

Initiatives populaires et droit international

Popular initiatives and international law

Content

Federal Constitution, Art. 139: Popular initiative requesting a partial revision of the Federal Constitution in specific terms	2
Initiatives populaires adoptées en conflit avec le droit international	3
Lifelong Detention	3
Construction of minarets.....	5
Popular initiative on expulsion.....	21
Initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels» (initiative de mise en oeuvre)	25
Popular initiative against “mass immigration”	28
Annex 1	
Extrait du Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996	29
Annex 2	
Rapport de la Commission des institutions politiques du 15 avril 2010	34
Annex 3	
Extraits du Message concernant l’initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre)» du 20 novembre 2013	37

Platforme droits humains des ONG / NGO Platform Human Rights
2014 / 02 / 12

Contact: humanrights.ch, Hallerstrasse 23, CH-3012 Bern
phone +41 31 302 01 61, E-mail: info@humanrights.ch

La révision partielle de la constitution est réglée dans l'article 139 de la constitution actuelle:

Art. 139 Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution

- 1 100 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote peuvent, dans un délai de 18 mois à compter de la publication officielle de leur initiative, demander la révision partielle de la Constitution.
- 2 Les initiatives populaires tendant à la révision partielle de la Constitution peuvent revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou celle d'un projet rédigé.
- 3 **Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle.**
- 4 Si l'Assemblée fédérale approuve une initiative populaire conçue en termes généraux, elle élabore la révision partielle dans le sens de l'initiative et la soumet au vote du peuple et des cantons. Si elle rejette l'initiative, elle la soumet au vote du peuple, qui décide s'il faut lui donner suite. En cas d'acceptation par le peuple, l'Assemblée fédérale élabore le projet demandé par l'initiative.
- 5 Toute initiative revêtant la forme d'un projet rédigé est soumise au vote du peuple et des cantons. L'Assemblée fédérale en recommande l'acceptation ou le rejet. Elle peut lui opposer un contre-projet.

Partial revision of the Federal Constitution is regulated in article 139 of this Constitution:

Art. 139 Popular initiative requesting a partial revision of the Federal Constitution in specific terms

- 1 Any 100,000 persons eligible to vote may within 18 months of the official publication of their initiative request a partial revision of the Federal Constitution.
- 2 A popular initiative for the partial revision of the Federal Constitution may take the form of a general proposal or of a specific draft of the provisions proposed.
- 3 **If the initiative fails to comply with the requirements of consistency of form, and of subject matter, or if it infringes mandatory provisions of international law, the Federal Assembly shall declare it to be invalid in whole or in part.**
- 4 If the Federal Assembly is in agreement with an initiative in the form of a general proposal, it shall draft the partial revision on the basis of the initiative and submit it to the vote of the People and the Cantons. If the Federal Assembly rejects the initiative, it shall submit it to a vote of the People; the People shall decide whether the initiative should be adopted. If they vote in favour, the Federal Assembly shall draft the corresponding bill.
- 5 An initiative in the form of a specific draft shall be submitted to the vote of the People and the Cantons. The Federal Assembly shall recommend whether the initiative should be adopted or rejected. It may submit a counter-proposal to the initiative.

Dans le Message du Conseil fédéral suisse relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996 se trouvent des explications sur l'alinéa 3 de l'article 139 de la Constitution actuelle (annex 1, no english translation).

En 2009 le groupe parlementaire de l'UDC (le même partie qui a lancé l'initiative «Contre l'immigration de masse») a déposée une initiative parlementaire qui visait à préciser, à l'art. 139 de la Constitution fédérale, la notion de « règle impérative du droit international ». Le 28

septembre 2010 le Conseil national a décidé de ne pas donner suite à l'initiative., se basant sur un rapport de sa commission des institutions politiques (annex 2, no english translation).

Sur le site internet de la «Plateforme d'information humanrights.ch» se trouve une rubrique «Droit interne versus droit international - Nouvelles»:
<http://www.humanrights.ch/fr/Suisse/interieure/Droit-interne/index.html>

On the internet site of the «Information Platform humanrights.ch» you can find a column «Peoples rights vs. international law»:
<http://www.humanrights.ch/en/Switzerland/Internal-Affairs/Law/index.html>

Sur le site internet du «Centre suisse de compétence pour les droits humains» (CSDH) se trouve une page sur «Des mesures pour améliorer la compatibilité entre droit international et droit d'initiative»: <http://www.skmr.ch/frz/domaines/questions-institutionnelles/nouvelles/droit-dinitiative.html> (no english translation).

Initiatives populaires adoptées en conflit avec le droit international

Approved popular initiatives in conflict with international law

Internement à vie Adopté le 8 février 2004

Lifelong Detention Adopted on 8 February 2004

Art. 123a

- 1 Si un délinquant sexuel ou violent est qualifié d'extrêmement dangereux et non amendable dans les expertises nécessaires au jugement, il est interné à vie en raison du risque élevé de récidive. Toute mise en liberté anticipée et tout congé sont exclus.
- 2 De nouvelles expertises ne sont effectuées que si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'établir que le délinquant peut être amendé et qu'il ne représente dès lors plus de danger pour la collectivité. L'autorité qui prononce la levée de l'internement au vu de ces expertises est responsable en cas de récidive.
- 3 Toute expertise concernant le délinquant est établie par au moins deux experts indépendants qui prennent en considération tous les éléments pertinents.

Art. 123a

- 1 If a sex offender or violent offender is regarded in the reports required for sentencing as being extremely dangerous and his or her condition assessed as untreatable, he or she must be incarcerated until the end of his or her life due to the high risk of reoffending. Early release and release on temporary licence are not permitted.
- 2 Only if new scientific findings prove that the offender can be cured and thus no longer represents a danger to the public can new reports be drawn up. If the offender is released on the basis of these new reports, the authorities granting his or her release must accept liability if he reoffends.
- 3 All reports assessing sex offenders or violent offenders must be drawn up by at least two experienced specialists who are independent of each other. The reports must take account of all the principles that are important for the assessment.

Dans son Message relatif à l'initiative populaire «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables» du 4 avril 2001 le Conseil Fédéral s'est exprimé dans le chapitre 2 «**Validité de l'initiative**» au point 2.4 sur la «**Compatibilité avec les règles impératives du droit international**»:

«Selon les art. 139, al. 3 et 194, al. 2, Cst., une initiative populaire ne saurait violer des règles impératives du droit international (appelées jus cogens). Les règles impératives du droit international ont valeur absolue, compte tenu de leur importance pour l'ordre juridique international. On entend notamment par là les garanties de la CEDH et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, auxquelles on ne peut déroger, même pas en état de nécessité. L'initiative a certes des points de contact avec ces conventions internationales (cf. ch. 3.9); il n'y a cependant pas de conflits avec les garanties susmentionnées.»

Dans le chapitre 3 «**Contenu de l'initiative**» le Conseil fédéral s'exprime au point 3.9 sur les «**Rapports avec le droit international**»:

«3.9.1 Art. 5, ch. 4, CEDH

En vertu de l'art. 5, ch. 4, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), toute personne privée de sa liberté a le droit de saisir, à intervalles réguliers, un tribunal qui examinera si l'état de fait ayant donné lieu à la détention subsiste. La légalité de la détention doit pouvoir être vérifiée à intervalles raisonnables.

Toutefois, si un tribunal a lui-même ordonné une privation de liberté par le biais d'un jugement pénal, cet arrêt ne doit pas faire l'objet d'une vérification subséquente. Il existe cependant des exceptions à ce principe:

Un droit à un examen judiciaire répété de la détention existe toujours lorsque la privation de liberté dépend aussi de dispositions personnelles (par ex. maladie mentale, alcoolisme ou toxicomanie) ou d'autres circonstances susceptibles de se modifier. Il en va de même si de nouveaux faits sont de nature à mettre ultérieurement en doute la licéité de la privation de liberté ou si de nouvelles questions concernant la légitimité de la privation de liberté surviennent après la prononciation du jugement (cf. arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 décembre 1999 dans la cause T. contre Royaume-Uni, § 118; ATF 121 I 297; avec références citées).

A cet égard, la jurisprudence procède (notamment en cas de mesures stationnaires pour des personnes souffrant de maladies psychiques) du fait que les intervalles d'une année entre les examens sont «raisonnables»*. Ainsi, en vertu de l'art. 45, al. 1, CP, l'autorité compétente doit prendre une décision au moins une fois par an sur la question de savoir dans quelle mesure il peut être ordonné une libération de l'internement. Toutefois, dans des cas particuliers, l'intéressé peut, compte tenu de changements de la situation, faire valoir un intérêt légitime à un examen déjà avant la prochaine vérification périodique.

Le nouvel art. 65bis Cst. que propose l'initiative n'exclut ni un examen périodique, ni un examen à la demande de l'intéressé. Au contraire, à l'appui de cette nouvelle disposition, il y aura lieu de tirer au clair régulièrement si une libération du délinquant peut être prise en considération, eu égard à de nouvelles connaissances scientifiques. L'initiative tient ainsi compte des exigences posées par l'art. 5 CEDH**. Toutefois la notion de «nouvelle connaissance scientifique» doit être interprétée suffisamment largement pour comprendre une modification de la situation personnelle du délinquant ou d'autres circonstances extérieures (cf. les considérations sous ch. 3.5.4.3). Cette interprétation extensive est certes encore compatible avec le texte de l'initiative mais elle devrait cependant aller au-delà des intentions des auteurs de l'initiative.

3.9.2 Art. 6, ch. 1, CEDH et art. 14, al. 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966

Selon le texte de l'initiative, un délinquant sexuel ou violent que les expertises judiciaires jugent d'extrêmement dangereux et de non amendable doit être interné à vie. Il se pose dès lors la question de savoir si le tribunal, dans le cadre de l'appréciation de la situation personnelle, dispose encore d'une marge de décision lors de la fixation de la sanction ou s'il est lié par l'avis des experts. Dans ce dernier cas, le tribunal ne serait plus indépendant au sens de l'art. 6, ch. 1, CEDH et de l'art. 14, al. 1, Pacte II.

Une telle interprétation de l'initiative ne s'impose pas. Ne serait-ce que parce qu'elle exige que les expertises en vue de l'appréciation des délinquants sexuels ou violents doivent être établies par au moins deux spécialistes indépendants l'un de l'autre, elle donne au tribunal la possibilité de ne pas reprendre, telles quelles, les explications des experts. Avec la formulation selon laquelle les expertises doivent être établies en prenant «en considération tous les éléments pertinents», elle permet en outre au tribunal de s'écarter des conclusions des experts, notamment lorsque des circonstances importantes et bien établies viennent en ébranler sérieusement la crédibilité***.

Il y a donc place pour une interprétation conforme au droit international de la disposition constitutionnelle proposée.»

* Par ex. arrêt du 24 septembre 1992 en la cause Herczegfalvy contre Autriche, série A, vol. 244, ch. 75 ss, 77.

** L'art. 31, al. 4, Cst. exige également un examen périodique. Dans le message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, il est exposé à cet égard: «Suivant les motifs de la privation de liberté il doit exister la possibilité d'exiger en tout temps un nouveau contrôle judiciaire, même si, dans un premier temps, un tribunal a ordonné la détention ou en a déjà vérifié le bien-fondé. Il en est toujours ainsi lorsque les raisons qui justifiaient originellement la détention peuvent disparaître au fil du temps (FF 1997 I 188).

*** Cf. entre autres ATF 101 IV 130
(no english translation)

construction de minarets Adopté le 29 novembre 2009

Art. 72, al. 3 (nouveau)
3 La construction de minarets est interdite.

construction of minarets Adopted on 29 november 2009

Art. 72, para. 3 (new)
3 The construction of minarets is prohibited.

Dans son Message relatif à l'initiative populaire «contre la construction de minarets» du 27 août 2008 le Conseil fédéral s'est exprimé dans le chapitre 2 «Validité» au point 2.3. sur la «**Compatibilité de l'initiative populaire avec les règles impératives du droit international**».

2.3.1 L'art. 139, al. 2, Cst.

Selon l'art. 139, al. 2, Cst., l'Assemblée fédérale doit déclarer une initiative populaire totalement ou partiellement nulle lorsqu'elle ne respecte pas les règles impératives du droit international. Cette disposition découle des limites matérielles générales posées au constituant, qui ne peut pas opérer une révision totale ou partielle de la Constitution qui violerait les règles impératives du droit international (art.193, al. 4, et 194, al. 2, Cst.). Il nous faut donc examiner si tel est le cas de l'interdiction de construire des minarets en Suisse visée par les auteurs de l'initiative.

2.3.2 Définition des règles impératives du droit international (jus cogens)

La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités⁵, à son art. 53, définit les normes impératives du droit international (jus cogens) comme des normes acceptées et reconnues par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que normes auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui ne peuvent être modifiées que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. Cette définition est aujourd'hui reconnue comme ayant un caractère universel, valable au-delà du cercle des Etats parties à la Convention de Vienne¹. La caractéristique décisive de la norme impérative est son «indérogeabilité» (droit intangible)².

La Convention de Vienne n'énumère pas les normes du droit international répondant à cette définition. Dans leur majorité, la doctrine et la pratique considèrent comme telles les dispositions essentielles du droit international que sont d'une part l'interdiction de l'usage de la force dans les relations entre Etats (art. 2, al. 4, de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945) et d'autre part les garanties élémentaires des droits de l'homme et du droit international humanitaire tels que l'interdiction de la torture et des traitements inhumains, la protection contre l'infliction arbitraire de la mort, l'interdiction de l'esclavage, de la piraterie et du génocide³.

Dans son message relatif à une nouvelle constitution fédérale, le Conseil fédéral a cité parmi les normes du jus cogens l'interdiction de la torture, du génocide et de l'esclavage, les garanties de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH) qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité, et les principes du droit international humanitaire. La plus grande partie du droit international n'a cependant pas un caractère impératif et ne peut pas constituer une limite absolue à la révision de la Constitution. Une initiative populaire ne peut pas être déclarée nulle parce qu'elle enfreint des normes non impératives du droit international. Si elle est acceptée par le peuple et les cantons, les autorités fédérales doivent envisager de dénoncer l'accord international en question⁴.

En une seule occasion, l'Assemblée fédérale a dû déclarer nulle une initiative populaire qui violait des règles impératives du droit international: c'était l'initiative «pour une politique d'asile raisonnable» déposée en 1992. Le Conseil fédéral, ayant approfondi la notion de jus cogens dans le message relatif à cette initiative⁵, a confirmé la nature impérative de l'interdiction de la torture; la question qui se posait était de savoir s'il était possible de déroger à cette interdiction inscrite dans le droit international, en relation avec l'assouplissement du principe de non-refoulement demandé par l'initiative⁶.

Le Conseil fédéral a constaté, dans son message relatif à l'initiative populaire «pour une conception moderne de la protection des animaux (Oui à la protection des animaux!) » que la CEDH et le Pacte du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU), notamment, ont «un rang qui rend leur dénonciation de fait impossible»⁷. Pour ce qui est de la CEDH, il a souligné les «conséquences politiques très graves» qu'aurait une dénonciation, même si elle est en théorie possible. Il a cependant renoncé expressément à reconnaître ces dispositions comme des normes internationales impératives de facto au sens de l'art. 139, al. 2, Cst.⁸

2.3.3 Règles impératives du droit international dans la CEDH

Remarques générales

La CEDH ne fait pas mention explicite des règles impératives du droit international. Son art. 15, al. 2, nomme cependant certaines garanties conventionnelles auxquelles aucune dérogation n'est possible, même «en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation» (art. 15, al. 1, CEDH). Le fait qu'elles demeurent intangibles en état de nécessité est considéré comme un indice de leur nature impérative, si bien que les dispositions citées sont comptées parmi le jus cogens⁹. L'initiative «contre la construction de minarets» ne touche aucun des droits

auxquels il n'est pas possible de déroger même en état de nécessité, visés à l'art. 15, al. 2. Elle ne viole donc pas ces règles impératives du droit international.

Jus cogens et art. 9 CEDH

L'art. 9 CEDH garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion. L'al. 1 protège d'abord la conviction intime de l'individu, c'est-à-dire, pour ce qui est de la religion, la liberté de développer sa propre pensée religieuse et celle de changer de conviction (forum internum). Il garantit en outre le droit de manifester sa conviction religieuse, c'est-à-dire d'exprimer sa foi en public et de pratiquer une religion individuellement ou collectivement, en public ou en privé (forum externum)¹⁰. Dans cette dimension extérieure (dont relève la construction de minarets), et seulement dans celle-ci, la liberté religieuse peut être soumise à certaines limites prévues à l'art. 9, al. 2, CEDH. De plus, l'art. 9 CEDH n'est pas cité à l'art. 15, al. 2, CEDH, qui énumère les droits intangibles.

L'initiative «contre la construction de minarets» ne viole donc pas les règles impératives du droit international au regard de l'art. 9 CEDH. L'interdiction de construire des minarets n'empêcherait pas les musulmans de se former une conviction religieuse et de vivre en fonction de cette conviction, ni de pratiquer leur religion et d'en transmettre l'enseignement. Elle ne toucherait donc pas à la liberté religieuse intérieure – noyau dur de ce droit fondamental – qui, seule, pourrait prétendre à une protection absolue.

Jus cogens et art. 14 CEDH

L'interdiction de discrimination de l'art. 14 CEDH se traduit par l'obligation d'assurer la jouissance des droits et libertés reconnus dans la convention sans distinction aucune. Il ne s'agit pas là d'un des droits auxquels il n'est pas possible de déroger même en état de nécessité, visés à l'art. 15, al. 2, CEDH. L'initiative «contre la construction de minarets» ne viole pas de règles impératives du droit international au regard de l'art. 14 CEDH.

2.4 Règles impératives du droit international dans le Pacte II de l'ONU

Jus cogens et art. 18 du Pacte II de l'ONU

Comme la CEDH, le Pacte II de l'ONU ne mentionne pas explicitement les règles impératives du droit international, bien qu'il contienne un certain nombre de droits auxquels il n'est pas possible de déroger même en état de nécessité (art. 4, al. 1, du Pacte II de l'ONU). La liberté de pensée, de conscience et de religion y est considérée comme un droit auquel on ne peut déroger même en état de nécessité, au contraire de la CEDH. Cependant, cette disposition ne peut pas être comptée comme du jus cogens, car l'art. 18, al. 3, du Pacte II de l'ONU autorise des restrictions de la liberté religieuse extérieure. Quand il est dit qu'un état de nécessité ne permet pas de dérogation à l'art. 18, l'article est alors considéré dans son ensemble, y compris les restrictions mentionnées à l'al. 3¹¹. L'initiative «contre la construction de minarets» ne viole pas à cet égard des règles impératives du droit international.

Jus cogens et art. 2 et 27 du Pacte II de l'ONU

Ni le principe de non-discrimination de l'art. 2, al. 1, du Pacte II de l'ONU, ni l'art. 27 de ce texte, qui garantit la protection des minorités, ne figurent dans la liste des droits auxquels il est impossible de déroger en état de nécessité en vertu de l'art. 4, al. 1. L'initiative ne viole donc pas non plus le jus cogens au regard de ces articles¹².

1 Eva Kornicker, *Ius cogens und Umweltvölkerrecht*, Bâle 1997, p. 23.

2 Ibid., p. 53.

3 V. par ex. Stefan Oeter, *Ius cogens und der Schutz der Menschenrechte*, in: Stephan Breitenmoser/Bernhard Ehrenzeller/Marco Sassòli/Béatrice Wagner Pfeifer (éd.), *Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat*, Liber amicorum Luzius Wildhaber, p. 499 ss, 506

- 4 V. FF 1974 II 1152; 1994 III 1481 ss.
- 5 FF 1994 III 1471
- 6 FF 1994 III 1486, p.1493 ss. Dans les faits, seules trois autres initiatives populaires ont été déclarées nulles par l'Assemblée fédérale. La première, l'initiative «pour une réduction temporaire des dépenses militaires» (initiative «pour une trêve de l'armement» ou 1re initiative Chevalier), déposée en 1954, a été jugée inexécutable (v. FF 1955 II 341 ss.). Les deux autres enfreignaient l'unité de la matière: l'initiative «contre la vie chère et l'inflation», déposée en 1975 (v. FF 1977 II 477 ss.) et l'initiative «pour moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix», déposée en 1992 (v. BO 1995 N 1396 ss; BO 1995 E 369 ss). Ces cas se sont produits avant l'adoption de la Constitution de 1999.
- 7 FF 2004 3077, p. 3088
- 8 FF 2004 3077, p. 3088. Il a confirmé cette position dans son message relatif à l'initiative populaire fédérale «pour des naturalisations démocratiques» FF 2006 8481.
- 9 Kornicker, op. cit. (note 1), p. 59, notamment note 310; Oeter, op. cit. (note 3), p. 509.
- 10 Christoph Grabenwarter, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1997, ad art. 9 CEDH, no 36 à 38 et 45; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (CEDH), 2e éd., Zurich 1999, p. 382.
- 11 Les auteurs du pacte étaient manifestement conscients de ce fait: v. Manfred Nowak, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, Kehl/Strasbourg/Arlington 1989, ad art. 4 du Pacte II de l'ONU, no 21, où il se réfère aux débats de la 3e session de l'Assemblée générale de l'ONU.
- 12 Le fait que l'art. 4, al. 1, du Pacte II de l'ONU admette des mesures abolissant les droits garantis par le pacte seulement si elles «n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur [...] la religion» n'y change rien. D'une part, cette réserve ne s'applique qu'aux restrictions des droits fondamentaux les plus graves, telles qu'elles peuvent découler d'une situation de crise de l'Etat. D'autre part, le terme «uniquement» souligne que seules sont interdites les restrictions de ce type qui ciblent un certain groupe de population ou, en d'autres termes, qui sont intentionnellement dirigées contre ce groupe de population. V. Nowak, op. cit. (note 20) ad art. 4 du Pacte II de l'ONU, no 28. Les discriminations visant d'autres buts, elles, ne sont pas exclues.

Dans le chapitre 6 «Appréciation de l'initiative» le Conseil fédéral s'exprime au point 6.3 sur la «**Compatibilité de l'initiative avec le droit international**»:

Quelles seraient les conséquences, en droit international, de l'acceptation de l'initiative «contre la construction de minarets»? En d'autres termes, ce texte peut-il être concilié avec les droits fondamentaux que la Suisse est tenue de garantir au regard du droit international, en vertu de la CEDH et du Pacte II de l'ONU⁷¹?

Tant la CEDH que le Pacte II de l'ONU sont directement applicables⁷². Les droits fondamentaux consacrés par ces deux conventions sont traités, en droit de la procédure, à l'égal des droits fondamentaux inscrits dans la Constitution⁷³. Leurs violations peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral (art. 95, let. b, de la loi du 17 juin 2006 sur le Tribunal fédéral⁷⁴). Lorsqu'elles ont épuisé les voies de droit internes, les personnes concernées peuvent déposer une requête individuelle pour violation de la CEDH auprès de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁵. Les autorités et les tribunaux suisses appliquent directement les normes de la CEDH et du Pacte II de l'ONU relatives aux droits fondamentaux, dans le sens d'un standard minimal⁷⁶.

6.3.1 Examen de la compatibilité avec l'art. 9 CEDH

L'art. 9 CEDH garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion. Son énoncé est le suivant:

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

L'objet de la protection

Le comité d'initiative affirme qu'interdire la construction des minarets «ne viole d'aucune manière la liberté de religion et de croyance»⁷⁷, puisqu'il argue que «le minaret en tant que bâtiment n'a pas de caractère religieux», n'étant «pas mentionné dans le coran» ni «dans les autres écritures saintes de l'islam».

Comme on l'a vu plus haut, la liberté de religion garantie par l'art. 9, al. 1, CEDH comprend d'abord la conviction intime de l'individu, c'est-à-dire son droit de former sa propre pensée religieuse et de changer de conviction (forum internum), ensuite le droit de manifester sa conviction religieuse, c'est-à-dire de l'exprimer en public et la pratiquer individuellement ou collectivement, en public ou en privé (forum externum)⁷⁸.

Du point de vue purement architectural, le minaret n'est rien d'autre qu'une tour dont la taille et la forme varie fortement d'un cas à l'autre. Il n'est identifié comme tel que par sa relation avec la religion musulmane⁷⁹. C'est par là qu'il se distingue des bâtiments profanes tels qu'une cheminée d'usine, une tour de guet ou une tour panoramique, mais aussi des édifices religieux comparables – clochers, stûpas ou pagodes. Le minaret est une manifestation visuelle de leur religion par les communautés musulmanes et donc une expression publique de la présence de l'islam. La question de sa mention dans le coran ou dans d'autres écrits sacrés de l'islam n'est pas pertinente. De la même manière que les clochers, qui, bien qu'ils n'apparaissent pas dans la bible, n'en sont pas moins des édifices sacrés pour les chrétiens, les minarets symbolisent l'islam et ils sont associés à cette religion tant aux yeux de ses fidèles que des non-musulmans. La Cour constitutionnelle de Bavière a remarqué avec pertinence, dans un arrêt de 1996 qui peut sans problèmes être transposé à la Suisse,

que le minaret – bien qu'il ne soit pas mentionné dans le coran – forme une «unité quasi indissoluble» avec la mosquée depuis la fin du 7^e siècle, à laquelle l'attache un lien resté stable jusqu'à aujourd'hui dans des cultures très diverses, et qu'il n'a pas seulement, vis-à-vis de l'islam, une valeur symbolique comparable à celle du clocher dans l'histoire chrétienne, mais aussi qu'il possède une forte signification au regard de l'identité de la communauté musulmane locale. Le projet d'une communauté musulmane d'ériger un minaret dans l'enceinte d'une mosquée existante revêt une importance non négligeable en raison de sa haute valeur symbolique dans l'islam et de son importance pour l'identité de cette communauté⁸⁰.

D'ailleurs, le comité d'initiative lui-même assigne le minaret à l'islam et, alors que l'initiative populaire ne vise soi-disant pas un symbole religieux, focalise ses commentaires sur la religion musulmane, à laquelle il reproche de mettre la religion au-dessus du droit et «de donner aux instructions religieuses une importance plus grande qu'au régime légal institué par l'Etat de droit»⁸¹.

La construction, l'installation et l'utilisation d'édifices et locaux de culte ont de fortes répercussions sur l'exercice individuel et collectif d'une conviction religieuse et appartiennent donc au domaine matériel protégé par la liberté de croyance et de conscience⁸². Il est donc hors de doute que l'érection ou l'existence d'un minaret en tant que manifestation physique de la foi musulmane relève de la liberté religieuse extérieure («la liberté de manifester sa religion ou sa conviction [...] en public ou en privé») et est donc protégée par l'art. 9, al. 1, CEDH. Cela resterait d'ailleurs vrai même si l'on adoptait le point de vue inverse de celui défendu ici, selon lequel le minaret n'est pas un symbole religieux, mais l'expression d'une certaine *Weltanschauung*. En effet, l'art. 9, al. 1, CEDH ne protège pas seulement les croyances religieuses mais aussi les «convictions»⁸³ en général. Quant à savoir si la manifestation d'une conviction, religieuse ou

autre, peut être soumise à des restrictions, c'est là un point à examiner sous l'angle des critères fixés à l'art. 9, al. 2, CEDH.

Les limites du droit fondamental (justification des restrictions)

L'art. 9, al. 1, CEDH autorise des restrictions de la liberté religieuse extérieure lorsque trois conditions sont réunies. Les restrictions doivent:

- A être prévues par la loi (réserve de la loi);
- B poursuivre un des objectifs suivants: assurer la sécurité publique, protéger l'ordre, la santé ou la morale publiques, protéger les droits et libertés d'autrui;
- C être nécessaires dans une société démocratique.

Reste à examiner si, sur la base de ces critères, l'interdiction de construire des minarets visée par les auteurs de l'initiative est une restriction admissible au sens de l'art. 9, al. 2, CEDH.

A Réserve de la loi

Toute restriction de la liberté religieuse extérieure doit être prévue par la loi. La Cour européenne des droits de l'homme a fixé sur ce point une exigence qualitative: la loi doit être formulée de manière suffisamment précise pour qu'un individu puisse y conformer son comportement⁸⁴.

Si l'initiative était acceptée, l'art. 72 Cst. serait complété par un troisième alinéa: «La construction de minarets est interdite.» Bien qu'elle semble claire à première vue, cette brève phrase aurait sans doute besoin d'être précisée à l'échelon de la loi. Il faudrait, s'il ne s'agit pas d'une tour mais d'une surélévation sur le toit d'un bâtiment, fixer à partir de quelle taille la construction est visée par cette disposition. Il faudrait encore préciser si l'interdiction ne vise que des bâtiments en relation avec un lieu de prière islamique ou si elle doit aussi inclure les édifices purement décoratifs (v. aussi les ch. 5.3 et 6.2). Fixer ces détails avec précision dans la loi présenterait des difficultés, mais serait faisable. Par conséquent, il serait possible de respecter le critère de la réserve de la loi.

B Objectif légitime de l'intervention de l'Etat

Sécurité publique/ordre public

Toute restriction des droits inscrits à l'art. 9 CEDH doit se fonder sur un des objectifs énumérés à l'al. 2. Pour le comité d'initiative, le minaret est «le symbole d'une revendication de pouvoir politico-religieuse qui [...] conteste des droits fondamentaux» et «place la religion au-dessus de l'Etat»⁸⁵. Un motif envisageable de restriction de la liberté religieuse serait donc la protection de la sécurité publique ou celle de l'ordre public. Par sécurité publique, on entend, à l'art. 9, al. 2, CEDH, la sécurité de l'Etat et de ses institutions, la protection de la vie et de la santé de la population et la sécurité des biens matériels⁸⁶. La préservation de l'ordre public signifie le respect des normes édictées par l'Etat qui ont trait à la réglementation assurant une coexistence paisible et sans heurts des personnes physiques, y compris les mesures prises pour sauvegarder l'ordre juridique⁸⁷. La sauvegarde de la paix religieuse peut être incluse dans ces objectifs⁸⁸.

Ceci dit, la protection de la sécurité et de l'ordre publics constituerait-elle une justification suffisante à une interdiction de construire des minarets? Dans son rapport annuel concernant l'appréciation de la menace et les activités des organes de sûreté de la Confédération, le Conseil fédéral a constaté que la Suisse était située dans la zone exposée au risque du terrorisme islamiste constituée par l'Europe occidentale, mais n'en était cependant pas une cible première⁸⁹.

Les auteurs de l'initiative mettent les minarets en relation avec le fanatisme religieux et la violence islamiste. Les minarets seraient «les phares du jihad» et «le symbole, bien visible à

la ronde, d'une soumission religieuse absolue et de l'intolérance que cela implique»⁹⁰. Ce point de vue n'est pas défendable. Seule une infime fraction des quelque 310 000 musulmans qui résident en Suisse (chiffres du recensement de la population de 2000) souscrit aux positions du radicalisme islamiste; encore plus rares sont ceux qui seraient prêts à s'engager dans l'activisme violent. Les minarets ont autant à voir avec eux que les mâts d'éclairage d'un stade avec les quelques hooligans qui se mêlent au public. Les trois minarets qui existent en Suisse aujourd'hui, à Genève, Winterthour et Zurich, et qui sont plutôt discrets, sont des symboles de la présence dans notre pays de la religion musulmane dont une grande majorité des adeptes sont pacifiques et respectent les lois et l'ordre social de la Suisse. D'ailleurs, l'islam n'est plus tout à fait une religion étrangère, il est de plus en plus une des religions des Suisses⁹¹.

L'extrémisme violent de nature religieuse ou idéologique naît dans le cerveau de l'homme et est professé et mis en oeuvre par l'homme. Pour le combattre, il ne faut pas prendre pour cible des bâtiments, mais des groupes de personnes ou des individus tels que des prédicateurs militants qui défient notre Etat en incitant à la violence. Rien ne permet de croire qu'une interdiction des minarets dans toute la Suisse permettrait d'améliorer la sécurité publique dans notre pays. Les extrémistes prêts à faire usage de la violence agissent à la façon de conspirateurs et évitent d'attirer l'attention. Quelques hommes qui se rencontrent dans un appartement, un café, un garage ou une cour d'immeuble donnent moins lieu à suspicion que s'ils se réunissaient dans une salle de prière. Même pour un terroriste ayant des motivations religieuses, peu importe qu'un minaret, un clocher ou un édifice comparable soit attenant ou non aux locaux du culte. Rappelons ce que nous avons exposé plus haut⁹²: certains extrémistes et terroristes islamistes relèvent en majeure partie du courant wahhabite salafiste, qui considère par principe le minaret comme une innovation – soit une hérésie par rapport à l'«islam vrai» – si bien que l'initiative en viendrait à répondre aux vues des extrémistes musulmans. Le rapport de l'Office fédéral de la police sur la sécurité intérieure de la Suisse en 2007⁹³ montre en outre que la propagande et la communication, le recrutement, la formation et la récolte de renseignements nécessaires à la préparation d'attaques terroristes ont de plus en plus Internet pour vecteur. Le terrorisme moderne, organisé de manière flexible, opère à l'échelle internationale. On ne peut en aucune manière constater de lien entre les activités islamistes violentes à l'étranger ou en Suisse et les trois minarets de Genève, Winterthour et Zurich (ou les deux minarets prévus à Wangen bei Olten et à Langenthal).

On ne voit donc pas en quoi des minarets dont le projet est établi et la construction menée dans le respect des normes en vigueur pourraient menacer le régime démocratique de la Suisse. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé, dans le cas de la Turquie, l'interdiction de porter le foulard islamique dans les universités publiques. A l'appui de cet arrêt, elle a fait valoir que cette interdiction servait à préserver l'ordre public face à des groupements politiques extrémistes turcs qui voulaient imposer à la société entière leurs symboles religieux et une conception de la société basée sur des préceptes religieux⁹⁴. Ce jugement ne peut pas être transposé à la question des minarets. D'une part, l'interdiction de porter le foulard islamique examinée par la Cour européenne est très limitée dans l'espace puisqu'elle ne s'applique que dans les établissements d'enseignement public, qui doivent respecter la neutralité religieuse. L'initiative «contre la construction de minarets» vise par contre l'aménagement du lieu de culte des musulmans et veut interdire d'une manière générale aux communautés islamiques d'ériger un symbole religieux sur des biens-fonds privés. D'autre part, l'arrêt de la Cour européenne, comme le souligne celle-ci, tient compte de la situation spécifique de la Turquie⁹⁵, qui n'est pas comparable avec celle de la Suisse⁹⁶.

L'interdiction générale de construire des minarets en Suisse, donc, ne contribuerait pas à la sécurité publique ni à la protection de l'ordre public. Les musulmans de Suisse ressentiraient au contraire cette mesure comme un affront et une marque de rejet. En fin

de compte, elle compromettrait la paix religieuse de notre pays au lieu de la garantir: des lieux de prière dignes, correspondant aux besoins des croyants, servent bien mieux la paix religieuse que des locaux de fortune avec lesquels les adeptes de la religion considérée ne s'identifient pas. L'histoire de la Suisse nous enseigne d'ailleurs qu'il est plus aisé d'éviter ou de résoudre les conflits de religion en prenant en considération la diversité religieuse et les particularités locales du pays qu'en édictant des règles ou des interdictions uniformes au niveau fédéral⁹⁷. Enfin, un Etat de droit démocratique qui respecte la pluralité des religions et qui se fait un devoir de protéger les minorités doit tolérer qu'il subsiste quelques tensions ayant leur source dans la religion. La Cour européenne des droits de l'homme a souligné à plusieurs reprises, dans sa jurisprudence, que l'Etat ne saurait avoir pour rôle de prendre, afin d'éviter des tensions de cet ordre, des mesures de nature à supprimer le pluralisme religieux⁹⁸. Au contraire, il est nécessaire d'adopter une approche nuancée, respectueuse du principe de proportionnalité, comme on le verra au point C. L'interdiction générale de construire des minarets que les auteurs de l'initiative veulent inscrire dans la Constitution ne peut donc pas être justifiée par la protection de la sécurité et de l'ordre publics, comme le prévoit l'art. 9, al. 2, CEDH. Etant donné que les autres objectifs admissibles énumérés par cette disposition sont soit non pertinents⁹⁹ soit non réalisés¹⁰⁰, le critère de l'objectif légitime de la restriction n'est pas rempli.

C Nécessité dans une société démocratique

L'interdiction de construire des minarets ne sera pas non plus admise par l'art. 9, al. 2, CEDH si elle n'est pas nécessaire dans une société démocratique, condition qui s'applique quel que soit l'objectif visé. Les organes de contrôle institués par la convention procèdent, pour juger de ce point, à un examen de la proportionnalité; c'est-à-dire que la règle générale et abstraite, mais aussi les mesures concrètes prises pour atteindre un objectif légitime de l'intervention de l'Etat cité à l'art. 9, al. 2, CEDH doivent être appropriées et non excessives par rapport au but poursuivi¹⁰¹. S'il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme laisse aux Etats parties une grande latitude pour juger de quelle manière les relations entre l'Etat et les communautés religieuses doivent être réglées, afin de tenir compte des caractères nationaux différents¹⁰², la nature générale et absolue de l'interdiction visée par l'initiative, qui ne souffre aucune exception, interdit même tout examen de la proportionnalité. C'est avec un certain degré de subtilité qu'il faut soupeser d'une part les droits individuels des personnes et des groupes de personnes qui découlent de la liberté de religion et d'autre part l'intérêt légitime de la collectivité à la protection de l'ordre public, y compris à la paix religieuse. Cette pesée des intérêts ne peut pas s'effectuer uniquement sur le plan général et abstrait, elle exige un examen des cas concrets. A l'heure actuelle, il n'est en aucune façon possible de construire n'importe où des minarets de n'importe quelle forme et de n'importe quelle taille, pas plus que d'autres édifices religieux. Il faut observer les plans de zone et les régimes d'affectation, les règles en matière de construction et de protection des monuments historiques, les prescriptions en matière de protection contre les nuisances sonores et autres. Ces points sont examinés pour chaque projet. De plus, l'environnement d'un édifice religieux joue manifestement un rôle essentiel. Si quelqu'un formait le projet de construire un minaret juste à côté de la cathédrale de Bâle ou de Lausanne, cette proposition se heurterait non seulement à des considérations de protection des monuments historiques et de préservation de l'image de la ville, mais aussi à l'exigence du maintien de la paix religieuse, parce que la proximité immédiate de symboles forts de deux religions différentes pourrait créer mécontentement et tensions entre leurs fidèles. Les autorités administratives suisses sont parfaitement en mesure d'appliquer correctement le principe de proportionnalité. Témoins non seulement l'examen minutieux des projets de construction de minarets à Wangen bei Olten et à Langenthal¹⁰³, mais aussi la finesse de la pondération opérée par le Tribunal fédéral entre

la liberté religieuse, la tradition locale et le besoin de repos des individus lorsqu'il a examiné la question des nuisances sonores de cloches d'église¹⁰⁴.

Compatibilité avec l'art. 9 CEDH: synthèse

L'analyse faite aux points B et C ci-dessus montre que l'initiative «contre la construction de minarets» porte atteinte à la liberté religieuse garantie par l'art. 9 CEDH. La mesure demandée n'a pas de justification au sens de l'al. 2 de cette disposition car elle est dépourvue de tout objectif légitime et, en outre, disproportionnée c'est-à-dire non nécessaire dans une société démocratique. Une interprétation conforme à la convention n'est pas possible puisque l'interdiction demandée est générale et absolue et que le critère de définition du minaret est son association à l'islam. Dans le cas où l'initiative populaire serait acceptée, il est hautement vraisemblable que la Cour européenne des droits de l'homme condamnerait la Suisse pour violation de l'art. 9 CEDH si elle était saisie d'une requête.

6.3.2 Examen de la compatibilité avec l'art. 14 CEDH

L'art. 14 CEDH, qui règle l'interdiction de discrimination, a la teneur suivante:

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

L'objet de la protection

Le principe de non-discrimination a un caractère accessoire. Il ne s'agit pas d'un droit indépendant: il n'est possible de le faire valoir qu'en relation avec un autre droit garanti par la CEDH ou par ses protocoles additionnels¹⁰⁵. Il suffit toutefois que le fait incriminé relève du domaine protégé par cet autre droit, qu'il porte ou non atteinte à ce dernier¹⁰⁶. Nous avons montré plus haut que l'objet de l'initiative entre dans le domaine protégé par l'art. 9 CEDH – qu'il viole d'ailleurs¹⁰⁷. Si la Suisse adoptait une interdiction de construire des minarets, il serait possible d'invoquer l'art. 14 CEDH.

Présence d'une discrimination

La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une différence de traitement entre des personnes se trouvant dans des situations analogues ou d'une similarité significative est discriminatoire lorsqu'elle se fonde sur des caractéristiques personnelles mais n'a pas de justification objective et raisonnable ou lorsque les moyens mis en oeuvre sont disproportionnés par rapport à l'objectif visé¹⁰⁸.

L'art. 14 CEDH cite parmi les critères de discrimination «la religion» et «les opinions politiques ou toutes autres opinions». En demandant l'interdiction de construire des minarets, l'initiative populaire vise uniquement un symbole religieux de l'islam, à l'exclusion de tout autre symbole architectural comparable des autres religions. Il y a là manifestement une différence de traitement fondée sur la religion.

Cette différence de traitement ne se fonde sur aucune justification légitime. On se reportera sur ce point aux explications données à propos de l'art. 9 CEDH¹⁰⁹. L'interdiction de construire des minarets est tout à fait inappropriée pour influencer positivement, de quelque façon que ce soit, sur la sécurité et l'ordre publics et en particulier sur la paix religieuse qui semble être au premier plan des préoccupations des auteurs de l'initiative. Au contraire, il est sérieusement à craindre qu'en défavorisant une communauté religieuse par rapport aux autres, on ne nuise à la sécurité et à l'ordre publics, ainsi qu'aux relations avec les adeptes d'autres fois. Il est indéfendable, du point de vue de la sécurité publique, de se concentrer exclusivement sur la communauté islamique: toutes les communautés religieuses sont confrontées à un fondamentalisme violent qui tire ses sources de la religion¹¹⁰, sans compter qu'il existe aussi une violence motivée par des convictions politiques et idéologiques. Rien ne permet de justifier que l'on traite différemment

les membres d'une confession, d'autant plus que la CEDH compte les inégalités de traitement fondées sur le critère de la religion parmi les «catégories suspectes»: pour celles-ci, la discrimination est présumée d'emblée et leur justification doit remplir des exigences particulièrement élevées¹¹¹.

Enfin, l'initiative ne présente pas la proportionnalité requise des moyens par rapport au but visé. Le principe contenu dans l'interdiction de discrimination – traiter ce qui est similaire de manière similaire et traiter ce qui est différent de manière différente¹¹² – requiert une comparaison nuancée des divers cas de figure qui se présentent. Or une interdiction de construire des minarets applicable de manière absolue et visant une seule et unique communauté religieuse rendrait cette comparaison impossible. Le droit actuel, par contre, comme on l'a exposé plus haut¹¹³, permet d'adopter des solutions raisonnables qui tiennent compte des spécificités du cas envisagé et qui concilient au mieux la liberté religieuse des individus ou des communautés avec le besoin de protection de la collectivité.

Compatibilité avec l'art. 14 CEDH: synthèse

Au vu des considérations qui précèdent, on constate que l'interdiction de construire des minarets enfreindrait l'interdiction de discrimination de l'art. 14 CEDH, qui pourrait être invoqué en relation avec l'art. 9 CEDH: elle crée une inégalité de traitement entre des groupes de personnes dans des situations similaires, sur la base du critère éminemment personnel de la religion; cette différence de traitement n'a pas de justification légitime; enfin, l'interdiction prévue est disproportionnée. A supposer que cette disposition constitutionnelle entre en vigueur, il est hautement vraisemblable que la Cour européenne des droits de l'homme condamnerait la Suisse pour violation de l'art. 14 CEDH si elle était saisie d'une requête.

6.3.3 Examen de la compatibilité avec l'art. 18 du Pacte II de l'ONU

L'objet de la protection

L'art. 18 du Pacte II de l'ONU garantit la liberté de pensée, de conscience, de religion et de conviction. Sur le fond, il correspond largement à l'art. 9 CEDH. Il couvre lui aussi les aspects intérieurs et extérieurs de la religion et de la conviction¹¹⁴. La liberté extérieure est définie comme «la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé [...]».

Nous avons déjà exposé¹¹⁵, lors de l'examen de l'art. 9 CEDH, que l'interdiction demandée par l'initiative relève de la liberté religieuse extérieure, puisque le minaret, symbole religieux de l'islam, manifeste la présence de celui-ci vis-à-vis de l'extérieur et représente donc une sorte de témoignage de cette religion.

Les limites du droit fondamental (justification de la restriction)

L'art. 18, ch. 3, du Pacte II de l'ONU autorise des restrictions de la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, à condition qu'elles soient prévues par la loi et «nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui».

Les objectifs légitimes de la restriction qu'énumère la disposition se recourent très largement avec ceux de l'art. 9, al. 2, CEDH. On peut donc se reporter in extenso aux considérations relatives à cet article pour juger de la légitimité de la justification de l'initiative. On en conclura qu'une interdiction générale et absolue de construire des minarets en Suisse ne peut pas être justifiée par la protection de la sécurité et de l'ordre publics¹¹⁶, tandis que les autres objectifs cités à l'art. 18, ch. 3, du Pacte II de l'ONU sont soit non pertinents, soit non réalisés¹¹⁷. Quant à la nécessité de la restriction, elle fait tout particulièrement défaut. L'initiative ne répond donc pas au principe de proportionnalité, selon lequel la restriction devrait, en gravité et en intensité, être proportionnelle au but visé, et ne devrait pas devenir la règle¹¹⁸. Cette condition n'est

visiblement pas remplie. Le caractère absolu de l'interdiction ne laisserait aucune marge de manoeuvre aux autorités pour apprécier un cas particulier en fonction des circonstances.

Compatibilité avec l'art. 18 du Pacte II de l'ONU: synthèse

L'initiative «contre la construction de minarets» entre dans le domaine protégé par l'art. 18 du Pacte II de l'ONU. L'interdiction visée n'ayant pas de justification légitime et n'étant pas proportionnée, il y aurait violation de l'art. 18 du Pacte II de l'ONU si l'initiative était acceptée.

6.3.4 Examen de la compatibilité avec l'art. 2 du Pacte II de l'ONU

L'objet de la protection

L'art. 2 du Pacte II de l'ONU contient une interdiction de discrimination qui recouvre à peu près, sur le fond, celle de l'art. 14 CEDH: les droits reconnus par le pacte doivent être garantis à tous, sans distinction de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion.

Comme l'art. 14, cette disposition est de nature accessoire, c'est-à-dire qu'elle ne peut être invoquée qu'en relation avec un autre droit garanti par le pacte, que cet autre droit ait été violé ou non¹¹⁹. Or cette condition est remplie dans le cas qui nous occupe, puisque nous avons constaté une violation de l'art. 18 du Pacte II de l'ONU.

Les limites du droit fondamental (justification de la restriction)

Comme pour l'art. 14 CEDH, on admet qu'il y a discrimination lorsque des personnes ou des groupes de personnes qui se trouvent dans une situation similaire sont traités de manière différente et que cette différence de traitement ne repose pas sur des critères raisonnables et objectifs ou bien est disproportionnée¹²⁰. S'il l'on interdisait la construction de minarets en Suisse, on traiterait les musulmans différemment des autres communautés religieuses, en prenant la religion comme critère. On a déjà vu¹²¹, en étudiant les art. 9 et 14 CEDH, que cette interdiction ne pouvait pas se fonder sur un intérêt public légitime et était disproportionnée. On peut donc en conclure qu'il y a discrimination.

Compatibilité avec l'art. 2 du Pacte II de l'ONU: synthèse

L'interdiction de construire des minarets créerait une différence de traitement entre une communauté religieuse et toutes les autres, sans justification légitime et en violation du principe de proportionnalité. Si cette disposition entrerait en vigueur, elle enfreindrait l'art. 2 du Pacte II de l'ONU.

6.3.5 Examen de la compatibilité avec l'art. 27 du Pacte II de l'ONU

L'objet de la protection

L'art. 27 du Pacte II de l'ONU garantit la protection des minorités. Sa teneur est la suivante:

Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

La notion centrale délimitant le champ d'application de l'art. 27 du Pacte II de l'ONU est celle de «minorité», dont ni le pacte ni aucun autre texte international ne donne de définition contraignante. Les auteurs de doctrine défendent deux approches. Tous s'accordent sur le fait que ni la plus grande part de la population d'un Etat ni un groupe ayant une position dominante sur le plan politique, économique, culturel ou social ne sont des minorités; il faut en outre que le groupe se distingue de la majorité par des caractéristiques ethniques, par la langue ou par la religion et qu'il fasse preuve d'une certaine solidarité et d'une certaine stabilité pour ce qui est de la préservation de ses valeurs collectives¹²². Mais les partisans d'une interprétation plus restrictive limitent le terme de minorité aux ressortissants de l'Etat considéré, en excluant les étrangers qui y sont établis¹²³, tandis que d'autres y incluent aussi en principe les non-

ressortissants¹²⁴. Cette dernière définition, plus large, est celle que défend le Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui interprète les dispositions du pacte et veille à ce que les Etats parties le respectent¹²⁵, si bien que l'on peut parler là de conception dominante. Les prises de positions les plus récentes du Comité montrent une tendance à étendre la notion de minorité, notamment en ce qui concerne les minorités religieuses¹²⁶.

Compatibilité avec l'art. 27 du Pacte II de l'ONU: synthèse

Contrairement à la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales (v. le ch. 6.3.6), l'art. 27 du Pacte II de l'ONU n'abandonne pas aux Etats parties le soin de délimiter la notion de minorité. L'interprétation du Comité des droits de l'homme de l'ONU compétent pour l'application de ce pacte est déterminante. A l'heure actuelle, on peut douter que les musulmans de Suisse représentent une minorité au sens de l'art. 27 du Pacte II de l'ONU¹²⁷, vu leur hétérogénéité ethnique, la multiplicité des courants religieux auxquels ils adhèrent et la diversité de leurs modes de vie. Il n'est cependant pas exclu, sur la base de l'interprétation dynamique de la notion de minorité, notamment de minorité religieuse, faite par le Comité, qu'ils puissent un jour être qualifiés de minorité au sens de cette disposition. Dans ce cas, une interdiction de construire des minarets pourraient violer l'art. 27 du Pacte II de l'ONU car, comme on l'a montré plus haut¹²⁸, cette mesure ne poursuit pas un objectif légitime et ne satisfait pas au principe de la proportionnalité.

6.3.6 Examen de la compatibilité avec d'autres traités internationaux

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

L'art. 1 de la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹²⁹ lie la notion de «discrimination raciale» aux différences fondées sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique d'une personne ou d'un groupe de personnes. Il ne mentionne pas la religion comme critère. Le fait d'appliquer un traitement différent à des personnes ou groupes de personnes en fonction de leur religion n'entre pas dans le champ d'application de la convention¹³⁰. Interdire la construction de minarets en Suisse ne violerait donc pas la convention contre le racisme. Cependant, cela irait à l'encontre de l'esprit de cette convention, car la Suisse s'y est engagée à déclarer punissable toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de population¹³¹. Rappelons en outre que la Suisse a émis en 2003 une déclaration de reconnaissance de compétence au sens de l'art. 14 de la convention, grâce à laquelle le comité compétent peut examiner la conformité à cet instrument international d'actes de la Suisse, sur communication d'une personne ou d'un groupe de personnes.

Convention-cadre pour la protection des minorités nationales

La Convention-cadre du Conseil de l'Europe du 1er février 1995 pour la protection des minorités nationales¹³² interdit «toute discrimination fondée sur l'appartenance à une minorité nationale» (art. 4, al. 1). En outre, elle oblige les parties «à promouvoir les conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités nationales de conserver et développer leur culture, ainsi que de préserver les éléments essentiels de leur identité, que sont leur religion, leur langue, leurs traditions et leur patrimoine culturel» (art. 5, al. 1). Enfin, les parties «s'engagent à reconnaître à toute personne appartenant à une minorité nationale le droit de manifester sa religion ou sa conviction, ainsi que le droit de créer des institutions religieuses, organisations et associations» (art. 8).

La convention-cadre protège les «minorités nationales» sans définir cette notion. Il revient aux Etats de déterminer quels groupes de population sont des minorités nationales au sens de la convention et entrent dans son champ d'application¹³³. La Suisse l'a fait sous la forme d'une déclaration dans laquelle elle désigne comme minorités au sens de la convention «les groupes de personnes qui sont numériquement inférieurs au restant de la population [...], sont de

nationalité suisse, entretiennent des liens anciens, solides et durables avec la Suisse et sont animés de la volonté de préserver ensemble ce qui fait leur identité commune» (ce dernier point peut parfaitement s'incarner dans la religion)¹³⁴.

La Suisse applique la notion de minorité nationale non seulement aux minorités linguistiques mais aussi, par exemple, à la communauté juive¹³⁵. Elle est plus réservée en ce qui concerne d'autres religions dont la progression ne date que de quelques décennies, en raison de ces exigences de liens anciens et durables et de volonté de préserver leur identité commune¹³⁶. On peut en déduire qu'à l'heure actuelle, sur la base de la déclaration de la Suisse, une interdiction de construire des minarets ne violerait pas la convention du Conseil de l'Europe.

6.3.7 Conséquences d'une violation de la CEDH et du Pacte II de l'ONU

Etant donné que l'interdiction de construire des minarets visée par l'initiative est formulée de manière générale et absolue, il n'est guère envisageable de l'interpréter de manière conforme au droit international et d'éviter une violation des art. 9 et 14 CEDH et des art. 2 et 18 du Pacte II de l'ONU. Si elle était adoptée, le Conseil fédéral et le Parlement devraient décider de quelle manière il conviendrait de résoudre ce conflit.

En ce qui concerne la CEDH, les organes du Conseil de l'Europe pourraient prendre des mesures à l'encontre de la Suisse. Si une requête dans le contexte de la mise en oeuvre de l'initiative devait aboutir à un constat de non-conformité à la CEDH, des mesures générales, par exemple une réforme législative ou constitutionnelle, seraient certainement exigées de la Suisse pour prévenir de nouvelles violations. Si notre pays devait ne pas obtempérer, le Comité des Ministres aurait différents moyens à sa disposition allant d'une simple résolution intérimaire «de pression» pour marquer sa réprobation, qui suffirait à porter atteinte à la réputation et à la crédibilité de la Suisse, jusqu'à une menace d'exclusion du Conseil de l'Europe.

La CEDH pourrait aussi être dénoncée, moyennant un préavis de six mois (art. 58, al. 1, CEDH). Il est clair que cette démarche aurait dans tous les cas de graves conséquences pour la Suisse, notamment en ce qui concerne sa réputation en tant qu'Etat de droit, ses relations avec les autres Etats et la collaboration au sein des organisations internationales.

Le Pacte II de l'ONU, lui, ne contient pas de clause de dénonciation. Comme ni la nature de ce traité, ni l'intention des Etats parties ne permettent d'inférer un droit de dénonciation¹³⁷, la Suisse ne pourrait pas le dénoncer unilatéralement; il faudrait l'accord de toutes les autres parties¹³⁸.

- 71 La Suisse a ratifié la CEDH le 28.11.1974; ce texte est entré en vigueur le jour même pour notre pays. Elle a ratifié le Pacte II de l'ONU le 18.6.1992; ce texte est entré en vigueur pour notre pays le 18.9.1992. De nombreux droits fondamentaux consacrés par ces deux traités se sont vu en outre reconnaître le statut de droit coutumier. V. Mark E. Villiger, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2e éd., Zurich 1999, p. 5, no 3, notamment la référence à l'influence de la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10.12.1948 (résolution 217 III) sur de nombreuses conventions relatives aux droits de l'homme.
- 72 Ulrich Häfelin/Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6e éd., Zurich 2005, p. 74, no 255 (CEDH); Giorgio Malinverni, *Les Pactes dans l'ordre juridique interne*, in Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak, *Die Schweiz und die UNOMenschenrechtspakte*, 2e éd., Bâle 1997, pp. 71 ss, 71 à 73 (Pacte II de l'ONU).
- 73 Häfelin/Haller, op. cit. (note 72), p.74, no 236 et p. 77, no 245.
- 74 RS 173.110.
- 75 Häfelin/Haller, op. cit. (note 72), p. 74, no 237.
- 76 Si la Constitution fédérale offre une protection plus large que la CEDH et le Pacte II de l'ONU, elle prime, mais dans le cas contraire, ce sont ces deux traités qui sont déterminants. V. Häfelin/Haller, op. cit. (note 72), p. 75, no 241 et p. 77, no 245.
- 77 Exposé de M. Walter Wobmann, conseiller national, membre du comité d'initiative, lors de la conférence de presse tenue à l'occasion du dépôt de l'initiative populaire le 8.7.2008,

- www.minarette.ch/index.php?id=33, Rubrique «Actualité»/«Exposés et articles » (visité le 11.7.2008).
- 78 Grabenwarter, op. cit. (note 19), ad art. 9 CEDH, no 36 à 38 et 45; Villiger, op. cit. (note 71), p. 382.
- 79 Pour plus de détails sur la signification du minaret, v. le ch. 3.1.
- 80 Arrêt de la Cour constitutionnelle de Bavière (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof) du 29.8.1996, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1997, 1016 ss, 1016.
- 81 www.minarette.ch/index.php?id=33, Rubrique «De quoi s'agit-il?» (visité le 11.7.2008).
- 82 Kiener/Kuhn, op. cit. (note 65), pp. 21 ss et 34.
- 83 Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la distinction entre conviction et religion n'a jamais joué aucun rôle jusqu'à présent. Il ne serait guère faisable de délimiter exactement ces deux notions, outre que cela ne serait pas nécessaire puisque la protection garantie est la même. V. Grabenwarter, op. cit. (note 19), ad art. 9 CEDH, no 41 et 42.
- 84 Grabenwarter, op. cit. (note 19), ad art. 9 CEDH, no 81.
- 85 www.minarette.ch/index.php?id=33, Rubrique «De quoi s'agit-il?» (visité le 11.7.2008).
- 86 Grabenwarter, op. cit. (note 19), ad art. 9 CEDH, no 83.
- 87 Ibid., no 84.
- 88 Ibid., no 83 et 84. Les mesures visant à éviter des tensions quotidiennes dans la coexistence entre plusieurs communautés religieuses relèvent plutôt de la protection de l'ordre public; les mesures visant à stopper l'escalade d'un conflit ont davantage à voir avec la sécurité publique.
- 89 Rapport du Conseil fédéral du 2.4.2008 concernant l'appréciation de la menace et les activités des organes de sûreté de la Confédération en 2007, FF 2008 2441, v. les ch. 2.1 et 2.3, p. 2444 ss. Le Conseil fédéral se réfère au rapport sur la sécurité intérieure de la Suisse en 2007, publié par l'Office fédéral de la police en juillet 2008, qui fait une analyse détaillée d'incidents liés à l'extrémisme islamiste violent aux pp. 14 à 18.
- 90 Les phares du Jihad, exposé de M. Oskar Freysinger, conseiller national, du 3.5.2007, <http://www.minarets.ch/index.php?id=76>, Rubrique «Actualité», «Exposés et articles» (visité le 14.7.2008).
- 91 Le recensement de la population de 2000 a montré que plus de 10 % des musulmans de Suisse ont la nationalité suisse. Ce groupe est ainsi devenu plus important, en chiffres absolus, que les communautés juive et catholique chrétienne. V. Claude Bovay / Raphaël Broquet, Le paysage religieux en Suisse, Analyse scientifique de l'Office fédéral de la statistique dans le cadre du recensement fédéral de la population 2000, Neuchâtel, décembre 2004, p. 32 ss
- 92 V. le ch. 3.1.2.
- 93 V. note 89
- 94 Leyla Şahin c. Turquie, arrêt du 10.11.2005, 44774/98, § 114 et surtout § 115; v. aussi Grabenwarter, op. cit. (note 19), ad art. 9 CEDH, no 90.
- 95 Leyla Şahin c. Turquie, arrêt du 10.11.2005, 44774/98, §§ 109, 114 et 115.
- 96 Le paysage religieux de la Suisse est bien plus fragmenté et mêlé que celui de la Turquie. Celle-ci est un république fondamentalement laïque, caractérisée par une stricte séparation de la religion et de l'Etat, alors qu'en Suisse les relations entre l'Etat et les communautés religieuses sont plus ou moins étroites selon les cantons. La Turquie, depuis la fondation de la république en 1923, est régulièrement agitée par des conflits sociaux et politiques entre courants laïques et républicains et mouvements religieux, débouchant souvent sur des affrontements violents. La doctrine admet que la Cour européenne des droits de l'homme ne confirmerait pas une interdiction faite aux élèves et aux étudiantes de porter le voile islamique dans des Etats parties dont la situation n'est pas comparable à celle de la Turquie. V. Grabenwarter, op. cit. (note 19), ad art. 9 CEDH, no 90. Markus Scheffer, Grundrechte in der Schweiz, volume supplémentaire de la 3e édition de l'oeuvre du même titre de Jörg Paul Müller, Berne 2005, p. 90, estime qu'une telle interdiction serait inadmissible en Suisse.
- 97 Le système fédéraliste et nuancé des relations entre communautés religieuses et Etat, qui fonctionne parfaitement à l'heure actuelle, repose sur la prise de conscience du fait que la Suisse ne peut exister que si toutes les minorités – y compris religieuses – qui la composent y concourent. Les guerres de religion des 16e et 17e s., les tensions sociales du Kulturkampf au 19e s., dont les conséquences ont persisté jusqu'à l'abrogation des derniers «articles confessionnels» dans la Constitution fédérale, en 1973 (interdiction des jésuites et l'interdiction de nouveaux ordres et couvents) et en 2001 (article sur le évêchés), ont montré l'inanité d'une approche dogmatique.

- 98 Par ex. Serif c. Grèce, arrêt du 14.12.1999, 38178/97, § 52; Leyla Şahin c. Turquie, arrêt du 10.11.2005, 44774/98, § 107.
- 99 La protection de la santé, que ce soit celle de l'individu ou de la collectivité, n'est manifestement pas pertinente ici.
- 100 Nous avons démontré, à propos de la sécurité et l'ordre public, que l'érection ou l'utilisation de minarets n'avait pas de lien matériel avec l'extrémisme islamiste violent; les interdire ne protégerait donc pas la morale ni les droits et libertés d'autrui.
- 101 Grabenwarter, op. cit. (note 19), ad art. 9 CEDH, no 87.
- 102 Cf. par ex. Leyla Şahin c. Turquie, arrêt du 10.11.2005, 44774/98, § 109.
- 103 V. le ch. 3.2.
- 104 V. par ex. ATF 126 II 366 ss. (X. c. Eglise réformée de Bubikon).
- 105 Villiger, op. cit. (note 19), n. 658; Rainer J. Schweizer, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1997, ad art. 14 CEDH, no 2 et 47.
- 106 Schweizer, op. cit. (note 105), ad art. 14 CEDH, no 3.
- 107 Voir le ch. 6.3.1.
- 108 Par ex. Alatulkkila ua c. Finlande, arrêt du 28.7.2005, 33538/96, § 69, cité par Schweizer, op. cit. (note 105), ad art. 14 CEDH, no 15.
- 109 V. le ch. 6.3.1.
- 110 Considérons par ex. le conflit d'Irlande du Nord, qui a vu s'affronter dans des combats sanglants les activistes catholiques et protestants pendant des dizaines d'années; les groupements fondamentalistes hindous en Inde, qui pratiquent des actes terroristes graves contre les musulmans; toujours en Inde, les mouvements extrémistes sikhs du Pendjab; les extrémistes juifs responsables de l'assassinat du premier ministre israélien Yitzhak Rabin en 1995; enfin la guerre civile au Sri Lanka, qui oppose autour d'une ligne de fracture ethno-religieuse des singhalais bouddhistes et des tamouls hindouistes et dont les répercussions se sont fait sentir dans notre pays dans les années 1980, avec l'arrivée de flots de réfugiés tamouls.
- 111 Schweizer, op. cit. (note 105), ad art. 14 CEDH, no 18 à 21 et 67.
- 112 Schweizer, op. cit. (note 105), ad art. 14, CEDH no 12.
- 113 V. les ch. 3.3 à 3.5.
- 114 Nowak, op. cit. (note 20), ad art. 18, p. 337, no 20, parle à ce sujet de liberté active ou passive de religion et de conviction.
- 115 V. le ch. 6.3.1.
- 116 V. le ch. 6.3.1 et Nowak, op. cit. (note 20), ad art. 18 du Pacte II de l'ONU, no 36 à 39.
- 117 En particulier, la restriction ne peut pas être justifiée par la protection des libertés et droits fondamentaux d'autrui, l'objectif n'étant pas réalisé, voir le ch. 6.3.1 et Nowak, op. cit. (note 20), ad art. 18 du Pacte II de l'ONU, no 43 ss.
- 118 Nowak, op. cit. (note 20), ad art. 18 du Pacte II de l'ONU, no 34.
- 119 Nowak, op. cit. (note 20), ad art. 2 du Pacte II de l'ONU, no 3 et 13 à 15.
- 120 Nowak, op. cit. (note 20), ad art. 2 du Pacte II de l'ONU, no 33.
- 121 V. les ch. 6.3.1, 6.3.2 et 6.3.3.
- 122 Nowak, op. cit. (note 20), ad art. 27 du Pacte II de l'ONU, no 13 à 15; Malinverni, op. cit. (note 72), p. 233 ss, pp. 235 à 237, notamment p. 236.
- 123 Par ex. Malinverni, op. cit. (note 72), p. 237; Francesco Capotorti, Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities, New York 1979, p. 96, § 568, cité par Nowak, op. cit. (note 20), ad art. 27 du Pacte II de l'ONU, no 13 et 16. Les partisans d'une limitation de la minorité aux ressortissants soulignent l'exigence de stabilité que ne garantit pas un groupe d'immigrés, cf. Malinverni, op. cit. (note 72), p. 237 et la présentation de cette conception chez Nowak, op. cit. (note 20), ad art. 27 du Pacte II de l'ONU, no 18.
- 124 Par ex. Nowak, op. cit. (note 20), ad art. 27 du Pacte II de l'ONU, no 16 ss, qui fait valoir notamment que les Etats parties se sont engagés, à l'art. 2, al. 1, du Pacte II de l'ONU, à garantir les droits reconnus par le pacte à tous les individus se trouvant sur leur territoire sans distinction aucune.
- 125 Voir les observations du Comité relatives à l'art. 27, citées par Kälin/Malinverni/Nowak, op. cit. (note 72), pp. 403 à 406.
- 126 Sur cette évolution, v. Manfred Nowak, Der Minderheitenschutz in den Vereinten Nationen, exposé du 06.10.2006 dans le cadre du symposium international «Schutz und Durchsetzung der Rechte nationaler Minderheiten» de la International Law Association (ILA) – branche autrichienne, au

- Bildungshaus Sodalitas de Tainach/Tinje, p. 5: il y souligne que les cas traités par le Comité récemment montrent que celui-ci interprète la notion de minorité de manière assez large.
- 127 En imposant le critère de la stabilité, les auteurs du pacte voulaient éviter que l'on qualifie trop hâtivement des groupes de travailleurs immigrés ou autres migrants de nouvelles minorités: Nowak, op. cit. (note 20), ad art. 27 du Pacte II de l'ONU, no 18 ss. Il n'est cependant pas exclu que ces groupes de population puissent se réclamer de cette disposition après un certain temps passé dans le pays, ibid., no 20.
- 128 V. le ch. 6.3.1.
- 129 RS 0.104. La convention a été conclue le 21.12.1965. Ratifiée par la Suisse le 29.11.1994, elle est entrée en vigueur pour notre pays un mois plus tard.
- 130 Le critère de l'appartenance religieuse devait initialement être inclus dans la convention, mais on y a renoncé sur les instances des pays arabes qui voulaient éviter que leur conflit avec Israël ne soit considéré à l'aune de ce critère. Cette omission a poussé la Suisse à sanctionner les discriminations fondées sur la religion à l'art. 261bis du code pénal (Discrimination raciale). Cf. les explications données dans le message concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, FF 1992 III 265, p. 306.
- 131 V. par ex. l'art. 4, let. a, de la convention.
- 132 RS 0.441.1. La convention a été conclue le 1.2.1995. Ratifiée par la Suisse le 21.10.1998, elle est entrée en vigueur pour notre pays le 1.2.1999.
- 133 V. à ce sujet le message du 19.11.1997 relatif à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, FF 1998 1046, pp. 1308 et 1041 ss, où l'on constate qu'aucun instrument international juridiquement contraignant ne contient de définition de la notion de «minorité» ou de «minorité nationale».
- 134 RS 0.441.1, déclaration suivant le texte de la convention.
- 135 Message du 19.11.1997, FF 1998 1046, p. 1048.
- 136 Cela apparaît par exemple dans la position adoptée par la Suisse vis-à-vis du comité consultatif chargé de surveiller l'application de la convention
- 137 Ce sont les conditions fixées à l'art. 56 de la Convention de Vienne du 23.5.1969 sur le droit des traités (RS 0.111) en vertu desquelles il est possible de dénoncer un traité qui ne prévoit pas de clause de dénonciation.
- 138 Nowak, op. cit. (note 20), Einführung, no 25 et 26. Le Conseil fédéral a aussi explicitement jugé que le Pacte II de l'ONU est indénonçable. V. le message du 30.1.1991 sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, FF 1991 I 1129, p. 1147 et le message du 22.6.1994 concernant les initiatives populaires «pour une politique d'asile raisonnable» et «contre l'immigration clandestine», FF 1994 III 1471, p. 1479.

(no english translation)

Initiative sur le renvoi
Adopté le 28 novembre 2010

Art. 121

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

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

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

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

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

Art. 197 Dispositions transitoires après acceptation de la Constitution du 18 avril 1999

8. Disposition transitoire ad art. 121 (Séjour et établissement des étrangers)

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

Initiative on expulsion
Adopted on 28 november 2010

Art. 121

3 Irrespective of their status under the law on foreign nationals, foreign nationals shall lose their right of residence and all other legal rights to remain in Switzerland if they:

- a. are convicted with legal binding effect of an offence of intentional homicide, rape or any other serious sexual offence, any other violent offence such as robbery, the offences of trafficking in human beings or in drugs, or a burglary offence; or
- b. have improperly claimed social insurance or social assistance benefits.

4 The legislature shall define the offences covered by paragraph 3 in more detail. It may add additional offences.

5 Foreign nationals who lose their right of residence and all other legal rights to remain in Switzerland in accordance with paragraphs 3 and 4 must be deported from Switzerland by the competent authority and must be made subject to a ban on entry of from 5–15 years. In the event of reoffending, the ban on entry is for 20 years.

6 Any person who fails to comply with the ban on entry or otherwise enters Switzerland illegally commits an offence. The legislature shall issue the relevant provisions.

Art. 197 Transitional provisions following the adoption of the Federal Constitution of 18 April 1999

8. Transitional provision to Art. 121 (Residence and Permanent Settlement of Foreign Nationals)

The legislature must define and add to the offences covered by Article 121 paragraph 3 and issue the criminal provisions relating to illegal entry in accordance with Article 121 paragraph 6 within five years of the adoption of Article 121 paragraphs 3–6 by the People and the Cantons.

Dans son Message relatif à l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» et la modification de la loi fédérale sur les étrangers du 24 juin 2009 le Conseil fédéral s'est exprimé dans le chapitre **1.3** sur la «**Validité**» de cette initiative populaire:

1.3.1 Critères de validité

L'initiative remplit les critères de validité fixés à l'art. 139, al. 2, de la Constitution fédérale (Cst.):

- a. elle est présentée sous la forme d'un projet entièrement rédigé et elle respecte le principe de l'unité de la forme;
- b. les différentes parties de l'initiative présentent des affinités matérielles. Le principe de l'unité de la matière est donc aussi respecté;
- c. l'initiative ne porte atteinte à aucune règle impérative du droit international.

Elle remplit donc le critère de la compatibilité avec le droit international (cf. commentaire au ch. 1.3.2).

L'initiative est donc valable.

1.3.2 Compatibilité avec les règles impératives du droit international

Le droit international impératif constitue le noyau du droit international dont il n'est en aucun cas possible de s'écarter. Le principe selon lequel personne ne doit être expulsé dans un Etat dans lequel il risque d'être torturé ou de subir un autre type de peine ou de traitement cruel et inhumain fait partie du droit international impératif (principe du non-refoulement)¹. Il convient d'examiner si l'initiative respecte ce principe. Les autres normes du droit international impératif ne sont pas touchées par l'initiative.

4 Appréciation de l'initiative

4.1 Lien avec la Constitution fédérale et le droit international non impératif

La présente initiative soulève également des questions de compatibilité avec plusieurs dispositions du droit international non impératif applicable à la Suisse. Cela concerne en particulier les obligations internationales contractées par la Suisse au titre de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II), de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CRDE) et de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP). Pour de plus amples détails, voir infra ch. 4.1.1 ss.

La mise en oeuvre de l'initiative populaire aurait une incidence notamment sur la protection de la vie privée et familiale garantie par l'art. 8 CEDH. Cette protection figure également dans les art. 10 et 13 Cst. Par conséquent, il convient de procéder, dans chaque cas d'espèce, à une pesée des intérêts publics à un renvoi de l'étranger et des intérêts personnels de celui-ci à une poursuite du séjour.

De plus, la privation du titre de séjour et de tous les droits à séjourner en Suisse exigée par l'initiative ne permettrait pas l'examen de la proportionnalité des mesures prises par l'autorité, tel que prévu dans la Cst. (par ex. à l'art. 5, al. 2, Cst.).

L'adoption, par le peuple et les cantons, d'initiatives contraires au droit international non impératif entraîne des problèmes lors de la mise en oeuvre. Au sein de l'ordre juridique suisse, il convient par conséquent d'éviter la coexistence d'une norme constitutionnelle et d'une norme internationale qui se contredisent. Pour résoudre ce conflit, un moyen consiste à interpréter et à mettre en oeuvre la nouvelle disposition constitutionnelle de manière conforme au droit international. Lorsque cela n'est pas possible, il faut songer à dénoncer le traité international². Toutefois, cette mesure n'est pas toujours réalisable, soit parce que le traité ne contient aucune clause de dénonciation³, soit parce qu'elle n'est pas opportune pour des raisons politiques⁴. Si le conflit entre la nouvelle disposition constitutionnelle et le droit international ne peut pas être évité, comme dans le cas de l'initiative sur le renvoi, il appartient à l'Assemblée fédérale de

statuer sur la suite à donner à l'affaire. Si elle choisit d'appliquer la disposition constitutionnelle, elle prend le risque que la Suisse viole le droit international et, partant, que sa responsabilité internationale soit engagée. Le cas échéant, le pays encourt des mesures de rétorsion de la part des autres Etats parties ou une condamnation par une instance internationale, pour autant que cette possibilité soit prévue.

Lorsque la Cour européenne des Droits de l'Homme (Cour eur. DH) constate une violation de la CEDH, la Suisse est tenue de mettre en oeuvre l'arrêt en question. L'exécution de cet arrêt par l'Etat concerné est surveillée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. D'après la pratique constante du Comité des ministres, les mesures à prendre ne se limitent pas à celles visant à résoudre le cas d'espèce. Pour prévenir de nouvelles violations de la CEDH, des mesures générales, par exemple une réforme législative ou constitutionnelle, seraient certainement exigées de la Suisse⁵.

4.1.1 CEDH et Pacte ONU II

En vertu du principe de la souveraineté territoriale, les Etats statuent librement sur l'entrée des étrangers dans le pays, mais aussi sur leur départ⁶. Cependant, lorsqu'une personne réside régulièrement sur le territoire d'un Etat, les autorités qui ont l'intention de l'en expulser sont tenues de respecter certaines limites matérielles et des garanties procédurales.

Selon les garanties procédurales prévues à l'art. 1 du Protocole no 7 du 22 novembre 1984 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Protocole no 7 à la CEDH)⁷, les expulsions ne sont licites que si deux conditions sont remplies cumulativement:

1. la décision d'expulsion doit être prise «conformément à la loi», c'est-à-dire à la législation nationale, et
2. la personne concernée doit avoir eu la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, ou de faire contrôler la décision administrativement ou juridictionnellement et se faire représenter lors de la procédure.

Ces dispositions procédurales du droit international sont certes de nature strictement formelle et ne contiennent aucune garantie matérielle contre l'expulsion, mais il en ressort que la décision doit, dans chaque cas d'espèce, être vérifiable quant à sa légalité.

Sur le plan du droit matériel, l'expulsion d'un étranger fondée sur l'initiative peut, dans un cas particulier, contrevenir à l'art. 8 CEDH, qui protège, outre le respect de la vie privée, le droit à l'unité familiale⁸. En effet, l'expulsion d'un membre de la famille rend impossible la poursuite de la vie familiale dans l'Etat qui a prononcé la mesure; de même, le refus d'accorder l'entrée dans le pays à un membre de la famille peut empêcher la (re-)constitution de l'unité de la famille⁹.

Dans les deux cas de figure, le respect de la vie familiale prévu à l'art. 8, al. 1, CEDH, est touché, ce qui est en particulier problématique lorsque les membres de la famille ont des attaches avec le pays qui prononce la mesure («connections approach»; par exemple la nationalité des autres membres de la famille).

En vertu de l'art. 8, al. 2, CEDH, l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale requiert une base légale. Celle-ci serait créée par la modification constitutionnelle inhérente à l'initiative. Par ailleurs, l'ingérence doit poursuivre un but légitime, ce qui est le cas des deux objectifs visés en l'occurrence, soit la prévention des infractions pénales et la défense de l'ordre. Enfin, il ne peut y avoir ingérence à l'art. 8, al. 1, CEDH que pour autant qu'elle constitue une mesure qui, dans une «société démocratique», est nécessaire afin d'atteindre les objectifs cités. Dans ce contexte, l'expulsion d'étrangers devenus délinquants est en principe licite¹⁰. Cependant, il y a lieu d'apprécier au cas par cas si la mesure préconisée répond au principe de la proportionnalité. Pour répondre à cette question, la Cour eur. DH se réfère à une série de critères à prendre en considération pour pondérer les intérêts publics au renvoi de la personne concernée et les intérêts particuliers de cette dernière. Au rang des critères figurent: la nature et la gravité de l'infraction; la durée de séjour dans l'Etat qui prononce l'expulsion; le temps qui s'est écoulé entre l'infraction et le moment où l'autorité a prononcé la mesure et le comportement de la personne concernée pendant ce temps; la nationalité de l'intéressé;

l'environnement social, culturel et familial de la personne dans le pays d'accueil et le pays de provenance; la durée de l'expulsion; la situation familiale (parents, conjoint, enfants); la gravité des problèmes auxquels serait confronté le partenaire de la personne visée par l'expulsion; le bien de l'enfant notamment au regard des possibilités de développement dans les deux pays¹¹. A l'instar de la CEDH, le Pacte ONU II contient des garanties procédurales et des limites matérielles concernant l'expulsion des étrangers.

Ainsi, l'art. 13 du Pacte ONU II accorde-t-il les mêmes garanties procédurales que l'art. 1 du Protocole n° 7 à la CEDH. Dans le contexte qui nous occupe, les limites matérielles concrètes découlent notamment de l'art. 17 du Pacte ONU II, qui interdit l'immixtion arbitraire ou illégale dans la vie privée et exige que l'autorité appelée à prendre la décision respecte le principe de la proportionnalité¹².

Par ailleurs, l'art. 12, al. 4, du Pacte ONU II dispose que nul «ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays». Ce droit revêt son importance également pour les étrangers depuis que le Comité des droits de l'homme de l'ONU a étendu la portée de la disposition. Dans l'affaire Stewart contre le Canada¹³, le Comité a constaté que la notion de «propre pays» était plus large que celle de «pays d'origine». Dès lors, la disposition peut également protéger contre l'expulsion l'étranger séjournant dans le pays depuis sa prime jeunesse et n'ayant plus guère de liens avec le pays dont il a la nationalité, s'il n'a pas eu, jusque-là, la possibilité de devenir citoyen du pays de séjour. Aux termes de l'art. 12, al. 4, du Pacte ONU II, seule la privation «arbitraire» («arbitrarily») du droit d'entrer est illicite. La mesure doit être fondée, d'une part, sur une norme juridique ayant un caractère général et abstrait et, d'autre part, sur un examen approfondi et approprié des circonstances du cas particulier¹⁴.

Une obligation d'expulser générale et automatique sans possibilité d'examen individuel de la légalité et de la proportionnalité de la décision n'est par conséquent pas admissible sous l'angle de l'art. 1 du Protocole no 7 à la CEDH, de l'art. 8 CEDH, de l'art. 12, al. 4, et des art. 13 et 17 du Pacte ONU II. Dans un cas particulier, cette obligation pourrait constituer une atteinte aux droits matériels de l'intéressé.

4.1.2 Convention relative aux droits de l'enfant

La Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CRDE) dispose, dans son art. 3, que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées, des organes législatifs, etc., l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Dans le contexte de l'initiative sur le renvoi, cette disposition s'applique tant à la situation de l'enfant qui s'est rendu pénalement responsable et devrait, de ce fait, être expulsé, qu'à celle des parents ou des personnes qui détiennent l'autorité parentale et seraient visés par l'obligation d'expulsion prévue par l'initiative. Dans certains cas, l'obligation d'expulser automatique empêche de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant.

Par ailleurs, un enfant dont les parents résident dans des Etats différents a, aux termes de l'art. 10, al. 2, CRDE, le droit d'entretenir, sauf circonstances exceptionnelles, des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec ses deux parents. En cas d'expulsion de l'enfant ou de l'un de ses parents, ce droit doit être garanti, ce qui peut conduire à des problèmes suivant le pays dans lequel l'enfant ou les parents sont expulsés.

Enfin, l'art. 40 CRDE dispose qu'un enfant qui a commis une infraction a droit à un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité et de la valeur personnelle et qui tienne compte de la nécessité de faciliter sa réintégration dans la société et de lui faire assumer un rôle constructif au sein de celle-ci. En cas d'expulsion automatique, la réintégration sociale et le rôle constructif au sein de la société seraient compromis.

Par conséquent, une expulsion automatique sans possibilité de vérifier si, dans le cas d'espèce, les droits de l'enfant sont respectés peut aboutir à une incompatibilité entre la CRDE et l'initiative sur le renvoi.

- 1 ATF 109 Ib 64 consid. 6b p. 72
- 2 Voir notamment:
message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 453, note 17,
message relatif à l'initiative populaire «contre la construction de minarets», FF 2008 6930,
message concernant les initiatives populaires «pour une politique d'asile raisonnable» et «contre
l'immigration clandestine», FF 1994 III 1481.
- 3 Message sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de
l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire; FF 1991 I 1146. Cependant, il
s'agit ici d'un obstacle juridique qui ne fait pas l'unanimité dans la doctrine.
- 4 Voir le message relatif à l'initiative «Oui à la protection des animaux», FF 2004 3086 ss, où le Conseil
fédéral affirme clairement que la dénonciation du traité OMC, de la CEDH ou du Pacte ONU II n'était
pas une option réaliste.
- 5 Message relatif à l'initiative populaire «contre la construction de minarets», FF 2008 6963 s.
- 6 Cour eur. DH, arrêt du 2. 8. 2001, Boultif, RJD 2001-IX, ch. marg. 29.
- 7 RS 0.101.07
- 8 Les organes de la Convention n'ont guère examiné les limitations d'entrée et de séjour sous l'angle de
la vie privée tant que l'on pouvait se fonder de manière plausible sur la vie familiale. Cf. Cour eur. DH,
Moustaquim, arrêt du 18.2.1991, A/193.
- 9 Cour eur. DH, arrêt du 9.10.2003 (GC), Slivenko, n 48 321/99, ch. marg. 97 (expulsion de soldats
russes de Lettonie); voir note 1, § 40.
- 10 Voir note 2; arrêt du 17.4.2003, Yilmaz, no 52 853/99, ch. marg. 41.
- 11 Voir note 1, ch. marg. 48; Cour eur. DH, Maslov v. Austria, arrêt du 22.3.2007, no 1683/03.
- 12 Comité des droits de l'homme, Winata v. Australia, 930/2000 (2001), ch. 7.2 s.; Bakhtiyari and Family
v. Australia, 1069/2002 (2003), ch. 9.6; Madafferi and Family v. Australia, 1011/2001 (2004), ch 9.7
ss.
- 13 Comité des droits de l'homme, Stewart contre Canada, 538/1993 (1996), ch. 12.3 ss; confirmé dans
Comité des droits de l'homme, Canepa contre Canada, 558/1993 (1997).
- 14 Cf. ATF 122 II 433
(no english translation)

Initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels» (initiative de mise en oeuvre)

L'UDC, le parti politique qui avait lancé l'initiative sur le renvoi, était insatisfait des mesures prises pour l'application de cette initiative. Pour faire pression elle a lancé une nouvelle initiative populaire – dite «initiative de mise en oeuvre» – en juillet 2012 et l'a déposée le 28 décembre 2012. Le message du Conseil fédéral date du 20 novembre 2013. L'initiative est non encore traitée au chambres; elle a la teneur suivante:

Les dispositions transitoires de la Constitution sont modifiées comme suit:

Art. 197, ch. 9 (nouveau)

9. Disposition transitoire directement applicable ad art. 121 (Séjour et établissement des étrangers)

1 Les dispositions suivantes sont appliquées en vue d'assurer le renvoi effectif des étrangers criminels:

I. Expulsion

1. Si un étranger est condamné pour l'une des infractions énumérées ci-après, et quelle que soit la quotité de la peine qui a été prononcée à son encontre, le tribunal ou le ministère public prononcent son expulsion du territoire suisse:

- a. meurtre (art. 111 du code pénal, CP2), assassinat (art. 112 CP), meurtre passionnel (art. 113 CP);
- b. lésions corporelles graves (art. 122 CP), mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP);

- c. effraction, entendue comme la réalisation cumulative des éléments constitutifs des infractions de vol (art. 139 CP), de dommages à la propriété (art. 144 CP) et de violation de domicile (art. 186 CP);
- d. vol qualifié (art. 139, ch. 2 et 3, CP), brigandage (art. 140 CP), escroquerie par métier (art. 146, al. 2, CP), extorsion qualifiée (art. 156, ch. 2, 3 et 4 CP), recel par métier (art. 160, ch. 2, CP);
- e. escroquerie (art. 146 CP) à l'aide sociale et aux assurances sociales, et abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales (ch. V.1);
- f. traite d'être humains (art. 182 CP), séquestration et enlèvement qualifiés (art. 184 CP), prise d'otage (art. 185 CP);
- g. contrainte sexuelle (art. 189 CP), viol (art. 190 CP), actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP), encouragement à la prostitution (art. 195 CP);
- h. génocide (art. 264 CP), crimes contre l'humanité (art. 264a CP), crimes de guerre (art. 264b à 264j CP);
- i. infraction aux art. 19, al. 2, ou 20, al. 2, de la loi du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (LStup)³.

2. Si un étranger est condamné pour l'une des infractions énumérées ci-après, et s'il a déjà été condamné au cours des dix années précédentes par un jugement entré en force à une peine pécuniaire ou privative de liberté, le tribunal ou le ministère public prononcent son expulsion du territoire suisse:

- a. lésions corporelles simples (art. 123 CP), exposition (art. 127 CP), rixe (art. 133 CP), agression (art. 134 CP);
- b. violation de domicile (art. 186 CP) en relation avec les infractions de dommages à la propriété (art. 144 CP) ou de vol (art. 139, ch. 1, CP);
- c. abus de confiance qualifié (art. 138, ch. 2, CP), utilisation frauduleuse d'un ordinateur par métier (art. 147, al. 2, CP), abus de cartes-chèques ou de cartes de crédit par métier (art. 148, al. 2, CP), usure par métier (art. 157, ch. 2, CP);
- d. séquestration et enlèvement (art. 183 CP);
- e. actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187, ch. 1, CP), actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes (art. 188, ch. 1, CP), actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues (art. 192 CP), abus de la détresse (art. 193 CP), pornographie (art. 197, ch. 3, CP);
- f. incendie intentionnel (art. 221, al. 1 et 2, CP), explosion intentionnelle (art. 223, ch. 1, CP), emploi, avec dessein délictueux, d'explosifs ou de gaz toxiques (art. 224 CP), fabriquer, dissimuler et transporter des explosifs ou des gaz toxiques (art. 226 CP);
- g. fabrication de fausse monnaie (art. 240, al. 1, CP), falsification de la monnaie (art. 241, al. 1, CP);
- h. provocation publique au crime ou à la violence (art. 259 CP), participation ou soutien à une organisation criminelle (art. 260ter CP), mise en danger de la sécurité publique au moyen d'armes (art. 260quater CP), financement du terrorisme (art. 260quinquies CP);
- i. violence ou menace contre les autorités et les fonctionnaires (art. 285 CP), rupture de ban (art. 291 CP);
- j. dénonciation calomnieuse (art. 303, ch. 1, CP), blanchiment d'argent qualifié (art. 305bis, ch. 2, CP), faux témoignage, faux rapport ou fausse traduction en justice (art. 307, acl. 1 et 2, CP);
- k. infraction intentionnelle aux art. 115, al. 1 et 2, 116, al. 3, ou 118, al. 3, de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers⁴;

l. infraction aux art. 19, al. 1, ou 20, al. 1, LStup.

3. Si, au cours des dix années précédentes, il a été ouvert contre l'intéressé une procédure pénale qui n'est pas encore close au moment où est prononcée la condamnation pour l'une des infractions visées au ch. 2, l'expulsion du territoire suisse est prononcée dès que

l'intéressé est condamné par un jugement entré en force à une peine pécuniaire ou privative de liberté.

4. L'expulsion du territoire suisse peut ne pas être prononcée si l'acte a été commis en état de défense excusable (art. 16 CP) ou de nécessité excusable (art. 18 CP).

5. L'étranger contre qui a été prononcée une décision d'expulsion du territoire suisse entrée en force est privé, indépendamment de son statut, de son titre de séjour et de tous ses autres droits à séjourner ou à retourner en Suisse.

II. Délai de départ et interdiction d'entrée

1. Lorsque le tribunal ou le ministère public prononce une expulsion du territoire suisse, il impartit à l'intéressé un délai de départ et assortit sa décision d'une interdiction d'entrée pour une durée comprise entre 5 et 15 ans.

2. Si l'intéressé a été condamné pour l'une des infractions visées au ch. I.1, la durée de l'interdiction d'entrée ne peut être inférieure à 10 ans.

3. En cas de récidive, la durée de l'interdiction d'entrée est de 20 ans.

III. Exécution

1. L'autorité cantonale compétente procède à l'expulsion du territoire suisse dès que la condamnation est entrée en force ou, selon le cas, dès que la peine a été purgée.

2. L'expulsion du territoire suisse peut être suspendue si des motifs impérieux au sens de l'art. 25, al. 2 et 3, de la Constitution fédérale s'y opposent, mais uniquement de manière temporaire.

3. Lorsqu'elle prend sa décision, l'autorité cantonale compétente présume que ne contrevient pas à l'art. 25, al. 2 et 3, de la Constitution fédérale, une expulsion vers un Etat que le Conseil fédéral a désigné comme un Etat sûr au sens de l'art. 6a, al. 2, de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile⁵.

4. S'il est fait valoir des motifs impérieux au sens de l'art. 25, al. 2 et 3, de la Constitution fédérale, l'autorité cantonale compétente décide dans un délai de 30 jours. Sa décision peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal cantonal compétent. Celui-ci décide dans un délai de 30 jours à compter du dépôt du recours; sa décision est définitive.

IV. Relation avec le droit international

Les dispositions qui régissent l'expulsion du territoire suisse et leurs modalités d'exécution priment les normes du droit international qui ne sont pas impératives. Par normes impératives du droit international, s'entendent exclusivement l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression, de l'esclavage ainsi que l'interdiction de refouler une personne vers un Etat où elle risque d'être torturée ou tuée.

V. Abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales

1. Quiconque aura, par des indications fausses ou incomplètes, par la dissimulation de faits déterminants ou par tout autre moyen, perçu ou tenté de percevoir indûment pour soi ou pour autrui des prestations de l'aide sociale ou d'une assurance sociale, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire, à moins que l'acte ne soit passible d'une peine plus lourde en vertu d'une autre disposition.

2. Dans les cas de peu de gravité, la peine pourra être l'amende.

2 L'al. 1 est directement applicable.

Un extrait du Message concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre)» du 20 novembre 2013 est annexé (annex 3; no english translation).

Initiative populaire fédérale 'Contre l'immigration de masse'

- I La Constitution est modifiée comme suit:
- Art. 121 Titre (nouveau) Législation dans le domaine des étrangers et de l'asile
- Art. 121a (nouveau) Gestion de l'immigration
- 1 La Suisse gère de manière autonome l'immigration des étrangers.
 - 2 Le nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse est limité par des plafonds et des contingents annuels. Les plafonds valent pour toutes les autorisations délivrées en vertu du droit des étrangers, domaine de l'asile inclus. Le droit au séjour durable, au regroupement familial et aux prestations sociales peut être limité.
 - 3 Les plafonds et les contingents annuels pour les étrangers exerçant une activité lucrative doivent être fixés en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse et dans le respect du principe de la préférence nationale; ils doivent inclure les frontaliers. Les critères déterminants pour l'octroi d'autorisations de séjour sont en particulier la demande d'un employeur, la capacité d'intégration et une source de revenus suffisante et autonome.
 - 4 Aucun traité international contraire au présent article ne sera conclu.
- 5 La loi règle les modalités.
- II Les dispositions transitoires de la Constitution sont modifiées comme suit:
- Art. 197, ch. 9 (nouveau)
9. Disposition transitoire ad art. 121a (Gestion de l'immigration)
- 1 Les traités internationaux contraires à l'art. 121a doivent être renégociés et adaptés dans un délai de trois ans à compter de l'acceptation dudit article par le peuple et les cantons.
 - 2 Si les lois d'application afférentes ne sont pas entrées en vigueur dans les trois ans à compter de l'acceptation de l'art. 121a par le peuple et les cantons, le Conseil fédéral édicte provisoirement les dispositions d'application nécessaires par voie d'ordonnance.

Popular initiative against "mass immigration"

(Informal working translation)

- I The Federal Constitution will be amended as follows:
- Art. 121 Subject heading (new) Legislation in the field of foreign national and asylum
- Art. 121a (new) Control of Immigration
- 1 Switzerland regulates the immigration of foreign nationals self-reliant.
 - 2 The numbers of permits for foreign nationals will be fixed by quota limits and contingents. The maximum numbers (Höchstzahlen) shall apply to all permits of the alien's law including the asylum system. The entitlement to permanent residence, family reunification and to social benefits may be restricted.
 - 3 The annual quota limits and contingents for gainfully employed foreign nationals have to take account of the interests of the Swiss economy as a whole and have to be adjusted in due consideration of a precedence for Swiss nationals; cross-border commuters should be included. The key criterias for granting of residence permits includes in particular an application from an employer, the integration capacity and a sufficient, independently stable basis for living.
 - 4 No international treaties breaching the provisions of this Article shall be concluded.
 - 5 The details shall be regulated by law.
- II The transitional provisions of the Federal Constitution will be amended as follows:
- Art. 197 Ziff. 9 (new)
9. Transitional provisions on Art. 121a (Control of Immigration)
- 1 International treaties contrary to article 121a have to be renegotiated or adjusted within three years of acceptance by the People and the Cantons.
 - 2 Has the implementing legislation within three years of acceptance by the People and the Cantons not yet entered into force, the Federal Council would have to issue the necessary enforcement provisions in an ordinance as a provisional measure on this date.

Message relatif à une nouvelle constitution fédérale

du 20 novembre 1996

Messieurs les Présidents,
Mesdames et Messieurs,

Conformément à l'arrêté fédéral du 3 juin 1987 sur la révision totale de la constitution fédérale, nous vous soumettons, par le présent message, le projet de nouvelle constitution fédérale en vous proposant de l'approuver.

Le message a pour objet un projet de nouvelle constitution fédérale au sens de l'article 3 de l'arrêté fédéral du 3 juin 1987, ainsi qu'un projet de réforme des droits populaires et un projet de réforme de la justice.

Par la même occasion, nous vous proposons de classer les interventions parlementaires suivantes:

- | | | | |
|------|---|---------|---|
| 1991 | P | 90.440 | Révision totale de la constitution de 1874
(N 19.9.91, Groupe socialiste) |
| 1991 | P | 90.450 | Révision totale de la constitution (N 19.9.91, Groupe écologiste) |
| 1991 | P | 90.503 | Révision totale de la constitution. Création d'une assemblée
constituante (N 19.9.91, Nabholz) |
| 1993 | P | 92.3037 | Extension du droit d'examen du Tribunal fédéral
(N 19.3.93, Nabholz) |
| 1994 | M | 93.3218 | Révision totale de la constitution fédérale (E 16.12.93, Meier Josi;
N 16.12.94) |
| 1995 | M | 93.3533 | Validité des initiatives populaires (E 16.6.94, Commission des
institutions politiques CE 91.410; N 21.3.95) |
| 1995 | P | 93.3558 | Constitution fédérale. Article sur la presse (N 1.2.95, Zbinden) |

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

20 novembre 1996

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Delamuraz
Le chancelier de la Confédération, Couchepin

l'exercice des droits politiques, est sans signification de nos jours et peut être abrogée sans dommage.

Chapitre 2: Initiative et référendum

Faisant suite au chapitre premier et à sa disposition de principe sur le droit de vote, le chapitre 2 traite des droits populaires que sont l'initiative et le référendum. Il se distingue par la rigueur de sa structure: initiative populaire tendant, tout d'abord, à la révision totale de la constitution fédérale, puis à la révision partielle, référendum, enfin, sous ses diverses formes (référendum obligatoire requérant la double majorité ou la simple majorité du peuple, référendum facultatif). Le chapitre se termine sur une disposition concernant l'établissement des résultats des votations.

La réforme des droits populaires, présentée en détail ci-après, au chiffre 22, propose quelques modifications importantes du système en vigueur, telles qu'une extension du droit d'initiative par l'introduction d'une initiative d'un nouveau genre permettant de requérir la suppression ou l'adaptation de dispositions constitutionnelles ou légales (cf. à ce propos les explications concernant l'initiative populaire générale [art. 129a du projet 96, réforme des droits populaires]) ainsi qu'un élargissement notable du référendum facultatif dans les domaines tant des affaires nationales que de la politique extérieure (cf. à ce propos les explications relatives au référendum facultatif en matière administrative et financière [art. 131a du projet 96, réforme des droits populaires] et au référendum en matière internationale [art. 131b du projet 96, réforme des droits populaires]).

Article 128 Initiative populaire tendant à la révision totale de la constitution

L'article 128⁶ reprend, en les condensant et les reformulant, les réglementations de l'article 120, cst., concernant l'initiative populaire visant une révision totale de la constitution fédérale.

100 000 signatures sont nécessaires à l'aboutissement de l'initiative (*1er al.*). L'initiative doit revêtir la forme d'une proposition conçue en termes généraux. Afin de mettre en évidence son importance et sa portée, la procédure de révision totale est rendue plus difficile de la manière suivante: après l'aboutissement de l'initiative, le peuple décide par une votation préalable si une révision totale doit être entreprise (*2e al.*)⁷. Seule la majorité du peuple est requise pour cette votation; l'exigence de la double majorité est réservée à la votation finale.

⁶ L'art. 128 correspond à l'art. 116 de l'AP 95.

⁷ Depuis 1874, une seule initiative tendant à une révision totale de la constitution a abouti (l'initiative dite des "frontistes" de 1934). Mais le peuple s'est opposé à l'ouverture d'une procédure de révision de la constitution le 8 septembre 1935.

La procédure de consultation n'a donné lieu qu'à quelques propositions de changements. Certains ont notamment critiqué l'existence de redondances au sujet de la révision totale (art. 182 du projet 96)⁸. Une telle répétition s'avère toutefois inévitable étant donné que l'article 128, en tant qu'élément des dispositions sur les droits populaires, régit l'*initiative populaire* tendant à la révision totale, alors que l'article 182, en tant qu'élément des dispositions sur la révision, vise la révision totale à titre d'*institution*⁹.

Article 129 Initiative populaire tendant à la révision partielle de la constitution

L'article 129¹⁰ correspond à l'article 121, cst., dont il donne une version abrégée et actualisée. La réglementation de l'article 121, cst., n'est reprise que dans la mesure où elle concerne l'initiative populaire tendant à la révision partielle de la constitution fédérale. Le droit d'initiative de l'Assemblée fédérale, également consacré à l'article 121, 1er alinéa, cst., se retrouve au titre 6 du projet.

A son *1er alinéa*, l'article 129 consacre le droit d'initiative populaire en matière de révision partielle de la constitution. De même que pour la révision totale, 100 000 signatures sont nécessaires à l'aboutissement de l'initiative. L'initiative porte sur l'adoption, la modification ou l'abrogation d'un seul article ou de plusieurs articles ayant entre eux un lien de connexité matérielle.

Le *2e alinéa* établit le principe de l'unité de la forme. L'initiative tendant à la révision partielle est présentée soit sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux et qui soumet à l'Assemblée fédérale une ligne directrice générale, soit sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces. Un mélange des deux formes n'est pas possible, puisqu'une procédure différente s'applique selon la manière dont la demande d'initiative populaire est formulée.

Le *3e alinéa* règle la question importante de la nullité de l'initiative populaire tendant à la révision partielle. Toute initiative populaire se doit de respecter deux limites formelles: l'unité de la forme (cf. supra) et l'unité de la matière¹¹. Si une initiative ne respecte pas l'une de ces deux limites, elle doit être déclarée nulle par l'Assemblée fédérale (art. 75, LDP)¹².

Les règles impératives du droit international sont présentées comme une limite matérielle au droit d'initiative; d'après la toute récente pratique des autorités fédérales et en accord avec la doctrine dominante, ces règles limitent le contenu de toute révision

⁸ PEV, NSH.

⁹ Le même chevauchement résulte de l'art. 129 (initiative populaire tendant à la révision partielle) et l'art. 183 (révision partielle) du présent projet.

¹⁰ Art. 117 de l'AP 95.

¹¹ Cf. commentaire de l'art. 183 du projet 96 (révision partielle).

¹² Art. 75, LDP.

constitutionnelle¹³. Une initiative qui violerait une de ces règles du droit international devrait être déclarée nulle par l'Assemblée fédérale.

Certains milieux consultés s'opposent à la consécration des dispositions impératives du droit international en tant que limites matérielles à la révision de la constitution¹⁴. Ils oublient toutefois que le droit international contraignant consiste en des normes juridiques qui "revêtent une telle importance pour un Etat de droit qu'il ne peut en aucun cas se soustraire aux obligations qui en découlent"¹⁵. Dans la mesure où une norme impérative (*jus cogens*) n'est pas consacrée dans le droit coutumier international, mais provient d'un traité international, un Etat ne peut se défaire des obligations contraignantes qui en résultent en dénonçant ledit traité. Ainsi, le noyau du droit international humanitaire et les interdictions en matière de violence, d'agression, de génocide ou de torture appartiennent sans conteste au droit impératif. Ces règles sont de nature contraignante parce qu'elles participent des principes fondamentaux de l'attitude interétatique et s'avèrent indispensables à la coexistence pacifique des peuples et à leur dignité. Même le peuple et les cantons n'ont pas le choix en la matière. C'est pourquoi le Conseil fédéral juge opportun de consacrer explicitement les dispositions impératives du droit international en tant que limites matérielles à la révision de la constitution, conformément à la doctrine dominante et à la récente pratique de l'Assemblée fédérale. Les exigences en matière de validité des initiatives populaires sont ainsi réglées de manière claire et transparente.

Le 4^e alinéa règle la procédure applicable à l'initiative conçue en termes généraux. Si les deux conseils rejettent l'initiative, celle-ci est soumise à une votation préalable. Si le peuple, lors de cette votation préalable, approuve l'initiative ou si l'Assemblée fédérale approuve d'emblée l'initiative, elle élabore un projet correspondant. Ce projet doit, sur les points essentiels - soit sur le but, le contenu et les moyens -, mais non pas dans les détails d'importance secondaire, être conforme à l'initiative populaire. La procédure est considérée comme un échec si les deux conseils n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le texte constitutionnel qu'ils ont élaboré¹⁶.

Enfin, le 5^e alinéa décrit la procédure en cas d'initiative ayant la forme d'un projet rédigé. L'initiative populaire est soumise telle quelle à l'approbation du peuple et des cantons. L'Assemblée fédérale émet une recommandation favorable ou contraire à l'initiative. Si elle en recommande le rejet, elle peut lui opposer un contre-projet. Ce dernier sera soumis au verdict du peuple et des cantons en même temps que l'initiative. L'Assemblée fédérale ne peut modifier le texte de l'initiative, car il est contraignant. Le contre-projet de

¹³ Cf. Message sur l'initiative "pour une politique d'asile raisonnable", FF 1994 III 1471 et sa déclaration de nullité par l'Assemblée fédérale, FF 1996 I 1305. Cf. également le commentaire de l'art. 183 (révision partielle).

¹⁴ VS, UDF, UDF-VD, SD-SG, SD-AG, CH-EU, AGV-AR, ID-CH, KUS, 366 particuliers.

¹⁵ FF 1994 III 1483.

¹⁶ Art. 19 et 20, 3^e al., LREC.

l'Assemblée fédérale doit concerner la même matière constitutionnelle que l'initiative populaire¹⁷; il peut cependant s'en écarter dans le principe et l'orientation.

L'AP 95 prévoyait de réglementer à l'avenir la procédure détaillée en cas de votation à la fois sur l'initiative populaire et sur le contre-projet (possibilité du "double oui" de l'art. 121^{bis}, cst.) au niveau de la loi. Une disposition transitoire devait établir que les citoyens pourraient adopter tant l'initiative que le contre-projet et exprimer quelle serait leur préférence en cas d'acceptation des deux propositions.

Différents milieux consultés¹⁸ se sont néanmoins opposés à une pareille rétrogradation, souhaitant que le principe du "double oui" - tel qu'il a été proposé dans la disposition transitoire - figure dans le texte même de la constitution. Les arguments avancés sont convaincants. En effet, l'acceptation du "double oui", lors des scrutins mettant aux prises une initiative populaire et un contre-projet, représente un complément important à la possibilité constitutionnelle dont dispose l'Assemblée fédérale d'opposer un contre-projet à une initiative populaire. Le droit des votants, compte tenu des propositions en présence, d'exprimer leur volonté clairement, selon leur préférence et de manière fidèle et sûre, mérite une place dans la constitution. Le principe du "double oui" a donc rang constitutionnel et est exprimé au 6^e alinéa. Par contre, les détails purement techniques contenus dans l'actuel article 121^{bis}, cst., peuvent très bien être relégués dans une loi (LDP, LREC).

Lors d'une votation portant sur une initiative populaire et un contre-projet, il peut arriver que les deux objets soient acceptés, et donc préférés au *statu quo*, mais que, dans la question destinée à les départager, l'un réunisse la majorité des voix du peuple et l'autre la majorité des voix des cantons. Dans un tel cas, aucun des deux projets ne peut entrer en vigueur. Le *statu quo*, qui n'est plus soutenu par la majorité des votants, reste applicable. Une pareille situation juridique n'est pas satisfaisante. Aussi proposons-nous une nouvelle réglementation, dans le cadre de la réforme des droits populaires, prévoyant, en cas d'"acceptation croisée" du peuple et des cantons dans la question départageante, l'entrée en vigueur du projet qui a réuni le plus de voix du peuple (cf. art. 131e, projet 96, réforme des droits populaires).

Article 130 Référendum obligatoire

L'article 130¹⁹ constitue une norme d'organisation, qui prévoit le vote obligatoire du peuple et des cantons ou celui du peuple seul pour certaines décisions de l'Assemblée fédérale. Rares ont été les avis exprimés à ce propos, durant la procédure de consultation.

Le 1^{er} alinéa réglemente les cas de la double majorité:

¹⁷ Art. 27, 3e al., LREC.

¹⁸ VS, AG, les Verts, 10 particuliers.

¹⁹ L'art. 130 correspond à l'art. 118 de l'AP 95.

Nationalrat
 Conseil national
 Consiglio nazionale
 Cussegl naziunal



09.466 n Iv. pa. Groupe V. Règles impératives du droit international. Définition

Rapport de la Commission des institutions politiques du 15 avril 2010

Réunie le 4 février 2010, la Commission des institutions politiques du Conseil national a procédé à l'examen préalable de l'initiative parlementaire visée en titre, déposée le 12 juin 2009 par le groupe de l'Union démocratique du centre.

Ladite initiative vise à préciser, à l'art. 139 de la Constitution fédérale, la notion de « règle impérative du droit international ».

Proposition de la commission

Par 14 voix contre 8 et 1 abstention, la commission propose de ne pas donner suite à l'initiative.

Une minorité de la commission (Joder, Fehr Hans, Geissbühler, Graber, Perrin, Rutschmann, Schibli, Wobmann) propose de donner suite à l'initiative.

Rapporteurs : Fluri (d), Hodgers (f)

Pour la commission :
 Le président Yvan Perrin

[1. Texte et développement](#)

[1. 1. Texte](#)

[1. 2. Développement](#)

[2. Considérations de la commission](#)

1. Texte et développement

1. 1. Texte

Conformément à l'art. 160, al. 1, Cst. et à l'art. 107 de la loi sur le Parlement, je dépose l'initiative parlementaire suivante :

L'art. 139, al. 2, Cst. sera complété et aura la teneur suivante :

Lorsqu'une initiative populaire ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle. Sont considérées comme règles impératives du droit international les règles interdisant la guerre d'agression, la torture, le génocide et l'esclavage.

1. 2. Développement

Les Suisses tiennent au système de la démocratie et ils ne sont prêts ni à renoncer à leurs droits populaires, ni à accepter que des juges étrangers leur dictent des règles. Or, une interprétation tendancieuse du droit international et la reprise autonome du droit européen limitent de plus en plus nos droits populaires. Il arrive régulièrement que la validité d'initiatives populaires soit remise en cause au motif qu'elles seraient contraires au droit international. Notre Constitution précise simplement qu'une initiative est déclarée nulle si elle ne respecte pas les règles impératives du droit international (art. 139, al. 2). Il importe donc de préciser clairement dans la Constitution ce qu'il faut entendre par « règles impératives du droit international ».

2. Considérations de la commission

Conformément à l'art. 139, al. 3, Cst. (al. 2 avant la version du 27 septembre 2009), l'Assemblée fédérale déclare une initiative populaire totalement ou partiellement nulle lorsque celle-ci ne respecte pas les règles impératives du droit international. Cette condition matérielle a été imposée à la déclaration de nullité d'une initiative populaire lors de la révision totale de la Constitution en 1999. Sont considérées comme règles impératives du droit international les normes qui sont applicables dans l'intérêt commun de tous les États, ou du moins de ceux régis par un même ordre juridique (comme l'Europe), et qui sont profondément ancrées dans la conscience juridique collective (cf. Hangartner Yvo, Kommentar zu Art. 139, in St. Galler Kommentar der Bundesverfassung, 2e édition, Zurich, Bâle, Genève, 2008). Il n'est donc pas possible de donner de définition précise de cette notion en termes juridiques. Dans son message relatif à une nouvelle constitution fédérale, le Conseil fédéral a indiqué que l'interdiction de la torture, du génocide et de l'esclavagisme, les garanties de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité, et les principes du droit humanitaire applicables en temps de guerre appartenaient aux règles impératives du droit international (FF 1997 I 1 454).

La précision proposée par le groupe UDC dans son initiative montre à quel point il est difficile d'exprimer en termes juridiques précis une notion que les règles de droit, l'application du droit et le droit coutumier ont influencée au niveau international au cours de l'histoire : actuellement en Suisse, le droit impératif comprend par exemple les garanties de la CEDH qui ne souffrent aucune dérogation, même en état de nécessité, alors que celles-ci font défaut dans la définition du groupe UDC. La proposition des auteurs de l'initiative va donc à contre-courant de la pratique actuelle. En 1999, le législateur a volontairement renoncé à définir cette notion afin de pouvoir s'adapter à la dynamique de l'évolution du droit. En outre, les « règles impératives » du droit international sont, comme leur nom l'indique, impératives, c'est pourquoi elles ne peuvent être ni édictées ni abrogées par le législateur. En vertu de l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CV, RS 0.111), « une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

Jusqu'à ce jour, les autorités fédérales s'en sont tenues à une interprétation restrictive des règles impératives du droit international, et ce afin de préserver les droits garantis par la démocratie ; elles ont toutefois toujours souligné que cette notion ne pouvait être définie une fois pour toutes. La commission considère qu'il n'y a généralement aucun problème à se fonder sur ces normes pour vérifier la validité d'une initiative populaire ; elle relève que la violation de règles impératives du droit international n'a d'ailleurs justifié qu'une seule fois l'invalidation d'une initiative populaire (en 1992, dans le cas de l'initiative « Pour une politique d'asile raisonnable »).

La minorité de la commission estime, quant à elle, que les citoyens sont en droit d'exiger une définition claire et contraignante de la notion de « règle impérative du droit international ». En effet, quiconque recueille 100 000 signatures pour déposer une initiative populaire doit être en mesure de savoir à quelles conditions son initiative sera valable ou non. Aux yeux de la

minorité, en utilisant une définition plus ou moins large de cette notion selon la situation, les autorités fédérales mettent en danger la sécurité du droit et courent alors le risque de prendre des décisions arbitraires. Et la minorité d'ajouter qu'une interprétation toujours plus extensive des règles impératives du droit international pourrait conduire à une restriction progressive des droits populaires.

13.091

**Message
concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif
des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)»**

du 20 novembre 2013

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous proposons de déclarer partiellement nulle l'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)» et d'en soumettre la partie valable au vote du peuple et des cantons, en leur recommandant de rejeter l'initiative.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

20 novembre 2013

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ueli Maurer
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

1.2 **Aboutissement et délais de traitement**

L'initiative populaire «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre)» a fait l'objet d'un examen préliminaire par la Chancellerie fédérale le 10 juillet 2012⁶, et elle a été déposée le 28 décembre 2012 avec le nombre requis de signatures.

Par décision du 5 février 2013, la Chancellerie fédérale a constaté que l'initiative avait recueilli 155 788 signatures valables et qu'elle avait donc abouti⁷.

L'initiative a la forme d'un projet rédigé. Le Conseil fédéral ne lui oppose pas de contre-projet. Conformément à l'art. 97, al. 1, let. a, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)⁸, le Conseil fédéral avait jusqu'au 28 décembre 2013 pour soumettre à l'Assemblée fédérale un projet d'arrêté fédéral accompagné d'un message. Conformément à l'art. 100 LParl, l'Assemblée fédérale a jusqu'au 28 juin 2015 pour adopter la recommandation de vote qu'elle présentera au peuple et aux cantons.

1.3 **Validité**

1.3.1 **Critères de validité**

Lorsqu'une initiative populaire visant une révision partielle de la Constitution (Cst.)⁹ ne respecte pas le principe de l'unité de la forme, celui de l'unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle (art. 139, al. 3, Cst.; voir aussi l'art. 194, al. 2 et 3, Cst.).

1.3.2 **Unité de la forme**

L'art. 197, ch. 9, P-Cst. obéit au principe de l'unité de la forme, puisqu'il revêt la forme d'un projet rédigé.

1.3.3 **Conformité avec les règles impératives du droit international**

Critères de validité

Une initiative contraire aux règles impératives du droit international doit être invalidée, en totalité ou en partie (art. 139, al. 3, Cst.). Si en revanche elle n'enfreint «que» des dispositions non impératives du droit international, elle doit être déclarée valable et soumise au vote du peuple et des cantons¹⁰. Il faut donc déterminer les normes qui font partie des *règles impératives du droit international*. Le respect de ces normes sert de critère pour juger de la validité d'une initiative. Le texte de la

⁶ FF **2012** 6873

⁷ FF **2013** 1061

⁸ RS **171.10**

⁹ RS **101**

¹⁰ ATF **139** I 16 consid. 5.2.1.

Constitution ne définit pas concrètement cette notion. Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale ont toutefois développé une pratique permettant de l'interpréter. Selon cette pratique, on qualifiera les normes suivantes de «règles impératives du droit international»¹¹:

- a. En font en premier lieu partie les *règles impératives (jus cogens) du droit international* telles que les décrit de manière générale l'art. 53, 2^e phr., de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités¹². Le terme *jus cogens* désigne les normes fondamentales du droit international auxquelles on ne peut déroger sous aucun prétexte. S'il n'existe pas de liste officielle ou faisant autorité des normes de jus cogens, on peut cependant en déduire certaines de la pratique des Etats et des traités internationaux en matière de droit international humanitaire. Font notamment partie du droit international impératif¹³:
 - L'égalité souveraine des Etats, l'interdiction du recours à la force (interdiction du recours à la force militaire) figurant dans la Charte des Nations Unies, l'interdiction de la torture, du génocide et de l'esclavage.
 - L'interdiction d'expulser un réfugié dans un pays où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques (principe de non-refoulement dans sa portée relative, codifié dans les normes applicables aux réfugiés)¹⁴.
 - L'interdiction de refouler une personne sur le territoire d'un Etat dans lequel elle risque la torture et d'autres peines ou traitements cruels ou inhumains (principe de non-refoulement dans sa portée absolue, codifié dans les instruments généraux des droits de l'homme et applicable à toute personne, indépendamment de son statut de séjour).
 - Les principes du droit international humanitaire en cas de conflit armé («jus in bello»), qui confèrent une protection particulière à certains

¹¹ Pour plus de détails à ce propos, voir le rapport additionnel du 30 mars 2011 du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2011 3401, en partic. 3413 ss). Voir aussi le message du 20 novembre 1996 relatif à une constitution fédérale (FF 1997 I 369, 441 s.) et le message du 27 août 2008 relatif à l'initiative populaire contre la construction de minarets (FF 2008 6923, 6929 à 6932).

¹² RS 0.111

¹³ Le Tribunal fédéral n'a pris position que ponctuellement sur la teneur des normes de *jus cogens*; cf. ATF 133 II 450 consid. 7.3 (cas *Nada*): «De manière générale, on considère que le *jus cogens* inclut des droits de l'homme élémentaires, comme le droit à la vie, la protection contre la torture et les traitements dégradants, l'interdiction de l'esclavage et de la traite d'êtres humains, l'interdiction des peines collectives, le principe de l'individualité de la responsabilité pénale et le principe de non-refoulement [...]. Plus largement, le *jus cogens* inclut aussi partiellement la protection contre la détention arbitraire, de même que certaines garanties de procédure liées à celle-ci [...].».

¹⁴ Cf. déjà FF 2011 3414 et 1994 III 1485 s. Cette protection n'est pas absolue: elle ne pourra pas bénéficier au «réfugié qu'il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité [de la Suisse] ou qui, ayant été l'objet d'une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté [...]» (art. 33, ch. 2, Convention sur les réfugiés; voir aussi l'art. 5, al. 2, LAsi).

groupes. Selon l'art. 3 des quatre Conventions de Genève de 1949¹⁵, sont prohibés, «en tout temps et en tout lieu»: les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; les prises d'otages; les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué et assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

- b. Le Conseil fédéral a confirmé à plusieurs reprises que la notion de règles impératives du droit international couvre également les *garanties de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (CEDH)¹⁶ pour les *états de nécessité* (art. 15). Ces garanties sont les suivantes: interdiction d'infliger intentionnellement la mort (art. 2), interdiction de la torture (art. 3), interdiction de l'esclavage et du travail forcé (art. 4, al. 1), principe «pas de peine sans loi» (art. 7), conjugué avec l'interdiction de la double peine ou le principe «ne bis in idem» (art. 4, protocole additionnel n° 7).

Dans la pratique, les autorités fédérales ont constaté, de manière ponctuelle, que les garanties du *Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques* (Pacte II de l'ONU)¹⁷ auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité devaient être considérées comme des «règles impératives du droit international». Aux termes de l'art. 4, al. 2, du Pacte II de l'ONU, l'existence d'un danger public exceptionnel n'autorise aucune dérogation aux art. 6 (droit à la vie), 7 (interdiction de la torture), 8 (par. 1 et 2 – interdiction de l'esclavage et de la servitude), 11 (interdiction de l'emprisonnement pour dette), 15 (principe «pas de peine sans loi»), 16 (reconnaissance universelle de la personnalité juridique) et 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion). Il convient de relativiser cette liste dans la mesure où il y a lieu de déterminer dans chaque cas si les éléments garantissant une protection au sens des articles cités sont tous véritablement immunisés contre une atteinte, même en état de nécessité¹⁸.

Obstacles hétéronomes et autonomes à une révision constitutionnelle

La valeur supérieure du jus cogens fait qu'aucun Etat ne peut s'y soustraire. Il constitue donc une limite matérielle *hétéronome* à une révision de la Constitution, que cette dernière prévoie ou non une réserve. Certes, aucune norme du *jus cogens* n'interdit de soumettre au vote des révisions constitutionnelles qui lui sont contraires. La question de la validité des initiatives populaires contraires au droit international relève donc du droit constitutionnel. Une révision constitutionnelle non conforme au *jus cogens* ne peut pas déployer d'effets, raison pour laquelle il semble opportun de la déclarer nulle, conformément à ce que prévoit la Constitution.

¹⁵ RS 0.518.12 (Amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne); RS 0.518.23 (Amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer); RS 0.518.42 (Traitement des prisonniers de guerre); RS 0.518.51 (Protection des personnes civiles en temps de guerre).

¹⁶ RS 0.101

¹⁷ RS 0.103.2

¹⁸ A titre d'exemple, l'art. 18 du Pacte II de l'ONU n'est que partiellement immunisé face à un état de nécessité (voir les explications du message relatif à l'initiative populaire contre la construction de minarets, ch. 2.3.4).

Comme le montre l'interprétation par les autorités de l'art. 139, al. 3, Cst., la notion de *règles impératives du droit international*, telle qu'elle est appliquée en droit national, englobe également *d'autres normes du droit international qui dépassent le strict cadre du droit international impératif (jus cogens)*, en particulier les garanties de la CEDH et du Pacte II de l'ONU en cas de situation de nécessité¹⁹, qui peuvent ainsi faire obstacle à une révision constitutionnelle. Ces obstacles sont dits *autonomes*, car ils découlent de la Constitution même. Il s'agit d'obstacles que le constituant s'est lui-même imposés, mais dont il peut se défaire à tout moment. En effet, lui seul dispose, en tant qu'organe suprême de l'Etat, d'une légitimité suffisante pour déterminer dans quelle mesure il faut s'accommoder d'éventuelles atteintes au droit international (pour autant qu'elles ne touchent pas des règles impératives de ce droit)²⁰.

Eviter les conflits entre normes grâce à une interprétation conforme au droit international

Dans sa pratique, le législateur s'efforce toujours d'interpréter *conformément au droit international* les dispositions constitutionnelles qui paraissent s'en écarter²¹. Dans le cas d'une initiative, il procède à son interprétation de manière à tenir compte à la fois des buts visés par ses auteurs et du cadre imposé par les obligations internationales que la Suisse a contractées. Le but étant de prévenir un éventuel conflit avec des normes contraires du droit international.

Certaines dispositions constitutionnelles ne permettent pas une telle interprétation conforme au droit international. Lorsqu'une initiative provoque un conflit insoluble avec des règles impératives du droit international, l'Assemblée fédérale est tenue, en application de l'art. 139, al. 3, Cst., d'invalider tout ou partie de ses dispositions.

1.3.4 Définition des règles impératives du droit international dans l'initiative de mise en œuvre

L'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, P-Cst. (ci-après: ch. IV P-Cst.) porte l'intertitre *Relation avec le droit international*. En voici la teneur:

Les dispositions qui régissent l'expulsion du territoire suisse et leurs modalités d'exécution priment les normes du droit international qui ne sont pas impératives. Par normes impératives du droit international, s'entendent exclusivement l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression, de l'esclavage ainsi que l'interdiction de refouler une personne vers un Etat où elle risque d'être torturée ou tuée.

Même si elle ne l'indique pas expressément, la disposition laisse entendre *a contrario*, dans la deuxième partie de la première phrase, que les normes impératives priment les dispositions constitutionnelles sur l'expulsion et leurs modalités

¹⁹ Cf. ch. 1.3.3 (Critères de validité, let. b)

²⁰ Cf. ch. 1.3.6 (Respect de l'unité de la matière) pour le principe d'une procédure en deux étapes.

²¹ Pour plus de détails, voir le rapport du 5 mars 2010 du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2010 2067), en particulier le ch. 8.7.2.

d'exécution. Compte tenu de cette garantie de la primauté du droit international impératif, il n'y a pas lieu d'envisager une invalidation de l'initiative pour violation de l'art. 139, al. 3, Cst.

Le ch. IV P-Cst. donne toutefois une *définition restrictive des règles impératives du droit international*. Il contient à sa 2^e phrase une liste positive exhaustive indiquant ce que ce droit impératif doit couvrir. Une comparaison avec la pratique des autorités décrites au ch. 1.3.3 (Critères de validité) nous amène au constat suivant:

- a. Les *garanties* de la CEDH et du Pacte II de l'ONU qui ne souffrent aucune dérogation même en *état de nécessité* ne sont pas mentionnées au ch. IV, 2^e phr., P-Cst. L'initiative les considère donc comme faisant partie des normes non impératives du droit international, que la 1^{re} phrase qualifie de toute manière comme étant inférieures aux dispositions constitutionnelles sur l'expulsion et à ses modalités d'exécution.
- b. Les dispositions du *jus cogens* relatives au droit humanitaire en cas de conflit armé ne sont pas non plus mentionnées. La définition du droit impératif international de l'al. 1, ch. IV, 2^e phr., P-Cst. comporte d'autres lacunes, comparée à celle du *jus cogens* donnée par le Tribunal fédéral²². Elle n'inclut par ex. pas la protection contre la détention arbitraire, ni l'interdiction des peines collectives.
- c. La définition du principe de non-refoulement donnée par le texte de l'initiative est plus étroite que celle qui ressort du droit impératif international²³. Le ch. IV, 2^e phr., P-Cst., parle seulement de l'«interdiction de refouler une personne vers un Etat où elle risque d'être torturée ou tuée». De ce fait, il s'écarte du principe de non-refoulement absolu, en ne retenant que le risque de torture, mais pas celui de subir d'autres traitements ou peine cruels et inhumains. Et il omet de considérer, par rapport au principe de non-refoulement relatif, les menaces pesant sur *la liberté*, qui, à l'instar des menaces pour *la vie*, peuvent aussi justifier qu'on renonce à une expulsion. S'agissant du principe de non-refoulement, l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. III/2 et ch. III/4 P-Cst. réserve cependant explicitement les principes statués à l'art. 25, al. 2 et 3, Cst. Ce renvoi interne à la Constitution fédérale permet de garantir pleinement qu'un réfugié ne sera pas renvoyé vers un Etat où il est persécuté (art. 25, al. 2, Cst.) et que nul ne sera refoulé dans un Etat qui pratique la torture (art. 25, al. 3, Cst.).

La définition des normes impératives du droit international donnée par le ch. IV, phr. 2, P-Cst. est donc plus restrictive que celle découlant de l'art. 139, al. 3, Cst. (critères de validité des initiatives populaires) ou que la notion de *jus cogens* appliquée en droit international.

²² Cf. note de bas de page 11.

²³ Cf. ch. 1.3.3 (Critères de validité, let. a).

1.3.5

Définition restrictive du droit international impératif: quel effet sur la validité de l'initiative?

Conflit de normes

L'interprétation de la disposition proposée ne permet pas d'éliminer les différences entre les définitions; on est en présence d'un *conflit de normes* entre le ch. IV, 2^e phr., P-Cst. et les art. 139, al. 3, et 194, al. 2, Cst. Le jus cogens étant défini par la communauté des Etats, la Suisse ne peut pas, à elle seule, étendre ou restreindre cette définition. Une telle définition ferait d'ailleurs naître des attentes qu'elle serait incapable de combler, puisqu'elle ne pourrait avoir d'effet juridique si elle s'éloignait de la définition acceptée en droit international (cf. ch. 1.3.3 [Obstacles hétéronomes et autonomes à une révisions constitutionnelle])²⁴. Au final, la définition que donne le ch. IV, 2^e phr. P-Cst. des normes impératives du droit international ouvrirait la porte à des expulsions et à des renvois qui pourraient violer le jus cogens au sens du droit international et les dispositions impératives du droit international au sens de l'art. 139, al. 3, Cst.

Envisager une invalidation partielle

La conséquence juridique du non-respect des règles impératives du droit international par une initiative populaire est définie à l'art. 139, al. 3, Cst. (voir aussi l'art. 75, al. 1, de la loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques²⁵ et l'art. 98, al. 1, LParl): dans ce cas, l'Assemblée fédérale déclare l'initiative *nulle, en tout ou en partie*. L'invalidation d'une initiative constitue une atteinte grave au droit d'initiative; elle doit donc se faire en application du principe de proportionnalité. L'Assemblée fédérale doit opter pour la solution la moins drastique, à savoir l'invalidation partielle, pour autant que la partie valable conserve un sens et qu'on puisse partir du principe que, même amputée ainsi, l'initiative aurait recueilli le nombre de signatures requis²⁶.

Seule la 1^{re} phrase du ch. IV P-Cst. est indispensable pour garantir le respect du but visé par les auteurs de l'initiative, qui est d'imposer la primauté des nouvelles dispositions constitutionnelles, qui ressortissent au droit national, sur le droit international non impératif. Cette phrase permet de faire primer les nouvelles dispositions sur les droits découlant par exemple de l'art. 8 CEDH et de l'ALCP²⁷. A l'inverse, la définition des normes impératives du droit international figurant à la 2^e phrase du ch. IV P-Cst. n'est pas absolument nécessaire pour permettre à l'initiative d'atteindre son but: même sans elle, l'initiative de mise en œuvre, si elle était acceptée par le peuple et les cantons, entraînerait un net durcissement de la pratique de l'expulsion. On peut donc sans autre invalider cette partie problématique, en supprimant le ch. IV, 2^e phrase, P-Cst.

²⁴ Cf. également Astrid Epiney, 2013, n° 38

²⁵ RS 161.1

²⁶ Cf. Yvo Hangartner/Andreas Kley, 2000, n° 853; cf. ATF 134 I 172 consid. 2.1 (à propos de l'invalidation d'une initiative populaire communale).

²⁷ Cf. ch. 4.4.

1.3.6 Unité de la matière

Respect du principe de l'unité de la matière

En exécution de l'art. 139, al. 3, Cst., l'art. 75, al. 2, de la loi du 17 décembre 1976 sur les droits politiques dispose qu'une initiative respecte le principe de l'unité de la matière lorsqu'il existe un *rapport intrinsèque* entre ses différentes parties. Ce principe vise à éviter que ne soit réuni sous une seule proposition un ensemble de postulats différents dans le but d'atteindre plus facilement le nombre de signatures exigé. Il faut également veiller à ne pas proposer au vote une initiative réunissant plusieurs objets différents n'ayant pas entre eux un rapport de connexité suffisant²⁸.

Le constituant est libre de modifier en tout temps les règles limitant la révision (autonome)²⁹. Cela signifie concrètement que s'il veut renoncer, dans le cadre d'une révision partielle, à la restriction représentée par les règles impératives du droit international et inscrite à l'art. 139, al. 3, Cst., ou qu'il veut en réduire la portée, il doit commencer par modifier l'art. 139, al. 3, Cst., dans le cadre d'une révision partielle distincte. En effet, toute révision des dispositions en vigueur, qu'elle soit partielle ou totale, doit respecter les règles de procédure fixées dans la Constitution. Il n'est pas possible de procéder aux deux révisions en parallèle, car la validité d'une révision de la Constitution se mesure toujours aux dispositions en vigueur, et non à celles qui sont en projet. Il faut donc prévoir une procédure *en deux étapes*. Si une initiative populaire entend à la fois modifier le principe général figurant à l'art. 139, al. 3, Cst. et compléter la Constitution de nouvelles dispositions allant à l'encontre des règles impératives du droit international fixées à ce même article, elle doit être déclarée (partiellement) nulle, car elle viole le principe de l'unité de la matière. Les citoyens ne doivent pas avoir à se prononcer, dans le même projet de révision constitutionnelle, sur une modification des dispositions régissant leurs droits politiques (modification d'un principe général déterminant la validité des initiatives populaires) et sur des dispositions matérielles réglant l'expulsion et ses modalités d'exécution. Nous allons examiner si l'initiative de mise en œuvre remplit ces conditions.

Règles impératives du droit international: portée de la définition du champ d'application selon l'initiative

Pour déterminer si l'initiative de mise en œuvre respecte le principe de l'unité de la matière, il faut s'appuyer sur son interprétation du droit international impératif. La question est de savoir si la définition des normes impératives du droit international que fait l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, 2^e phr., P-Cst. n'a qu'une *portée partielle*, limitée au champ d'application de l'expulsion au sens de l'art. 197, ch. 9, P-Cst., ou si elle a une *portée générale*, de sorte qu'elle vaille pour la Constitution dans son ensemble. Dans ce dernier cas, elle instaurerait un nouveau standard d'examen de la validité des initiatives populaires, en violation du principe de l'unité de la matière, qui impose dans ce cas une procédure en deux étapes³⁰.

L'*interprétation systématique* tend à conférer à la définition une *portée partielle*: la position de la phr. 2 dans l'al. 1, ch. IV, P-Cst. indique que la définition des règles impératives du droit international se limite au champ d'application de l'art. 197,

²⁸ Cf. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I, 441.

²⁹ Cf. ch. 1.3.3 (Critères de validité).

³⁰ Cf. ch. 1.3.6 (Respect du principe de l'unité de la matière).

ch. 9, P-Cst. Cette définition se rattache en effet aux «dispositions qui régissent l'expulsion du territoire suisse et leurs modalités d'exécution [...]», mentionnées à la phrase précédente. Le but de l'initiative plaide également en faveur d'une portée partielle de cette définition. Elle vise à «assurer» l'application effective des dispositions sur le renvoi adoptées par le peuple (art. 121, al. 3 à 6, Cst.)³¹. On peut toutefois déplorer que les restrictions apportées au champ d'application entraînent la présence dans la Constitution de deux normes apparentées n'ayant pas la même portée («règles impératives du droit international» selon l'art. 139, al. 3, Cst., et «normes impératives du droit international» au sens de l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, P-Cst.).

L'*interprétation harmonisante*³² plaide pour accorder à la définition une portée générale. Cette forme d'interprétation vise à faire une lecture des normes qui permette d'éviter autant que possible les contradictions. Ce principe de mise en concordance pratique est particulièrement important pour l'interprétation de la Constitution³³. Si l'on concluait à une portée générale de l'initiative de mise en œuvre, son éventuelle adoption remettrait en question les critères définissant la validité des initiatives populaires et entraînerait un net assouplissement de ces derniers. L'Assemblée fédérale ne pourrait plus, par la suite invalider une initiative populaire contraire au droit international, que si celle-ci contrevient à l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression ou de l'esclavage, ou au principe de non-refoulement³⁴. Compte tenu de ces éléments d'interprétation, et en application du principe «in dubio pro populo», c'est la *portée partielle* de la définition qui est à privilégier. Interprétée de la sorte, la définition des normes impératives du droit international, telle que la propose l'initiative de mise en œuvre, ne viole pas le principe de l'unité de la matière. En effet, elle ne s'applique ici que dans le cadre (matériel étroit) des dispositions régissant l'expulsion et ses modalités d'application. Elle satisfait donc au principe de l'unité de la matière (voir cependant le ch. 1.3.5, concernant l'invalidation partielle de l'initiative, à savoir l'invalidation des seuls éléments contraires aux règles impératives du droit international).

1.3.7 Exécutabilité

L'inexécutabilité dans les faits d'une initiative est la seule limite matérielle non écrite admise à la révision constitutionnelle³⁵. Pour qu'une initiative puisse être invalidée sur ce motif, il faut qu'il existe des raisons matérielles manifestes la rendant sans aucune doute inexécutable. L'initiative dont il est ici question réclame l'expulsion de personnes étrangères ayant fait l'objet d'une condamnation entrée en force. Il s'agit là d'un but que l'on peut atteindre.

³¹ Concernant les buts de l'initiative, cf. ch. 3.

³² Cf. René Rhinow/Markus Schefer, 2009, n° 524, 529.

³³ Voir aussi l'arrêt rendu le 12 octobre 2012 par le Tribunal fédéral concernant l'initiative sur le renvoi, ATF 139 I 16 consid. 4.2.1 et 4.2.2.

³⁴ Cf. ch. 1.3.3 concernant les critères de validité actuels.

³⁵ FF 1997 I 433

1.3.8 Conclusion

La définition (restrictive) que l'initiative de mise en œuvre donne du droit international impératif viole les règles impératives du droit international. L'art. 139, al. 3, Cst. impose donc de déclarer l'initiative de mise en œuvre partiellement nulle. L'initiative peut être soumise au vote du peuple et des cantons sans son art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, 2^e phrase, étant donné que les autres critères de validité (unité de la forme et unité de la matière) sont respectés.

2 Genèse de l'initiative

2.1 Mesures d'éloignement selon le droit en vigueur³⁶

En vertu de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)³⁷, le renvoi (art. 64 à 65 LEtr) et l'expulsion (art. 68 LEtr) peuvent être ordonnés au titre de mesures d'éloignement. Pour éviter que les personnes expulsées ne reviennent en Suisse, l'Office fédéral des migrations (ODM) peut ordonner une interdiction d'entrée (art. 67 LEtr).

Les autorités compétentes renvoient de Suisse tout étranger qui ne possède pas d'autorisation, qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'entrée en Suisse, auquel une autorisation est refusée ou dont l'autorisation, bien que requise, est révoquée ou n'est pas prolongée après un séjour autorisé (art. 64, al. 1, LEtr). Selon l'art. 62 LEtr, l'autorisation peut être révoquée, entre autres, si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée ou qu'il fait l'objet d'une mesure pénale prévue aux art. 64 ou 61 du code pénal (CP)³⁸ (art. 62, let. b, LEtr). Les critères permettant la révocation de l'autorisation d'établissement sont plus sévères (art. 63 LEtr).

L'exécution du renvoi incombe aux cantons. Des mesures de contrainte peuvent être ordonnées en vertu des art. 73 ss LEtr pour garantir cette exécution (rétention; assignation d'un lieu de résidence et interdiction de pénétrer dans une région déterminée; détention administrative).

Dans son interprétation de l'art. 62, let. b, LEtr, prévoyant la révocation des autorisations et d'autres décisions si l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée, le Tribunal fédéral a fixé à un an la limite inférieure de cette durée³⁹. Cette limite concerne la révocation d'une autorisation à laquelle le requérant n'avait pas un droit absolu. Elle passe à deux ans si la personne de nationalité étrangère peut faire valoir un droit absolu à l'obtenir (par ex. parce qu'elle est mariée avec un Suisse ou une Suisse). Ces limites ont une valeur indicative; le juge doit dans tous les cas peser les intérêts en présence⁴⁰. Si la peine privative de liberté est inférieure à la limite fixée, il ne peut révoquer une autorisation qu'en faisant

³⁶ Cf. message du 24 juin 2009 concernant l'initiative populaire «Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)» et la modification de la loi fédérale sur les étrangers, FF 2009 4571, ch. 2.2.

³⁷ RS 142.20

³⁸ RS 311.0

³⁹ ATF 135 II 377; 137 II 297 consid. 2.1 à 2.3.

⁴⁰ ATF 135 II 377 consid. 4.2 et 4.5.

retrouve en filigrane dans tout l'ordre juridique; en droit pénal, une attention particulière doit lui être prêtée au moment d'ordonner une mesure et lorsque des sanctions sont infligées, le principe de proportionnalité est consubstantiel au principe de la faute.

Conformément à la doctrine, le Tribunal fédéral voit dans le principe de proportionnalité un principe fondamental pertinent pour tous les domaines du droit public, qui doit dès lors régir le droit administratif dans son ensemble et guider aussi bien l'application du droit que l'activité législative⁶². La doctrine et la pratique sont aussi unanimes quant à la fonction du principe de proportionnalité: «Le principe de proportionnalité a pour but de *protéger les citoyens contre des atteintes de l'Etat disproportionnées, [...]*»⁶³. Le principe de proportionnalité guidant tous les aspects de l'activité de l'Etat, il déploie aussi ses effets dans l'interprétation des normes constitutionnelles (interprétation harmonisante et interprétation conforme au droit international).

Relation entre les dispositions non impératives du droit international et les initiatives populaires

Une initiative populaire qui viole des dispositions non impératives du droit international n'en est pas moins valable et doit être mise en œuvre lorsqu'elle a été acceptée par le peuple et les cantons (art. 139, al. 3, art. 193, al. 4, et art. 194, al. 2, Cst.).

L'art. 5, al. 4, Cst. oblige la Suisse à respecter le droit international. Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral confirme que la Suisse est «liée» par le droit international⁶⁴. Si une initiative contraire aux dispositions non impératives du droit international est acceptée, les autorités doivent la mettre en œuvre conformément au droit international.

Cependant, de l'avis du Conseil fédéral, les autorités sont en principe tenues d'appliquer une disposition constitutionnelle contraire au droit international lorsqu'elle est *plus récente que la règle internationale et que l'art. 190 Cst. est directement applicable*⁶⁵.

Pour éviter une violation du droit international, lorsqu'une interprétation conforme au droit international est impossible, la résiliation de l'accord posant problème peut être envisagée en dernier recours. S'il est manifeste que l'initiative a pour objectif même de déroger au droit international non impératif, ou si la nouvelle disposition constitutionnelle ne se prête pas à une mise en œuvre conforme, le Conseil fédéral considère traditionnellement que son acceptation par le peuple et les cantons peut, dans certains cas, être comprise comme une obligation de dénoncer les engagements internationaux faisant obstacle à sa réalisation⁶⁶. Des problèmes se posent toutefois pour des traités qui ne peuvent pas être dénoncés ou des engagements dont la Suisse, pour des motifs politiques ou économiques majeurs, ne peut guère se défaire. Dans

⁶² ATF 96 I 234 consid. 5

⁶³ ATF 102 Ia 234 consid. 5c. Cf. également le message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 133.

⁶⁴ ATF 139 I 16 consid. 5.1; 138 II 524 consid. 5.1; 136 II 241 consid. 16.1; 135 II 243 consid. 3.1; 125 II 417 consid. 4d; 122 II 485 consid. 3a.

⁶⁵ Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne, ch. 9.3.3. Cette position n'est cependant pas incontestée dans la doctrine. Cf. Künzli Jörg, 2009, p. 70 ss et Kiener Regina/Krüsi Melanie, 2009, p. 249 ss.

⁶⁶ Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne, ch. 8.7.2.

son message concernant l'initiative populaire «Pour une conception moderne de la protection des animaux», le Conseil fédéral a par exemple dit clairement qu'une dénonciation de l'accord de l'OMC, de la CEDH ou du Pacte II de l'ONU n'était pas une option réaliste⁶⁷.

La compatibilité de l'initiative de mise en œuvre avec les dispositions non impératives du droit international est examinée au ch. 4.4.

3.3.2 Particularités du texte de l'initiative

Insertion dans les dispositions transitoires

L'art. 197, ch. 9, P-Cst. doit être inséré dans le chapitre 2 du titre 6 de la Constitution fédérale, qui regroupe les dispositions transitoires, et porter comme titre «Disposition transitoire directement applicable ad art. 121 (Séjour et établissement des étrangers)»⁶⁸. Malgré cette insertion dans les dispositions transitoires, le texte introduit par l'initiative de mise en œuvre aurait une *durée de validité indéterminée*. La phrase introductive de l'art. 197, ch. 9, P-Cst. dit clairement que les dispositions constitutionnelles sur l'expulsion, de même que leurs modalités d'exécution, doivent assurer durablement la mise en œuvre «effective» des principes relatifs à l'expulsion des étrangers criminels figurant à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

Degré de détail

L'art. 197, ch. 9, qu'il est proposé d'introduire dans la Constitution fédérale n'a pas la formulation ouverte propre aux normes constitutionnelles. Il présente au contraire un degré de détail qui l'apparente davantage à une disposition législative et contient – toujours par rapport aux autres normes constitutionnelles – un nombre particulièrement élevé de dispositions. Sur de nombreux points, il correspond à la variante 2 du projet envoyé en consultation concernant la mise en œuvre au niveau législatif des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers criminels⁶⁹.

Renvoi au droit législatif de rang inférieur

Les ch. I/1 et I/2 de l'art. 197, ch. 9, al. 1, P-Cst. renvoient directement au CP, à la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants (LStup)⁷⁰ et à la LEtr.

Le renvoi à une norme existante permet de renoncer à en créer une nouvelle⁷¹. Lorsqu'elle est employée à bon escient, la norme de renvoi a toute son utilité, notamment pour la concision des textes législatifs. Elle peut poser problème, en revanche, lorsqu'elle renvoie à des normes de rang inférieur, par exemple lorsqu'une norme figurant dans une loi renvoie à une norme figurant dans une ordonnance.

⁶⁷ FF 2004 3086 ss. Le Conseil fédéral a récemment confirmé cette position dans sa réponse du 15 mai 2013 à l'interpellation Brunner 13.3237 (Dénonciation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales).

⁶⁸ L'art. 197 Cst. comprenant aujourd'hui déjà des dispositions transitoires portant les ch. 9 (ad art. 75b [résidences secondaires]) et 10 (ad art. 95, al. 3 [initiative populaire «contre les rémunérations abusives»]), ces nouvelles dispositions porteraient, en l'état actuel, le ch. 11.

⁶⁹ Cf. ch. 2.3.

⁷⁰ RS 812.121

⁷¹ ATF 132 III 470 consid. 4.1.

en tout cas [...] non moins favorable que celui accordé dans les mêmes circonstances aux étrangers en général»¹⁰⁵.

Dispositions d'exécution (al. 1, ch. III)

C'est «l'autorité cantonale compétente» qui doit procéder à l'expulsion du territoire dès que la condamnation est entrée en force ou, selon le cas, dès que la peine a été purgée (art. 197, al. 1, ch. III/1, P-Cst.). Selon l'argumentaire de l'initiative de mise en œuvre, les peines privatives de liberté seront en principe exécutées en Suisse¹⁰⁶. La formulation «dès que la peine a été purgée» permet d'inférer que la procédure vaudra également pour l'exécution d'une peine pécuniaire ferme, c'est-à-dire que l'expulsion ne sera exécutée qu'après le paiement de la peine pécuniaire (cf. art. 35 et 36 CP). En revanche, une peine assortie d'un sursis ne devrait pas faire obstacle à l'exécution immédiate de l'expulsion, dès l'entrée en force du jugement (bien que le délai d'épreuve fasse partie de l'exécution d'une peine avec sursis).

Seul le principe de non-refoulement tel qu'il est défini à l'art. 25, al. 2 et 3, Cst. doit pouvoir être considéré comme un obstacle (temporaire) à l'exécution de l'expulsion. L'autorité cantonale compétente doit en outre présumer que l'expulsion vers un Etat que le Conseil fédéral a désigné comme sûr (art. 6a, al. 2, LAsi) ne contrevient pas à ce principe (art. 197, al. 1, ch. III/3, P-Cst.). La problématique du renvoi à des dispositions législatives dans des dispositions constitutionnelles a déjà été abordée au ch. 3.3.2.

Cependant, l'expulsion devra certainement aussi être suspendue dans les cas où des obstacles techniques la rendent impossible, par exemple le refus des autorités du pays d'origine de l'intéressé de lui délivrer des documents de voyage.

Le texte de l'initiative interdit en revanche explicitement de prendre en compte d'autres motifs de report de l'exécution qui pourraient découler des engagements internationaux de la Suisse (par ex. art. 8 CEDH) ou de considérations liées à la proportionnalité de la mesure (art. 197, al. 1, ch. III/2, et ch. IV, 1^{re} phr. P-Cst.).

Si l'étranger fait valoir que son expulsion serait contraire au principe de non-refoulement, l'autorité cantonale d'exécution a trente jours pour statuer. Une seule instance de recours peut examiner sa décision, également dans un délai de trente jours (al. 1, ch. III/4). Un recours ultérieur devant le Tribunal fédéral est exclu. Le cas pourrait cependant être porté devant la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), pour autant que les conditions de recevabilité d'une requête individuelle – par exemple épuisement des voies de recours internes – soient remplies (art. 3 en lien avec les art. 13 et 35 CEDH).

Réglementation explicite de la relation avec le droit international (al. 1, ch. IV)

La disposition transitoire proposée prévoit expressément que les dispositions qui régissent l'expulsion du territoire et leurs modalités d'exécution priment les normes non impératives du droit international¹⁰⁷.

Le texte précise en outre que s'entendent comme normes impératives du droit international «exclusivement l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression, de l'esclavage ainsi que l'interdiction de refouler une personne vers un

¹⁰⁵ Pour plus de détails à ce sujet, cf. message relatif à l'initiative sur le renvoi, ch. 1.2.10.

¹⁰⁶ Argumentaire de l'initiative de mise en œuvre, ch. 3.2.3.

¹⁰⁷ Concernant les conséquences de cette réglementation, cf. ch. 4.4.

Etat où elle risque d'être torturée ou tuée». Sont ainsi également définies, en creux, les limites du droit international non impératif¹⁰⁸.

Nouvelle infraction d'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales (al. 1, ch. V)

La perception abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale au sens de l'art. 121, al. 3, let. b, Cst. doit entraîner l'expulsion obligatoire lorsqu'elle constitue une escroquerie selon l'art. 146 CP (cf. art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/1, let. e, P-Cst.) ou un «abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales» selon la nouvelle infraction proposée, qui doit être inscrite directement dans la Constitution.

A la différence de ce qui était prévu dans la variante 2 du projet de mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi qui a été envoyé en consultation, la peine plus sévère dont serait passible l'auteur d'un abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales fait désormais de cette infraction un *crime* (art. 10, al. 2, CP). La peine encourue est en effet une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire (al. 1, ch. V/1), entraînant une expulsion du territoire pour une durée de dix ans au moins (al. 1, ch. I/1, let. e, en lien avec ch. II/2). L'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales aurait ainsi – malgré l'absence de l'élément de l'astuce – le même degré d'illicéité que l'escroquerie (art. 146 CP) en matière d'assurances sociales et d'aide sociale. Le fait que l'astuce ne soit pas un élément constitutif de l'infraction aurait pour conséquence que l'art. 146 CP ne serait plus guère appliqué pour les faits touchants à l'aide sociale et à l'assurance sociale, car le seuil de réali-sation de la nouvelle infraction est plus bas. Du fait de sa position dans la Constitu-tion, la nouvelle infraction d'abus en matière d'aide sociale d'assurances sociales ne s'appliquera en principe qu'aux étrangers. La question se pose de savoir ce qui, matériellement, justifie une telle différence de traitement.

Dans les cas de peu de gravité, la peine pourra être l'amende (al. 1, ch. V/2), ce qui n'entraînerait pas l'expulsion (cf. al. 1, ch. I/1, let. e).

Applicabilité directe (al. 2)

Tant le titre de l'art. 197, ch. 9, P-Cst. que son al. 2 précisent que les dispositions constitutionnelles proposées sont «directement applicables». La question se pose cependant de savoir si une mention aussi explicite suffit à motiver l'applicabilité directe¹⁰⁹.

Outre son libellé, le but et la genèse de l'initiative la portent également à être direc-tement applicable. L'art. 197, ch. 9, P-Cst. est formulé de manière assez précise pour qu'un individu puisse s'appuyer sur ses prescriptions pour orienter son comporte-ment (principe de précision de la base légale¹¹⁰) et pour que les autorités chargées d'appliquer le droit puissent arrêter les décisions nécessaires (par ex. un jugement pénal incluant une décision d'expulsion) en se fondant directement sur la Constitu-tion¹¹¹.

L'applicabilité directe n'empêche toutefois pas le législateur d'édicter des disposi-tions complémentaires dans une loi, s'il estime que c'est utile ou nécessaire. La

¹⁰⁸ Cf. explications du ch. 1.3.3 et rapport du groupe de travail, ch. 8.1.

¹⁰⁹ Epiney Astrid, 2013, n° 24.

¹¹⁰ Concernant les exigences du principe de précision des normes légales, cf. par ex. ATF 138 IV 13, consid. 4.1.

¹¹¹ Clairement en faveur de l'applicabilité directe: Hangartner Yvo, 2013, p. 705.

quelle mesure l'exécution de l'expulsion en tant que sanction de droit pénal pourra être assortie de mesures de contrainte au sens du droit des étrangers. Il faudrait également compléter le CPP pour pouvoir appliquer la détention pour des motifs de sûreté (art. 220), afin de garantir l'exécution de l'expulsion. D'autres lacunes sont à déplorer concernant la répartition des coûts entre la Confédération et les cantons et le droit du casier judiciaire (cf. ch 3.3.3, Dispositions d'exécution).

Le texte de l'initiative renvoie directement à des infractions inscrites dans le CP, la LStup et la LEtr. Cela signifie que les infractions qui y seront ajoutées après son entrée en vigueur (éventuelle) n'entraîneront pas l'expulsion, même si leur gravité justifierait une telle mesure (cf. ch 3.3.2, Renvoi au droit législatif de rang inférieur).

En cas d'acceptation de l'initiative, la plupart de ces lacunes pourra toutefois être comblée par le législateur, de sorte qu'elles ne sauraient servir d'argument pour s'y opposer.

4.4 Compatibilité avec les obligations internationales

Comme exposé au ch. 3.3.1 (Relation entre les dispositions non impératives du droit international et les initiatives populaires), la Suisse doit respecter le droit international (art. 5, al. 4, Cst.).

L'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, P-Cst. indique explicitement que les dispositions régissant l'expulsion et ses modalités d'exécution priment les normes du droit international qui ne sont pas impératives. L'initiative accepte donc la possibilité de conflits avec le droit international et, de l'avis du Conseil fédéral, place les autorités dans l'impossibilité de la mettre en œuvre en conformité avec ce dernier¹³⁸.

Nous présentons ci-après les situations dans lesquelles la Suisse, en cas d'acceptation de l'initiative, contreviendra aux obligations de droit international auxquelles elle a souscrit, et les conséquences qui devraient en résulter pour elle.

4.4.1 CEDH et Pacte II de l'ONU

CEDH

La CEDH ne garantit pas le droit d'entrée ni de séjour dans ses Etats signataires. Toutefois, lorsqu'un étranger est établi légalement dans un pays signataire, son expulsion constitue une atteinte à son droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)¹³⁹. Il n'y a pas d'atteinte si la loi prévoit une telle ingérence et si elle constitue, dans une société démocratique, une nécessité pour préserver un certain nombre d'intérêts publics (art. 8, al. 2, CEDH).

¹³⁸ Cf. ch. 3.3.1 (Relation entre les dispositions non impératives du droit international et les initiatives populaires).

¹³⁹ Voir par ex. CourEDH, Boughanemi contre France, arrêt du 24 avril 1996, ACEDH 1996-II, pp. 593 ss, § 35.

La CourEDH recourt à un certain nombre de critères d'égale valeur pour juger de l'admissibilité d'une telle ingérence¹⁴⁰. Des critères supplémentaires sont pris en compte pour les délinquants qui sont arrivés très jeunes en Suisse ou qui y sont nés et y ont effectué toute leur scolarité¹⁴¹. Ces critères ne sont pas appliqués de manière rigide, mais pondérés au cas par cas.

Le texte de l'initiative exclut un tel traitement au cas par cas. De manière générale, il prévoit un seul critère, rigide, déterminant l'expulsion, à savoir le fait que l'étranger a subi une condamnation entrée en force pour l'une des infractions mentionnées¹⁴². La seule possibilité qu'il a pour échapper à l'exécution de l'expulsion est de faire valoir le principe de non-refoulement selon l'art. 25, al. 2 et 3, Cst.¹⁴³. L'initiative de mise en œuvre ne remplit donc pas les conditions de la CEDH.

Les personnes frappées d'une expulsion peuvent, après avoir épuisé les voies de recours de l'ordre judiciaire national, déposer une requête individuelle auprès de la CourEDH (art. 34 CEDH). Il faut s'attendre à ce que soient invoquées en premier lieu les violations du principe de non-refoulement (art. 3 CEDH) ou du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH). Si, dans un cas d'espèce, la CourEDH conclut à une violation de la CEDH, son arrêt est contraignant (art. 46, al. 1, CEDH).

Le Comité des Ministres surveille l'exécution de l'arrêt (art. 46, al. 2, CEDH). Celle-ci ne se limite pas au paiement du dédommagement accordé par la Cour (art. 41 CEDH). L'Etat condamné est tenu d'effacer autant que possible les conséquences pratiques et juridiques de la violation¹⁴⁴. A cet effet, le requérant résidant en Suisse a notamment la possibilité de demander au Tribunal fédéral une révision de l'arrêt en question (art. 122 LTF). L'Etat concerné doit en outre prendre les mesures générales

¹⁴⁰ Sur le fond: CourEDH, *Boultif contre Suisse*, arrêt du 2 août 2001, ACEDH 2001-IX, pp. 119 ss, § 48. En font partie les critères suivants: nature et gravité de l'infraction ou des infractions; durée de séjour; temps écoulé depuis la commission de l'infraction ou des infractions et conduite de l'intéressé depuis lors; durée d'un éventuel éloignement; situation familiale de l'intéressé (durée du mariage, caractère effectif de la vie familiale, degré d'information du conjoint concernant l'infraction au moment du mariage, présence d'enfants et âge de ces derniers); gravité des difficultés que le conjoint pourrait connaître dans le pays de destination; intérêt et bien-être des éventuels enfants et notamment difficultés qu'ils pourraient connaître dans le pays de destination; disparités des liens sociaux, culturels et familiaux entre le pays de résidence et le pays de destination.

¹⁴¹ Sur le fond: CourEDH, *Üner contre Pays-Bas* [Grande Chambre], arrêt du 18 octobre 2002, ACEDH 2006-XII, pp. 129 ss, § 55. Font partie de ces critères: connaissances linguistiques de l'intéressé; âge de l'intéressé au moment de l'expulsion; présence de parents dans le pays de destination; potentiel d'intégration dans le pays de destination par rapport au pays de résidence.

¹⁴² Cf. ch. 3.3.3 (Liste d'infractions et Motifs d'atténuation de la peine).

¹⁴³ Cf. ch. 3.3.3 (Dispositions d'exécution).

¹⁴⁴ Voir par ex. CourEDH, *Emre contre Suisse* (n° 2), arrêt du 11 octobre 2011, requête n° 5056/10, p. 19, § 75, selon lequel, s'agissant d'une interdiction d'entrée en Suisse prononcée en violation de l'art. 8 CEDH, «l'exécution la plus naturelle de l'arrêt de la Cour [...] aurait été d'annuler purement et simplement [...] l'interdiction de territoire contre le requérant».

nécessaires pour éviter que d'autres violations similaires ne se produisent¹⁴⁵. Une dénonciation de la CEDH ne représente pas une solution crédible¹⁴⁶.

Pacte II de l'ONU

Le Pacte II de l'ONU statue à son art. 17 une garantie similaire à celle de l'art. 8 CEDH. Le Comité des droits de l'homme a également développé une jurisprudence en la matière qui est très proche de celle de la CourEDH, même si elle est moins détaillée. L'art. 12, par. 4, du Pacte interdit de priver quiconque arbitrairement du droit d'entrer dans son propre pays. Une telle mesure doit être fondée, d'une part, sur une norme juridique ayant un caractère général et abstrait et, d'autre part, sur un examen approfondi et approprié des circonstances particulières. Les étrangers peuvent également invoquer cette disposition¹⁴⁷.

En d'autres termes, le fait de fonder l'expulsion sur un critère unique et rigide (p.ex. l'infraction réalisée) est contraire aux exigences découlant de l'art. 12, par. 4, et de l'art. 17 du Pacte II de l'ONU.

Le Pacte II de l'ONU ne peut pas être dénoncé. En cas de réglementation incompatible avec le Pacte II de l'ONU, il faudrait s'attendre à ce que le Comité des droits de l'homme invite la Suisse, dans le cadre de la procédure d'examen des rapports des Etats parties, à expliquer sa position et à modifier ou abroger les dispositions correspondantes. Ses recommandations ne seraient pas contraignantes sur le plan juridique. À la suite de l'examen des rapports ou lors de leur prochain examen, la Suisse devrait cependant rendre compte de sa mise en œuvre des recommandations.

4.4.2 Convention relative aux droits de l'enfant¹⁴⁸

La Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant¹⁴⁹ définit à son art. 3 le principe selon lequel l'*intérêt supérieur de l'enfant* doit être une considération primordiale dans toutes les décisions des autorités qui le concernent. En outre, l'art. 16 de la Convention statue une garantie comparable à celles de l'art. 8 CEDH et de l'art. 17 du Pacte II de l'ONU.

¹⁴⁵ Cf. ch. 3.5.2 du rapport du groupe de travail pour plus de détails concernant les conséquences d'une violation de la Convention.

¹⁴⁶ Cf. ch. 3.3.1 (Relation entre les dispositions non impératives du droit international et les initiatives populaires). Voir la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Brunner (13.3237), Dénonciation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, selon laquelle une telle dénonciation «n'entre pas en ligne de compte».

¹⁴⁷ Le Comité a jugé que cette disposition s'appliquait au cas d'un Suédois arrivé en Australie peu après sa naissance et qui, y ayant grandi, a vu son permis de séjour annulé et a été expulsé vers la Suède à l'âge de 16 ans, après avoir été condamné entre autres pour viol. Le Comité a estimé que la durée du séjour en Australie était déterminante et faisait de cette dernière le «propre pays» du requérant. Il a considéré que la décision de l'expulser puis de lui interdire de retourner en Australie était arbitraire et contraire à l'art. 12, par. 4, du Pacte: abstraction faite de sa nationalité, le requérant n'avait aucun lien avec la Suède, ne parlait pas le suédois et, en outre, l'expulsion avait été ordonnée 14 ans après sa condamnation et 9 ans après qu'il eût exécuté ses peines (Nations Unies-Comité des droits de l'homme, Nystrom c. Australie [communication n° 1557/2007], constatations du 18 juillet 2011, § 7.5 ss]).

¹⁴⁸ Cf. message du 24 juin 2009 concernant l'initiative sur le renvoi, ch. 4.1.2.

¹⁴⁹ RS 0.107

L'initiative de mise en œuvre pourrait toucher cet intérêt supérieur dans la mesure où toute expulsion ordonnée contre les parents ou les tuteurs d'un enfant aurait des conséquences directes sur ce dernier¹⁵⁰.

Au demeurant, un enfant dont les parents résident dans des pays différents a le droit d'entretenir *des relations personnelles et des contacts directs réguliers* avec ses deux parents (art. 10, par. 2, de la Convention). Il s'agirait de les préserver en cas d'expulsion, ce qui pourrait s'avérer problématique selon le pays de destination.

En cas d'expulsion obligatoire au sens de l'initiative de mise en œuvre, il ne serait pas possible d'examiner au cas par cas si ces droits de l'enfant seraient respectés. Il pourrait en résulter des violations de la Convention.

En cas de réglementation incompatible avec la Convention, il faudrait également s'attendre à ce que le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies invite la Suisse, dans le cadre de la procédure d'examen des rapports des Etats parties, à expliquer sa position et à modifier ou abroger les dispositions correspondantes. Comme pour le Pacte II de l'ONU, les recommandations du Comité des droits de l'enfant ne sont pas contraignantes sur le plan juridique¹⁵¹. Mais contrairement à ce dernier, la Convention relative aux droits de l'enfant peut être dénoncée.

4.4.3 ALCP et Convention AELE

A la différence de la CEDH, l'ALCP et la Convention AELE octroient aux ressortissants des pays parties aux accords des droits individuels relevant du droit des étrangers qui sont directement applicables, en matière d'entrée et de sortie, de séjour, d'exercice d'une activité lucrative et de poursuite du séjour. Ces droits sont valables immédiatement et ne requièrent aucun acte administratif supplémentaire.

Ces droits ne sont toutefois pas absolus. Ils peuvent être restreints par des mesures visant à protéger l'ordre, la sécurité et la santé publics. Sont considérées comme telles notamment les mesures qui ont une incidence sur le droit d'entrer et de séjourner librement dans le pays¹⁵², dont font notamment partie le renvoi, l'expulsion ou l'interdiction d'entrée. A cet égard, il convient de relever les aspects suivants:

Le comportement personnel de l'intéressé est seul déterminant pour apprécier si le refus ou le retrait d'une autorisation ou une mesure d'éloignement peut se justifier en vertu de l'ALCP ou de la Convention AELE (pas de mesure fondée sur des considérations de prévention générale¹⁵³).

S'agissant d'évaluer les circonstances qui justifient d'invoquer des raisons d'ordre public, les autorités nationales disposent d'une certaine marge de manœuvre qui doit cependant être interprétée de manière relativement étroite. Il faut qu'il y ait une menace avérée et suffisamment grave à l'ordre public. Le seul dérangement de l'ordre social entraîné par une violation quelconque de l'ordre juridique ne suffit pas¹⁵⁴. Bien plus: il faut que la menace touche un intérêt fondamental de la société.

¹⁵⁰ Selon le comité d'initiative, il est prévu de ne pas expulser les étrangers condamnés mineurs (cf. ch. 3.3.3, Liste d'infractions).

¹⁵¹ Rapport du groupe de travail, ch. 3.5.3.

¹⁵² ATF 129 II 215, 221

¹⁵³ ATF 136 II 5, 20

¹⁵⁴ ATF 130 II 176, 183

C'est notamment le cas lorsque le comportement en question est réprimé pénalement en Suisse également lorsqu'il est le fait de ressortissants suisses¹⁵⁵.

Il faut que la menace soit présente et actuelle: elle doit être avérée aussi bien au moment où l'expulsion ou le renvoi est prononcé (par un tribunal pénal) qu'à celui de l'exécution de l'expulsion ou du renvoi. Il faut tenir compte de tout changement des états de fait survenu dans l'intervalle. De tels changements doivent aussi pouvoir être invoqués, en tout temps, par la suite¹⁵⁶. Toute interdiction d'entrée qui présente un caractère exclusivement pénal contrevient à l'ALCP/à la Convention AELE.

Une condamnation pénale ne suffit pas à elle seule à justifier le recours à des mesures prévues par l'ALCP ou la Convention AELE pour préserver l'ordre public et la santé publique¹⁵⁷. Le comportement individuel à la base de cette condamnation peut néanmoins constituer une menace actuelle de l'ordre public ou de la sécurité publique¹⁵⁸.

Un examen au cas par cas doit mettre en balance l'intérêt public à protéger la sécurité et l'ordre public et les intérêts privés des personnes directement ou indirectement concernées, les seconds divergeant du premier. Il s'agit de prendre en compte les droits fondamentaux, en particulier les garanties prévues par la CEDH¹⁵⁹ et le principe de la proportionnalité¹⁶⁰.

Compte tenu de ce qui précède, voici les principaux problèmes posés par l'initiative de mise en œuvre:

Le fait qu'elle ne prenne pas en compte l'actualité de la menace et qu'elle exclue une pesée des intérêts au cas par cas la rend incompatible avec l'ALCP et la Convention AELE. Peu importe que l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/1 et ch. I/2, P-Cst. constituent deux catégories distinctes d'infractions. Dans la première catégorie (ch. I/1), l'expulsion obligatoire se fonde uniquement sur la première condamnation; dans la seconde, elle pose comme condition supplémentaire l'existence d'une précédente condamnation. Cette subdivision ne laisse aucune place à une prise en compte du principe de la proportionnalité. La possibilité d'invoquer les cas de défense excusable ou de nécessité excusable (art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/4, P-Cst.) ne remplit pas les conditions d'un examen au cas par cas au sens de l'ALCP ou de la Convention AELE.

Par ailleurs, au vu du droit européen appliqué en vertu de l'ALCP et de la Convention AELE¹⁶¹, ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour de justice de l'UE, on ne peut partir du principe que toutes les infractions visées dans la disposition toucheraient des intérêts fondamentaux de la société. C'est d'autant moins le cas pour plusieurs infractions visées au ch. I/2 (par ex. lésions corporelles simples, violation de domicile, infractions à la LEtr), ou encore pour l'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales (art. 197, ch. 9, al. 1. ch. V, P-Cst.).

¹⁵⁵ ATF 130 II 176, 183; ATF 129 II 215

¹⁵⁶ CJUE, arrêt du 29 avril 2004, affaires jointes C-482/01 et C-493/01, Orfanopoulos et Oliveri contre Land Baden-Württemberg.

¹⁵⁷ Art. 3, par. 2, de la directive 64/221/CEE applicable en vertu de l'art. 5, al. 2, ALCP; si le Tribunal fédéral n'a jusqu'ici pas explicitement pris en compte cet arrêt, il s'y réfère dans l'ATF 137 II 233 (cf. p. 239).

¹⁵⁸ ATF 130 II 493, 499; ATF 130 II 176, 186

¹⁵⁹ Cf. ch. 4.4.1.

¹⁶⁰ Cf. ch. 3.3.1 (Proportionnalité)

¹⁶¹ Directive 64/221/CEE (JO L 56 du 4.4.1964, p. 850), art. 3, al. 1 et 2.

Un autre problème est que l'initiative de mise en œuvre ne tient aucunement compte des changements survenus dans la situation de l'intéressé depuis le moment du jugement (art. 197, ch. 9, al. 1, ch. III, P-Cst.). D'après l'ALCP et la Convention AELE, il faudrait pouvoir réviser après-coup la décision d'expulsion si la situation de l'intéressé évolue, chose que n'autorisent ni le ch. II ni le ch. III de l'art. 197, ch. 9, al. 1.

Sur plusieurs points, l'initiative est donc incompatible avec l'ALCP et la Convention AELE.

Si elle était acceptée, il est probable que l'UE et les autres membres de l'AELE ne tarderaient pas à constater et à dénoncer des entorses aux accords concernés. L'UE et plusieurs de ses membres ont suivi attentivement le parcours de l'initiative sur le renvoi. Il est toutefois difficile d'estimer les conséquences juridiques ou politiques que l'application de l'initiative de mise en œuvre pourrait avoir. Les futures négociations entre la Suisse et l'UE sur la poursuite des négociations bilatérales pourraient s'en ressentir.

La Suisse pourrait théoriquement envisager de résoudre le conflit en dénonçant et en renégociant les accords conclus avec l'UE et avec les autres membres de l'AELE sur les points qui posent problème (en particulier l'automatisme de l'expulsion) et en demandant l'ajout dans l'ALCP et dans la Convention AELE d'une disposition autorisant l'application de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. et de l'art. 197, ch. 9, P-Cst à l'endroit des ressortissantes de l'UE et de l'AELE. Une renégociation des deux accords qui se limiterait aux points concernées paraît illusoire: la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE sur des dispositions analogues dans plusieurs Etats membres montre que l'UE ne serait même pas disposée à entrer en matière sur de nouvelles négociations avec la Suisse. La Cour de justice de l'UE a déjà condamné l'Allemagne, l'Espagne et les Pays-Bas pour avoir adopté des législations nationales similaires, contraires au droit européen¹⁶². Les Pays-Bas en particulier ont été condamnés pour avoir inscrit dans leur droit une disposition prévoyant une expulsion automatique en cas de condamnation pénale sans qu'il soit tenu compte de la situation personnelle et familiale de l'intéressé¹⁶³.

5 Conclusions et proposition du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral partage l'avis du comité d'initiative selon lequel les personnes étrangères qui représentent une menace manifeste pour la sécurité et l'ordre publics ou qui y portent atteinte de manière répétée doivent quitter le pays. Il propose toutefois le rejet de l'initiative. Elle n'est pas nécessaire, *ni du point de vue du calendrier, ni du point de vue du contenu*, pour mettre en œuvre les nouvelles dispositions fédérales sur l'expulsion des étrangers criminels (art. 121, al. 3 à 6, Cst.). L'automatisme de l'expulsion qu'elle prévoit *viole en outre des principes fondamentaux de l'Etat de droit et le droit international*.

La définition (restrictive) que l'initiative de mise en œuvre donne du droit international impératif viole les normes impératives du droit international. L'art. 139, al. 3, Cst. impose donc de la déclarer partiellement nulle. L'initiative de mise en œuvre

¹⁶² Réglementations sur l'expulsion pour menace à l'ordre public et aux intérêts fondamentaux de la société.

¹⁶³ Jaag Tobias/Priuli Valerio, 2010, p. 5.

peut être soumise au vote du peuple et des cantons sans son art. 197, ch. 9, al. 1, ch. IV, 2^e phrase.

L'initiative *exclut par ailleurs tout examen au cas par cas, empêchant le respect du principe de la proportionnalité et des dispositions non impératives du droit international*. La liste des délits visée à l'art. 197, ch. 9, al. 1, ch. I/2, P-Cst. inclut des infractions légères, mais ne prévoit pas de peine minimale. La conséquence est que l'expulsion sera également prononcée à l'encontre des auteurs d'une infraction de moindre gravité qui auront déjà été condamnés, au cours des dix années précédentes, à une peine privative de liberté ou à une peine pécuniaire, indépendamment de l'infraction à l'origine de cette condamnation.

Le grand nombre d'infractions et l'absence d'une peine minimale sont d'autant plus problématiques que *l'initiative exclut la prise en compte des droits de l'homme garantis par le droit international* (en particulier le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'art. 8 CEDH ou de l'art. 17 du Pacte II de l'ONU et les droits inscrits dans la Convention relative aux droits de l'enfant).

L'initiative, bien que très détaillée, laisse des questions ouvertes dans des domaines essentiels. Elle pêche par une absence de coordination avec les dispositions du droit des étrangers. Plus particulièrement, elle ne dit rien sur la manière de combiner l'exécution de l'expulsion avec les mesures de contrainte prévues par le droit des étrangers ou le code de procédure pénale. Elle ne précise pas non plus les adaptations à apporter au casier judiciaire et ne donne pas d'indication sur la manière de répartir les coûts entre la Confédération et les cantons. Le fait que l'initiative de mise en œuvre présente des lacunes en dépit des nombreuses normes qu'elle contient résulte notamment du fait que nombre de ces normes ont leur place non pas dans la Constitution, mais dans une loi.

Les travaux législatifs destinés à mettre en œuvre l'initiative sur le renvoi sont déjà bien avancés. Le Conseil fédéral reste convaincu que la solution qu'il propose est la plus appropriée. Elle tient compte aussi bien de l'automatisme de l'expulsion que des principes constitutionnels et du droit international. C'est pourquoi il propose de ne pas opposer de contre-projet à l'initiative.