoin sont assistées par leur canton de domicile. La Confédération règle les exceptions et les compétences. En vertu de cette répartition des compétences claire, les cantons ont codifié le domaine de l'aide sociale, instaurant notamment des sanctions en cas de perception illégale de prestations. Ainsi, il conviendrait plutôt de remplacer l'article 148a CP dans sa formulation mise en consultation par un renvoi au droit cantonal applicable ou d'y renoncer tout simplement.

La *lettre d* de l'article 66a al. 1 CP appelle un commentaire : il peut arriver que, grâce à la collaboration exceptionnelle d'un prévenu de trafic de stupéfiants, un réseau puisse être démantelé. Cela est en faveur de la justice, mais elle doit disposer d'une marge de manœuvre pour obtenir les informations (en l'état l'application de l'article 48 let. d CP permet de faire miroiter une diminution de la peine). Mais si l'expulsion est automatique, l'étranger n'a pratiquement plus aucun intérêt à collaborer. Plus sa peine est courte et plus tôt il sera expulsé, risquant éventuellement la vengeance des personnes qu'il a impliquées dans la procédure. Cela dit, il est judicieux de ne prévoir l'expulsion qu'en cas de crime contre la LStup, et non pour un simple délit.

Une nouvelle lettre devrait être introduite, mentionnant l'infraction prévue à l'article 291 CP (rupture de ban). Il paraît évident que celui qui viole une décision d'expulsion et qui est condamné

pénalement de ce fait doit être soumis au système d'expulsion prévu à l'article 66a (nouveau) CP. Dans ce cas, la durée de la nouvelle expulsion sera de vingt ans (cf. art. 66b (nouveau) CP).

III. Ad art. 66a al. 2 et 3 (nouveau) CP

La condition prévue à l'article 66a al. 3 CP pour renoncer à l'expulsion (atteinte grave aux droits personnels garantis par le droit international en matière de droits de l'homme) n'est pas prévue expressément pour les cas (mineurs) visés par l'article 66a al. 2 (nouveau) CP. Ne devrait-on pas étendre cette exigence aussi aux cas visés par l'alinéa 2 ?

IV. Ad art. 66a al. 4 (nouveau) CP

La logique à la base de la disposition de l'article 66a al. 4 CP est claire, mais son application sera délicate. Actuellement, le juge n'est pas obligé de justifier, lorsqu'il prononce une peine pour plusieurs infractions, la part de la peine qu'il attribue à chaque infraction. Il devra le faire avec ce nouveau système, ce qui offrira plus de prise à un recours. L'on n'oubliera pas non plus que le Ministère public, lorsqu'il prononce une peine par ordonnance pénale, ne la motive pratiquement pas. Il ne motive pratiquement pas non plus les faits retenus (art. 353 CPP, en lien avec 325 CPP). De leur côté, les tribunaux n'ont pas à motiver les peines inférieures à 2 ans (art. 82 CPP). *L'on imagine mal comment concilier cette obligation de justifier la peine avec les dispositions du CPP précitées.* Cela signifie que, ne serait-ce que pour avoir une motivation des décisions, les prévenus feront recours ou opposition, ce qui entraînera un surcroît de travail pour les magistrats, sans augmentation d'effectifs.

V. Ad art. 66c (nouveau) CP

Le texte de l'article 66c al. 1 in initio ne mentionne que la peine et la mesure institutionnelle. Cette mesure ne vise que les cas prévus aux articles 59 à 61 CP. Or, *l'article 66c al. 1 in initio devrait aussi mentionner l'internement (cf. art. 64 CP) et la mesure ambulatoire (cf. art. 63 CP).*

D'après le rapport explicatif, pour une peine prononcée avec sursis, l'expulsion sera prononcée dès le constat d'entrée en force du jugement. Ce point doit être mentionné dans l'article 66c al. 1 (nouveau) CP ; l'on y mentionne en effet que les peines « fermes ».

Fondamentalement, nous considérons que *la mise en œuvre de l'expulsion devrait primer l'exécution préalable d'une éventuelle mesure institutionnelle, surtout lorsqu'un internement (art. 64 CP) a été ordonné.* En effet, nous constatons déjà actuellement que l'exécution préalable de l'internement d'une personne étrangère faisant l'objet d'une mesure de renvoi exécutoire est finalement contre-productive puisque la personne concernée ne peut de toute façon plus envisager de rester en Suisse à l'issue de cette mesure, laquelle induit par ailleurs des coûts extrêmement importants pour la collectivité. Finalement, dans certains cas de figure, l'exécution préalable d'une mesure d'internement – dont la durée est difficilement déterminable par définition – est de nature à préteriter la mise en œuvre a posteriori du renvoi (document de voyage plus valable ou difficilement renouvelable en fonction d'un pays de destination considéré, notamment pour certains pays africains suivis régulièrement à une grande instabilité politique).

La même question se pose pour les *autres mesures, à savoir les mesures thérapeutiques institutionnelles et les traitements ambulatoires.* Dans la pratique, nous nous trouvons confrontés à des personnes condamnées à des mesures institutionnelles et privées de liberté en milieu pénitentiaire. Pour un certain nombre d'entre elles, force est de constater, au fil des années, que bien souvent les suivis thérapeutiques et autres traitements institutionnels ordonnés restent en effet et que

le degré de dangerosité de ces personnes n'est en rien atténué. Dans ces conditions, il serait alors intéressant de se demander, pour des raisons d'égalité de traitement, s'il ne conviendrait pas d'apprécier la situation de ces personnes à l'aune de celles condamnées à une peine ferme et susceptibles d'être expulsées. Le moment de l'expulsion pourrait ainsi intervenir au terme de la quotité de la peine prononcée par le juge, peine suspendue au profit d'une mesure. Il conviendrait cependant de procéder à une appréciation individuelle des situations. Cette solution permettrait de donner un peu d'espoir à certaines personnes dont l'horizon semble « bouché », rien ne permettant, à priori, de penser que leur comportement délictuel se poursuivrait dans le milieu et la culture d'origine de ces personnes.

VI. Ad art. 66d al. 1 (nouveau) CP

L'introduction du système prévu par la variante 1 n'est admissible que par la création formelle de l'institution du « report de l'expulsion » pour les bénéficiaires de l'interdiction de refoulement. Ainsi, lorsque l'expulsion concerne un réfugié, l'autorité d'exécution doit toujours procéder à une pesée d'intérêts pour déterminer si le délit ou le crime à l'origine de l'expulsion est suffisamment grave pour justifier son exécution (application relative du principe de non-refoulement prévu à la lettre a de l'article 66d al. 1. La lettre b de cet article prévoit quant à elle une interdiction absolue du refoulement (art. 3 CEDH).

Cependant, cette nouvelle institution du « report de l'expulsion » engendrera des coûts nouveaux à charge des cantons. Les ressortissants étrangers dont l'exécution du renvoi sera reportée aussi longtemps que les obstacles juridiques ou techniques ne seront pas surmontés seront déchés de tous leurs droits liés au séjour. En conséquence, interdites d'accès au marché du travail, les personnes concernées pourront prétendre à l'obtention d'une aide sociale minimale. L'on pourrait à cet égard se demander si les conséquences d'un tel système ne pourraient pas inciter les autorités cantonales à la retenue dans le prononcé de certaines expulsions lorsqu'il serait notoire que celles-ci ne pourraient jamais être exécutées. Idéalement, pour éviter cet inconvénient, une base légale devrait être créée assurant la prise en charge finale de ces coûts d'aide sociale d'urgence par la Confédération.

VII. Ad art. 37 al. 4 LAsi (nouveau)

L'autorité d'exécution est tenue d'attendre la décision de l'ODM ou du TAF pour savoir si une personne ayant déposé une demande d'asile se voit effectivement accorder le statut de réfugié. *Il est dès lors indispensable que l'ODM et « surtout » le TAF respectent leur engagement à traiter prioritairement les dossiers des candidats qui sont sous le coup d'une expulsion entrée en force.*

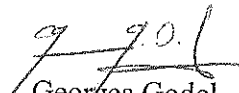
VIII. Ad art. 75 al. 1, art. 76 et art. 78 al. 1 LEtr (nouveau)

La mise en œuvre concrète de l'initiative sur le renvoi entraînera de manière certaine une augmentation du nombre de personnes à éloigner de Suisse, respectivement à placer en détention administrative du droit des étrangers lorsque l'exécution du renvoi se révèle problématique. Il n'est pas exclu que des besoins accrus en places de détention nécessitent à terme une extension des structures carcérales spécifiques dans les cantons, avec à la clé des coûts très importants. Cette perspective doit être mise en rapport avec les besoins accrus en place de détention administrative du droit des étrangers dans les domaines de l'asile et de l'application de l'Accord de Dublin. Une politique de financement de la part de la Confédération pour des projets cantonaux de création de nouvelles places de détention *administrative* soutiendrait de manière dynamique et opportune la mise à niveau des moyens carcéraux dans le domaine du droit des étrangers. Ce financement devrait

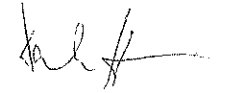
alors également concerner des projets cantonaux de moindre envergure et pas seulement des établissements concordataires de plus de 50 places.

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

Au nom du Conseil d'Etat:


Georges Godel
Président




Danielle Gagnaux
Chancelière d'Etat