

Réf. : PM/15012168

Lausanne, le 26 septembre 2012

Consultation – Code pénal et code pénal militaire (mise en œuvre des dispositions constitutionnelles relatives au renvoi des étrangers criminels (art. 121 al. 3 à 6 Cst))

Madame, Monsieur,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud a pris connaissance des documents que vous lui avez adressés et vous remercie de l'avoir consulté. Après avoir mené une consultation auprès de nombreux organismes du Canton, il vous transmet, ci-après, sa prise de position sur les deux variantes de modifications du code pénal et du code pénal militaire proposées en vue de mettre en œuvre l'art. 121 al. 3 à 6 de la Constitution fédérale (Cst) relatif au renvoi des étrangers criminels.

I. REMARQUES GENERALES

Le Gouvernement vaudois salue l'opportunité offerte ainsi aux cantons et à leurs organismes directement concernés par la mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst de s'exprimer à ce sujet.

De manière générale, le Conseil d'Etat estime qu'il est primordial que la mise en application des nouvelles dispositions constitutionnelles respecte le cadre constitutionnel en vigueur, ainsi que les traités internationaux ratifiés par la Confédération, notamment dans un souci de crédibilité de notre pays sur la scène internationale. Sous cet angle, il approuve, de manière générale, la variante 1 qui concilie au mieux le caractère automatique de l'expulsion voulu par l'initiative, les principes constitutionnels ainsi que les droits de l'Homme garantis par le droit international.

Par ailleurs, le Gouvernement vaudois relève que la charge financière et de travail que représente pour le canton la mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst influence aussi de manière sensible sa prise de position. En effet, la variante 1 est privilégiée à plusieurs égards, vu l'ampleur des coûts et des activités générés par la mise en œuvre des expulsions selon l'évaluation fournie à ce sujet pour chacune des variantes dans le Rapport explicatif (chap. 3.1.2 et 3.1.3). Ainsi, même en retenant cette variante minimale en termes de conséquences, le nombre d'expulsions devrait plus que quadrupler, augmentant d'autant les activités des autorités cantonales compétentes dont les effectifs devront dès lors être revus à la hausse, non seulement dans le domaine de la police des étrangers mais également parmi les forces de l'ordre affectées à l'exécution des renvois, voire dans l'ordre judiciaire appelé à prononcer les expulsions et à traiter les inévitables recours. A cela s'ajoute la problématique de la pénurie de places de détention. Celle-ci

est telle qu'une augmentation même modérée du nombre de détenus rendra vraisemblablement nécessaire la construction d'un nouveau centre de détention administrative. De même, du fait de l'augmentation vraisemblable des cas de ruptures de ban (art. 291 CP), ainsi que, plus généralement, du nombre de renvois à exécuter par les forces de l'ordre, les zones carcérales de la police – déjà aussi surchargées que les zones « Night Stop » des aéroports de Cointrin et Zürich et autres lieux de détention administrative – devront être capables de faire face à une hausse significative des situations de transit des personnes concernées ; par conséquent, de nouvelles places devront aussi y être créées. C'est le lieu de relever que le Rapport explicatif se contente de ranger une grande part de ces frais supplémentaires – en particulier ceux liés à la détention administrative et à l'octroi de l'aide d'urgence – parmi les conséquences pour les seuls cantons et communes (cf. chap. 3.2.2 et 3.2.3).

Par conséquent, le Conseil d'Etat vaudois demande à la Confédération d'évaluer aussitôt que possible, soigneusement et en collaboration avec les cantons les charges de travail, financières et structurelles qui seront induites par cette future mise en œuvre et de participer à l'augmentation des frais qui en résulte en répartissant ces coûts entre les cantons et la Confédération.

Au surplus, et bien que cette question ne fasse pas directement l'objet de la présente consultation, le Conseil d'Etat relève tout de même que selon plusieurs organismes cantonaux consultés, les dispositions mettant en œuvre l'art. 121 al. 3 à 6 Cst devraient figurer dans la législation sur les étrangers plutôt que dans le code pénal.

II. REMARQUES PARTICULIERES

A. Sur la variante 1

Ces diverses remarques ont trait au contenu ou à la teneur – selon la variante 1 – des dispositions spécifiques de l'avant-projet du code pénal (ci-après : AP-CP) et du code pénal militaire (CPM), ainsi que des modifications du droit en vigueur, notamment de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr), de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi), du code de procédure pénale (CPP), de la procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM), de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA) et de la loi fédérale du 13 juin 2008 sur les systèmes d'information de la police de la Confédération (LSIP).

Art. 66a AP-CP (Expulsion, conditions)

Vu que les nouvelles dispositions introduites dans le CP attribuent de nouvelles compétences au juge pénal, le Conseil d'Etat suggère d'introduire une obligation pour celui-ci de consulter les autorités de police des étrangers afin d'assurer une cohérence entre les mesures prises de part et d'autre.

De plus, il faudrait examiner la nécessité de limiter la liste des infractions susceptibles d'entraîner une expulsion automatique fondée sur l'art. 121 al. 3 à 6 Cst. au regard du principe de proportionnalité. Il peut ainsi s'avérer disproportionné que le vol en lien avec une violation de domicile (art. 66a al. 1 let. b AP-CP), poursuivie sur plainte uniquement, puisse donner lieu à une expulsion automatique. Il apparaît premièrement inopportun de

mettre cet état de fait sur un pied d'égalité avec un viol ou la traite d'êtres humains. De plus, une expulsion automatique pourrait dans ces conditions dépendre uniquement de la volonté du lésé de porter plainte.

Art. 66c al. 1 AP-CP (Moment de l'exécution)

Il conviendrait de préciser quel serait le moment de l'expulsion en cas de condamnation à une peine assortie du sursis. L'introduction de l'octroi du sursis comme motif de renoncement à l'expulsion automatique devrait être envisagé à l'art. 66a AP-CP. En effet, si une fois le délai de probation de 2 à 5 ans écoulé, l'expulsion est exécutée en application de l'art. 66c AP-CP, cela pourrait entrer en contradiction avec les conditions d'octroi du sursis.

De plus, on peut se demander quel serait le sentiment de justice du condamné lorsque la période probatoire de 2 à 5 ans se serait écoulée sans qu'il ne commette de nouvelle infraction et qu'il serait tout de même, au terme de celle-ci, expulsé du territoire suisse après y avoir vécu librement durant cette période.

Lien entre les art. 66a al. 2 à 4 et 66d AP-CP (Conditions et report de l'expulsion)

Bien que la variante 1 tienne compte de manière proportionnée de la peine et de la situation personnelle de l'étranger concerné par une mesure d'expulsion en permettant au juge de renoncer à une expulsion automatique (art. 66a al. 2 à 4 AP-CP) ou en la reportant (art. 66d AP-CP), il n'apparaît pas exclu qu'il soit porté atteinte aux droits fondamentaux du prévenu tels que protégés par le droit international.

Il faudrait ainsi, lorsqu'il est décidé de reporter l'exécution d'une expulsion, qu'une autorisation provisoire soit délivrée afin de régulariser temporairement la situation de l'étranger dans la mesure où il ne devrait pas être prévu de maintenir une personne sans statut en Suisse.

S'agissant de l'art. 66a al. 4 AP-CP qui vise les cas où une procédure pénale porte sur plusieurs infractions, il risque de s'avérer très délicat à mettre en application. En effet, alors que les jugements actuels ne comportent pas de justification de la peine attribuée à chaque infraction en pareils cas, le juge devra fixer la peine imputable uniquement aux infractions justifiant une expulsion, ce qui conduira à remettre en question la motivation de cette mesure dans les recours qui ne manqueront pas d'être déposés contre le renvoi.

De plus, l'avant-projet ne comporte aucune disposition relative aux cas de concours rétroactif, ce qui soulève un certain nombre de questions : faut-il en déduire que l'art. 49 CP s'applique sans restriction, de sorte qu'un prévenu devrait être expulsé lorsque, nonobstant le prononcé d'une peine inférieure à 6 mois complémentaire à une peine antérieure du même ordre, la peine totale excède 6 mois ? La loi présente une lacune sur ce point, de même que sur la détermination du juge chargé de la motivation prévue par l'art. 66a al. 4 AP-CP en pareil cas.

Art. 61 al. 1 let. e LEtr et art. 64 al. 1 let. e LAsi (Fin de l'autorisation de séjour)

Il est là aussi nécessaire de prendre en compte et de trouver une solution satisfaisante permettant de gérer les cas où un étranger est privé de son droit de séjour en Suisse tout en étant inexpulsable. Dans ce cas de figure et à long terme, le régime de détention

pour des motifs de sûreté, tel qu'introduit à l'art. 220 al. 2 CPP, ne serait certainement pas satisfaisant.

Art. 148a AP-CP (Obtention abusive de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale)

Il conviendra de veiller à ce que l'application de l'art. 148a AP-CP soit cohérente au regard des dispositions pénales existantes en matière d'assurances sociales et d'aide sociale contenues notamment dans la LAsi et la DPA et qui s'appliquent par renvoi de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA). Il faudrait également examiner si, au regard des dispositions pénales figurant dans les lois régissant l'aide sociale et les assurances sociales, cette disposition est bien nécessaire, et ce, d'autant plus qu'elle ne s'appliquerait pas aux étrangers mais à quiconque. Comme exposé dans le rapport explicatif au pt. 2.1.5.6, cette nouvelle disposition a un champ d'application plus restreint que les dispositions du droit des assurances sociales. Toutefois, en application de ces dispositions, lorsqu'un comportement entrera dans le champ d'application de celle-ci, la peine étant plus sévère, l'art. 148a AP-CP s'appliquerait. Il se pourrait ainsi qu'en fonction des dispositions respectivement applicables, des peines paraissent comparativement incohérentes.

De plus, au vu de la systématique du code pénal, il paraît plus judicieux de placer cette nouvelle infraction dans un art. 146a CP, compte tenu de son apparentement avec l'escroquerie.

Art 369 al. 5 bis AP-CP (Inscription au casier judiciaire de l'expulsion)

Il y a lieu de se demander si l'inscription à vie au casier judiciaire d'une expulsion pénale pourrait être considérée comme une mesure excessive à l'égard des étrangers. Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'opportunité de stigmatiser de la sorte les ressortissants étrangers. Il pourrait plutôt être prévu que l'expulsion reste inscrite pendant une période égale à sa durée, ce qui permettrait de tenir compte de la gravité de l'infraction commise.

B. Sur la variante 2

Les remarques suivantes portent à titre subsidiaire sur la variante 2, pour le cas où celle venait à être retenue.

Art. 73a AP-CP (Conditions)

Le renvoi automatique pour les infractions graves comme pour les infractions légères (y compris les cas bagatelle), ne respecte ni le principe de la proportionnalité, ni les droits fondamentaux tels que garantis par les traités internationaux. De plus, une large application des expulsions automatiques engendrerait un surcroît de travail important pour les autorités pénales dans la mesure où les prévenus useraient très probablement de tous les moyens procéduraux possibles afin d'échapper à une condamnation fondée sur l'une de ces infractions, à quoi s'ajoute la prise en charge carcérale des personnes concernées par les cantons.

CPM

Dans cette variante et en l'absence d'explication sur ce point dans le Rapport explicatif, des dispositions de mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6 Cst paraissent également devoir figurer dans le code pénal militaire.

CP, LEtr et LAsi

Une réglementation complète du processus d'expulsion ainsi que des adaptations du CP (notamment en ce qui concerne le casier judiciaire), du DPMin, de la LEtr et de la LAsi semblent également nécessaires dans cette variante pour clarifier la situation juridique dans ces différents domaines.

III. CONCLUSIONS

En conclusion, le Conseil d'Etat vaudois se prononce, sous réserve des remarques exposées ci-dessus (cf. supra II.A), en faveur de la variante 1 de l'Avant-projet de révision du code pénal et du code pénal militaire mettant en œuvre l'art. 121 al. 3 à 6 Cst relatif au renvoi des étrangers criminels. En outre, et quelque soit la variante retenue, il invite résolument les autorités fédérales à évaluer aussitôt que possible et conjointement avec les cantons les conséquences financières et structurelles de la mise en œuvre de ces dispositions et à prévoir une répartition équitable entre la Confédération et les cantons des charges supplémentaires qui en résultent.

En vous remerciant de l'accueil que vous réserverez aux observations du Canton de Vaud, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT



Pierre-Yves Maillard

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

Copies :

- OAE
- SJL