

L'expulsion pénale obligatoire :

Le juge entre le marteau et l'enclume

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|----|
| L'expulsion pénale obligatoire : le juge entre le marteau et l'enclume | 2 |
| Introduction | 2 |
| Schéma de résolution | 3 |
| Procédure | 3 |
| Tiers non-parties | 3 |
| Maxime d'accusation et défense obligatoire | 4 |
| Reformatio in pejus | 4 |
| Procédure écrite en appel | 5 |
| Détention pour des motifs de sûretés | 5 |
| Conditions de fond | 6 |
| Conditions personnelles | 6 |
| Condamnation | 6 |
| Principe de non-refoulement | 7 |
| Infractions du catalogue | 10 |
| Récidive | 10 |
| Situation personnelle grave | 11 |
| Pondération | 12 |
| Alcp | 15 |
| Défense excusable ou état de nécessité | 16 |
| Durée de l'expulsion | 16 |
| Inscription SIS | 17 |
| Conclusion | 17 |

INTRODUCTION

La genèse de l'art 66a CP laisse entrevoir que la norme sera difficile à appliquer. Entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2016, elle fait suite à l'acceptation le 28 novembre 2010, par le peuple et les cantons de l'initiative populaire « Pour le renvoi des criminels étrangers » qui a donné lieu à l'adoption des alinéas 3 à 6 de la Constitution. Un projet de modification du Code pénal est ensuite publié, puis une initiative de « mise en œuvre » intitulée « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels » déposée le 28 décembre 2012. L'adjonction ici du mot « effectif » est le révélateur de la méfiance, voire de la désapprobation, qui s'est alors exprimée envers le législateur. En substance, cette deuxième initiative prévoyait que les juges, dans la mise en œuvre de la première initiative, n'auraient pas le droit de tenir compte des dispositions non impératives du droit international. Elle sera rejetée le 28 février 2016. Dans l'intervalle, et dans ce climat tendu, des débats parlementaires se sont tenus en 2014 et 2015, avant qu'un nouveau projet du 20 mars 2015 ne soit soumis à référendum, contenant les dispositions telles qu'elles sont désormais applicables. A noter encore que peu après l'entrée en vigueur de l'art. 66a CP, une nouvelle initiative populaire a été déposée. Intitulée "Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)", elle avait pour finalité d'instaurer la primauté de la Constitution suisse – en particulier, on l'aura compris, l'art 121 al. 3 à 6 Cst - par rapport au droit international. Ces tensions se répercutent nécessairement sur l'activité des magistrats, certains politiques ayant ouvertement formulé des attentes quant au respect de l'initiative populaire du 28 novembre 2010¹.

Dans ce contexte, l'expulsion est souvent considérée comme le « thermomètre » avec lequel on mesure l'indépendance des juges vis-à-vis de leur parti politique. Elle a dès le début fait l'objet de monitoring². Tout cela influe nécessairement sur la sérénité des délibérations.

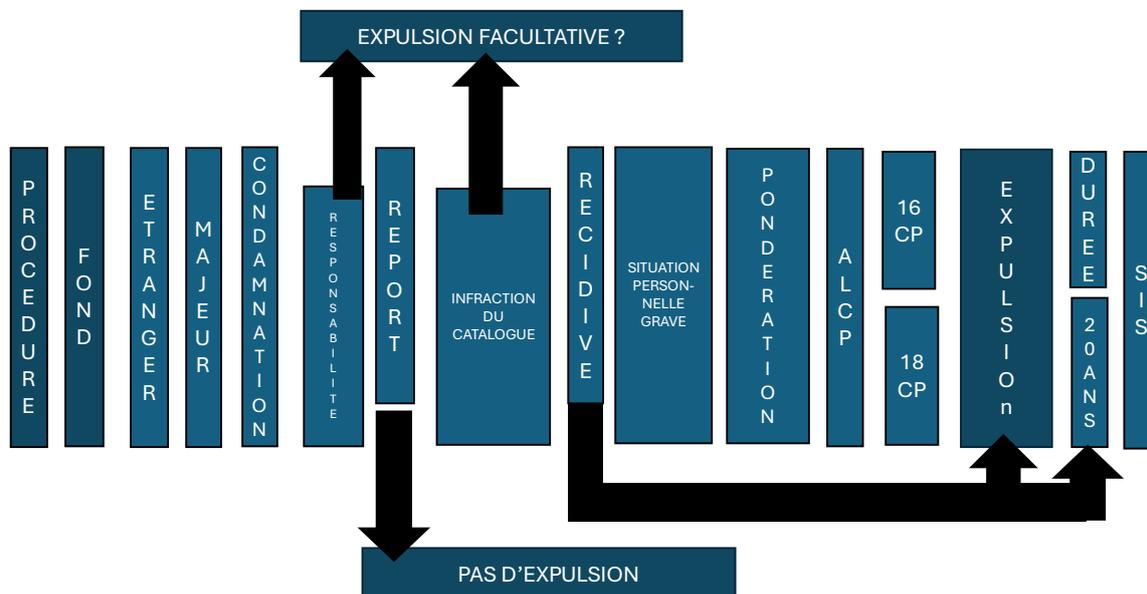
Ceci est amplifié par la jurisprudence et, parfois, des choix rédactionnels, dont il résulte que la pesée des intérêts privés et publics est au centre du raisonnement, alors que toute pondération implique nécessairement une marge d'appréciation importante pour le magistrat. Or, cette pondération, pierre d'achoppement possible dans un contexte de potentiel conflit de normes, n'est qu'une étape parmi d'autres. Elle est en outre circonscrite par la jurisprudence.

L'objectif de la présentation est double : offrir une méthode de résolution lorsque l'expulsion est un enjeu et mettre en évidence des problèmes auxquels, dans la pratique, les juges sont souvent confrontés. En préambule, quelques questions de procédure seront évoquées.

¹ <https://www.udc.ch/actualites/publications/exposes/le-droit-suisse-au-lieu-de-juges-etrangers>

² file:///C:/Users/zju0644/Downloads/1638-1800-05.pdf

SCHÉMA DE RÉOLUTION



PROCÉDURE

La nature hybride de l'expulsion, formellement une mesure, alors qu'elle produit les effets d'une sanction, crée des difficultés de procédure. Typiquement, le Tribunal fédéral a dû se pencher récemment sur la question de la compétence du juge unique, limitée à deux ans de peine privative de liberté, pour prononcer l'expulsion³. Il est ici choisi d'évoquer cinq problématiques : le droit des tiers non-parties, la maxime d'accusation et la défense obligatoire, l'interdiction de la *reformatio in pejus*, la procédure écrite en appel et la mise en détention pour des motifs de sûreté.

TIERS NON-PARTIES

Les membres de la famille du prévenu dont l'expulsion pénale peut être ordonnée sont souvent touchés de manière indirecte par cette mesure. Ils ne peuvent cependant pas se voir reconnaître la qualité de partie à la procédure au sens de l'art. 105 al. 2 CPP ni ne disposent d'un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de la décision d'expulsion - au sens de l'art. 382 al. 1 CPP – qui ouvrirait une voie de droit. Il paraît contradictoire de reconnaître que leur droit au respect de la vie familiale garanti par les art. 13 al. 1 Cst. et 8 CEDH doit être pris en considération dans le cadre de la décision d'expulsion du prévenu, en particulier lorsqu'il est retenu qu'ils sont en mesure de suivre le prévenu dans le pays de destination⁴, sans qu'ils n'aient pu participer à la procédure. A tout le moins, il s'agira d'auditionner le ou la conjointe dans ces cas de figure, en particulier s'il y a un enfant commun, dès lors qu'il ne peut être renoncé à une audition de l'enfant (obligatoire selon l'art. 12 CDE), que lorsque la position de celui-ci peut être

³ TF 6B_1377/2023 du 4 septembre 2024

⁴ ATF 145 IV 161 in SJ 2019 I 337

soutenue par ses parents dont les intérêts sont convergents et que la situation familiale a pu être établie par l'audition de la mère⁵.

S'agissant encore de la victime, il est utile de rappeler que celle-ci a un droit d'information, même si elle n'est pas partie à la procédure, y compris sur les mesures, ce qui comprend l'expulsion (art. 92a CP et 305 let. d CPP).

MAXIME D'ACCUSATION ET DÉFENSE OBLIGATOIRE

Dans un arrêt de la Cour d'appel pénale vaudoise, confirmé par le Tribunal fédéral, il a été retenu que le risque d'expulsion ne devait pas obligatoirement être mentionné dans l'acte d'accusation. Cela découlait d'une lecture a contrario de l'art. 325 CPP. Le ministère public peut faire des propositions facultativement dans l'acte d'accusation ou lors de débats. Il s'agit alors d'une communication, laquelle n'est pas soumise au principe de l'accusation et ne lie pas l'autorité. Le Tribunal fédéral constate en outre que les faits et les infractions réalisées qui justifiaient le prononcé d'une expulsion obligatoire au sens de l'art. 66a al. 1 let o CP étaient clairement énoncés dans l'acte d'accusation⁶. Cette jurisprudence doit à notre avis, comme cela semble suggéré par le Tribunal fédéral, se limiter à l'expulsion obligatoire et ne peut pas être transposée à celle de l'art. 66a bis CP. Pour les cas où le Ministère public n'a pas proposé l'expulsion, si celle-ci relève d'un cas d'application de l'art. 66a bis CP et non des art. 66a CP ou 66b CP, il semblerait que le droit d'être entendu du prévenu, en particulier son droit de faire administrer certaines preuves, doit être garanti par un avis préalable du juge selon lequel il se réserve de prononcer une mesure d'expulsion. Par ailleurs, il découle des art. 130 let. b CPP que l'expulsion est un cas de défense obligatoire. Ainsi, celle-ci devrait être mise en œuvre aussitôt que le Ministère public a des soupçons concrets qu'une des infractions de l'art. 66a CP a été commise ou si, par exemple, le prévenu, étranger, est multirécidiviste (cf art. 131 al. 1 CPP). Si aucun défenseur n'a été désigné, le Ministère public devra renoncer à proposer l'expulsion. Cela ne concernera en pratique pas les cas d'expulsion obligatoire dès lors que toutes les infractions du catalogue de l'art. 66a CP sont des cas de défense obligatoire.

REFORMATIO IN PEJUS

En l'absence d'appel du Ministère public, la question s'est parfois posée de la possibilité, pour la Cour d'appel pénale, de prononcer une expulsion, dès lors qu'il s'agit d'une mesure personnelle au sens des articles 66ss CP, laquelle n'est pas comprise dans l'interdiction de l'aggravation inscrite à l'art. 391 al. 2 CPP. Certains considèrent qu'il s'agit d'une aggravation et que cela vaut aussi bien pour le prononcé que pour le principe⁷. Le Tribunal fédéral a plusieurs fois relevé que, contrairement au signalement dans le SIS, le prononcé de l'expulsion est une sanction⁸. Pour ce faire, il s'est référé à la liste des sanctions prévues dans l'Ordonnance sur le casier judiciaire. S'il est étrange que cette ordonnance soit déterminante pour considérer que, malgré le titre clair de la section 2 et du chapitre 2 de la partie générale du Code pénal, il faut considérer l'expulsion

⁵ TF 6B_659/2018 du 20 septembre 2018

⁶ CAPE/VD du 5 décembre 2022/427 confirmé par TF 6B_339 et 351/2023 du 13 septembre 2023

⁷ Cf. Stefan Maeder, Das Verbot der reformatio in peius in der stopp, Publication Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, PP. 163-183

⁸ ATF 149 IV 361

comme une sanction, on admettra que cela correspond à l'interprétation large qui est faite de l'interdiction de la *reformatio in pejus*⁹ ainsi qu'au sentiment général que l'expulsion est bien un cas d'aggravation de l'art. 391 al. 2 CPP. Par ailleurs, si l'expulsion n'est pas prononcée en première instance et que le Ministère public adhère à cette solution dans un cas où l'étranger est condamné pour des infractions qui auraient pu justifier son expulsion pénale, l'autorité administrative ne pourra pas non plus révoquer l'autorisation d'établissement de l'étranger en cause uniquement en raison de cette condamnation¹⁰.

Par contre, il est arrivé à plusieurs reprises que la Cour d'appel pénale vaudoise, sur appel de la partie plaignante, retienne un chef d'infraction pour lequel le prévenu avait été acquitté en première instance, qui appartient au catalogue de l'art. 66a CP, et que l'expulsion soit ainsi prononcée (art. 391 al. 2 CPP a contrario). Le prévenu doit ici s'attendre à ce que l'expulsion soit prononcée mais cela ne trouve pas application en cas d'expulsion facultative.

PROCÉDURE ÉCRITE EN APPEL

La question de savoir si l'appel peut être traité en procédure écrite pour évaluer les conditions de l'expulsion, comme cela est en principe prévu par l'art. 406 al. 1 let e CPP, s'est posée à maintes reprises, sans que la Cour d'appel pénale vaudoise n'applique cette disposition à l'expulsion. Elle est maintenant tranchée par le Tribunal fédéral en ce sens que, lorsque la situation du recourant en cas de renvoi dans son pays d'origine n'est pas claire et qu'il est nécessaire d'évaluer les circonstances de fait et de les mettre en balance, l'instance précédente doit impérativement tenir des débats d'appel¹¹. Dit ainsi, l'application de l'art. 406 al. 1 let e CPP à l'expulsion devient l'exception. Les cas d'expulsion sont rarement limpides et les situations sont évolutives. Par ailleurs, dans ce domaine, le principe d'immédiateté devrait prévaloir.

DÉTENTION POUR DES MOTIFS DE SÛRETÉS

Les art. 220 al. 2 et 231 al. 1 let. a CPP permettent de placer en détention pour des motifs de sûreté le prévenu lorsqu'il s'agit de garantir l'exécution de l'expulsion pénale. De leur côté, les autorités administratives peuvent aussi placer ou maintenir en détention administrative la personne concernée dès la notification d'une décision d'expulsion qui a été prise au sens des art. 66a CP ou 66abis CP par les premiers juges (art. 76 al. 1 LEI). La détention, décidée par le juge pénal, doit respecter le principe de proportionnalité (art. 5 par. 3 CEDH, art. 31 al. 3 Cst. et art. 212 al. 3 CPP). Ainsi, il est possible de maintenir en détention pour des motifs de sûreté une personne condamnée à une expulsion et à une peine privative de liberté avec sursis, tant que la question de l'octroi du sursis est incertaine, tant que la détention subie ne dépasse pas la quotité de la peine privative de liberté prononcée en première instance et tant que le principe de la célérité (art. 5 al. 1 CPP) est respecté¹². L'autorité d'appel peut également ordonner le maintien ou la mise en détention (art. 232 CPP). Pour le cas où le juge met un terme à la détention pour des motifs de sûreté en application du principe de proportionnalité, il paraît important qu'il en informe l'autorité cantonale qui a la charge d'exécuter l'expulsion afin qu'elle examine s'il y a lieu

⁹ ATF 146 IV 311

¹⁰ ATF 146 II 321

¹¹ ATF 150 IV 417

¹² ATF 143 IV 168

de rendre une décision à forme de l'art. 76 al. 1 LEI. A cela s'ajoute, qu'avec le nouveau Code de procédure pénale, le Ministère public peut demander à la direction de la procédure de la juridiction d'appel, par l'entremise du tribunal de première instance, de prolonger la détention pour des motifs de sûreté du prévenu acquitté, seulement s'il existe un danger sérieux et imminent qu'il compromette de manière grave et imminente la sécurité d'autrui par des crimes ou des délits graves (art. 231 al. 2 let. b CPP). Malgré le silence de la loi à cet égard, aucune circonstance ne justifie d'interdire au Ministère public de s'opposer également à la remise en liberté d'un condamné lorsque la condamnation s'écarte sensiblement de ses réquisitions et qu'il estime que le maintien en détention est nécessaire en prévision de la procédure d'appel qu'il entend annoncer¹³. On peut ainsi se retrouver dans une situation où le maintien en détention pour des motifs de sûreté, requis devant l'autorité d'appel par le Ministère public, notamment en vue de garantir l'expulsion, ne sera examiné que sous l'angle de la dangerosité imminente par la direction de la procédure d'appel. Cela renforce l'idée qu'il est nécessaire de communiquer les remises en liberté aux autorités administratives afin qu'elles procèdent, cas échéant, en application de l'art. 76 al. 1 LEI¹⁴.

CONDITIONS DE FOND

CONDITIONS PERSONNELLES

Il y a deux conditions nécessaires et personnelles pour que l'expulsion soit prononcée : le prévenu doit être majeur et étranger. La possibilité d'expulser un jeune majeur pour des infractions commises avant et après sa majorité a déjà été résolue par l'affirmative par la jurisprudence. Lorsque les infractions ont été commises avant et après l'accession à la majorité, l'expulsion est possible¹⁵. Il serait en effet choquant que le majeur qui n'a pas commis d'infraction en étant mineur soit mieux traité que celui qui en a commis.

Quant à l'origine étrangère, peu importe le statut de séjour qui jouera néanmoins un rôle dans la pesée des intérêts. Enfin, un étranger ne peut pas être expulsé une fois naturalisé. La naturalisation peut néanmoins être annulée par l'autorité administrative et l'étranger retrouve son statut quo ante, avec possibilité de révocation du titre de séjour en application des art. 62 ss LEI.

A noter qu'il n'est pas nécessaire que l'étranger réside en Suisse pour faire l'objet d'une expulsion. La mesure peut être ordonnée pour s'assurer d'une non entrée sur le territoire¹⁶. Il faut ici penser par exemple aux cas de cybercriminalité ou de tourisme criminel.

CONDAMNATION

La condamnation est une condition sine qua non au prononcé d'expulsion (art. 66a CP). Elle n'entre dès lors pas en ligne de compte lorsque l'auteur n'est pas punissable (art. 19 al. 1 CP) ou s'il est exempté (art. 23, 52 à 54 CP). Elle rentre par contre en ligne de compte en cas d'infraction

¹³ Logos, in : Kuhn/Jeanneret [éd.], Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, 2e éd., Bâle 2019, n. 13 ad art. 231 CPP et les références citées

¹⁴ Cf CAPE/VD 20 mars 2025/183

¹⁵ ATF 149 IV 342 in JdT 2024 IV 119

¹⁶ ATF 145 IV 55

tentée, la jurisprudence considérant que l'énumération des circonstances atténuantes mentionnées à l'alinéa 3 de l'art. 66a CP est exhaustive¹⁷.

Si l'état d'irresponsabilité est un obstacle à l'expulsion obligatoire, la possibilité de prononcer une expulsion du chef de l'art. 66a bis CP se pose, celle-ci n'étant pas subordonnée au prononcé d'une peine. Ainsi, une mesure au sens des articles 59 à 61 CP ou un internement au sens de l'art. 64 CP suffisent, comme prévu par le texte légal. Par contre, malgré la lettre claire de l'art. 66a bis CP, l'expulsion facultative ne doit à notre avis pas être réservée aux prévenus condamnés pour des infractions qui n'appartiennent pas au catalogue de l'art. 66a CP, sous peine de favoriser – s'agissant de l'expulsion – le prévenu irresponsable qui a commis une infraction grave par rapport à celui qui a commis une infraction d'une gravité moindre.

Enfin, les termes « quelque soit la quotité de la peine » sont le résultat de longues négociations politiques. Les initiants ont réclamés une mesure drastique. Le Conseil fédéral a tempéré et proposé l'expulsion obligatoire pour des peines supérieures à 6 mois. La teneur actuelle a été imposée par le Conseil des Etats dans la procédure de consultation. Cependant, la quotité de la peine a fait son retour en force dans l'examen de la proportionnalité. Elle en est devenue un élément important avec la « Zweijahresregel » et avec le renvoi à l'art. 62 al. 1 let. b LEI qui prévoit la possibilité de révoquer les autorisations de séjour pour les peines de longues durées¹⁸.

PRINCIPE DE NON-REFOULEMENT

L'art. 66d CP prévoit que l'expulsion obligatoire ne peut être reportée que lorsque la vie ou la liberté de la personne concernée dont le statut de réfugié a été reconnu par la Suisse serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, étant précisé que cette disposition ne s'applique pas au réfugié qui ne peut invoquer l'interdiction de refoulement prévue à l'art. 5, al. 2, de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (let. a) ou lorsque d'autres règles impératives du droit international s'opposent à l'expulsion (let b). D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, les éventuels obstacles à l'expulsion doivent être pris en compte au moment du prononcé de l'expulsion et examinés par le juge¹⁹.

Le principe du non-refoulement est de nature absolue et les termes « ne peut être reportée que » doivent être lus « doit être reportée si » car l'art. 66d CP concrétise l'art. 25 al. 3 CST qui interdit de refouler une personne sur le territoire d'un Etat où elle risque de subir la torture ou une peine ou un traitement inhumains (cf. art. 3 CEDH et art. 3 de la Convention contre la torture et autres ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, du 10 décembre 1984; RS 0.105). Le caractère absolu de ce principe a pour conséquence qu'il s'examine indépendamment du statut de l'étranger, de la gravité de la condamnation et de la menace que l'étranger représente pour l'ordre ou la sécurité publics²⁰. Pour cette raison, il convient de l'examiner, s'il est invoqué,

¹⁷ ATF 144 IV 168

¹⁸ 6B_627/2024 du 8 octobre 2024

¹⁹ ATF 149 IV 231

²⁰ TF 6B_350/2024 du 7 novembre 2024

préalablement aux autres conditions de l'expulsion et non pas, à notre avis, comme mentionné dans certains jugements ou arrêts, au moment de la pesée des intérêts²¹.

S'agissant de l'instruction, le prévenu a un devoir de coopération lors de la constatation de circonstances fondant une menace individuelle et personnelle dans son pays d'origine²² mais les autorités pénales doivent procéder d'office aux clarifications nécessaires. Il ne s'agit pas d'une maxime des débats, comme on l'entend en procédure civile car l'obligation de coopérer intervient dans le cadre de l'établissement d'office des faits par les autorités pénales. Il n'en va donc pas de même si le prévenu - comme sous l'empire de la maxime des débats en procédure civile - doit exposer et prouver de lui-même au tribunal ou au ministère public tous les faits pertinents pour la décision. En d'autres termes, l'obligation de coopérer n'intervient que dans le cadre de l'établissement d'office des faits par les autorités pénales. La responsabilité de ces investigations, c'est-à-dire la charge de la preuve, incombe toujours aux autorités pénales²³. La réalité est différente. Le prévenu qui se prévaut de l'art. 66d CP doit l'invoquer, formuler ses craintes et produire des pièces car l'autorité pénale ne peut pas établir un fait négatif (l'absence de mise en danger en cas de retour) et il y a, là, un renversement de la charge de l'investigation. Ce sera au prévenu d'apporter les éléments probants, l'autorité pénale se contentant d'en contrôler la force probante, à moins que le fait soit notoire, comme une situation de violence dans le pays d'origine.

Le principe du non-refoulement peut se poser, tout d'abord, par rapport à l'état de santé du prévenu. Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le seuil de gravité nécessaire pour admettre que l'état de santé d'une personne empêche son expulsion a été évolutif. La question principale qui s'est posée est de savoir si l'on pouvait admettre que le traitement prohibé provienne de facteurs qui n'engageaient pas, directement ou non, la responsabilité des autorités publiques, ce qui a été admis²⁴. Ainsi, les cas d'éloignement d'une personne gravement malade dans lesquels il y a des motifs sérieux de croire que cette personne, bien que ne courant pas de risque imminent de mourir, ferait face, en raison de l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci, à un risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie sont susceptibles de poser problème au regard de l'art. 3 CEDH²⁵. Les exigences que l'application d'une telle disposition font peser sur les autorités pénales paraissent disproportionnées. La CourEDH rappelle que l'article 3 CEDH fait peser sur les autorités internes l'obligation de mettre en place des procédures adéquates leur permettant d'examiner les craintes exprimées par les intéressés et d'évaluer les risques que ceux-ci encourraient en cas de renvoi dans le pays de destination²⁶. En réalité, dans la pratique, il est rare que l'état de santé du prévenu atteigne un seuil de gravité tel que l'on puisse être amené à retenir un possible traitement inhumain et

²¹ CAPE/VD du 14 août 2020/240

²² TF 6B_45/2020

²³ ibidem

²⁴ Paposhvili c. Belgique (41738/10) du 13 décembre 2016

²⁵ N. C. Royaume – Uni (26565/05) du 27 mai 2008

²⁶ ibidem

dégradant en cas de retour dans le pays d'origine. C'est surtout sous l'angle de l'atteinte à la vie privée – et donc dans l'exercice de pondération – que le juge devra tenir compte de celui-ci.

Ensuite, le principe du non-refoulement peut se poser par rapport aux conditions sociales et politiques du pays de destination, de manière générale ou plus particulièrement en lien avec des caractéristiques propres à l'intéressé. Dans ce contexte également, pour tomber sous le coup de l'art. 3 CEDH, un mauvais traitement doit toutefois atteindre un minimum de gravité²⁷. L'appréciation de ce minimum dépend de l'ensemble des données de la cause²⁸. Si l'existence d'un tel risque est établie, l'expulsion, respectivement le refoulement de celui-ci emporterait nécessairement violation de l'art. 3 CEDH, que le risque émane d'une situation générale de violence, d'une caractéristique propre à l'intéressé, ou d'une combinaison des deux²⁹.

Les caractéristiques propres à l'intéressé, outre l'état de santé qui a été examiné ci-dessus, résultent en principe de l'appartenance à un groupe vulnérable. La Suisse s'est ainsi vu condamnée par la CourEDH pour avoir décidé de renvoyer un ressortissant gambien vers son pays d'origine, faute d'avoir suffisamment examiné le risque pour l'intéressé de subir des sanctions ou des traitements «inhumains ou dégradants» en Gambie en raison de son homosexualité³⁰. A vrai dire, depuis cette jurisprudence, l'homosexualité est souvent invoquée comme obstacle au renvoi. Dans ce contexte, les juges sont amenés à instruire d'une part si le prévenu appartient réellement à la minorité concernée, si le moyen a été invoqué en temps voulu, si l'homosexualité alléguée est compatible avec la situation personnelle telle qu'elle ressort du dossier³¹. Il y aura lieu d'examiner également si le pays de destination réprime l'homosexualité. Il ne semble par contre par relevant, selon nous, que l'intéressé puisse attester avoir déjà subi des traitements inhumains ou dégradants de ce fait. En résumé, comme le souligne la CourEDH, dans ce contexte, l'appréciation de la crédibilité doit être menée de manière individualisée et avec délicatesse³².

S'agissant de la situation politique du pays de destination, elle peut être examinée en se fondant sur la jurisprudence du Tribunal administratif, qui contient une base de données conséquente et actuelle ou en consultant le site du SEM.

Reste encore la problématique de la temporalité : plus la peine privative de liberté est longue et moins il est possible de déterminer quelle sera la situation du prévenu en cas de retour. Ainsi, la durée de la peine privative de liberté peut-être un frein à l'examen du principe de non-refoulement et la question sera laissée ouverte, l'expulsion prononcée, à charge pour les autorités administratives de contrôler la conformité aux art 3 CEDH et 25 al. 3 CST au moment de l'exécution.

Enfin, lorsque le risque de traitements inhumains ou dégradants fait obstacle au retour dans le pays d'origine, l'expulsion dans un « pays tiers » n'est pas possible selon une approche

²⁷ Saadi c. Italie (37201/06) du 28 février 2008

²⁸ ATF 134 I 221

²⁹ F.G. c. Suède (43611/11) du 23 mars 2016

³⁰ B. et C. c. Suisse (889/19 et 43987/16) du 17 novembre 2020

³¹ CAPE/VD 21 juin 2021/266 confirmé par TF 6B_1250/2021 du 13 juin 2022

³² IK c. Suisse (21417/17) du 18 janvier 2018

abstraite³³. On en déduit que c'est envisageable lorsque l'expulsé dispose d'un titre de séjour dans un pays tiers.

INFRACTIONS DU CATALOGUE

En soi, la liste élaborée par le législateur n'est pas problématique et pas sujette à appréciation, le travail du juge étant ici facilité ou sa marge de manœuvre volontairement réduite, le poids de la gravité des infractions dans le contexte de l'expulsion ayant été largement prédéterminé.

Dans ce contexte, le seul risque, vu les enjeux, c'est un manque de rigueur intellectuelle. Il est bien évident qu'au moment de la qualification de l'infraction, le juge ne devrait pas se laisser influencer, dans un sens ou dans l'autre, par les conséquences de cette qualification sur une éventuelle expulsion, ce que nous avons choisi d'appeler un biais qualificatif.

Par exemple, la Cour de Justice de Genève a rendu plusieurs arrêts dans lesquels, même en l'absence d'interdiction d'entrée dans un magasin, l'infraction de violation de domicile est consommée lorsque le prévenu a pénétré dans le commerce dans un autre but que celui usuel d'achat de marchandise et, par conséquent, contre la volonté de l'ayant-droit. La violation de domicile servait ici manifestement l'application de l'art. 66a CP. Le Tribunal fédéral s'est ensuite penché sur cette problématique pour retenir que le simple vol à l'étalage dans un magasin ouvert au public, même en violation d'une interdiction de pénétrer dans les locaux, n'était pas appréhendé par l'art. 66a CP en procédant à une interprétation conforme à la Constitution dès lors que l'art. 121 al. 3 let a CST mentionnait une « effraction », soit un cambriolage³⁴. Un autre exemple est celui de l'art. 148a CP. Les critères présidant à l'admission d'un cas de peu de gravité de l'infraction d'obtention illicite de prestations de l'assurance sociale servent souvent, en réalité, à déterminer si l'on se trouve dans un cas d'expulsion obligatoire (art. 66a let e CP), les contraventions (art. 105 al. 1^{er} CP, art. 66a al. 1^{er} let e CP et 66a bis CP a contrario) étant exclues du champ d'application de l'expulsion. Le Tribunal fédéral a ainsi fixé un seuil minimal en dessous duquel il fallait d'emblée considérer le cas comme de peu de gravité (3'000 fr.) et une limite supérieure dont le dépassement exclut en principe le cas de peu de gravité (36'000 fr.). Entre les deux montants, il faut prendre en compte les circonstances de l'acte, notamment la faute, la durée de l'obtention des prestations illicites, l'énergie criminelle déployée et les buts de l'auteur³⁵. Nul doute ici que le besoin de sécurité juridique c'est fait ressentir de manière exponentielle en raison des enjeux en matière d'expulsion.

RÉCIDIVE

A teneur de l'art. 66b CP, lorsqu'une personne contre qui une expulsion a été ordonnée commet une nouvelle infraction remplissant les conditions d'une expulsion au sens de l'art. 66a CP, une nouvelle expulsion est prononcée pour une durée de vingt ans. Elle peut être prononcée à vie si le nouvel acte a été commis alors que la première expulsion avait encore effet (art. 66d al. 2 CP). Seul ce second alinéa est potestatif. L'automatisme et l'absence de marge de manœuvre nécessitent que la question de la récidive soit examinée avant l'examen de la clause de rigueur.

³³ ATF 149 IV 231

³⁴ ATF 145 IV 404

³⁵ ATF 149 IV 273

Par ailleurs, lorsqu'il est fait application de l'art. 66b CP dans le cadre d'un concours rétrospectif, la durée de la seconde expulsion ne vient pas s'additionner à la première : il n'y a pas cumul d'expulsions, l'absorption s'impose et l'expulsion de moindre durée est incluse dans la plus longue³⁶.

Les cas de récidive peuvent être problématiques. En effet, l'absence de clause de rigueur pour venir modérer l'automatisme est susceptible d'engendrer une violation de la CEDH. La question de savoir si le juge doit néanmoins faire une pondération entre les intérêts privés et publics est purement théorique car la récidive vient nécessairement peser lourd dans l'intérêt public. De plus, si l'intérêt privé a déjà été considéré, une première fois, comme moindre, il y a peu de chance que tel ne soit pas le cas dans le contexte d'une récidive. Cela étant, on ne peut pas exclure que la situation personnelle du prévenu ait changé (vie de famille en Suisse, voire simplement que les preuves n'avaient pas été correctement apportées la première fois) au point qu'une pondération soit nécessaire sous l'égide du droit conventionnel.

Par ailleurs, signalons qu'en tant que « mesure à caractère pénal », l'expulsion ne peut pas faire l'objet d'un sursis, lequel ne s'applique qu'aux peines pécuniaires ou aux peines privatives de liberté (art. 42 al. 1 CP et 43 al. 2 CP). Parfois, lors d'une première condamnation, le prévenu échappe à l'expulsion bénéficiant d'une pondération qui lui est très légèrement favorable. Cette renonciation de la dernière chance devra ainsi être prise en compte dans la décision à intervenir, même s'il ne s'agit pas d'un cas de récidive au sens de l'art. 66b CP et même si, à notre avis, la nouvelle infraction ne relève pas du catalogue de l'art. 66a CP.

SITUATION PERSONNELLE GRAVE

La situation personnelle grave, à la lecture du Code pénal, c'est la première des deux conditions cumulatives nécessaires à l'admission de la clause de rigueur. D'après le Tribunal fédéral, le juge doit examiner séparément et en premier lieu l'existence d'une situation personnelle grave en cas de renvoi, et ensuite seulement, si celle-ci est avérée, procéder à la pesée des intérêts³⁷. Il est d'ailleurs arrivé que le Tribunal fédéral n'examine pas la seconde condition, considérant que faute de situation personnelle grave, la prévalence de l'intérêt public n'avait pas à être examinée³⁸. Or, « si les deux conditions doivent être examinées par le juge, les critères pertinents sous l'angle de la situation personnelle grave (première condition) tendent à se recouper, dans l'examen de la pesée des intérêts (seconde condition) avec l'intérêt privé de l'intéressé à demeurer en Suisse au regard de l'intérêt public à prononcer l'expulsion »³⁹. En réalité, ce n'est pas parce que les conditions sont cumulatives, que l'on ne pourrait pas procéder directement à l'examen de la proportionnalité : en l'absence de situation personnelle grave, alors l'intérêt public pèsera de toute manière plus lourd. Procéder directement à la pesée des intérêts c'est éviter d'examiner successivement la situation personnelle grave et l'intérêt privé alors même que les critères se recoupent.

³⁶ ATF 146 IV 311

³⁷ TF 6B_1189/2021 du 16 février 2022

³⁸ TF 6B_1349/2023 du 19 février 2024

³⁹ Jacquemoud Rossari/Musy, La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'expulsion pénale, SJ 2022 p. 473ss ; p. 477

Sur le fond, il faut d'abord regarder si l'étranger est né ou a grandi en Suisse. Pour définir le cas de rigueur, il se justifie de s'inspirer, de manière générale, des critères qui président à l'octroi d'une autorisation de séjour dans les cas individuels d'extrême gravité (art. 31 OASA). Pour apprécier la situation d'étrangers qui sont nés ou qui ont grandi en Suisse, on tiendra compte des critères développés par la jurisprudence en lien avec la révocation de l'autorisation d'établissement d'un étranger de la deuxième génération, tout en gardant à l'esprit que l'adoption de l'art. 121 al. 3-6 Cst. puis des art. 66a ss CP visait à renforcer le régime existant dans ce domaine⁴⁰. Ces critères ont été développés dans un contexte administratif, pour qu'il puisse en être tenu compte, dans plusieurs situations différentes : dérogation à l'obtention d'une admission (art. 30, al. 1, let. b LEI), poursuite du séjour en Suisse malgré la dissolution de la famille (50, al. 1, let. b LEI), autorisation de séjour après une admission provisoire (art. 84 al. 5 LEI), autorisation de séjour pour le requérant d'asile (art. 14 LAsi). Si l'on tient compte du renvoi à l'art. 58a al. 1 LEI, ces critères sont les suivants : l'intégration, laquelle dépend du respect de la sécurité et de l'ordre public, du respect des valeurs de la Constitution, des compétences linguistiques, de la participation à la vie économique et de l'acquisition d'une formation; la situation familiale, particulièrement de la période de scolarisation et de la durée de la scolarité des enfants; la situation financière; la durée de la présence en Suisse; l'état de santé; les possibilités de réintégration dans l'État de provenance.

Or, comme souligné par la doctrine peu après l'entrée en vigueur de l'art. 66a CP, en posant pour principe que l'examen du cas de rigueur doit intervenir sur la base des critères énoncés par l'art. 31 OASA⁴¹ pour les situations d'étrangers qui sont nés en ou qui ont grandi en Suisse, le Tribunal fédéral a, dans les faits, dénié toute portée propre, pour ces cas, des art. 66a et 66a bis par rapport aux dispositions de droit administratif de la LEI et de l'OASA. Pratiquement, la seule conséquence de l'adoption des nouvelles normes pénales réside dans un transfert de compétences de l'autorité administrative vers le juge pénal⁴², ce qui ne paraît pas opportun. Le juge pénal n'a nécessairement pas les mêmes compétences que son homologue administratif pour appliquer les critères évoqués ci-dessus, très en marge de la mission première du pénaliste. En outre, les règles de Code de procédure pénale ne permettent pas une juste administration des preuves sur ces critères. Ce transfert de compétence induit vraisemblablement une surpondération du critère de la gravité de l'infraction, ce qui semble correspondre à la volonté des initiants.

PONDÉRATION

Bien évidemment, tous les critères évoqués ci-dessus pour déterminer si l'expulsion mettrait le prévenu dans une situation personnelle grave, sont à prendre en compte au titre de l'intérêt privé de celui-ci à demeurer en Suisse. S'ajoutent encore, dans l'intérêt privé, les perspectives de réinsertion sociale du condamné⁴³ et la possibilité d'avoir accès au soin dans le pays d'origine⁴⁴,

⁴⁰ ATF 144 IV 332

⁴¹ *ibidem*

⁴² Grodecki/Stoudmann, La jurisprudence fédérale et lémanique en matière d'expulsion judiciaire, in JdT 2019 III p. 39

⁴³ ATF 144 IV 332

⁴⁴ Danelyan c. Suisse (76424/14 et 76435/14) du 29 mai 2018

si tant est qu'ils n'aient pas été examinés dans l'examen de la situation personnelle, ce qui devrait être à notre avis le cas.

A préciser que s'agissant de la durée du séjour en Suisse, le Tribunal fédéral n'a pas d'approche systématique selon laquelle à partir d'une certaine durée de séjour en Suisse l'étranger y est enraciné et dispose de ce fait d'un droit de présence dans notre pays⁴⁵. Il accorde en outre un faible poids aux années passées en Suisse dans l'illégalité, en prison ou au bénéfice d'une simple tolérance⁴⁶.

Le critère le plus souvent invoqué par la défense lorsque l'expulsion est un enjeu et celui de l'ingérence dans la vie familiale. La séparation n'est considérée comme une ingérence que pour autant que le prévenu entretienne une relation étroite et effective avec une personne de sa famille nucléaire ayant le droit de résider durablement en Suisse⁴⁷. Il lui appartient de fournir des éléments probants⁴⁸ et le juge devra examiner dans quelle mesure le maintien des contacts avec les enfants serait possible malgré l'éloignement.

En ce qui concerne les enfants, la Convention sur les droits de l'enfant (CDE) ne confère aucun droit, pour les parents, à rester en Suisse⁴⁹. En particulier, l'art. 3 CDE ne fonde pas une prétention directe à l'octroi ou au maintien d'une autorisation de séjourner en Suisse⁵⁰. Mais si l'enfant a la nationalité suisse et que le prévenu en a la garde, la problématique est celle de la liberté d'établissement de l'enfant, suisse, ou l'interdiction du refoulement d'un citoyen suisse⁵¹. Il en ira de même pour l'épouse, si elle est de nationalité suisse. Dans le cas contraire, il faut examiner s'il peut être exigé des membres de la famille du prévenu qu'ils le suivent dans son pays d'origine⁵². Si un enfant est de facto contraint de quitter la Suisse en raison de l'expulsion du parent gardien, les difficultés qu'il pourrait rencontrer dans le pays de destination doivent être prises en considération. Un déménagement dans le pays d'origine peut, en principe, être exigé d'enfants en âge de s'adapter⁵³. S'agissant du déplacement « *in corpore* » de la famille, la CourEDH a des critères assez difficiles à appliquer pour le juge pénal. Par exemple, il s'agirait de déterminer si l'épouse avait connaissance de l'infraction et du risque d'une éventuelle expulsion⁵⁴.

A notre avis, il s'agirait aussi, lorsque le respect de l'unité familiale est invoqué, de tenir compte de la nature des infractions commises par le prévenu. Dans certaines situations, il est assez choquant d'examiner le droit au respect de la vie familiale après que le prévenu a précisément porté atteinte à l'intégrité corporelle ou à l'intégrité sexuelle des membres de celle-ci⁵⁵. Il

⁴⁵ ATF 146 IV 105

⁴⁶ ATF 134 II 10

⁴⁷ ATF 144 II 1

⁴⁸ Cf CJ/CE AARP/310/2017 du 3 octobre 2017 c. 2 : l'intéressé allègue avoir un enfant biologique en Suisse sans être capable de fournir aucun élément probant

⁴⁹ TF 6B_1027/2018 du 7 novembre 2018

⁵⁰ ATF 144 I 91

⁵¹ TF 6B_379/2021 du 30 juin 2021

⁵² Salija Bljerim c. Suisse (55470/10) du 10 janvier 2017

⁵³ TF 6B_883/2021 du 4 novembre 2022

⁵⁴ Uner c. Pays-Bas (46410/99) du 18 octobre 2006

⁵⁵ TF 6B_379/2021 du 30 juin 2021

convient plutôt de se montrer particulièrement sévère dans ces circonstances et considérer qu'il n'y a pas ingérence dans la vie familiale lorsque du fait du prévenu, les membres de celle-ci n'étaient pas en sécurité en sa présence.

S'agissant de l'intérêt public à l'expulsion, on doit évaluer la dangerosité du prévenu par ses antécédents. A cet égard, les infractions commises avant le 1^{er} octobre 2016 doivent être prise en compte dans les antécédents de l'auteur. Cela ne viole pas le principe de la non-rétroactivité car il ne s'agit pas ici d'appliquer l'art. 66a CP aux comportements délictueux antérieurs à cette date mais d'apprécier le risque de récidive à l'aune de l'ensemble du comportement de l'intéressé⁵⁶. On regarde aussi les infractions commises à l'étranger⁵⁷. Le temps qui s'est écoulé depuis l'infraction et la conduite du prévenu depuis lors sont également des éléments pertinents⁵⁸. On tiendra également compte de la gravité de l'infraction⁵⁹ et du risque de récidive, l'absence d'un tel risque n'étant en soi pas suffisant⁶⁰. En effet, un risque de récidive qualifié de faible par l'expert ne saurait à lui seul mener à nier l'existence d'un intérêt public à l'expulsion⁶¹. La durée de la peine sera un élément de poids, selon la "règle des deux ans" ("*Zweijahresregel*") issue du droit des étrangers : il faut, en cas de condamnation à une peine privative de liberté de deux ans ou plus, des circonstances extraordinaires pour que l'intérêt privé de l'intéressé à rester en Suisse l'emporte sur l'intérêt public à une expulsion⁶². La culpabilité du prévenu sera prise en compte dans la pondération, bien qu'elle ne joue aucun rôle dans l'automaticité de l'art. 66a CP selon la volonté du législateur, d'une part parce qu'elle influe sur la peine, qui est elle-même déterminante, et d'autre part parce que l'on tient compte des éléments à décharge, comme le degré de participation par exemple⁶³. L'intérêt public dépendra également de la nature des infractions commises, étant précisé que, malgré ce qui est souvent plaidé par la défense à mauvais escient, ce n'est pas parce que les infractions n'ont été commises « que » dans l'intimité du couple⁶⁴ que l'ordre public n'est pas en danger. L'argument sera même contre-productif car signe d'une prise de conscience inexistante, ce qui va inquiéter⁶⁵.

Après que les intérêts privés et publics ont été déterminés et pesés, une question supplémentaire mériterait, à notre avis, d'être posée. Dans la proportionnalité, qui joue un rôle déterminant dans le droit des mesures (art. 56 ss CP), il y a, de manière générale, trois composantes : l'aptitude, la subsidiarité et la proportionnalité au sens étroit. La subsidiarité, soit en ce qui concerne l'expulsion la possibilité de préserver l'ordre public par une autre mesure, n'est en réalité pas examinée dans les cas d'application de l'art. 66a CP. Parfois d'autres mesures sont propres à atteindre le but visé, par exemple un traitement institutionnel qui est de nature à diminuer le risque de récidive ou une interdiction d'exercer une activité professionnelle. Dans sa pratique, le Tribunal fédéral administratif procède à cet examen, en tous les cas lorsqu'il s'agit de déterminer

⁵⁶ TF 6B_651/2018 du 17 octobre 2018

⁵⁷ TF 6B_1043/2017 du 14 août 2018

⁵⁸ Üner c. Pays-Bas (46410/99) du 18 octobre 2006

⁵⁹ Vasquez c. Suisse (1785/08) du 26 novembre 2013

⁶⁰ Salija c. Suisse (55470/10) du 10 janvier 2017

⁶¹ TF 6B_1199/2023 du 18 mars 2024

⁶² TF 6B_350/2024 du 7 novembre 2024

⁶³ TF 6B_228/2024, 6B_229/2024, 6B_230/2024, 6B_238/2024 du 3 avril 2025

⁶⁴ CAPE/VD 8 mai 2023/184

⁶⁵ TF 2C_130/2020 du 24 avril 2020

s'il y a une menace actuelle sous l'égide de l'ALCP⁶⁶. La CourEDH admet que la nécessité de l'expulsion doit être réexaminée après l'internement⁶⁷. Si une autre mesure pénale est prononcée, par exemple un internement (art. 64 CP), qui ne sera levé que lorsqu'il est à prévoir que l'intéressé se conduira correctement en liberté (art. 64a al. 1 CP), l'expulsion ne paraît plus pouvoir être justifiée au terme de l'internement. Il n'y a ainsi pas de plus-value, s'agissant de la protection de l'ordre public, à ce que les deux mesures soient ordonnées simultanément. Cela étant, renoncer à l'une des deux mesures, c'est prendre le risque que l'autre soit contestée devant l'autorité supérieure, et qu'aucune des deux mesures ne soit finalement prononcée, l'ordre public s'en trouvant sérieusement menacé, raison pour laquelle les juges ne procèdent vraisemblablement pas à l'examen de la subsidiarité⁶⁸.

A noter enfin que dans l'examen de la proportionnalité de l'ingérence, la CourEDH considère que la durée de l'expulsion est déterminante. Le Tribunal fédéral examine aussi la proportionnalité au regard de la durée⁶⁹, même si l'examen de celle-ci intervient dans un second temps. Il paraît ainsi important, qu'au moment de fixer la durée de l'expulsion, le juge tienne compte de l'importance du différentiel qu'il y a entre l'intérêt public et l'intérêt privé.

ALCP

Dans l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes⁷⁰, la Suisse a en substance accordé aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne un droit étendu et réciproque à l'exercice d'une activité lucrative⁷¹. Les droits accordés sur la base de cet accord ne peuvent être limités que par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Ces conditions doivent être interprétées restrictivement et il ne peut être renvoyé simplement à l'ordre public indépendamment d'une perturbation de l'ordre social propre à toute infraction pénale⁷². Il n'est ainsi pas exclu que dans certains cas, il y ait un « gap » entre la clause de rigueur et ALCP. Par exemple lorsqu'il y a un risque de récidive mais qu'il n'est pas considéré comme suffisamment actuel ou alors lorsque l'une des infractions du catalogue de l'art. 66a CP n'implique pas un trouble à la sécurité ou à l'ordre public (art. 148a CP), lequel doit être examiné concrètement⁷³. Pour l'instant, le Tribunal fédéral n'a pas résolu ce conflit de normes, soit, par exemple, parce que la récidive était de toute manière à craindre avec une menace réelle et actuelle pour l'ordre public, soit parce que le ressortissant UE/AELE n'avait pas de droit de séjour en vertu de l'ALCP malgré sa nationalité. Si le cas devait se présenter, compte tenu du fait que l'Assemblée fédérale a adopté sciemment un texte contraire à l'ALCP, le Conseil fédéral l'ayant relevé dans son message⁷⁴, l'art. 66a CP devrait primer (jurisprudence dite

⁶⁶ TAF C-7332/2014 du 15 juin 2016 et TAF F-570/2016 du 24 octobre 2017

⁶⁷ Savran c. Danemark (57467/15) du 1^{er} octobre 2019

⁶⁸ TF 6B_632/2024 du 4 avril 2025 : le prévenu, expulsé, a contesté à son internement et obtenu un renvoi sur cette question

⁶⁹ TF 6B_1189/1021 du 16 février 2022

⁷⁰ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 ; RS 0.142.112.681

⁷¹ ATF 145 IV 364

⁷² ibidem

⁷³ ibidem

⁷⁴ FF 2013 5393

« Schubert »⁷⁵), dès lors qu'il ne s'agit pas ici de droits fondamentaux mais d'un accord interétatique destiné à favoriser la circulation des travailleurs (jurisprudence dite « PKK »⁷⁶).

DÉFENSE EXCUSABLE OU ÉTAT DE NÉCESSITÉ

Le juge peut renoncer à l'expulsion en cas de défense excusable ou de nécessité excusable (art. 66a al. 3 CP). Ce correctif à l'automaticité n'existe pas pour d'autres critères d'atténuation de peine, comme la tentative⁷⁷ ou un degré de complicité moindre⁷⁸. Il devrait s'appliquer par contre dans les autres cas d'atténuation de la peine pour des motifs justificatifs, cas auxquels le législateur n'a pas pensé. Cet alinéa n'a que peu de portée pratique dès lors que lors de l'examen de la proportionnalité, il est peu probable que l'intérêt public prévale dans ces cas.

DURÉE DE L'EXPULSION

Les critères à prendre en considération pour la durée de l'expulsion ne sont pas ceux de l'art. 47 CP. C'est ainsi de manière erronée que l'on peut lire – assez régulièrement – dans des considérants que la durée de l'expulsion correspond à la culpabilité de l'auteur. Le critère est plutôt celui de la dangerosité et du temps nécessaire à la protection de l'intérêt public. On y ajoutera le résultat de la pondération. Plus l'intérêt public pèse lourd dans la balance, plus longue sera l'expulsion. Le caractère définitif de la mesure peut la rendre disproportionnée et le caractère temporaire peut-être un facteur de proportionnalité. Il faut également examiner si les requérants ont des possibilités de retour ou de solliciter des réexamens de la situation⁷⁹. Concrètement, il faut également tenir compte du fait que certains étrangers ne pourront de toute manière pas obtenir une nouvelle autorisation de séjourner en Suisse après avoir été expulsés, notamment s'ils n'ont ni famille ni travail en Suisse. Dans ces cas-là, la mesure sera définitive dans les faits quelque soit la durée qui a été fixée.

En tous les cas, il faut éviter « la double peine » et faire de l'expulsion une peine discriminatoire qui est infligée à un étranger en plus de celle qui aurait frappé, pour les mêmes faits, un national⁸⁰. Pour certains, le prononcé d'une mesure d'expulsion doit être pris en considération dans le cadre de la fixation de la peine, vu l'importance et l'impact d'une expulsion sur la vie personnelle de l'étranger. Celui-ci sera certainement beaucoup plus durement touché, en réalité, par la perte de son lieu de vie, de ses relations personnelles avec ses proches, de son emploi le cas échéant, que par une sanction prononcée avec sursis ou une peine pécuniaire, voire par quelques mois de privation de liberté⁸¹. La jurisprudence du Tribunal fédéral a été fluctuante sur la symétrie nécessaire⁸² ou sur l'asymétrie possible⁸³ entre la durée de la peine et la durée de l'expulsion. Le juge, sensible aux questions de surpopulation carcérale, pourrait être tenté de jouer au jeu des vases communicant entre la durée de la peine et la durée de l'expulsion. Cela devrait

⁷⁵ ATF 99 Ib 39

⁷⁶ ATF 125 II 417

⁷⁷ ATF 144 IV 168

⁷⁸ Conférence des procureurs suisses du 24 novembre 2016 ; CAPE/VD du 19 décembre 2024/460

⁷⁹ Vasquez c. Suisse (1785/08) du 26 novembre 2013

⁸⁰ Üner précité, Opinion dissidente des juges Costa, Zupancic et Turmen

⁸¹ Dupuis et alii, Commentaire Romand, n. 10 ad art. 66a CP et références citées

⁸² ATF 123 IV 107

⁸³ TF 6B_242/2019 du 18 mars 2019

néanmoins être exclu. Non seulement parce que la sanction et la mesure poursuivent des objectifs différents mais aussi parce que peine et mesure peuvent faire l'objet d'appel ou de recours indépendamment l'une de l'autre et que réduire la peine, sans le dire expressément, au motif qu'une expulsion de longue durée a été prononcée va induire des discrédances dans les précédents s'agissant des quotités de la peine alors même que l'on œuvre à plus d'homogénéité.

A noter encore que l'expulsion, contrairement aux peines, ne se prescrit pas (art. 99 al. 1 CP). Elle pourra être exécutée des années plus tard si le condamné est demeuré clandestinement en Suisse.

INSCRIPTION SIS

Selon l'art. 20 de l'Ordonnance sur la partie nationale du Système d'information Schengen (N-SIS) et sur le bureau SIRENE du 8 mars 2013 (RS 362.0), les ressortissants d'Etats tiers ne peuvent être signalés aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour que sur la base d'une décision prononcée par une autorité administrative ou judiciaire. L'inscription dans le SIS des signalements aux fins d'expulsion pénale est requise par le juge ayant ordonné cette mesure. Le signalement dans le registre SIS relève du droit d'exécution, respectivement du droit de police, de sorte que la nécessité de cette inscription doit être évaluée selon le droit en vigueur au moment où l'expulsion est prononcée par le juge pénal. Les principes de non-rétroactivité de la loi pénale et de la *lex mitior* ne trouvent pas application⁸⁴. Par ailleurs, le signalement de l'expulsion dans le SIS n'est pas soumis au principe d'accusation. Si le tribunal prononce une expulsion, il doit, s'agissant de ressortissants d'Etats tiers, obligatoirement aussi décider si l'expulsion doit être signalée dans le SIS, indépendamment d'une requête en ce sens du ministère public. Il doit examiner au fond la question du signalement de l'expulsion et obligatoirement mentionner dans le dispositif du jugement pénal si le signalement doit être effectué ou s'il y est renoncé. Dans la procédure d'appel, l'interdiction de la *reformatio in pejus* n'est pas applicable au signalement de l'expulsion mais il faut respecter le droit d'être entendu avant de procéder au signalement⁸⁵. En principe, le signalement n'est pas automatique en cas d'expulsion. Il faut que l'étranger soit condamné pour une infraction dont la peine privative de liberté « plafond » est d'au moins un an (art. 24, par. 2, point a, du Règlement-SIS-II). Il faut aussi examiner si la personne concernée représente une menace pour la sécurité publique ou l'ordre public (art. 24, par. 2, Règlement-SIS-II). Les exigences pour l'acceptation d'une telle menace ne sont pas trop élevées. Il n'est pas nécessaire que le comportement de la personne concernée constitue une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société⁸⁶.

CONCLUSION

L'attention accordée par la chaîne pénale à l'expulsion est en disproportion manifeste avec les enjeux de celle-ci pour les étrangers, en particulier ceux qui sont nés ou qui ont grandi en Suisse. Les autorités pénales n'ont pas les moyens d'accorder toute l'attention requise aux cas de l'art. 66a CP et les règles de procédure sont inadaptées. Cela induit plus d'automaticité ainsi qu'une surpondération de la gravité de l'infraction. L'initiative a dès lors atteint sa cible. Les dernières

⁸⁴ ATF 149 IV 361

⁸⁵ ATF 146 IV 172

⁸⁶ *ibidem*

motions déposées laissent entendre que du côté politique, on s'inquiète de la surcharge que cela engendre pour la chaîne pénale, le transfert de cette tâche aux autorités administratives étant parfois réclamé⁸⁷. Dans l'intervalle, les autorités pénales continueront d'appliquer l'art. 66a CP avec les moyens qu'elles ont à disposition, conscientes par ailleurs que l'expulsion reste bien souvent inexécutée⁸⁸.

Caroline Kühnlein
Présidente de la Cour d'appel pénale/Canton de Vaud
8 juin 2025

⁸⁷ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista#k=expulsion#l=1036>

⁸⁸ <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/90739.pdf>