

Études

Camille Perrier Depeursinge, Lausanne

L'expulsion selon les art. 66a à 66d du Code pénal suisse

Portée des dispositions légales et premières jurisprudences

Table des matières**I. Le prononcé de l'expulsion: droit matériel**

1. L'expulsion, une «autre mesure»
2. L'expulsion obligatoire selon l'art. 66a CP: le catalogue des infractions
3. En particulier: l'obtention illicite de prestations sociales selon l'art. 148a CP
4. L'expulsion facultative selon l'art. 66a^{bis} CP
5. Pertinence de la peine effectivement prononcée
6. La clause de rigueur ou situation personnelle grave (art. 66a al. 2 CP)
 - a) Le droit au respect de la vie privée et familiale
 - b) L'Accord sur la libre circulation des personnes
 - c) Le principe du non-refoulement au moment du prononcé
 - d) Droit et pratique suisse du cas de rigueur
7. La légitime défense ou l'état de nécessité
8. Tentative, complicité et exemption de peine

II. Le prononcé de l'expulsion: questions de procédure

1. Compétence et procédures spéciales
2. La défense obligatoire
3. La détention provisoire et pour des motifs de sûreté

III. Les effets du prononcé de l'expulsion

1. Conséquences du prononcé
2. La mise en œuvre de l'expulsion
 - a) Compétence et moyens
 - b) Moment de l'exécution
 - c) Report de l'exécution – principe de non-refoulement

IV. ConclusionsEntrés en vigueur le 1^{er} octobre 2016, les art. 66a ss du Code pénal suisse¹ obligent dans certains cas le juge à

prononcer l'expulsion contre les étrangers condamnés pénalement. Le code pose certaines règles applicables à cette «autre mesure», mais laisse de nombreuses questions ouvertes, tant quant aux conditions d'application qu'en matière de procédure. La présente contribution vise à clarifier la portée de ces règles dans le respect du droit suisse et international.

Nous commencerons donc par examiner les questions de droit matériel relatives au prononcé de l'expulsion, puis les questions de procédure, avant d'examiner les effets concrets de ces décisions.

I. Le prononcé de l'expulsion: droit matériel

1. L'expulsion, une «autre mesure»

Les [art. 66a ss CP](#) sont placés sous le chapitre 2, «mesures», section 2 «autres mesures» de la partie générale du Code pénal suisse. Ces dispositions n'ont donc en principe pas pour but de sanctionner la faute, mais plutôt de mettre à l'écart les personnes présentant un danger pour la sécurité publique². C'est d'ailleurs ce qu'avaient promis les initiants: «maintenir l'ordre et la sécurité publics»³. Le Tribunal fédéral qualifie l'expulsion de «mesure à caractère pénal»⁴. A cet égard, c'est donc avant tout au regard de la dangerosité effective du condamné que la nécessité de l'expulsion devrait être examinée, ce que veut pourtant exclure le texte légal.

Au contraire de l'expulsion selon l'ancien art. 55 aCP, abrogé en 2007, qui était une «peine accessoire»⁵, l'expulsion introduite le 1^{er} octobre 2016 n'a en principe pas le caractère d'une sanction. La nature de l'expulsion comme mesure a une conséquence importante: elle ne peut pas faire l'objet d'un sursis, même lorsque le pronostic est favorable. Le texte des art. [42 al. 1](#) et [43 al. 2](#) CP l'exclut: le sursis ne s'applique qu'à l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté. Toutefois, nous considérons avec *Fiolka* et *Vetterli*⁶ que le prononcé de la mesure doit être pris en considération dans le cadre de la fixation de la peine, vu l'importance de l'impact d'une expulsion sur la vie personnelle de l'étranger. Celui-ci sera certainement beaucoup plus durement puni, en réalité, par la perte de son lieu de vie, de ses relations personnelles avec ses proches, de son emploi le cas échéant, que par une sanction prononcée avec sursis ou une peine pécuniaire, voire par quelques mois de privation de liberté. A plusieurs reprises, le Message du Conseil fédéral la qualifie d'ailleurs de grave «sanction»⁷. Ainsi, la peine prononcée en sus de la mesure devrait dès lors en être réduite.

2. L'expulsion obligatoire selon [l'art. 66a CP](#): le catalogue des infractions

Le code tend à obliger le juge à prononcer une expulsion contre l'étranger qui est condamné pour l'une des infractions visées à [l'art. 66a al. 1 let. a à o CP](#). Dans ce cas, la durée de l'expulsion est de 5 à 15 ans.

Le catalogue des infractions en cause est beaucoup plus étendu que ce que ne permettait le texte constitutionnel adopté en votation populaire. En effet, [l'art. 121 al. 3 Cst.](#)⁸ ne prévoyait l'expulsion qu'à l'encontre des étrangers «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 tel que le brigandage, la traite d'êtres humains, le trafic de drogue

ou l'effraction» (let. a); ou qui avaient «perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale» (let. b).

Le Conseil fédéral a sciemment élargi ce catalogue, arguant que [l'art. 121 al. 4 Cst.](#) lui donnait cette possibilité et afin de «garantir la cohérence de l'ensemble»⁹. A sa suite, le Conseil des Etats a encore étendu la liste des infractions entraînant une expulsion obligatoire, en y ajoutant certains crimes contre le patrimoine, les crimes prévus par la Loi sur les étrangers (art. [116 al. 3](#) et [118 al. 3](#) LEtr¹⁰) ainsi que les infractions fiscales passibles d'une peine privative de liberté maximale d'un an ou plus, soit également des délits fiscaux¹¹. La délégation de [l'art. 121 al. 4 Cst.](#) ne nous semble toutefois pas permettre un tel élargissement, puisque le législateur devait uniquement préciser «les faits constitutifs des infractions visées à l'al. 3» de [l'art. 121 Cst.](#) En d'autres termes, les actes qui donnaient lieu à expulsion étaient définis, mais non les infractions précises. Il était en effet nécessaire de clarifier les éléments constitutifs des infractions de «trafic de drogue» ou d'«effraction», mais cela n'impliquait pas d'ajouter à la liste autant de comportements entraînant une expulsion automatique. Le catalogue de [l'art. 66a CP](#) va à cet égard trop loin et nous paraît de ce fait violer la Constitution, constat sans portée au vu de [l'art. 190 Cst.](#)

Quant à la cohérence de l'ensemble, on relèvera que le législateur a certes inclus les crimes particulièrement graves (génocide, crimes contre l'humanité, crimes créant un danger collectif ou contre la santé ou la paix publique, etc.), l'ensemble des crimes contre la vie, l'intégrité corporelle, la liberté et l'intégrité sexuelle¹², mais

qu'il a négligé bon nombre de crimes contre le patrimoine fréquents en pratique (l'abus de confiance selon [l'art. 138 ch. 1 CP](#) et la gestion déloyale selon [l'art. 158 CP](#) ne sont pas mentionnés à l'art. 66a) ainsi que tous les crimes contre l'Etat ou l'administration de la justice, la corruption ou la falsification des titres¹³. Ainsi, celui qui se constitue de faux papiers ([art. 252 CP](#)) pour entrer à nouveau en Suisse après une expulsion ne risque pas, pour cette infraction, l'expulsion obligatoire. De même, celui qui commet un abus de confiance portant sur un montant de plusieurs dizaines de milliers de francs ne sera pas obligatoirement expulsé, au contraire de celui qui vole CHF 400.– en cambriolant une villa ([art. 66 a al. 1 let. d CP](#)).

On note enfin que [l'art. 66a al. 1 let. d CP](#), qui prétend obliger le juge à expulser le cambrioleur, soit un voleur ([art. 139 CP](#)) qui a commis une violation de domicile ([art. 186 CP](#)), donne au plaignant le pouvoir de décider ou non de l'expulsion du prévenu¹⁴. La punissabilité selon [l'art. 186 CP](#) suppose en effet qu'une plainte soit déposée par le lésé. A défaut ou en cas de retrait de la plainte, [l'art. 186 CP](#) est inapplicable, et le prononcé de l'expulsion selon [l'art. 66a al. 1 let. d CP](#) n'est pas envisageable, vu que le texte de la loi ne l'impose qu'en cas de condamnation en vertu des deux infractions. La disposition fournit donc au lésé un levier important dans le cadre de négociations transactionnelles.

3. En particulier: l'obtention illicite de prestations sociales selon [l'art. 148a CP](#)

[L'art. 66a al. 1 let. e CP](#) oblige le juge à prononcer l'expulsion en cas d'escroquerie à une assurance sociale ou à l'aide sociale¹⁵, et en cas d'«obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale», nouvelle infraction introduite par le législateur à [l'art. 148a al. 1 CP](#). Il s'agit d'un délit – non d'un crime – qui vise celui qui, par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon, induit une personne en erreur ou la conforte dans son erreur, et obtient de la sorte pour lui-même ou pour un tiers des prestations indues d'une assurance sociale ou de l'aide sociale. [L'art. 148a CP](#) est subsidiaire à l'escroquerie selon [l'art. 146 CP](#) puisqu'il ne suppose pas l'astuce. L'infraction sera réalisée lorsque le prévenu a

induit ou conforté une personne dans l'erreur, soit en présence d'une tromperie. Comme pour l'escroquerie selon [l'art. 146 CP](#), la tromperie selon [l'art. 148a CP](#) peut intervenir par actes concluants, pour autant

qu'il y ait une obligation juridique d'agir (infraction d'omission improprement dite)¹⁶. La tromperie est un élément constitutif objectif supplémentaire vis-à-vis des infractions à l'aide sociale, déjà prévues dans toutes les lois spéciales (V. [art. 31 al. 1 LPGA](#)¹⁷; 87, 1^{re} et 5^e phrases LAVS¹⁸, auquel renvoient les [art. 70 LAI](#)¹⁹, 25 LAPG²⁰ et 23 LAFam²¹; [art. 31 al. 1 LPC](#)²²; art. 76, 1^{re} phrase LPP²³; [art. 105 LACI](#)²⁴; art. 92 let. b LAMAL²⁵)²⁶. Le champ d'application de cette disposition est donc entre l'escroquerie à l'assurance et les dispositions pénales idoines du droit des assurances sociales.

Par exemple, selon la jurisprudence, celui qui présente un extrait de compte bancaire en taisant l'existence d'un autre compte bien plus fourni se rend coupable d'escroquerie au sens de [l'art. 146 al. 1 CP](#)²⁷. La tromperie est donc facilement qualifiée d'astucieuse dans ce domaine. En revanche, le seul fait de ne pas donner suite à un courrier de relance d'une assurance en vue d'examiner à nouveau la situation financière de l'assuré n'implique pas une tromperie par omission, à défaut de position de garant de l'assuré, qui se rend uniquement coupable, en l'espèce, du délit réprimé à [l'art. 31 al. 1 let. d LPC](#)²⁸. Vu les jurisprudences précitées, [l'art. 148a CP](#) réprimerait le comportement de celui qui expose sa situation financière de façon inexacte, en taisant par exemple l'existence d'un compte bancaire dont l'assurance sociale aurait déjà eu connaissance par le passé (de sorte que l'on pourrait plaider l'absence d'astuce). La nouvelle disposition semble réprimer des comportements qui seraient de toute manière tombés sous le coup des dispositions pénales du droit

des assurances sociales. En plus d'entraîner l'expulsion, c'est avant tout la peine envisageable qui change, en passant de 180 jours-amende au plus (droit des assurances sociales) à une peine privative de liberté d'un an au plus ([art. 148a al. 1 CP](#)).

A noter que [l'art. 148a al. 2 CP](#) prévoit que dans les cas «de peu de gravité», l'infraction est l'amende. Il s'agit alors d'une simple contravention qui n'empêche pas l'obligation d'expulser ([art. 66a al. 1 let. e CP](#)). La Conférence des procureurs de suisse estime à CHF 3000.– la limite du cas de peu de gravité, étant précisé que toutes les prestations perçues indûment doivent être comptabilisées (prestations en espèce ou financement de loyers, primes d'assurances, etc.)²⁹. Cette limitation est à saluer, bien qu'elle soit contraire à la jurisprudence relative à [l'art. 172^{ter} CP](#), qui fixe la limite à CHF 300.–³⁰. Elle nous semble à juste titre tenir compte du fait que ce montant est très rapidement atteint en matière de prestations à l'aide sociale.

4. L'expulsion facultative selon [l'art. 66a^{bis} CP](#)

[L'art. 66a^{bis} CP](#) permet au juge de prononcer une expulsion contre un étranger qui a été «condamné à une peine ou a fait l'objet d'une mesure au sens des art. 59 à 61 ou 64» CP, mais pour un crime ou un délit non visé à [l'art. 66a CP](#). Dans ce cas, la durée de l'expulsion peut être de 3 à 15 ans. Cette disposition a été introduite par le Conseil des Etats³¹ et adoptée sans débat du Parlement³². L'objectif était d'offrir au juge la possibilité de prononcer une expulsion contre un prévenu récidiviste, même lorsque l'infraction commise était moins grave que le catalogue de [l'art. 66a CP](#)³³.

A notre sens, l'expulsion facultative devrait être réservée aux cas où une «mesure» est effectivement indiquée, soit lorsque le renvoi du condamné est nécessaire parce que ce dernier présente un danger sérieux pour la sécurité publique. A cet égard, la jurisprudence rendue en application des art. 55 aCP³⁴ et 67 LEtr (interdiction d'entrée) a toute sa pertinence³⁵. Ainsi, celui qui est condamné pour des

délits de gravité moyenne peut être expulsé lorsqu'il est multirécidiviste³⁶ et présente, au vu de l'ensemble de ses condamnations, un danger pour la sécurité publique³⁷. La seule condamnation à une année de privation de liberté ne nous semble pas une condition suffisante, puisqu'elle implique certes une infraction grave, mais non pas nécessairement un risque de récidive justifiant l'éloignement du condamné pour des motifs de sécurité. Il s'agit d'un élément à prendre en considération, avec les circonstances de l'infraction, les antécédents de l'auteur et tout élément propre à éclairer le caractère du prévenu et le risque qu'il présente pour la sécurité. Cet examen s'apparente à un pronostic et doit donc se faire à la lumière de l'ensemble des circonstances, comme lorsqu'il s'agit d'envisager le prononcé du sursis³⁸.

En outre, le principe de proportionnalité doit être respecté, ce qui implique un rapport raisonnable entre le but poursuivi par la mesure (la sécurité publique) et l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elle implique ([art. 36 al. 3 Cst.](#)). Or, le taux de récidive sur trois ans, suite à une condamnation pour un délit ou un crime, d'un délinquant adulte sans antécédent judiciaire n'était que de 13% en 2012³⁹. C'est en présence de plusieurs antécédents que le taux monte, toujours en 2012, à 53%. Il paraît donc disproportionné d'expulser un délinquant primaire pour trois ans au moins alors que les chances qu'il récidive et mette ainsi effectivement la sécurité publique en danger sont très faibles. En revanche, l'expulsion d'un délinquant multirécidiviste peut mieux se justifier au regard du principe de proportionnalité, vu les statistiques précitées.

La Conférence des procureurs de Suisse a approuvé des recommandations conformes à ce qui précède. L'expulsion facultative serait indiquée «lorsque le comportement et les actes délictueux de la personne étrangère, après prise en compte de ses antécédents et du pronostic, rendent la continuation de son séjour en Suisse incompatible avec l'intérêt public», et ce quel que soit le titre de séjour du prévenu⁴⁰.

Dans un arrêt du 14 mars 2017, la Cour d'appel pénale vaudoise a confirmé l'expulsion facultative pour trois ans d'un délinquant condamné à huit mois de privation de liberté pour infraction simple à la LStup⁴¹, infraction à la loi fédérale sur les armes et infraction à la LEtr. L'intéressé avait été condamné auparavant à six reprises en Suisse pour délits et contraventions à la LStup ainsi qu'un certain nombre de fois en France⁴². Les juges ont en outre considéré que les condamnations antérieures à l'entrée en vigueur du nouvel [art. 66a^{bis}CP](#) pouvaient être prises en considération au regard du principe de non-rétroactivité ancré à [l'art. 2 al. 1 CP](#)⁴³.

Dans un arrêt du 2 juin 2017, la Cour de justice genevoise a confirmé le refus du tribunal de première instance de prononcer une expulsion facultative contre un délinquant multirécidiviste, condamné à quatre mois de privation de liberté, 20 jours de peine pécuniaire et CHF 200.– d'amende pour infractions à la LStup (consommation et vente de marijuana), aux art. [292](#) et [286](#) CP ainsi qu'à [l'art. 119 LEtr](#) (interdiction de pénétrer dans une région déterminée). Malgré cinq condamnations antérieures, la cour a admis l'existence d'un cas de rigueur car le prévenu, arrivé en Suisse en 2008, souffrait de schizophrénie paranoïde ce qui rendait une réintégration dans son pays d'origine très difficile, voire impossible⁴⁴.

5. Pertinence de la peine effectivement prononcée

L'art. 66a al. 2 et 3 du projet du Conseil fédéral prévoyait de restreindre fortement l'obligation d'expulser lorsque la peine effectivement prononcée était de six mois ou moins, afin de respecter le principe de proportionnalité⁴⁵. Cette solution avait été approuvée par les participants à la procédure de consultation⁴⁶ mais rejetée par le Conseil des Etats, qui a introduit dans le texte de [l'art. 66a al. 1 CP](#) la précision «quelle que soit la quotité de la peine prononcée à son encontre», par respect pour la volonté du peuple⁴⁷.

Ainsi, la loi impose de prononcer l'expulsion dès qu'un jugement condamne un étranger pour l'une des infractions visées à [l'art. 66a al. 1 CP](#), peu importe la quotité de la sanction. Pourtant, une sanction modérée suppose une faute légère et

ZStrR 4/2017 | p. 389–415 397 | ↑

un faible intérêt public à punir et ainsi à expulser l'étranger. Nous considérons donc que, malgré le texte légal, lorsque la sanction prononcée est inférieure à six mois de privation de liberté ou 180 jours-amende, le juge devra examiner l'application de [l'art. 66a al. 2 CP](#) et admettre particulièrement facilement un cas de rigueur⁴⁸.

En cas d'expulsion facultative ([art. 66a^{bis} CP](#)), la durée de la peine devra être prise en considération pour évaluer la pertinence de requérir ou de prononcer l'expulsion, puisqu'elle fait partie des éléments à même d'évaluer la dangerosité du prévenu et, ainsi, la pertinence de la mesure.

6. La clause de rigueur ou situation personnelle grave ([art. 66a al. 2 CP](#))

[L'art. 66a al. 2 CP](#) permet au juge de renoncer à une expulsion «lorsque celle-ci mettrait l'étranger dans une situation personnelle grave et que les intérêts publics à l'expulsion ne l'emportent pas sur l'intérêt privé de l'étranger à demeurer en Suisse». Le législateur enjoint encore au juge de tenir compte «de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse».

La disposition semble ainsi poser deux conditions cumulatives à l'exception qu'elle prévoit: la situation personnelle grave et une pesée des intérêts favorisant le maintien du condamné en Suisse⁴⁹. En réalité, les deux conditions se confondent: l'existence d'une situation personnelle grave doit être examinée dans le cadre de la pesée des intérêts à laquelle il faut, à notre sens, procéder dans la quasi-totalité des cas. En effet, l'expulsion d'un étranger met toujours ce dernier dans une situation personnelle difficile, exception faite de celui qui ne vit pas en Suisse mais s'y rend uniquement pour y commettre des infractions. Dans ce dernier cas, l'intérêt de l'étranger à «demeurer» en Suisse est réduit à néant; il n'y a donc ni situation personnelle grave ni balance des intérêts à examiner. Réservez toutefois le cas si bénin (vol d'à peine plus de CHF 300.– avec violation de domicile, par exemple) que l'intérêt à l'expulsion est réduit à néant en raison de la charge administrative et financière disproportionnée que l'expulsion impliquerait. Une application large de [l'art. 66a al. 2 CP](#) nous paraît sensée dans un tel cas, malgré le texte de la loi.

ZStrR 4/2017 | p. 389–415 398 | ↑

[L'art. 66a al. 2 CP](#), voulu comme exception à l'expulsion obligatoire de [l'art. 66a al. 1 CP](#), doit également être pris en considération dans le cadre de l'expulsion facultative selon [l'art. 66a^{bis} CP](#)⁵⁰. En effet, en permettant une mise en balance des intérêts en cause, [l'art. 66a al. 2 CP](#) concrétise le principe de proportionnalité et assure le respect

de règles de droit international, lesquels s'appliquent quelle que soit la base légale de l'expulsion envisagée. Le législateur, en introduisant [l'art. 66a al. 2 CP](#), visait à tenir compte des accords internationaux interdisant l'expulsion, soit selon le Message⁵¹:

- [L'art. 8 CEDH](#)⁵² et 17 du Pacte ONU II⁵³ (droit au respect de la vie privée et familiale);
- L'art. 12 al. 4 du Pacte ONU II (droit d'entrer dans son propre pays);
- Les art. 3, 9 et 10 § 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant⁵⁴ (intérêt supérieur de l'enfant, interdiction de séparer les enfants de leurs parents contre leur volonté et droit à entretenir des relations personnelles et des contacts réguliers).

Bien que le Message ne le mentionne pas ici, l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁵⁵ doit évidemment être respecté. Le Conseil fédéral soutient que la réglementation des art. 66a à 66d CP n'est «pas pleinement compatible avec l'accord sur la libre circulation»⁵⁶. Malgré cet aveu, le droit international prime le droit interne suisse, quand bien même la réglementation suisse contraire au droit supérieur serait postérieure à la ratification du traité et adoptée en connaissance de cause. La seule exception à ce principe serait celle de la pratique Schubert⁵⁷, mais celle-ci ne s'applique selon la jurisprudence ni lorsque le droit international contraire au droit suisse protège des droits de l'homme⁵⁸, ni à l'égard de l'ALCP⁵⁹.

Dès lors, malgré la volonté affichée de restreindre autant que possible le pouvoir d'appréciation du juge⁶⁰, celui-ci ne peut pas faire abstraction du droit international supérieur et, ainsi, de la jurisprudence rendue en application de l'ALCP et de la CEDH⁶¹ lors de l'examen de la proportionnalité de la mesure selon [l'art. 66a al. 2 CP](#). Ces règles permettent en outre de concrétiser les éléments qui composent l'intérêt public à l'expulsion et l'intérêt de l'étranger à rester en Suisse. Nous examinons ici plus avant les deux règles les plus importantes en pratique, à savoir [l'art. 8 CEDH](#) et l'ALCP.

a) Le droit au respect de la vie privée et familiale

L'art. 8 § 1 CEDH statue que «Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance». Le prononcé d'une mesure d'expulsion constitue évidemment une ingérence dans ce droit qui n'est licite que si elle est «prévue par la loi», inspirée par un ou plusieurs buts légitimes au regard de l'art. 8 § 2 CEDH et «nécessaire, dans une société démocratique»⁶².

Pour examiner la proportionnalité de l'ingérence aux droits de [l'art. 8 CEDH](#), les critères suivants doivent être pris en considération⁶³:

- (1) la gravité de l'infraction et de la culpabilité de l'auteur; A cet égard, la durée de la peine infligée par le juge pénal est le premier critère pertinent⁶⁴. Selon le Tribunal fédéral, un étranger condamné à une peine de deux ans ou plus ne peut pas prétendre à un titre de séjour, ce même s'il n'est pas (ou difficilement) exigible pour son conjoint suisse de quitter son pays⁶⁵. On tiendra également compte du fait que l'acte a été commis par un adulte ou par un jeune délinquant. Quant à l'infraction commise, la jurisprudence est sévère en cas d'actes de violence, d'infractions à l'intégrité sexuelle et à la Loi sur les stupéfiants, considérant plus facilement que ces infractions justifient l'expulsion⁶⁶.

- (2) la durée de son séjour en Suisse; Bien entendu, plus la durée du séjour est importante, moins le prononcé de l'expulsion sera considéré comme proportionné⁶⁷. La loi dit elle-même que le juge doit tenir compte de la situation particulière de l'étranger qui est né ou qui a grandi en Suisse (art. 66a al. 2 in fine CP).
- (3) le temps écoulé depuis l'infraction et le comportement du prévenu pendant cette période; La jurisprudence considère à cet égard que lorsque l'auteur ne commet pas d'infraction durant la durée du délai d'épreuve d'une peine avec sursis, il n'y a pas lieu d'en tirer des conclusions déterminantes, vu le caractère dissuasif du sursis⁶⁸.
- (4) les liens sociaux, familiaux et culturels du prévenu et de sa famille, tant avec la Suisse qu'avec l'Etat d'origine vers lequel il(s) doit(vent) être expulsé(s). Dans ce cadre, la Cour européenne des droits de l'homme tient compte des éléments suivants: la nationalité des diverses personnes concernées, la situation familiale du prévenu (durée de son mariage et autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple), le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation, la naissance d'enfants légitimes et, le cas échéant, leur âge⁶⁹. Dans un arrêt rendu le 10 janvier 2017, la CourEDH a rappelé sa jurisprudence *Üner c. Pays-Bas*⁷⁰, et insisté sur la nécessité de prendre en compte également l'intérêt des enfants, leur bien-être et l'importance des difficultés qui les menacent dans le pays de renvoi⁷¹.
- (5) les autres éléments pertinents au cas d'espèce, en particulier l'état de santé du prévenu;
- (6) les inconvénients qui le menacent, lui et sa famille, en cas de retour dans le pays d'origine, en tenant compte de la durée du renvoi.

A titre d'exemples, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé l'expulsion pour sept ans d'un ressortissant macédonien, titulaire d'un permis C, condamné à plus de cinq ans de privation de liberté pour meurtre par dol éventuel (course-poursuite sur l'autoroute), alors qu'il vivait en Suisse depuis plus de 20 ans au moment de l'infraction, de même que son épouse avec laquelle il avait eu deux enfants. La cour a pris en considération le fait que l'épouse était également macé-

donienne et que la famille avait pu, en cours de procédure, s'installer en Macédoine pendant quatre ans⁷². En revanche, la cour a constaté une violation de [l'art. 8 CEDH](#) contre un ressortissant algérien, titulaire d'un permis B, marié à une Suissesse depuis cinq ans et condamné à deux ans d'emprisonnement ferme pour brigandage qualifié. La cour a tenu compte du fait que l'on ne pouvait pas imposer à l'épouse d'aller vivre en Algérie avec son conjoint et que le ressortissant, vu son comportement, ne présentait pas un danger pour la Suisse au moment du non-renouvellement de son autorisation de séjour⁷³. A également été considérée comme une violation de [l'art. 8 CEDH](#) l'expulsion définitive du territoire suisse d'un ressortissant turc qui n'avait jamais vécu en Turquie, condamné à 18,5 mois de privation de liberté pour menaces, lésions corporelles, voies de faits et vols. Toutes les circonstances ont été prises en compte dans cet arrêt, y compris l'état de santé psychique de l'intéressé⁷⁴.

Il ressort également de ces arrêts que, lorsque les circonstances se modifient en cours de procédure (naissance d'un enfant, mariage célébré, etc.), les autorités pénales doivent en tenir compte au moment où elles statuent⁷⁵. Bien plus, si l'expulsion a été prononcée et que les circonstances se modifient après son entrée en force, il incombe à notre sens aux autorités cantonales de reporter l'exécution de la mesure, la CEDH et ses garanties s'appliquant devant toutes les autorités du pays et l'exécution de l'expulsion constituant une nouvelle ingérence dans les droits conférés par la CEDH. [L'art. 69 al. 3 LEtr](#) (report de l'exécution du renvoi)⁷⁶ nous semble applicable en tel cas. La voie de la révision ne devrait à notre sens pas être ouverte pour corriger une expulsion prononcée valablement lorsque les circonstances nouvelles interviennent après l'échéance du délai d'appel (vrai nova)⁷⁷. Celui qui épouse une Suissesse, par exemple, alors qu'il est sous le coup d'une expulsion ne peut voir son jugement «corrigé» pour cette raison.

b) L'Accord sur la libre circulation des personnes

L'annexe I ALCP prévoit que seuls des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique peuvent justifier la limitation des droits prévus par l'ac-

ZStrR 4/2017 | p. 389–415 402 | ↑

cord (art. 5 al. 1). La Directive [64/221/CEE](#)⁷⁸ à laquelle se réfère l'art. 5 al. 2 annexe I ALCP, indique que «la seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures» (art. 3 al. 2). Ainsi, malgré la formulation de [l'art. 66a al. 1 CP](#), toute forme d'expulsion automatique est exclue lorsque le prévenu peut se prévaloir de l'ALCP, ce qui est non seulement le cas s'il provient lui-même d'un Etat membre de l'UE/AELE, mais également s'il est un membre de la famille d'un tel ressortissant au sens de l'art. 3 al. 1 et 2 annexe I ALCP⁷⁹.

En application de l'art. 5 al. 1 annexe ALCP, la jurisprudence considère que le juge doit constater, pour expulser, «l'existence d'une menace réelle et d'une certaine gravité affectant un intérêt fondamental de la société»⁸⁰. A cet égard, il faut que les circonstances concrètes du cas fassent apparaître que dite menace est des antécédents actuelle et grave pour l'ordre public⁸¹. Concrètement, le juge doit évaluer les risques de récidive et faire un pronostic en fonction de l'ensemble des circonstances, en particulier au regard de la nature et de l'importance du bien juridique menacé, ainsi que de la gravité de l'atteinte qui pourrait y être portée. Plus le bien juridique menacé est important, plus rigoureuse sera l'appréciation du risque. Tel sera notamment le cas en présence d'infractions à la LStup, d'actes de violence criminelle et d'infractions à l'intégrité sexuelle⁸². Le fait que la libération conditionnelle ait été accordée n'est pas un critère déterminant pour nier la dangerosité, vu son caractère systématique en l'absence de pronostic défavorable⁸³.

Concernant la durée de l'expulsion, comme le relèvent *Urri et Priuli*, elle peut difficilement être justifiée au-delà de cinq ans, car il faudrait admettre que la menace réelle et grave perdure après ce temps. En cas de récidive, l'expulsion doit être de 20 ans selon [l'art. 66b CP](#), ce qui selon ces mêmes auteurs est clairement contraire à l'ALCP⁸⁴.

Ces jurisprudences permettent également de concrétiser les différents éléments à prendre en considération lors de l'examen de l'intérêt public à l'expulsion, ce même si l'ALCP n'est pas applicable au cas d'espèce.

ZStrR 4/2017 | p. 389–415 403 | ↑

c) Le principe du non-refoulement au moment du prononcé

[L'art. 66d CP](#) prévoit que l'exécution de l'expulsion soit reportée lorsque la vie ou la liberté de la personne concernée dont le statut de réfugié a été reconnu par la Suisse 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 ou lorsque d'autres règles impératives du droit international s'opposent à l'expulsion.

Cette disposition a vocation à ne trouver application qu'au moment de l'exécution de l'expulsion par l'autorité cantonale compétente, soit une fois l'expulsion prononcée par le juge pénal en application de l'art. 66a ou 66a^{bis} CP⁸⁵. L'idée était de laisser au juge la compétence d'examiner le cas de rigueur et aux autorités d'exécution le principe du non-refoulement⁸⁶. Cela étant, l'expulsion «s'applique dès l'entrée en force du jugement» ([art. 66c al. 1 CP](#)). A défaut de peine privative de liberté ferme de longue durée (qui doit être exécutée d'abord: [art. 66c al. 2 et 3 CP](#)), l'expulsion devrait être exécutée immédiatement, de sorte que les circonstances justifiant le report

d'exécution devraient à notre sens déjà être examinées par le juge pénal, dans le cadre de l'examen du principe de proportionnalité et de [l'art. 66a al. 2 CP](#). Les circonstances justifiant le non-refoulement sont en effet de nature à «mettre l'étranger dans une situation personnelle grave», selon le texte de [l'art. 66a al. 2 CP](#), puisqu'elles supposent que la vie ou la liberté du prévenu soit menacée⁸⁷.

d) Droit et pratique suisse du cas de rigueur

L'[art. 66a al. 1 CP](#) a voulu introduire une expulsion obligatoire et retirer au juge son pouvoir d'examen, posant ainsi l'existence d'un intérêt public systématique à l'expulsion dans les cas qu'il prévoit. Or, lorsque l'ALCP est applicable, cet intérêt public doit être concrétisé et justifié, en démontrant la menace que représente le criminel, la gravité de sa faute, l'importance des biens juridiquement protégés atteints par l'infraction, le nombre et la gravité des antécédents et le risque concret de récidive⁸⁸. A notre sens, ces critères doivent également être pris en considération lorsque l'ALCP n'est pas applicable.

Pour évaluer l'intérêt privé de l'étranger à demeurer sur le territoire, évaluation qui doit à notre sens figurer dans tous les jugements prononçant l'expulsion⁸⁹, on se référera non seulement à la jurisprudence de la Cour européenne des

ZStrR 4/2017 | p. 389–415 404 | ↑

droits de l'homme citée ci-dessus mais également à [l'art. 31 OASA](#)⁹⁰. Les critères sont d'ailleurs fortement semblables⁹¹: intégration, respect de l'ordre juridique suisse, situation familiale (en particulier scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants), durée de la présence en Suisse, état de santé et possibilité de réintégration dans l'Etat de provenance⁹².

La Conférence des procureurs de Suisse recommande l'application de [l'art. 66a al. 2 CP](#) aux titulaires de permis B, C et Ci lorsque la peine envisagée dans le cas d'espèce est de six mois ou moins, en l'absence d'antécédents liés à des infractions de [l'art. 66a al. 1 CP](#) et de condamnation à une peine de plus de six mois dans les cinq ans précédant l'infraction en cause⁹³. Il ne s'agit que de minima; lorsque l'ALCP, la CEDH ou toute autre convention internationale est applicable au prévenu (ce qui est toujours le cas pour la CEDH), le juge doit systématiquement examiner l'applicabilité de [l'art. 66a al. 2 CP](#) et les éléments concrétisant les intérêts en balance. Pour les autorités de poursuite, soumises à la maxime de l'instruction ([art. 6 CPP](#)), cela implique d'investiguer les éléments nécessaires à son application (date de l'entrée en Suisse, lieu de scolarité, durée du séjour, intégration, liens familiaux, liens avec le pays de renvoi, etc.)⁹⁴.

La Cour d'appel pénale vaudoise a rendu deux arrêts confirmant une expulsion pénale, en examinant l'applicabilité de [l'art. 8 CEDH](#), dans les cas suivants:

- Ressortissant portugais, titulaire d'un permis B, arrivé en Suisse à 28 ans, dépendant de l'aide sociale, célibataire et père d'une petite fille de 20 mois avec laquelle il n'avait visiblement aucun contact, condamné pour un vol de CHF 3000.– avec violation de domicile (en l'espèce, un chantier) à cinq mois de privation de liberté, plus trois mois de révocation de libération conditionnelle (cas d'expulsion obligatoire de [l'art. 66a al. 1 let. d CP](#))⁹⁵;

ZStrR 4/2017 | p. 389–415 405 | ↑

- Ressortissant français ayant séjourné en Suisse une dizaine d'années, sans emploi, sans contacts réguliers

avec sa fille de cinq ans, confiée à une famille d'accueil, condamné pour délit à la LStup à huit mois de privation de liberté, ayant déjà été condamné à six reprises en Suisse, pour des infractions à la LStup, à la LEtr et à la LArm⁹⁶ (expulsion facultative de trois ans selon [l'art. 66a^{bis}CP](#))⁹⁷.

La Chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice de Genève a admis l'existence d'un cas de rigueur dans le cas d'un ressortissant ivoirien, arrivé en Suisse neuf ans avant le jugement, sans enfant, célibataire, titulaire d'un permis F pour des raisons médicales, sans emploi et vendant de la marijuana pour survivre. Malgré cinq condamnations précédentes pour du trafic de stupéfiants (marijuana), les juges ont admis que le cas de rigueur était justifié au vu de l'état de santé psychologique de l'intéressé (schizophrénie paranoïde), des faibles perspectives de soins médicaux appropriés dans son pays d'origine ainsi que du caractère mineur des délits commis après le 1^{er} octobre 2016 pour lesquels il avait en partie été condamné (quatre mois de privation de liberté, 20 jours de peine pécuniaire et CHF 200.– d'amende, essentiellement pour du petit trafic de stupéfiants)⁹⁸.

Dans un arrêt du 22 août 2017, la Haute Cour zurichoise a annulé l'expulsion obligatoire d'un ressortissant allemand condamné à 8 mois de privation de liberté avec sursis pour agression, au motif que l'ALCP lui était applicable et que l'expulsion ne remplissait pas les conditions de l'art. 5 annexe I ALCP, malgré deux condamnations antérieures et un risque de récidive considéré en l'espèce comme réel, mais insuffisamment grave. Au total et avec les deux antécédents, l'intéressé avait été condamné à «seulement» 14,5 mois de privation de liberté, élément pris en considération avec l'octroi du sursis pour nier la conformité de l'expulsion avec l'ALCP⁹⁹. A noter que les juges zurichois ont appliqué l'ALCP à titre préalable, sans l'inclure dans l'analyse de l'existence d'un cas de rigueur. Il nous semble cependant plus respectueux de l'ordre juridique suisse que les conditions posées par l'ALCP soient examinées dans le cadre de l'exception prévue par [l'art. 66a al. 2 CP](#).

7. La légitime défense ou l'état de nécessité

Selon [l'art. 66a al. 3 CP](#), «le juge peut également renoncer à l'expulsion si l'acte a été commis en état de défense excusable ([art. 16 al. 1 CP](#)) ou de nécessité excusable ([art. 18 al. 1 CP](#))». Cette disposition appelle peu de commentaire, prévoyant simplement un autre cas d'application du principe de proportionnalité, la faute de l'auteur apparaissant de ces cas comme faible.

8. Tentative, complicité et exemption de peine

L'expulsion est obligatoire selon le code en cas de condamnation pour l'une des infractions prévues à [l'art. 66a al. 1 CP](#), sans précision quant au degré de réalisation de l'infraction ou au type de participation du prévenu à l'infraction. Vu le texte de la loi, qui ne prévoit d'exception qu'en cas d'état de nécessité ou de légitime défense, [l'art. 66a al. 1 CP](#) semble s'appliquer même en cas de tentative ou de participation secondaire à l'infraction¹⁰⁰. Nous réservons toutefois les cas où le juge peut ou doit renoncer à prononcer une peine (soit en cas de délit impossible selon [l'art. 22 al. 2 CP](#) ou en cas de désistement ou repentir actif selon [l'art. 23 CP](#)) et où il ferait usage de cette possibilité dans le cas d'espèce. En cas d'exemption de peine en effet, le juge admet nécessairement que l'intérêt public à punir est minime¹⁰¹. Or, en cas d'intérêt public minime au point que le juge renonce à prononcer une peine, [l'art. 66a al. 2 CP](#) doit à notre sens trouver application. On ne voit pas comment la mesure d'expulsion pourrait être considérée comme proportionnée en pareil cas.

En cas d'expulsion facultative selon [l'art. 66a^{bis}CP](#), la question de la participation secondaire de l'auteur ou d'un

degré moindre de réalisation devra être prise en compte dans le cadre de l'appréciation de la nécessité de prononcer la mesure.

II. Le prononcé de l'expulsion: questions de procédure

1. Compétence et procédures spéciales

Les art. [66a](#) et [66a^{bis}](#) CP donnent au «juge» la compétence de prononcer une expulsion. Se pose la question de la possibilité, pour le Ministère public, de pronon-

ZStrR 4/2017 | p. 389–415 **407** | ↑

cer une expulsion par ordonnance pénale ou dans le cadre d'une procédure simplifiée.

Le Conseil fédéral exclut à juste titre le prononcé d'une expulsion par le biais d'une ordonnance pénale, indiquant qu'il ne s'agit pas d'une «sanction légère» (sic) et que son application nécessite une pesée des intérêts qui ne s'accommode pas d'une procédure tronquée¹⁰². En effet, l'ordonnance pénale est basée sur une appréciation sommaire des faits et de la personnalité de l'auteur¹⁰³. L'ensemble de la doctrine approuve cette exclusion¹⁰⁴, de même que la Conférence des procureurs¹⁰⁵. Le procureur ne saurait dès lors prononcer l'expulsion par ce biais. Il peut en revanche y renoncer par ordonnance pénale s'il admet l'existence d'un cas de rigueur ([art. 66a al. 2 CP](#)) ou considère l'expulsion facultative disproportionnée. Il lui appartient, à notre sens, d'expliquer sommairement dans l'ordonnance pour quels motifs il renonce à l'expulsion. En tous les cas, la renonciation liera les autorités migratoires. En absence d'opposition, l'ordonnance pénale est en effet assimilée à un jugement entré en force ([art. 354 al. 3 CPP](#)), de sorte que l'on devra considérer qu'un juge a renoncé à prononcer l'expulsion. Les autorités migratoires ne pourront donc pas révoquer l'autorisation de séjour du condamné pour ce motif ([art. 62 al. 2 LEtr](#) et [63 al. 3 LEtr](#))¹⁰⁶.

Si une procédure simplifiée est ouverte, l'expulsion peut à notre sens être prévue par l'acte d'accusation, en tant que mesure selon [l'art. 360 al. 1 let. c CPP](#)¹⁰⁷. En effet, l'acte d'accusation doit être expressément approuvé par le prévenu ([art. 360 al. 2 CPP](#)), assisté obligatoirement d'un avocat ([art. 130 let. c CPP](#)) et, en tous les cas, faire l'objet d'un contrôle judiciaire ultérieur¹⁰⁸. La loi prévoit ainsi suffisamment de garde-fous. En outre, l'accélération de la procédure que cette procédure spéciale implique est bienvenue, spécialement lorsque le prévenu est en détention.

L'[art. 19 al. 2 CPP](#) n'autorise les cantons à prévoir un juge unique pour statuer que lorsque la peine encourue est inférieure à deux ans de privation de liberté, sans mesure au sens des [art. 64 CP](#) (internement) ou [59 al. 3 CP](#) (mesure thérapeutique institutionnelle en milieu fermé). Cette limite de deux ans, plus restrictive que celle de l'avant-projet (alors de 3 ans), a été fixée pour tenir compte des avis ex-

ZStrR 4/2017 | p. 389–415 **408** | ↑

primés dans la procédure de consultation¹⁰⁹. La première des craintes était de conférer trop de pouvoir et de responsabilité aux juges uniques, «souvent de jeunes magistrats»¹¹⁰. Or, l'expulsion selon les art. [66a](#) et [66a^{bis}](#) CP est d'au minimum 3 ans, 5 ans en cas d'expulsion obligatoire, 20 ans ou à perpétuité en cas de récidive ([art. 66b CP](#)). Au vu de l'importance de l'ingérence qu'implique une expulsion du territoire où l'on vit et ce pour une durée minimale de 3 ans, on peut se demander si un seul juge peut réellement valablement en décider. Même si la

durée est minimale, la personne expulsée perdra cas échéant son travail, ses liens sociaux et familiaux en Suisse et sera renvoyée vers un pays que, peut-être, elle ne connaît qu'à peine. Les craintes qui ont conduit le législateur à imposer un tribunal collégial en cas de peine privative de liberté de deux ans sont transposables à l'expulsion, de sorte que l'on doute de la légalité d'une mesure d'expulsion prononcée par un juge unique.

Lorsque l'expulsion est envisagée, le prévenu sera très fréquemment mis en détention pour assurer l'exécution de la mesure¹¹¹. Or, selon [l'art. 212 al. 3 CPP](#), sa durée ne peut pas dépasser la durée de la peine prévisible. Le passage obligatoire devant un tribunal de première instance rallonge la durée de la procédure et ainsi de la détention provisoire, laquelle risque rapidement de devenir disproportionnée lorsque le cas est relativement bénin. On peut penser par exemple au cas de celui qui vole quelques milliers de francs en commettant une violation de domicile. Sa peine ne saurait en pareil cas dépasser quelques mois, ce qui impose aux autorités pénales de travailler particulièrement rapidement ou d'admettre la libération du prévenu.

2. La défense obligatoire

L'art. 130 let. b i.f. CPP impose aux autorités d'instruction de nommer un défenseur lorsque le prévenu encourt une mesure d'expulsion (défense obligatoire).

Comme pour tout cas de défense obligatoire, celle-ci doit être mise en œuvre «aussitôt» ([art. 131 al. 1 CPP](#)). Si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de l'ouverture de la procédure préliminaire, le défenseur doit être désigné après la première audition par le ministère public et, en tout état de cause, avant l'ouverture de l'instruction ([art. 131 al. 2 CPP](#)), sous peine de rendre inex-

ZStrR 4/2017 | p. 389–415 409 | ↑

ploitables les preuves administrées avant qu'un défenseur ait été désigné, alors même que la nécessité d'une défense aurait dû être reconnue (al. 3).

Ainsi, dès lors qu'il y a des soupçons concrets de commission de l'une des infractions de [l'art. 66a al. 1 CP](#), un défenseur doit être immédiatement désigné¹¹². Tel sera également le cas en présence d'un délinquant étranger multirécidiviste, même si aucune infraction de [l'art. 66a al. 1 CP](#) n'est objet de l'enquête ([art. 66a^{bis} CP](#)). Renoncer à cette mesure suppose que le procureur admette qu'il renoncera à requérir l'expulsion.

3. La détention provisoire et pour des motifs de sûreté

Pour assurer l'exécution de l'expulsion, les autorités pénales mettent souvent le prévenu en détention, ce qu'admet le Tribunal fédéral¹¹³. Comme dans chaque cas, la détention n'est licite que si elle repose sur des charges suffisantes ([art. 221 al. 1 CPP](#)) et est justifiée par l'un des risques visés par [l'art. 221 al. 2 CPP](#) (fuite, collusion ou récidive)¹¹⁴. En outre, [l'art. 212 al. 3 CPP](#) limite la durée de la détention à la durée de la peine prévisible.

Lorsque le cas est un cas relativement peu grave (vol de faible valeur avec violation de domicile par exemple), la détention sera très rapidement illicite, surtout si l'affaire est portée devant les instances supérieures. Selon le Tribunal fédéral, une fois la condamnation prononcée, la détention sera considérée comme licite «tant que la question de l'octroi du sursis est incertaine, tant que la détention subie ne dépasse pas la durée de la peine privative de liberté prononcée et tant que le principe de la célérité ([art. 5 al. 1 CPP](#)) est respecté»¹¹⁵.

C'est le plus souvent le risque de fuite qui est invoqué en pratique lorsque le délinquant est un étranger qui a de

faibles attaches à la Suisse et que l'expulsion est envisagée. On note le paradoxe qu'il y a à ordonner la mise en détention de prévenus pour éviter leur fuite à l'étranger et s'assurer ainsi de la mise en œuvre de leur expulsion du territoire suisse... Admettons toutefois que le risque de fuite n'est pas uniquement un risque de fuite à l'étranger mais un risque de disparition en Suisse, le prévenu entrant alors dans la clandestinité¹¹⁶.

La compétence pour ordonner la détention provisoire en vue de l'expulsion est identique à toute procédure pénale. Toutefois, lorsque le tribunal de première

instance a statué, les autorités administratives peuvent également prononcer la mise en détention en application de [l'art. 76 al. 1 LEtr](#) (compétences concurrentes)¹¹⁷. Lorsque le prononcé de l'expulsion est définitif et exécutoire, seules les autorités administratives peuvent ordonner la mise en détention, les autorités pénales n'étant alors plus compétentes. Si les autorités pénales l'ont ordonnée, la mise en détention pour des motifs de sûreté ne prendra fin qu'avec l'exécution de l'expulsion ([art. 220 al. 2 CPP](#)).

III. Les effets du prononcé de l'expulsion

1. Conséquences du prononcé¹¹⁸

Lorsqu'est prononcée une expulsion du territoire suisse, l'étranger perd son titre de séjour, indépendamment de son statut ([art. 121 al. 3 Cst](#)). L'autorisation de séjour prend fin dès l'entrée en force du jugement prononçant l'expulsion obligatoire au sens de [l'art. 66a CP](#) ([art. 61 al. 1 let. e LEtr](#)), quelle que soit la nature de l'autorisation. Lorsque l'expulsion a été prononcée sur la base de [l'art. 66a^{bis} CP](#), c'est le jour où la mesure est exécutée que le titre de séjour prend fin ([art. 61 al. 1 let. f LEtr](#))¹¹⁹.

Si le juge a renoncé à prononcer l'expulsion, la révocation de l'autorisation d'établissement ou de séjour n'est plus possible en vertu du droit des étrangers ([art. 62 al. 2](#) et [63 al. 3 LEtr](#))¹²⁰.

Lorsque l'étranger est sous le coup d'une expulsion, l'asile ne peut pas lui être accordé (clause d'indignité; [art. 53 let. c LAsi](#)¹²¹), ni même la protection provisoire ([art. 73 let. c LAsi](#)).

Dès l'entrée en force du prononcé, l'étranger qui demeure sur le territoire suisse ou s'y réintroduit se rend alors punissable en vertu de [l'art. 291 CP](#) (rupture de ban), loi spéciale par rapport à [l'art. 115 al. 1 LEtr](#), qui nous semble dès lors subsidiaire¹²². Toutefois, si le renvoi ne peut être exécuté parce que les autorités canto-

nales admettent que le principe du non-refoulement exclut momentanément l'exécution du renvoi, la punissabilité semble exclue¹²³.

La révocation de l'autorisation de séjour du condamné étranger, souvent un homme, entraîne également celle de sa famille qui l'a obtenue grâce aux dispositions relatives au regroupement familial ([art. 43 à 45 LEtr](#) et [73 ss OASA](#)). Le droit de séjour des proches est en effet un droit «dérivé» dont la durée dépend de l'autorisation originale. Cela a pour effet de punir ainsi non seulement le condamné mais également sa famille, conséquence particulièrement injuste qui avait été mise en avant par les opposants de l'initiative. Pour contrer cet effet pervers, on ne peut que plaider pour le renouvellement des titres de séjour de la famille des expulsés par les

autorités cantonales.

2. La mise en œuvre de l'expulsion

a) Compétence et moyens

Les cantons sont responsables de l'exécution des expulsions ([art. 69 LETr](#) et, par renvoi, [art. 46](#) et [65 LAsi](#)). S'agissant des autorités compétentes, il convient donc de se tourner vers le droit cantonal pour déterminer quel service est compétent pour prendre les dispositions de mise en œuvre de l'expulsion ou se prononcer sur le report de l'exécution.

L'[art. 71 LETr](#) prévoit néanmoins que le Secrétariat d'Etat aux Migrations (SEM) assiste les autorités cantonales chargées d'exécuter l'expulsion des étrangers, notamment en collaborant à l'obtention des documents de voyage ou en organisant le voyage de retour. L'ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE)¹²⁴ contient des dispositions d'application, notamment concernant l'organisation de vols spéciaux.

A noter que, si l'étranger a la possibilité de se rendre légalement dans plusieurs Etats, l'autorité compétente peut l'expulser dans le pays de son choix ([art. 69 al. 2 LETr](#)).

ZStrR 4/2017 | p. 389–415 412 | ↑

b) Moment de l'exécution

La loi ne prévoit pas de délai d'exécution, qui s'applique immédiatement selon le texte de [l'art. 66d al. 1 CP](#). Toutefois, lorsque le condamné est soumis à l'accord ALCP, un délai d'un mois au minimum doit lui être laissé pour quitter le territoire¹²⁵.

En cas de condamnation à une peine privative de liberté, l'expulsion ne sera exécutée qu'après l'exécution de la partie ferme de cette peine, le cas échéant ([art. 66c al. 2 et 3 CP](#)). Le but était d'assurer l'application du droit et l'égalité devant la loi¹²⁶. En particulier, l'expulsion sera exécutée dès la libération conditionnelle octroyée, l'étranger ne restant pas en Suisse pour la durée du délai d'épreuve (qu'il s'agisse de libération conditionnelle ou de sursis). Bien que le choix du législateur doive être approuvé, on relève l'incohérence qu'il y a à mettre en œuvre une privation de liberté, dont le but est la réintégration du condamné dans la société ([art. 75 al. 1 CP](#)), pour finalement l'en expulser.

c) Report de l'exécution – principe de non-refoulement

L'[art. 66d CP](#) pose le principe du non-refoulement, tel qu'il est institué par la Constitution (à son [art. 25](#)) et par plusieurs conventions internationales, notamment:

- L'[art. 3 CEDH](#)¹²⁷ (interdiction de la torture);
- l'[art. 33](#) de la Convention relative au statut des réfugiés¹²⁸;
- l'[art. 3](#) de la Convention contre la torture¹²⁹.

Selon le texte de la loi, l'exécution du renvoi ne peut être reportée que «lorsque la vie ou la liberté de la personne concernée dont le statut de réfugié a été reconnu par la Suisse 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.](#)

[66d al. 1 let. a CP](#)) et «lorsque d'autres règles impératives du droit international s'opposent à l'expulsion» ([art. 66d al. 1 let. b CP](#)). Cette disposition tient compte

des règles impératives du droit international précitées; sans cette exception, l'initiative aurait dû être déclarée nulle en application de [l'art. 139 al. 3 Cst.](#)¹³⁰.

L'[art. 66d al. 2 CP](#) précise encore que, lorsqu'elle prend sa décision, l'autorité cantonale présume qu'une expulsion vers un Etat que le Conseil fédéral a désigné comme un Etat exempt de persécution au sens de [l'art. 6a al. 2 LAsi](#) est licite. Les Etats en question sont énumérés à l'annexe 2 de l'Ordonnance 1 sur l'asile (OA 1)¹³¹.

Le texte de la loi semble ne s'appliquer qu'aux cas d'expulsion obligatoire, ce qui exclurait l'examen de la clause de non-refoulement en cas d'expulsion facultative ([art. 66a^{bis} CP](#)). On rappelle que l'expulsion facultative n'était pas prévue dans le projet du Conseil fédéral mais a été ajoutée par le Conseil des Etats, qui a dans la même proposition ajouté la précision «obligatoire» dans le texte de [l'art. 66d CP](#), sans toutefois justifier ce choix¹³². On ne voit pas ce qui l'expliquerait, excepté le fait que le législateur comptait sur le fait que le juge ne prononcerait pas l'expulsion facultative lorsqu'il y a matière à appliquer le principe du non-refoulement. Cela justifie à notre sens d'autant plus d'examiner l'application de [l'art. 66d CP](#) lors du prononcé de l'expulsion, non uniquement lors de l'exécution de celui-ci, que l'expulsion doit être envisagée sur la base de l'art. 66a al. 1 ou 66a^{bis} CP¹³³.

La jurisprudence considère que le principe du non-refoulement doit être examiné en deux temps. En premier lieu, l'examen porte sur la situation générale des droits de l'homme dans l'Etat en question et, en second lieu, sur le fait que «la personne en cause, compte tenu des circonstances concrètes de sa situation personnelle, court le risque d'un traitement contraire aux droits de l'homme. Dans ce contexte, son appartenance éventuelle à un groupe particulièrement menacé dans l'Etat requérant joue un rôle important¹³⁴.» La casuistique dépend ainsi fortement du cas particulier et de l'Etat concerné. On se limitera dès lors à renvoyer à l'abondante jurisprudence rendue par la Cour européenne des droits de l'homme en la matière¹³⁵.

Selon la loi, le report selon [l'art. 66d al. 1 let. a CP](#) n'est pas possible si le condamné ne peut invoquer l'interdiction de refoulement, soit «lorsqu'il y a de sérieuses raisons d'admettre que la personne qui l'invoque 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» ([art. 5 al. 2 LAsi](#)). Cette disposition correspond au texte de l'art. 33 al. 2 de la Convention relative au statut des réfugiés. Selon la jurisprudence, cette restriction au principe du non-refoulement suppose un crime particulièrement grave et n'intervient que «lorsque l'auteur constitue un danger pour le public de l'Etat de refuge», ce qui suppose non seulement une condamnation pour un crime particulièrement grave, mais un risque de récidive concret, le risque uniquement abstrait ne suffisant pas¹³⁶. [L'art. 5 al. 2 LAsi](#) a été appliqué dans le cas d'un étranger condamné pour la seconde fois à trois ans d'emprisonnement pour rixe, présentant un risque de récidive lié à un trouble psychique¹³⁷. A noter toutefois que, dans cet arrêt, le risque de traitement inhumain n'avait pas été considéré comme suffisamment concret.

La réglementation proposée entraîne de fait la création d'une population de sans-papiers, puisque le prononcé d'expulsion entraîne la perte de tout titre de séjour ou autorisations provisoires¹³⁸. Le législateur s'en est expressément accommodé, indiquant que le droit suisse, avant l'entrée en vigueur de [l'art. 66d CP](#), impliquait

déjà, dans certaines circonstances, la création de sans-papiers¹³⁹.

De fait, tous ceux contre lesquels une expulsion a été prononcée mais ne peut être exécutée se retrouveront dans l'impossibilité de travailler ou de bénéficier de prestations sociales. Ils en seront réduits à l'aide d'urgence ([art. 12 Cst.](#)). Comme le relève *Büchler*, cette situation est contreproductive et ne répond à aucun but d'intérêt public¹⁴⁰; il conviendrait donc que les autorités cantonales renoncent à appliquer la lettre de [l'art. 61 al. 1 let. e LEtr](#) et 64 al. 1 let. e LAsi et ne révoquent pas l'autorisation de séjour avant d'avoir vérifié que l'expulsion peut être exécutée. Cette solution ne paraît pas fondamentalement contraire aux intentions du législateur, qui a admis qu'un étranger expulsé sur la base de [l'art. 66a^{bis}CP](#) conserve son titre de séjour jusqu'à ce que l'expulsion puisse effectivement être exécutée ([art. 61 al. 1 let. f LEtr](#)). Or, l'application de [l'art. 66a^{bis}CP](#) suppose que l'expulsion apparaisse nécessaire et, donc, que le condamné présente effectivement un risque pour la sécurité publique – ce qui n'est pas nécessairement le cas selon [l'art. 66a al. 1 CP](#).

IV. Conclusions

Les [art. 66a ss CP](#) ont été conçus pour entraîner des expulsions automatiques dans des cas très variés. On constate que le catalogue des infractions concernées est très peu cohérent, puisqu'il oblige le juge à prononcer l'expulsion dans des cas de moyenne à très faible gravité et excepte de cette règle des crimes graves contre le patrimoine.

La répartition des compétences voulue par le législateur entre le juge (cas de rigueur) et les autorités cantonales d'exécution (principe de non-refoulement) ne nous semble pas envisageable en pratique. L'exécution du renvoi étant quasi immédiate après l'entrée en force du jugement, le principe de non-refoulement ne saurait être ignoré dans l'appréciation du cas de rigueur. Le juge pénal se trouve donc obligé d'examiner l'application de droits et de principes de droit international jusqu'ici réservés aux autorités migratoires. Les autorités de poursuite pénale doivent quant à elles désormais instruire la situation personnelle des étrangers avec une attention particulière et étendre cet examen au statut du prévenu selon le droit des étrangers, à ses liens familiaux, à ses attaches avec la Suisse, etc.

Les [art. 66a à d CP](#) conduiront certainement à des expulsions plus nombreuses, mais aussi et surtout à une augmentation importante des mises en détention et du travail des autorités pénales – et ainsi des coûts de la justice. Comme toujours, il incombera à la pratique de rationaliser l'application de ces dispositions afin d'en limiter les effets néfastes.

¹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP; [RS 311.0](#)).

² *M. Killias/A. Kuhn/N. Dongois/M.F. Aebi*, Précis de droit pénal général, 4^e éd., Berne 2016, 1531.

³ Voir «l'argumentaire court» disponible sur le site, toujours en ligne: <http://www.initiative-pour-le-renvoi.ch> ainsi que la rétrospective de *S. Kurt*, Eine rechtliche Retrospektive auf die Ausschaffungsiniziativa, RSC 1/2016, 45, 46 s.

⁴ ATF 143 IV 171.

⁵ ATF 123 IV 108; 114 Ib 3.

⁶ Ces auteurs soulignent les difficultés à distinguer une sanction d'une mesure et qualifient l'expulsion de sanction pénale, en mettant notamment en avant le ressenti du condamné face à un prononcé d'expulsion ainsi que les faibles chances de succès de la «mesure» par rapport à son but de sécurité, la mesure étant toujours prononcée trop tard: *G. Fiolka/L. Vetterli*, Die Landesverweisung nach Art.66a StGB als strafrechtliche Sanktion, Plädoyer 5/2016, 82, 83 s. Egalement sceptique quant à l'effet escompté de la mesure: *Kurt* (n.

- 3), 49.
- 7 V., par exemple, FF 2013 5373, 5397: «L'expulsion pour une durée de cinq à quinze ans constitue une grave sanction, que le tribunal ne doit pouvoir ordonner que s'il juge l'infraction d'une gravité telle qu'elle doit entraîner une condamnation.»
- 8 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; [RS 101](#)).
- 9 Message concernant une modification du Code pénal et du Code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 121 al. 3 à 6, Cst. relatif au renvoi des étrangers criminels), FF 2013 5373, 5394 (ci-après: «Message»).
- 10 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; [RS 142.20](#)).
- 11 Art. 66a let. f et n, v. BO 2014 E 1236 ss.
- 12 En effet, tous les crimes des titres 1, 5, 7, 8 (à l'exception de la propagation intentionnelle d'un parasite créant un danger considérable selon l'art. 233 ch. 1 al. 2 CP), 9, 12, 12^{bis} et 12^{ter} de la partie spéciale du Code pénal font partie de la liste des infractions donnant lieu à expulsion obligatoire.
- 13 Le catalogue ne comprend aucune infraction des titres 10, 11, et 13 à 20 de la partie spéciale.
- 14 Dans le même sens: A. *Bonard*, Expulsion pénale: la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi, questions choisies et premières jurisprudences, [fp 2017](#), 315, 316.
- 15 Alors que ces infractions n'existent pas en tant que telles, et ne sont qu'une forme d'escroquerie au sens de [l'art. 146 al. 1 CP](#), infraction qui entraîne déjà l'expulsion obligatoire selon [l'art. 66a let. f CP](#).
- 16 ATF 140 IV 14; 140 IV 209. V. également *Fiolka/Vetterli* (n. 6), 93, qui se réfèrent au Message (FF 2013 5432) et soutiennent à juste titre que l'infraction n'est pas réalisée uniquement lorsque l'auteur se tait, sans requête expresse de l'assurance sur la mise à jour de sa situation financière.
- 17 Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; [RS 830.1](#)).
- 18 Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; [RS 831.10](#)).
- 19 Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI; [RS 831.20](#)).
- 20 Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (Loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG; [RS 834.1](#)).
- 21 Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales (Loi sur les allocations familiales, LAFam; [RS 836.2](#)).
- 22 Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (Loi sur les prestations complémentaires, LPC; [RS 831.30](#)).
- 23 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; [RS 831.40](#)).
- 24 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage, LACI; [RS 837.0](#)).
- 25 Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal; RS; 832.10).
- 26 Sur la question v. *D. Stoll*, Les infractions à l'aide sociale, Expert Focus 2012, 1014 ss et les arrêts cités: ATF 140 IV 14; 140 IV 209 et [127 IV 166](#).
- 27 [ATF 127 IV 166](#).
- 28 ATF 140 IV 14; 140 IV 209.
- 29 Recommandations relatives à l'expulsion des personnes étrangères condamnées (art. 66a à 66d CP), Conférence des procureurs de Suisse, 24 novembre 2016, pt. 4.
- 30 ATF 142 IV 133.
- 31 BO 2014 E 1253.
- 32 BO 2015 N 258.
- 33 BO 2014 E 1253.
- 34 Dont le texte était semblable à [l'art. 66a^{bis}CP](#): «Le juge pourra expulser du territoire suisse, pour une durée de trois à quinze ans, tout étranger condamné à la réclusion ou à l'emprisonnement. En cas de récidive, l'expulsion pourra être prononcée à vie», étant précisé que le législateur n'avait pas encore fait de la peine pécuniaire la sanction par défaut du Code pénal.
- 35 A noter toutefois que l'expulsion selon l'ancien droit n'avait pas seulement le caractère d'une mesure, mais également celui d'une peine accessoire (ATF 123 IV 108; 114 Ib 3). Ainsi, l'expulsion pouvait être prononcée également pour sanctionner le comportement fautif du condamné, et être assortie du sursis lorsque le pronostic était favorable.
- 36 Pour un exemple d'expulsion en cas d'infraction à la loi sur les armes, en présence de quatre condamnations antérieures: arrêt du TF

[6S.149/2005](#) du 31.5.2005.

- 37 Voir l'[ATF 139 II 121](#) pour un autre exemple (multiples infractions graves à la Loi sur la circulation routière et à la Loi sur les stupéfiants, condamnations totalisant 32 mois de privation de liberté).
- 38 Pour un exemple, v. l'ATF 135 IV 185.
- 39 Toutes infractions confondues, étant précisé que ce taux est exceptionnellement bas pour 2012, puisqu'il était les années précédentes autour de 18%: Office fédéral de la statistique, Adultes: Taux de récidive selon le sexe, l'âge, les antécédents, le type de récidive et un choix d'infractions, Tableau publié le 6 juin 2017, document disponible sous ce lien: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal/recidive/analyses.assetdetail.2769504.html>.
- 40 Recommandations relatives à l'expulsion des personnes étrangères condamnées (art. 66a à 66d CP), Conférence des procureurs de Suisse, 24 novembre 2016, pt. 3.1.
- 41 Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants, LStup; [RS 812.121](#)).
- 42 CAPE VD 2017/102 du 14.3.2017 (n° 116).
- 43 Id., consid. 4.2.
- 44 CPAR GE, arrêt AARP/185/2017 du 2.06.2017 consid. 2.3.
- 45 V. FF 2013 5457.
- 46 Message, FF 2013 5388 s., 5399.
- 47 BO 2014 E 1246 ss. En outre, le Parlement était particulièrement mis sous pression, les initiants ayant lancé une initiative de mise en œuvre particulièrement drastique; v. *Kurt* (n. 3), 47.
- 48 Dans ce sens, les Recommandations relatives à l'expulsion des personnes étrangères condamnées (art. 66a à 66d CP), Conférence des procureurs de Suisse, 24 novembre 2016, qui exigent en outre la réalisation de deux conditions cumulatives suivantes: (1) Il n'y a aucun antécédent lié à une infraction de l'[art. 66a al. 1 CP](#) ni, dans les cinq ans précédant la commission de la nouvelle infraction, de condamnation à une peine de plus de six mois, même pour une autre infraction et (2) le prévenu est titulaire d'un permis B, C ou Ci.
- 49 *M. Busslinger/P. Uebersax*, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 5/2016, 96, 98, y voient deux conditions cumulatives, et préconisent un examen en deux étapes: (1) existe-t-il un cas de rigueur? et (2) la balance des intérêts plaide-t-elle en faveur du renvoi ou non?
- 50 Dans le même sens, *Busslinger/Uebersax* (n. 49), 97.
- 51 Message, FF 2013 5402.
- 52 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, [RS 0.101](#).
- 53 Art. 17 al. 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ([RS 0.103.2](#)), selon lequel «nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraire: ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation».
- 54 Convention relative aux droits de l'enfant conclue à New York le 20 novembre 1989 ([RS 0.107](#)).
- 55 Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; [RS 0.142.112.681](#)).
- 56 FF 2013 5374.
- 57 Soit le cas dans lequel le législateur a expressément tenu compte de la violation du droit international supérieur.
- 58 ATF 139 I 29.
- 59 ATF 142 II 38; 136 II 255. Voir également sur cette question et dans le même sens: *N.B. Urri/V. Priuli*, Landesverweisung und Freizügigkeitsabkommen, PJA 2017, 886, 891; OG ZH, arrêt SB170250-O du 22.8.2017 consid. 3.2.
- 60 V. sur cette question: *Fiolka/Vetterli* (n. 6).
- 61 Le Tribunal fédéral, en faisant référence à l'[art. 190 Cst](#), a considéré qu'il était lié aux principes développés par la jurisprudence de la CourEDH dans le cadre de l'application de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst: [ATF 139 I 31](#). La Cour d'appel vaudoise a par ailleurs à deux reprises tenu compte des critères de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'examen sur appel de prononcés d'expulsion: CAPE VD, arrêts 2017/115 du 16.3.2017 (n° 92) et 2017/102 du 14.3.2017 (n° 116).
- 62 V., entre de nombreux autres arrêts, l'arrêt CourEDH *Boultif c. Suisse* du 2.8.2001, § 41 ss.
- 63 V., arrêts CourEDH *Salija c. Suisse* du 10.1.2017, § 41 ss; *Boultif c. Suisse* du 2.8.2001, § 48 ss; ATF 139 I 149; 139 I 35. Sur cette question, v. également *Busslinger/Uebersax* (n. 49), 101 ss; *A. Berger*, Umsetzungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative, in: Jusletter 7 août 2017, 65 ss.
- 64 ATF 139 I 19; [135 II 377](#) 381; 134 II 23; arrêt du TF [2C_910/2015](#) du 11.4.2016 consid. 5.2.

- 65 ATF 135 II 382 s.; [134 II 10](#) 24; [130 II 176](#) 185.
- 66 ATF 139 I 35, qui résume plusieurs jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme eu égard à des infractions en lien avec les stupéfiants.
- 67 ATF 135 II 382 s.; arrêt du TF [2C_910/2015](#) du 11.4.2016 consid. 5.2.
- 68 ATF 139 II 127 s.; arrêts du TF [2C_394/2016](#) du 26.8.2016 consid. 6.3; [2C_1050/2014](#) du 5.6.2015 consid. 5.3.
- 69 Arrêt CourEDH *Boultif c. Suisse* du 2.8.2001, § 48 ss.
- 70 Arrêt CourEDH *Üner c. Pays-Bas* du 18.10.2006, § 57 et 58.
- 71 Arrêt CourEDH *Salija c. Suisse* du 10.1.2017, § 41 ss.
- 72 Arrêt CourEDH *Salija c. Suisse* du 10.1.2017, § 50 à 54.
- 73 Arrêt CourEDH *Boultif c. Suisse* du 2.8.2001, § 46 ss.
- 74 Arrêt CourEDH *Emre c. Suisse* du 22.5.2008, § 65 à 87.
- 75 *G. Münch/F. De Weck*, Die neue Landesverweisung in [Art. 66a ss StGB](#), Revue de l'Avocat 2016, 163, 166.
- 76 L'[art. 66d al. 1 let. b CP](#) pourrait également être invoqué.
- 77 Dans le même sens, *Busslinger/Uebersax* (n. 49), 99; *A. Büchler*, Der Gesetzgeber schafft Sans-Papiers: Die unbedachten Folgen der neuen strafrechtlichen Landesverweisung, in: Jusletter 20 mars 2017, 8.
- 78 Directive [64/221/CEE](#) du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, Journal officiel n° 056 du 4.4.1964 p. 0850-0857.
- 79 *Urri/Priuli* (n. 59), 888 s.
- 80 Arrêt du TF [2C_1097/2016](#) du 20.2.2017 consid. 4.2, qui cite l'ATF 139 II 125 s. et les références.
- 81 ATF 139 II 125 s. et les références.
- 82 ATF 139 II 125 s.; [137 II 297](#) 303 s. Pour un tour d'horizon plus complet de la jurisprudence rendue en application de l'art. 5 annexe I ALCP, v. *Urri/Priuli* (n. 59), 893 ss.
- 83 [ATF 130 II 176](#) consid. 4.3.3 p. 187 ss.
- 84 *Urri/Priuli* (n. 59), 896.
- 85 Message, FF 2013 5402 ss.
- 86 Message, FF 2013 5402.
- 87 Dans le même sens, *Busslinger/Uebersax*, (n. 49), 99; *contra* BG ZH, arrêt GG170032 du 12.4.2017 consid. 3.2, qui soutient que la distinction entre prononcé et exécution est claire dans la loi et au demeurant usuelle en droit pénal; ég. *Bonard* (n. 14), 317.
- 88 V. les arrêts ATF 139 II 125 s.; 137 II 303 s. rendus en application de l'ALCP.
- 89 Voir ci-dessus I. 6.
- 90 Ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; [RS 142.201](#)).
- 91 A l'exception de la situation financière et de la volonté de prendre part à la vie économique et d'acquérir une formation, critères qui ne nous paraissent pas devoir entrer en ligne de compte dans ce cadre car ils créent une disparité difficilement justifiable entre des étrangers aux moyens financiers différents.
- 92 L'importance des critères ressort également des textes allemands des deux dispositions. L'[art. 31 OASA](#) et l'[art. 66a al. 2 CP](#) parlent tous deux de «Schwer(wiegender) persönlicher Härtefall».
- 93 Recommandations relatives à l'expulsion des personnes étrangères condamnées (art. 66a à 66d CP), Conférence des procureurs de Suisse, 24 novembre 2016.
- 94 Dans le même sens, *N. Ruckstuhl*, Verfahrensfragen bei der strafrechtlichen Landesverweisung und der migrationsrechtlichen Aufenthaltsbeendigung, Plädoyer 5/2016, 112, 120 ss.
- 95 CAPE VD, arrêt 2017/115 du 16.3.2017 (n° 92).
- 96 Loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions (Loi sur les armes, LArm; RS) 514.54.
- 97 CAPE VD, arrêt 2017/102 du 14.3.2017 (n° 116).
- 98 CPAR GE, arrêt AARP/185/2017 du 2.6.2017 consid. 2.3.
- 99 OG ZH, arrêt SB170250-O du 22.8.2017 consid. 4, spéc. 4.7, qui résume la jurisprudence rendue en application de l'ALCP en particulier au

regard de la durée des peines prononcées contre les ressortissants étrangers. Il en ressort que le Tribunal fédéral a presque systématiquement annulé les renvois des étrangers condamnés à une peine inférieure ou égale à deux ans de privation de liberté (v. notamment les arrêts du TF [2C_412/2009](#) du 9.3.2010 et [2C_486/2011](#) du 13.12.2011 ainsi que les arrêts cités dans le jugement zurichois).

- 100 Dans le même sens, Recommandations relatives à l'expulsion des personnes étrangères condamnées (art. 66a à 66d CP), Conférence des procureurs de Suisse, 24 novembre 2016, pt. 1c; ég. *Berger* (n. 63), 45.
- 101 Voir les développements du TF relatifs à l'[art. 53 CP](#), par exemple dans l'arrêt du TF [6B_558/2009](#) du 26.10.2009 consid. 2.
- 102 Message, FF 2013 5405. Critiques sur ce point: *Fiolka/Vetterli* (n. 6), 88.
- 103 Arrêt du TF [6B_152/2013](#) du 27.5.2013.
- 104 *Ruckstuhl* (n. 94), 113 s; *Fiolka/Vetterli* (n. 6), 88; *M. Dupuis/L. Moreillon/C. Piguet/S. Berger/M. Mazou/V. Rodigari* [éds], Code pénal: Petit Commentaire, 2e éd. 2017, n. 12 ad Rem. prélim. aux art. 66a à 66d CP.
- 105 Recommandations relatives à l'expulsion des personnes étrangères condamnées (art. 66a à 66d CP), Conférence des procureurs de Suisse, 24 novembre 2016, pt. 1a.
- 106 *Ruckstuhl* (n. 94), 113 s; *Fiolka/Vetterli* (n. 6), 88.
- 107 Recommandations relatives à l'expulsion des personnes étrangères condamnées (art. 66a à 66d CP), Conférence des procureurs de Suisse, 24 novembre 2016, pt. 1f.
- 108 ATF 139 IV 240.
- 109 FF 2006 1057 ss, 1115.
- 110 Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1115, lequel renvoie à la synthèse des résultats de la procédure de consultation relative aux avant-projets de CPP et PPMin de février 2003, p. 26–27.
- 111 Quand bien même la peine serait assortie du sursis, v. l'arrêt du TF [1B_61/2017](#) du 29.3.2017, consid. 5.3.
- 112 Dans le même sens, *Münch/De Weck* (n. 75), 168; *Ruckstuhl* (n. 94), 119.
- 113 ATF 143 IV 171.
- 114 Arrêt du TF [1B_637/2012](#) du 8.5.2013 consid. 3.7, n.p. aux [ATF 139 IV 246](#); 137 IV 125; 124 IV 316.
- 115 ATF 143 IV 174s.
- 116 Arrêts du TF [1B_401/2012](#) du 20.7.2012 consid. 4.4; [1B_148/2011](#) du 13.4.2011 consid. 3.2.
- 117 ATF 143 IV 172.
- 118 Sur les conséquences détaillées du prononcé de l'expulsion en droit des étrangers, v. *Busslinger/Uebersax* (n.49), 103 ss.
- 119 Sauf lorsque l'étranger est au bénéfice de l'asile, qui prend fin dès l'entrée en force de l'expulsion, qu'elle soit obligatoire ou facultative ([art. 64 al. 1 let. e LAs](#)).
- 120 Sur ce point, v. également: *Fiolka/Vetterli* (n. 6), 88, lesquels admettent à juste titre que ces normes déploient ces effets mêmes lorsque le procureur a renoncé à cette mesure par ordonnance pénale.
- 121 Loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi; [RS 142.31](#)).
- 122 Sur cette question, v. *Fiolka/Vetterli* (n. 6), 88 s.
- 123 Sur ces points, voir les arrêts du TF [6B_783/2011](#) du 2.3.2012 consid. 1.3; [6B_482/2010](#) du 7.10.2010 consid. 3.2.2; [6B_85/2007](#) du 3.7.2007 consid. 2.3 qui se rapportent à l'[art. 115 al. 1 let. b LET](#) et rappellent que la punissabilité selon cette disposition suppose que l'étranger ne se trouve pas dans l'impossibilité de quitter la Suisse et de rentrer dans son pays d'origine. Le TF rappelle que «le principe de la faute suppose la liberté de pouvoir agir autrement».
- 124 Ordonnance du 11 août 1999 sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers (OERE; [RS 142.281](#)).
- 125 Art. 7 al. 2 de la Directive [64/221/CEE](#) du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, Journal officiel n° 056 du 4.4.1964 p. 0850–0857.
- 126 FF 2013 5373, 5427.
- 127 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, [RS 0.101](#).
- 128 Convention relative au statut des réfugiés, [RS 0.142.30](#).
- 129 Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, [RS 0.105](#).
- 130 *J. Reich*, Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?: Zur Frage des Gültigkeit der eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» im Lichte von Art. 139 Abs 2 BV,

RPS 2008 499, 518 s.

¹³¹ Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure du 11 août 1999; Ordonnance 1 sur l'asile, OA 1, [RS 142.311](#).

¹³² BO 2014 E 1253.

¹³³ V. ci-dessus I.6.c).

¹³⁴ ATF 139 II 73 s.; 134 IV 170.

¹³⁵ On peut s'inspirer de la Fiche thématique «Expulsions et extraditions» publiée en juillet 2013 par l'Unité de la Presse de la CourEDH, disponible sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme, <http://www.echr.coe.int/> (onglet «Presse») et sur le site <http://www.humanrights.ch> (onglet «Service», «Droits humains», «Principe du non-refoulement»).

¹³⁶ ATF 139 II 73 s.; 135 II 114 et 120; arrêts du TF. 2A.139/1994 du 1.7.1994 consid. 6; [2A.51/2006](#) du 8.5.2006 consid. 5.2.

¹³⁷ [ATF 139 II 65](#).

¹³⁸ *Münch/De Weck* (n. 75), 167; sur l'ensemble du sujet, v. *Büchler* (n. 77).

¹³⁹ Soit lorsque le refoulement n'est pas possible et que l'admission provisoire ne peut être octroyée ([art. 83 al. 7 LET](#)). Pour les explications du CF, v. Message, FF 2013 5404.

¹⁴⁰ *Büchler* (n. 77), 37.