

Bericht

**der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen
Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung
straffälliger Ausländerinnen und Ausländer**

zuhanden des

Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements

Bern, 21. Juni 2011

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	8
Übersicht	10
1. Einleitung	12
1.1 Chronologie zur «Ausschaffungsinitiative»	12
1.2 Einsetzung und Auftrag der Arbeitsgruppe	14
1.3 Zusammensetzung und Arbeitsweise der Arbeitsgruppe	16
2. Grundsätze zur Auslegung von (neuen) Verfassungsbestimmungen.....	17
2.1 Methodik und Besonderheiten der Verfassungsauslegung	17
2.1.1 Grundsatz der Geltung allgemeiner Auslegungsregeln	17
2.1.2 Die einzelnen Auslegungselemente.....	18
2.1.3 Offenheit und Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen sowie verfassungsspezifische Auslegungselemente	19
2.2 Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes	20
2.3 Vereinbarkeit von Verfassungsbestimmungen mit dem Völkerrecht	21
2.3.1 Vorrang der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts	21
2.3.2 Umgang mit Widersprüchen gegen nicht zwingende Bestimmungen des Völkerrechts	22
3. Auslegung von Artikel 121 BV	24
3.1 Übersicht über Aufbau und Struktur von Artikel 121 Absätze 3–6 BV.....	24
3.2 Interpretation der Rechtsfolgen	24
3.2.1 Verlust des Aufenthaltsrechts sowie aller Rechtsansprüche auf Aufenthalt.....	24
3.2.2 Ausweisung und Ausschaffung aus der Schweiz	25
3.2.2.1 Terminologie und Drei-Ebenen-Theorie	25
3.2.2.2 Tragweite des «Ausweisungsautomatismus» und Berücksichtigung völkerrechtlicher Vollzugshindernisse	26
3.2.3 Aufenthaltsstatus bei vorübergehendem Vollzugaufschub	27
3.2.4 Einreiseverbot von 5–15 Jahren; im Wiederholungsfall von 20 Jahren	28
3.2.5 Strafbarkeit bei Missachtung des Einreiseverbots	29
3.3 Interpretation der Tatbestände und der Gesetzgebungsaufträge.....	29
3.3.1 Leitlinien für die Ausführungsgesetzgebung	29
3.3.2 Delikte als Ausweisungsgrund	30
3.3.2.1 Gruppierung der Delikte.....	30
3.3.2.2 Nähere Umschreibung und Ergänzung der Delikte	30
3.3.2.3 Auslandurteile und Berücksichtigung sämtlicher Täterschafts- und Teilnahmeformen sowie versuchter Delikte.....	31
3.3.3 Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe als Ausweisungsgrund	32
3.3.3.1 Leistungen der Sozialversicherungen.....	32

3.3.3.2	Leistungen der Sozialhilfe.....	32
3.3.3.3	Missbrauchsbeginn.....	32
3.3.4	Allgemeine Gesetzgebungskompetenz zur Schaffung weiterer Ausweisungstatbestände	33
3.4	Interpretation im Licht des Völkerrechts	33
3.4.1	Haltung des Bundesrats.....	33
3.4.2	Leitplanken gemäss EMRK und UNO-Pakt II	34
3.4.2.1	Verfahrensrechtliche Garantien	34
3.4.2.2	Materielle Garantien	34
3.4.3	Garantien der Kinderrechtskonvention	36
3.4.4	Anforderungen aus dem FZA und dem EFTA-Übereinkommen.....	37
3.4.5	Fazit: Einzelfallprüfung und Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes.....	39
3.5	Folgen einer völkerrechtswidrigen Umsetzung.....	40
3.5.1	Freizügigkeitsabkommen	40
3.5.2	Europäische Menschenrechtskonvention	41
3.5.3	UNO-Pakt II und Kinderrechtskonvention	42
4.	Standpunkte der Vertreter des Initiativkomitees zur Verfassungsauslegung	42
4.1	Allgemeine Bemerkungen	42
4.2	Ergänzungen der Vertreter des Initiativkomitees zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht.....	44
4.2.1	Vorrang des jüngeren Verfassungsrechts vor nicht zwingendem Völkerrecht.....	44
4.2.2	Fazit: Verfassungsrecht geht nicht zwingendem Völkerrecht vor	46
5.	Regelungsstandort der Ausführungsgesetzgebung	47
5.1	Verfassungsrechtlicher Rahmen und Rechtsnatur von Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen.....	47
5.2	Vor- und Nachteile der Umsetzung im Strafgesetzbuch bzw. im Ausländergesetz.....	48
5.3	Fazit.....	49
6.	Voraussetzungen der Landesverweisung	50
6.1	Einleitung: Vier Umsetzungsvarianten.....	50
6.2	Anknüpfungspunkte.....	50
6.2.1	Verfassungsrechtliche Vorgaben	50
6.2.1.1	Artikel 121 Absatz 3 und 4 BV	50
6.2.1.2	Verhältnismässigkeitsprinzip	51
6.2.2	Folgerungen.....	52
6.2.2.1	Anvisierte Kriminalitätsformen	52
6.2.2.2	Schwere der Delikte.....	52
6.3	Schwere Delikte.....	53
6.3.1	Vorsätzliches Tötungsdelikt	53
6.3.2	Vergewaltigung oder anderes schweres Sexualdelikt	54
6.3.3	Anderes Gewaltdelikt wie Raub	55

6.3.4	Berücksichtigung der Schwere der Delikte bei den Tötungsdelikten, den Sexualdelikten und den Gewaltdelikten in den einzelnen Varianten	57
6.3.5	Menschenhandel.....	58
6.3.6	Ergänzung um weitere schwere Straftaten?	58
6.3.7	Umsetzung in den einzelnen Varianten	58
6.4	Übrige Delikte	59
6.4.1	Drogenhandel	59
6.4.2	Einbruchsdelikt.....	60
6.4.3	Weitere mögliche Delikte gemäss Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees	61
6.5	Raserproblematik	61
6.5.1	Bestrebungen zur Verhinderung und zur Sanktionierung von Raserdelikten	61
6.5.2	Zur Definition des «Rasers»	62
6.5.3	Rechtliche Erfassung des Rasens	63
6.5.4	Erfassung der Raserdelikte durch die Deliktskataloge zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative	64
6.5.4.1	Nach geltendem Recht	64
6.5.4.2	Nach den vorgesehenen Gesetzesänderungen	64
6.5.5	Mögliche Ausweitung der Deliktskataloge im Rahmen der Umsetzung von Artikel 121 Absätze 3–6 BV	65
6.5.6	Fazit	65
6.6	Neuer Straftatbestand des Sozialmissbrauchs.....	66
6.6.1	Vorgaben nach Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV	66
6.6.2	Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees (Variante 1).....	66
6.6.3	Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe (Varianten 2–4)	66
6.6.3.1	Regelungsstandort und Marginalie	66
6.6.3.2	Verhältnis zum Tatbestand des Betrugs.....	67
6.6.3.3	Objektiver Tatbestand.....	67
6.6.3.4	Subjektiver Tatbestand	68
6.6.3.5	Strafdrohung	68
6.6.3.6	Verhältnis zu den bestehenden Sozialmissbrauchstatbeständen	69
6.7	Mindeststrafe	69
6.7.1	Einleitung	69
6.7.2	Voraussetzungen für eine milde Strafe.....	69
6.7.3	Mögliche minimale Voraussetzungen für eine Landesverweisung	71
6.7.4	Vorschlag der Arbeitsgruppe	72
6.8	Erläuterungen zu weiteren Voraussetzungen und Begriffen	73
6.8.1	(Rechtskräftige) Verurteilung	73
6.8.2	Straf- und Vollzugsarten, Tat- und Beteiligungsformen	73
6.8.3	Begehungsort und Zeitpunkt der Tat	73
6.8.4	Begriff der Landesverweisung	74
6.9	Erläuterungen zu den einzelnen Varianten der Deliktskataloge.....	75
6.9.1	Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees).....	75
6.9.1.1	Deliktskatalog im engeren Sinne	75
6.9.1.2	Mindeststrafe	76
6.9.1.3	Würdigung	76

6.9.2	Variante 2 (Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe)	76
6.9.2.2	Mindeststrafe	77
6.9.2.3	Fakultative Landesverweisung	77
6.9.2.4	Würdigung	78
6.9.3	Variante 3 (Alternativer Vorschlag der Arbeitsgruppe)	78
6.9.3.1	Deliktskatalog im engeren Sinne	78
6.9.3.2	Mindeststrafe	79
6.9.3.3	Fakultative Landesverweisung	79
6.9.3.4	Würdigung	79
6.9.4	Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht)	79
6.9.4.1	Zwingender Widerruf von Bewilligungen	79
6.9.4.2	Zwingendes Einreiseverbot	80
6.9.4.3	Würdigung	80
7.	Vollzugsfragen, Änderungen bisherigen Rechts und statistische Angaben	81
7.1	Einleitung	81
7.2	Aufgaben des Strafgerichts	81
7.2.1	Prüfungsbefugnis	81
7.2.2	Strafrechtlicher Instanzenzug	82
7.2.3	Strafbefehlsverfahren	82
7.3	Beginn und Dauer der Landesverweisung und Verhältnis zur Hauptsanktion	84
7.3.1	Einleitung	84
7.3.2	Zum Vorrang der einzelnen Sanktionen	85
7.3.3	Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung und der vorangehenden Sanktionen	86
7.3.3.1	Einleitung	86
7.3.3.2	Bestehende Massnahmen zur Sicherstellung des Vollzugs der vorangehenden Sanktionen	86
7.3.3.3	Bestehende Massnahmen zur Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung	87
7.3.3.4	Regelungsbedarf	87
7.3.4	Beginn, Dauer und Ende der Landesverweisung	87
7.3.4.1	Beginn	87
7.3.4.2	Dauer	88
7.3.4.3	Ende der Landesverweisung	89
7.4	Unterbrechung und Aufhebung der Landesverweisung	89
7.4.1	Folgerungen aus dem Massnahmencharakter der Landesverweisung	89
7.4.2	Unterbrechung durch die Vollzugsbehörde	89
7.4.3	Aufhebung durch das Gericht	90
7.5	Vollzugsverfahren	91
7.5.1	Kantonale Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug	91
7.5.2	Zuständige kantonale Vollzugsbehörde und gebotene Handlungsform	91
7.5.3	Gründe für den Aufschub der Landesverweisung	92
7.6	Rechtsmittelverfahren	93
7.6.1	Verfassungsrechtliche Rechtsschutzanforderungen	93

7.6.2	Oberes kantonales Gericht als endgültig entscheidende Rechtsmittelinstanz.....	94
7.6.3	Beschwerde- und Behandlungsfristen	95
7.6.4	Beschwerdegründe und weitere Verfahrensbestimmungen	95
7.7	Abweichende Vollzugsbestimmungen zur Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees)	96
7.8	Abweichende Vollzugsbestimmungen zur Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht)	96
7.8.1	Anpassungen im Ausländerrecht	96
7.8.2	Anpassungen im Asylrecht	97
7.9	Hinweise auf Änderungen anderer Bundesgesetze	98
7.9.1	Auswirkungen auf Strafgesetze und Prozessordnungen	98
7.9.2	Auswirkungen im Ausländergesetz (AuG)	99
7.9.2.1	Verhältnis der ausländerrechtlichen Massnahmen zur Landesverweisung.....	99
7.9.2.2	Wirkungen der Landesverweisung	99
7.9.2.3	Erlöschen der Bewilligungen und der vorläufigen Aufnahme	99
7.9.2.4	Wegweisung	100
7.9.2.5	Einreiseverbot.....	100
7.9.2.6	Vorläufige Aufnahme bei Vollzugshindernissen	100
7.9.3	Auswirkungen im Asylgesetz (AsylG)	101
7.9.3.1	Landesverweisung bei hängigem Asylverfahren	101
7.9.3.2	Hängiges Asylverfahren beim Vollzug der Landesverweisung.....	101
7.9.3.3	Erlöschen des Asyls	101
7.9.3.4	Ausweisung von anerkannten Flüchtlingen	101
7.9.4	Schlussbestimmungen.....	102
7.10	Statistische Angaben.....	103
7.10.1	Erhebungen des Bundesamtes für Statistik zu den einzelnen Varianten.....	103
7.10.1.1	Variante 1	103
7.10.1.2	Variante 2 (und 4)	103
7.10.1.3	Variante 3	104
7.10.2	Allgemeine Bemerkungen.....	104
7.10.3	Bemerkungen zu den einzelnen Varianten	105
7.10.3.1	Variante 1	105
7.10.3.2	Varianten 2 und 3	105
7.10.3.3	Variante 4	106
7.10.4	Vergleichszahlen.....	106
7.10.5	Strafbereich unter 6 Monaten	107
8.	Völkerrechtskonformität der Deliktskataloge und der Vorschläge zur Vollzugsregelung.....	108
8.1	Variante 1	108
8.2	Variante 2	109
8.3	Varianten 3 und 4	110
9.	Gesamtwürdigung	110

9.1	Würdigung der verfassungs- und völkerrechtlichen Ausgangslage.....	110
9.2	Unterschiede und Auswirkungen der vier Varianten	114
9.3	Ergebnisse und Empfehlungen	120
Anhang: Formulierungsvorschläge		121
	Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees)	121
	Variante 2 (Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe)	123
	Variante 3 (Alternativer Vorschlag der Arbeitsgruppe)	126
	Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht)	129
Verwendete Literatur		134

Vorwort

Rechtsstaatlichkeit, Bundesstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit sowie die typisch schweizerische Form der demokratischen Mitwirkung kennzeichnen die Schweizerische Eidgenossenschaft als politisches Gemeinwesen. Diese Strukturprinzipien, die auch im Staatszweck angesprochen sind und der Verfassung zugrunde liegen, sind grundsätzlich gleichwertig; sie ergänzen einander und bedingen sich gegenseitig. Mitunter stehen sie aber auch in einem Spannungsverhältnis zueinander. Im Verfassungsalltag kommt es immer wieder zu Zielkonflikten. Das zeigt sich besonders deutlich bei den Volksinitiativen, die vom Verfassungsgeber (Volk und Ständen) genehmigt werden, obwohl sie mit rechtsstaatlichen Grundsätzen, mit den Grundrechten oder mit internationalen Abkommen nur schwer vereinbar sind.

Die Lösung solcher Zielkonflikte obliegt vorab dem Gesetzgeber, aber auch den übrigen Staatsorganen, die in der konkreten Entscheidungssituation abwägend zwischen den massgebenden Gesichtspunkten zu vermitteln haben. Dabei kann es nicht darum gehen, dem in der Schweiz traditionell hochgehaltenen Demokratieprinzip Vorrang vor allen anderen Prinzipien einzuräumen. Auch die direkte Demokratie bedarf rechtsstaatlicher Einbindung, wenn sie nicht zur freiheitsgefährdenden und Minderheiten ausgrenzenden Herrschaftsform verkommen soll. Das gilt selbst vor dem Hintergrund, dass dem Verfassungsgeber in der Schweiz grundsätzlich nur die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts entgegenstehen, nicht aber anderes Völkerrecht. Auch bestehendes Verfassungsrecht kann dem Verfassungsgeber nicht entgegengehalten werden.

Zur Überwindung solcher Gegensätze und Auflösung von Widersprüchen – als rationales System sollte die Rechtsordnung widerspruchsfrei, berechenbar und verlässlich sein – haben Lehre und Praxis Instrumentarien entwickelt (völkerrechtskonforme Auslegung vor Neuverhandlung bzw. Kündigung bei Verstössen gegen das Völkerrecht oder harmonisierende Verfassungenauslegung und Vorrang des jüngeren und spezielleren Rechts im Landesrecht usw.). In Anwendung dieser bewährten Grundsätze waren die Bundesbehörden stets bemüht, einschlägige Bestimmungen soweit möglich völkerrechtskonform auszulegen und Widersprüche so zu beheben, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben beachtet und Abstriche an den von den Initiantinnen und Initianten angestrebten Zielen nur aus rechtlich zwingenden Gründen erfolgten.

Die hier zur Diskussion stehende Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative) bietet dafür reichlich Anschauungsmaterial. Bundesrat und Parlament haben die Ausschaffungsinitiative in mehreren Punkten als völkerrechtswidrig bezeichnet und Verstösse gegen grundlegende Prinzipien der Bundesverfassung (insb. den Grundsatz der Verhältnismässigkeit), gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), den UNO-Pakt II, die Kinderrechtskonvention (KRK) und gegen das Freizügigkeitsabkommen (FZA) geortet. Dennoch haben Volk und Stände der Initiative zugestimmt und zum Verfassungsrecht erhoben. Die vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) für die Prüfung der Umsetzung eingesetzte Arbeitsgruppe stand damit vor einer schwierigen Aufgabe.

Auftrag der Arbeitsgruppe war es, «Vorschläge für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen ... zu erarbeiten und die rechtlichen Auswirkungen dieser Vorschläge aufzuzeigen.» Die Vertreter des Initiativkomitees reichten bereits an der ersten Sitzung einen von der Parteileitung der Schweizerischen Volkspartei (SVP) genehmigten Umsetzungsvorschlag ein, an dem sie bis zum Schluss festhielten. Dieser vermag nach Auffas-

sung der Mehrheit der Arbeitsgruppe die erwähnten Konflikte und Widersprüche nicht aufzulösen. Er verstösst gegen wichtige verfassungsrechtliche Grundprinzipien sowie gegen internationale Abkommen und steht im Widerspruch zu den von Lehre und Praxis entwickelten Auffassungen. Die Arbeitsgruppe hat deshalb andere Lösungsvorschläge erarbeitet, die dem Gesetzgeber als Grundlage für eine rechtskonforme Umsetzung auf der Gesetzesstufe dienen könnten.

Basel, im Juni 2011

Heinrich Koller

Übersicht

In der Abstimmung vom 28. November 2010 haben Volk und Stände die Ausschaffungsinitiative angenommen und damit die Artikel 121 Absätze 3–6 und Artikel 197 Ziffer 8 der Bundesverfassung (BV) zu geltendem Verfassungsrecht erhoben. Ausländerinnen und Ausländer, die wegen bestimmter Straftaten verurteilt wurden oder die missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben, verlieren alle Aufenthaltsansprüche und müssen ausgewiesen werden. Die betroffenen Personen sollen zudem mit einem Einreiseverbot belegt werden. Der Gesetzgeber hat innert fünf Jahren die nötigen Ausführungsgesetze zu erlassen. Die von der Vorsteherin des EJPD am 22. Dezember 2010 eingesetzte Arbeitsgruppe unterbreitet dazu im vorliegenden Bericht Vorschläge und zeigt deren rechtliche Auswirkungen auf. Prof. Dr. Heinrich Koller leitete die Arbeitsgruppe. Ferner gehörten der Arbeitsgruppe je zwei Vertreterinnen bzw. Vertreter des Initiativkomitees, der Kantone und der Verwaltung an.

Nach dem einleitenden 1. Kapitel zur Chronologie der Ausschaffungsinitiative behandelt der Bericht im 2. und 3. Kapitel die Auslegung von Artikel 121 BV. Verfassungsbestimmungen sind grundsätzlich nach der gleichen Methode auszulegen wie das Gesetzes- und Ordnungsrecht. Massgebend sind folglich Wortlaut, Systematik, Zweck und Entstehungsgeschichte der Norm. Zusätzlich prägen die völkerrechtskonforme und die harmonisierende Auslegung die Verfassungsinterpretation. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz verlangt – trotz verfassungsrechtlichem «Ausweisungsautomatismus» – die Gewichtung der betroffenen öffentlichen und privaten Interessen im Einzelfall. Dies gebieten auch die einschlägigen (nicht zwingenden) Bestimmungen des Völkerrechts, wie sie im Freizügigkeitsabkommen, in der Europäischen Menschenrechtskonvention, im UNO-Pakt II und in der Kinderrechtskonvention aufgeführt sind. Diese staatsvertraglichen Bindungen enthalten ausserdem inhaltliche Vorgaben zur Einzelfallprüfung. Das Kapitel 3 schliesst mit Ausführungen zu den Folgen einer Umsetzung der Ausschaffungsinitiative, die im Widerspruch zum Völkerrecht stünde.

Die Vertreter des Initiativkomitees können sich in wesentlichen Punkten den Auffassungen der Mehrheit der Arbeitsgruppe in Bezug auf die Verfassungenauslegung und das Verhältnis von Artikel 121 BV zum Völkerrecht nicht anschliessen. Sie begründen ihren abweichenden Standpunkt im Kapitel 4. Die Vertreter des Initiativkomitees bestreiten grundsätzlich einen Normwiderspruch zwischen den neuen Verfassungsbestimmungen und den genannten Staatsverträgen. Und selbst wenn ein solcher postuliert würde, geht nach ihrer Auffassung das jüngere Verfassungsrecht dem nicht zwingenden Völkerrecht vor; ein Vorrang, der auch für die Ausführungsgesetzgebung bindend sei.

Das Ausführungsrecht kann im Strafgesetzbuch oder im Ausländergesetz verankert werden (Landesverweisung bzw. ausländerrechtliche Wegweisung). Die Vor- und Nachteile des einen und des anderen Regelungsstandorts beleuchtet das Kapitel 5. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe favorisiert die Umsetzung im Strafgesetzbuch.

Das Kapitel 6 enthält Erörterungen zu den Voraussetzungen der Landesverweisung. Zentrales Element der Voraussetzungen ist der Deliktskatalog, das heisst die Auflistung der Straftatbestände, welche zur Ausweisung der straffälligen ausländischen Person führen sollen. Ebenfalls in den Deliktskatalog aufzunehmen ist ein neuer Straftatbestand des Sozialmissbrauchs. Die Arbeitsgruppe unterbreitet zu den Voraussetzungen der Landesverweisung vier Varianten mit ausformulierten Vorschlägen zur Gesetzesredaktion im Anhang. Die Variante 1 stammt von den Vertretern des Initiativkomitees; die Mehrheit der Arbeitsgruppe hat die Varianten 2 bis 4 erarbeitet. Die Varianten 1 bis 3 sehen die Umset-

zung im Strafgesetzbuch vor; die Variante 4 ist in Bezug auf den Deliktskatalog mit Variante 2 deckungsgleich, sieht aber die Umsetzung im Ausländergesetz vor. Die Varianten 2 bis 4 machen die Ausweisung vom Vorliegen einer Mindeststrafe abhängig. Nach Variante 1 hingegen soll die Ausweisung unabhängig von der Strafhöhe ausgesprochen werden.

Die vier Varianten unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich der Voraussetzungen der Landesverweisung, sondern auch bezüglich der Vollzugsregelung. Im Kapitel 7 finden sich auf die jeweiligen Varianten zugeschnittene Antworten namentlich auf die folgenden Fragen: Welche Behörden (Ausländerbehörden, Strafbehörden, Gerichtsbehörden) treffen in welchem Verfahren (Verwaltungsverfahren, Gerichtsverfahren, Strafbefehlsverfahren) welche Entscheide? Alle vier Varianten trennen zwischen einem Anordnungs- und einem Vollzugsverfahren, enthalten Vorgaben für die Verfahrensbeschleunigung und verankern einen kurzen Rechtsmittelweg. Wesentliche Unterschiede bestehen aber hinsichtlich der Zuständigkeit von Behörden und ihrer Befugnis zur Prüfung der (völkerrechtlichen) Vollzugshindernisse. Weitere Vollzugsfragen betreffen Festlegungen zum Beginn und zur Dauer der Landesverweisung und zur Möglichkeit, diese aufzuheben oder zumindest zu unterbrechen. Das Kapitel 7 schliesst mit Hinweisen auf Änderungen anderer Bundesgesetze und mit statistischen Angaben, die trotz gewissen Unschärfen erste Rückschlüsse auf den «Wirkungsgrad» der vier Varianten ermöglichen.

Die Kapitel 8 und 9 analysieren die Völkerrechtskonformität der vier Varianten und ihre Übereinstimmung mit dem Willen des Verfassungsgebers. Während die Variante 1 die Absichten des Verfassungsgebers wortgetreu umsetzt, aber Verstösse gegen das Völkerrecht in Kauf nimmt, stehen die Varianten 2 bis 4 im Einklang mit den internationalrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, tragen hingegen nicht in allen Belangen dem Willen des Verfassungsgebers Rechnung. Das Kapitel 9 unterzieht schliesslich die vier Varianten durch Gegenüberstellung einer kritischen Gesamtwürdigung und skizziert mögliche Auswirkungen der praktischen Umsetzung in Bezug auf die Belastung der Behörden und die damit verbundenen finanziellen und personellen Konsequenzen.

1. Einleitung

1.1 Chronologie zur «Ausschaffungsinitiative»

Am 19. Juni 2007 wurde der Bundeskanzlei eine Unterschriftenliste zur eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» zur Vorprüfung eingereicht. Die Initiative wurde von der Bundeskanzlei am 26. Juni 2007 vorgeprüft.¹ Am 15. Februar 2008 reichte das Komitee die Initiative mit den nötigen Unterschriften ein. Mit Verfügung vom 7. März 2008 stellte die Bundeskanzlei fest, dass die Initiative mit 210'919 gültigen Unterschriften zustande gekommen ist.²

«Die Initiative will erreichen, dass Ausländerinnen und Ausländer, die wegen bestimmter Straftaten verurteilt wurden oder die missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben, alle Aufenthaltsansprüche verlieren und ausgewiesen werden. Die betroffenen Personen sollen zudem mit einem Einreiseverbot belegt und bei einer Missachtung dieses Einreiseverbots oder bei einer anderen illegalen Einreise bestraft werden. Der heute für solche Massnahmen bestehende Ermessensspielraum der Behörden soll abgeschafft werden.»³ – Der Wortlaut der Initiative ist auf der nachfolgenden Seite abgedruckt.

Mit Botschaft vom 24. Juni 2009 beantragte der Bundesrat den Eidgenössischen Räten, die Ausschaffungsinitiative Volk und Ständen mit der Empfehlung auf Ablehnung zu unterbreiten. Gleichzeitig unterbreitete der Bundesrat dem Parlament einen *indirekten Gegenvorschlag*.⁴ Dieser sah Änderungen im Ausländergesetz (AuG)⁵ vor, die namentlich auf einen konsequenten Widerruf von ausländerrechtlichen Bewilligungen bei schweren Straftaten zielten. Dabei sollten der verfassungsmässige Grundsatz der Verhältnismässigkeit und die Bestimmungen des Völkerrechts gewahrt bleiben.⁶

Die Staatspolitische Kommission des Ständerats (SPK-S) entschied sich für einen *direkten Gegenentwurf*, der von beiden Räten unterstützt und zudem mit einem eigenen Verfassungsartikel über die Integration ergänzt wurde.⁷ Die Bundesversammlung erklärte die Ausschaffungsinitiative am 18. Juni 2010 für gültig und beschloss, diese Volk und Ständen zusammen mit dem direkten Gegenentwurf zur Abstimmung zu unterbreiten.⁸ Der direkte Gegenentwurf sah in Art. 121b Abs. 3 der Bundesverfassung (BV)⁹ unter anderem vor, dass «beim Entscheid über die Aus- und Wegweisung sowie den Entzug des Aufenthaltsrechts [...] die Grundrechte und die Grundprinzipien der Bundesverfassung und des

¹ BBI 2007 4969.

² BBI 2008 1927.

³ Botschaft des Bundesrats vom 24.6.2009 zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer, BBI 2009 5097, Ziff. 3.

⁴ BBI 2009 5097.

⁵ Bundesgesetz vom 16.12.2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20).

⁶ Vgl. BBI 2009 5097, Ziff. 5 (Grundzüge des indirekten Gegenvorschlags) und BBI 2009 5129 (Normvorschläge).

⁷ Vgl. für eine Zusammenfassung des parlamentarischen Verfahrens: http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20090060 (Rubrik «Zusammenfassung Botschaft» / «Bericht und Beratungen»).

⁸ Bundesbeschluss vom 18.10.2010, BBI 2010 4241.

⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101).

Völkerrechts, insbesondere der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, zu beachten [sind].»¹⁰

In der Abstimmung vom 28. November 2010 wurde die *Ausschaffungsinitiative* vom Volk mit 1'397'923 Ja gegen 1'243'942 Nein und von den Ständen mit 17½ gegen 5½ *angenommen*. Der direkte Gegenentwurf hingegen wurde vom Volk mit 1'407'830 Nein gegen 1'189'269 Ja und von allen Ständen abgelehnt.¹¹

Der im 9. Abschnitt: «Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern» eingeordnete und nun ergänzte Art. 121 BV lautet neu wie folgt (Ergänzungen infolge Annahme der Ausschaffungsinitiative kursiv):¹²

Art. 121

¹ Die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl ist Sache des Bundes.

² Ausländerinnen und Ausländer können aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden.

³ *Sie verlieren unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie:*

a. wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts, wegen einer Vergewaltigung oder eines anderen schweren Sexualdelikts, wegen eines anderen Gewaltdelikts wie Raub, wegen Menschenhandels, Drogenhandels oder eines Einbruchsdelikts rechtskräftig verurteilt worden sind; oder

b. missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben.

⁴ *Der Gesetzgeber umschreibt die Tatbestände nach Absatz 3 näher. Er kann sie um weitere Tatbestände ergänzen.*

⁵ *Ausländerinnen und Ausländer, die nach den Absätzen 3 und 4 ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren, sind von der zuständigen Behörde aus der Schweiz auszuweisen und mit einem Einreiseverbot von 5–15 Jahren zu belegen. Im Wiederholungsfall ist das Einreiseverbot auf 20 Jahre anzusetzen.*

⁶ *Wer das Einreiseverbot missachtet oder sonstwie illegal in die Schweiz einreist, macht sich strafbar. Der Gesetzgeber erlässt die entsprechenden Bestimmungen.*

Die Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung wurden wie folgt geändert:¹³

Art. 197 Ziff. 8

8. Übergangsbestimmung zu Art. 121 (Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern)

¹⁰ Vgl. BBI 2010 4243 und ebendort den Abdruck von Art. 121a BV mit dem Randtitel «Integration».

¹¹ Bundesratsbeschluss vom 17.3.2011 über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 28.11.2010, BBI 2011 2771. Vgl. für weitere Informationen zur Ausschaffungsinitiative auch die Themenseite des EJPD: <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/abstimmungen/2010-11-28.html>

¹² AS 2011 1199.

¹³ AS 2011 1200.

Der Gesetzgeber hat innert fünf Jahren seit Annahme von Artikel 121 Absätze 3–6 durch Volk und Stände die Tatbestände nach Artikel 121 Absatz 3 zu definieren und zu ergänzen und die Strafbestimmungen bezüglich illegaler Einreise nach Artikel 121 Absatz 6 zu erlassen.

1.2 Einsetzung und Auftrag der Arbeitsgruppe

Die Vorsteherin des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) hat für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über den Umgang mit straffälligen Ausländerinnen und Ausländern mit Verfügung vom 22. Dezember 2010 eine aus externen und internen Fachleuten zusammengesetzte Arbeitsgruppe eingesetzt. Die Einsetzungsverfügung hat den folgenden Wortlaut:

Bern, 22. Dezember 2010

Verfügung über die Einsetzung der Arbeitsgruppe für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung über den Umgang mit straffälligen Ausländerinnen und Ausländern

1. Auftraggeberin und Auftrag

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) hat den Auftrag, dem Bundesrat einen Gesetzesentwurf für die Umsetzung der am 28. November 2010 von Volk und Ständen angenommenen Eidgenössischen Volksinitiative für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative) zu unterbreiten.

Die Departementsvorsteherin des EJPD setzt eine Arbeitsgruppe ein. Diese soll in einem Bericht Vorschläge für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen (Art. 121 Abs. 3–6 BV und Art. 197 Ziff. 8 BV) auf der Gesetzesstufe erarbeiten und die rechtlichen Auswirkungen dieser Vorschläge aufzeigen.

Dabei werden insbesondere folgende Punkte geprüft:

- a) Definition der weiteren schweren Sexualdelikte und Gewaltdelikte, die zu einem Entzug des Aufenthaltsrechts führen sollen (Art. 121 Abs. 3 Bst. a und Abs. 4 BV i.V. mit Art. 197 Ziff. 8 BV).
- b) Nähere Umschreibung der Straftatbestände, die zu einem Entzug des Aufenthaltsrechts führen sollen, und Prüfung des Erfordernisses einer allfälligen Ergänzung des Katalogs (Art. 121 Abs. 3 Bst. a und 4 BV i.V. mit Art. 197 Ziff. 8 BV).
- c) Definition des Begriffs «missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe» gemäss Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV. Es ist insbesondere zu prüfen, ob für einen Entzug des Aufenthaltsrechts eine Straftat erfüllt sein muss.
- d) Umgang mit Bagatelldfällen (Art. 121 Abs. 3 Bst. a und Abs. 4 BV i.V. mit Art. 197 Ziff. 8 BV).
- e) Bei Bedarf Anpassung der Bestimmungen im Ausländergesetz über das Erlöschen und den Widerruf der Bewilligungen (Art. 61 ff. AuG), die Entfernung- und Fernhaltungsmassnahmen (Art. 64 ff. AuG) sowie über die Strafbarkeit einer Missachtung des Einreiseverbots (Art. 115 AuG) gemäss Art. 121 Abs. 5 und 6 BV.
- f) Festlegung der für den Entscheid über den Entzug des Aufenthaltsrechts zuständigen Behörde (Strafbehörden oder Migrationsbehörden).

- g) Rechtsstellung der von der neuen Regelung betroffenen Personen bei tatsächlichen Vollzugshindernissen (v.a. Einhaltung des Non-Refoulement-Gebots; unbekannte Identität; fehlende Reisepapiere; Möglichkeit zur Rückkehr in den Herkunftsstaat nur bei Freiwilligkeit).
- h) Verhältnis zu den übrigen Verfassungsbestimmungen (z.B. Art. 5 Abs. 2 BV, Verhältnismässigkeit; Art. 14 BV, Recht auf Ehe und Familie).
- i) Verhältnis zum nicht zwingenden Völkerrecht, z.B. UNO-Pakt II, EMRK, Kinderrechtskonvention (KRK), FZA.

2. Die Arbeitsgruppe beachtet folgende Richtlinien:

- 2.1 Die Arbeitsgruppe erörtert die unter Ziffer 1 erwähnten Fragestellungen, erarbeitet Vorschläge für die rechtliche Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen und zeigt die rechtlichen Konsequenzen auf.
- 2.2 Die Arbeitsgruppe sucht konsensual nach Lösungen. Bei Differenzen verzichtet sie auf Abstimmungen und legt im Bericht offen, wo und weshalb keine Einigung zustande gekommen ist.

3. Mitglieder der Arbeitsgruppe

3.1 Vorsitz: Prof. Heinrich Koller

3.2 Mitglieder:

2 Vertreterinnen oder Vertreter des Initiativkomitees

1 Vertreterin oder Vertreter der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD)

1 Vertreterin oder Vertreter der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK)

1 Vertreterin oder Vertreter des Bundesamtes für Justiz

1 Vertreterin oder Vertreter des Bundesamtes für Migration

4. Organisation

- 4.1 Der Vorsitzende legt den Zeitplan für die Erstellung des Berichtsentwurfs fest und ist verantwortlich für dessen fristgerechte Abgabe an das Departement. Er informiert die Departementsvorsteherin regelmässig über die laufenden Arbeiten und stellt bei Bedarf Anträge.
- 4.2 Der Vorsitzende hat die Kompetenz, Gutachten, Analysen und Stellungnahmen durch Mitglieder der Arbeitsgruppe oder durch Dritte ausarbeiten zu lassen. Er formuliert in Zusammenarbeit mit der Arbeitsgruppe die allfälligen Aufträge und setzt die Termine fest.
- 4.3 Die Arbeitsgruppe kann Vertreterinnen und Vertreter von Bundesstellen und Sachverständige ausserhalb der Bundesverwaltung zu den Sitzungen einladen oder deren Gutachten, Analysen und Stellungnahmen nach Ziffer 4.2 einholen.
- 4.4 Die Ämter und Dienste des EJPD sind gegenüber der Arbeitsgruppe zu Auskünften verpflichtet.
- 4.5 Über die Sitzungen der Arbeitsgruppe wird ein erweitertes Beschlussprotokoll geführt.
- 4.6 Tagungsort der Arbeitsgruppe ist Bern. Der Vorsitzende legt den Sitzungstermin fest. Bei Bedarf können Klausurtagungen durchgeführt werden.

5. Finanzielles

- 5.1 Die Arbeitsgruppenmitglieder, die nicht der Bundesverwaltung angehören, beziehen ein Taggeld von Fr. 300.--. Der Vorsitzende erhält ein Taggeld von Fr. 375.--.
- 5.2 Für Fahrkosten wird der Preis einer Fahrkarte 1. Klasse vergütet. Mahlzeiten und Übernachtungen werden nach den Bestimmungen für Bundesbedienstete entschädigt.
- 5.3 Für ausserordentliche Leistungen kann eine zusätzliche Entschädigung ausgerichtet werden.

6. Vertraulichkeit und Information

- 6.1 Die Beratungen der Arbeitsgruppe sind grundsätzlich vertraulich. Den Mitgliedern der Arbeitsgruppe steht jedoch das Recht zu, sich mit ihren Organisationen und beteiligten Dritten über Sachfragen auszutauschen und sich bei Bedarf von Sachverständigen beraten zu lassen.
- 6.2 Das EJPD informiert die Öffentlichkeit über den Auftrag und die Zusammensetzung der Arbeitsgruppe.
- 6.3 Die Arbeitsgruppe kann die Öffentlichkeit nach Rücksprache mit dem EJPD periodisch über den Fortgang der Arbeiten informieren.

7. Frist

Die Arbeitsgruppe übergibt der Departementsvorsteherin des EJPD ihren Bericht bis zum 15. Juni 2011.

8. Rechtliche Grundlagen

Die Einsetzung dieser Arbeitsgruppe stützt sich auf Artikel 57 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010).

9. Inkrafttreten

Diese Verfügung tritt sofort in Kraft.

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Simonetta Sommaruga
Bundesrätin

1.3 Zusammensetzung und Arbeitsweise der Arbeitsgruppe

Geleitet wurde die Arbeitsgruppe von Prof. Dr. Heinrich Koller, dem ehemaligen Direktor des Bundesamtes für Justiz (BJ). Ihr gehörten ferner an: Dr. Manuel Brandenburg und Gregor Rutz für das Initiativkomitee; Margrith Hanselmann und Roger Schneeberger für die Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) bzw. für die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD); Albrecht Dieffenbacher (Bundesamt für Migration; BFM) und Dr. Ridha Fraoua (Bundesamt für Justiz; BJ) als Vertreter der Verwaltung. Das Sekretariat wurde von Dirk Olschewski (BFM) geführt.

Die Arbeitsgruppe hat an ihren Sitzungen wiederholt Expertinnen und Experten des Straf- und Strafvollzugsrechts, der Sozialversicherung und des Völkerrechts angehört.¹⁴

Die genannten Personen sowie die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des BJ und des BFM haben zahlreiche Arbeitspapiere erstellt, Zwischenberichte verfasst und Formulierungsvorschläge für die Umsetzung im Gesetzesrecht erarbeitet. Diese Unterlagen sind in den vorliegenden Schlussbericht eingeflossen. Gemäss Ziff. 2.2 der Einsetzungsverfügung suchte die Arbeitsgruppe konsensual nach Lösungen. Wesentliche Differenzen legt der Schlussbericht offen. Die Arbeitsgruppe tagte erstmals am 26. Januar 2011 und hat sich in der Folge an weiteren 10 halbtägigen Sitzungen in Bern besprochen.

Die Vertreter des Initiativkomitees legten bereits an der ersten Sitzung der Arbeitsgruppe einen mit der Parteileitung der Schweizerischen Volkspartei (SVP) abgestimmten ausformulierten Entwurf zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung auf Gesetzesstufe vor. Dieser sieht eine Neuordnung der Landesverweisung und einschlägiger Bestimmungen im Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB)¹⁵ vor (Entwurf zu Art. 73^{bis} ff. StGB).

Die Arbeitsgruppe erachtete es jedoch als notwendig, vorerst einige Grundsatzfragen zu klären und Überlegungen anzustellen zu generellen Fragen der Umsetzung von Verfassungsinitiativen, zur Methode der Auslegung von Verfassungsbestimmungen und zur Hierarchie der Rechtsnormen (insb. des Verhältnisses zum Völkerrecht). Die weiteren Themenbereiche (Deliktskatalog, Definition der Schwere der massgebenden Delikte und andere Voraussetzungen der Ausschaffung, Fragen des Sozialmissbrauchs, Vollzugsproblematik und Regelung der Umsetzung im Strafrecht oder Ausländerrecht, Vereinbarkeit der Vorschläge mit den Grundsätzen des Verfassungs- und des Völkerrechts) sollten sich daran anschliessen. Diesem Vorgehen entspricht der Aufbau dieses Berichts.

2. Grundsätze zur Auslegung von (neuen) Verfassungsbestimmungen

2.1 Methodik und Besonderheiten der Verfassungsauslegung

2.1.1 Grundsatz der Geltung allgemeiner Auslegungsregeln

Die Auslegung der Verfassung folgt grundsätzlich denselben methodischen Regeln, wie sie für die Auslegung von Gesetzes- und Verordnungsrecht gelten.¹⁶ Auszugehen ist vom Wortlaut (grammatikalisches Auslegungselement), doch kann der Wortlaut einer Norm nicht allein massgebend sein. Besonders wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berück-

¹⁴ Als Experten der Bundesverwaltung nahmen an Sitzungen der Arbeitsgruppe teil: Dr. Reto Feller (Fachbereich Rechtsetzungsbegleitung I, BJ), Peter Häfliger und Gabriella D'Addario Di Paolo (Fachbereich Straf- und Strafprozessrecht, BJ), Dr. Daniel Wüger und Adrian Scheidegger (Fachbereich Europarecht und Internationaler Menschenrechtsschutz, BJ). Diese Personen haben auch wesentlich an der Abfassung des Schlussberichts mitgewirkt. Als verwaltungsexterne Experten wurden die folgenden Personen angehört: Martin Gabl, Leiter der Invalidenversicherungsstelle des Kantons Solothurn; Felix Wolffers, Leiter Sozialamt der Stadt Bern; Joe Keel, Leiter des Amtes für Justizvollzug des Kantons St. Gallen.

¹⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0).

¹⁶ Vgl. BGE 131 I 74 E. 4.1; 124 II 193 E. 5a; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, § 9 Rz. 1.

sichtigung weiterer Auslegungselemente, wie namentlich der Entstehungsgeschichte der Norm (historisches Auslegungselement) und ihrem Zweck (teleologisches Auslegungselement). Wichtig ist auch die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt (systematisches Auslegungselement).

Bei der Gesetzes- wie bei der Verfassungsauslegung besteht *keine Hierarchie der Auslegungselemente*. Es findet nicht eine bestimmte Auslegungsmethode vorrangig oder sogar ausschliesslich Anwendung. Vielmehr werden die Auslegungselemente nebeneinander berücksichtigt und muss im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode (bzw. Methodenkombination) geeignet ist, den Normsinn der auszulegenden Verfassungsbestimmung wiederzugeben (sog. *Methodenpluralismus*).¹⁷

2.1.2 Die einzelnen Auslegungselemente

Herkömmlich werden auch bei der Verfassungsinterpretation die folgenden Auslegungselemente unterschieden:¹⁸

- Die *grammatikalische Auslegung* ermittelt den Normsinn aufgrund des Wortlauts und fragt nach der sprachlichen Aussage einer Norm. Sowohl der allgemeine als auch der juristische Sprachgebrauch sind in Betracht zu ziehen. Je offener die Verfassungsnorm ist, desto eher stösst die grammatikalische Auslegung an ihre Grenzen.
Die Vertreter des Initiativkomitees weisen darauf hin, dass der Wortlaut der Ausgangspunkt jeder Auslegung ist.¹⁹ Das Bundesgericht stellt auf ihn allein ab, wenn sich daraus zweifellos eine sachlich richtige Lösung ergibt.²⁰
- Die *systematische Auslegung* stellt auf die Zusammenhänge ab, in denen die Vorschrift erscheint. Betrachtet wird der inhaltliche Bezug der auszulegenden Norm zu anderen Verfassungsbestimmungen bzw. des auszulegenden Absatzes zu anderen Absätzen der nämlichen Verfassungsbestimmung. Zu verfassungsspezifischen Ausprägungen der systematischen Auslegung vgl. sogleich Ziff. 2.1.3.
- Die *historische Auslegung* stellt auf den Sinn ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Eine Verfassungsnorm soll so gelten, wie vom Verfassungsgeber beabsichtigt. Den entsprechenden Willen festzustellen, ist aber oft schwierig, weil es sich beim Verfassungsgeber um ein Kollektivorgan handelt. Immerhin ergeben sich aus den Materialien zur Entstehung einer Verfassungsnorm gewisse Anhaltspunkte (Botschaft des Bundesrats, parlamentarische Debatte, Argumentarium des Initiativkomitees).
- Jede Norm antwortet auf ein bestimmtes Regelungsbedürfnis. Die *teleologische Auslegung* stellt ab auf die Zweckvorstellung, die mit einer Verfassungsnorm verbunden ist. Dabei muss der Zweck stets in der Norm selber enthalten sein; unzulässig ist es, normfremde Zwecke in die Norm hineinzulegen.

¹⁷ HÄFELIN / HALLER / KELLER, N. 130.

¹⁸ Vgl. statt vieler TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 N. 17 ff.; SEILER, S. 38 ff.; KRAMER, S. 57 ff.

¹⁹ BGE 131 II 697 E. 4.1.

²⁰ BGE 125 II 177 E. 3 S. 179.

2.1.3 Offenheit und Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen sowie verfassungsspezifische Auslegungselemente

Trotz der dargelegten grundsätzlichen Parallelität zur Gesetzesauslegung, ist bei der Verfassungsauslegung gewissen Eigenheiten Rechnung zu tragen.

Zunächst ist auf die *Offenheit der Verfassungsnormen* hinzuweisen. Namentlich die Gesetzgebungsaufträge in Aufgabennormen sind in ihrem Aussagegehalt oft relativ unbestimmt und halten nur einen ersten Konsens über Notwendigkeit, Bereich und Zweck einer Staatsaufgabe fest. Bei der Interpretation solcher Normen geht es denn häufig auch «weniger um Auslegung als um Konkretisierung: weniger um den Nachvollzug eines vorbestehenden, allgemeingültigen Normwillens als um den Aufbau eines aktuellen, problembezogenen Normsinns.»²¹

Ferner gilt der Grundsatz der *Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen*, jedenfalls solange der Verfassungsgeber nicht selber einzelnen Verfassungsbestimmungen eine ausdrücklichen Werthierarchie unterlegt. Zwei wichtige Einschränkungen relativieren diesen Grundsatz:²²

- Die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts gehen der Bundesverfassung vor. Weder auf dem Wege einer Totalrevision noch durch eine Teilrevision darf entgegenstehendes Verfassungsrecht geschaffen werden (Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV). Soweit die Bundesverfassung solche Normen ausdrücklich wiedergibt – etwa in Art. 10 Abs. 3 (Folterverbot) und in Art. 25 Abs. 2 und 3 BV (Verbot der Rückschiebung in den Verfolgerstaat bzw. der Ausschaffung in einen Folterstaat) – müssen «gewöhnliche» Verfassungsnormen zurücktreten.
- Im Einzelfall und nach wertender und problembezogener Abwägung aller berührten Verfassungsbelange kann sich ein Vorrang der einen vor der anderen Verfassungsbestimmung ergeben. Die für die Auslegung des Gesetzesrechts entwickelten Prinzipien, wonach das spätere Recht dem früheren («lex posterior derogat legi priori») und die speziellere der allgemeinen Norm vorgehe («lex specialis derogat legi generali») dürfen hingegen bei der Verfassungsinterpretation *nicht* schematisch angewendet werden.

Aufgrund dieser beiden Eigenheiten – Offenheit und Gleichwertigkeit – von Verfassungsnormen sind zwei *verfassungsspezifische Auslegungselemente* anerkannt, die zusätzlich zu den allgemeinen Auslegungselementen zu berücksichtigen sind:

- Herstellung praktischer Konkordanz (auch: «*harmonisierende Auslegung*»):²³ Der Gesetzgeber ist aus Anlass eines bestimmten Rechtsetzungsvorhabens gehalten, nicht nur auf die jeweils einschlägige Aufgabennorm abzustellen, sondern darüber hinaus alle von der Sache berührten Verfassungsanliegen mitzubedenken. Verfassungsnormen sind so zu interpretieren, dass Widersprüche innerhalb der Verfassung nach Möglichkeit vermieden werden; bei Normkollisionen soll nach optimierenden Ergebnissen gesucht werden, damit beide betroffenen Verfassungsnormen zur Geltung gelangen. Nur ein solches Vorgehen stellt sicher, dass die Rechtsordnung ein Mindestmass an Widerspruchsfreiheit aufweist.
- *Völkerrechtskonforme Auslegung*: Die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts stehen über der Verfassung; die Normen des übrigen Völkerrechts sind zu «beach-

²¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 N. 10.

²² TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 N. 13, 16.

²³ RHINOW / SCHEFER, N. 524, 529; HANGARTNER, S. 473.

ten» (Art. 5 Abs. 4 BV). Daraus resultiert die Verpflichtung aller Staatsorgane, im Rahmen ihrer rechtsetzenden oder rechtsanwendenden Tätigkeit die Verfassungsnormen (soweit nötig und möglich) völkerrechtskonform auszulegen (vgl. dazu unten, Ziff. 2.3).

2.2 Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes

Bei der Auslegung von Verfassungsnormen kommt dem *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* eine besondere Bedeutung zu. Er ist durch die Bundesverfassung ausdrücklich in Art. 5 Abs. 2 als «Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns» und in Art. 36 Abs. 3 als eine der Voraussetzungen der «Einschränkung von Grundrechten» gewährleistet. Implizit finden sich weitere Bezugnahmen auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, so etwa bei den Verfahrensgarantien (Art. 29 ff. BV), im Zusammenwirken von Bund und Kantonen (Art. 44 ff. BV) oder im Steuerrecht (vgl. insb. Art. 127 Abs. 2 BV). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlicher Massnahmen durchzieht als machthemmender Leitgedanke die gesamte Verfassungs- und Rechtsordnung; so insbesondere im Verwaltungsrecht bei staatlichen Eingriffen und im Strafrecht in der besonderen Ausprägung als Verschuldensprinzip oder auch im Privatrecht als Gebot der schonenden Rechtsausübung. Im vorliegenden Zusammenhang sind vor allem die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns und die Voraussetzungen der Grundrechtseinschränkung relevant.

Hergeleitet wird der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns in unterschiedlicher Weise aus der übergeordneten «Idee» des Rechts als «gerechter» Ordnung, die durch das allgemeine Gesetz Gleichheit, Freiheit und Sicherheit verbürgt. Der Ausgleich der kollidierenden Ziele (Freiheit bzw. Freiheitsbeschränkung, gleiche bzw. ungleiche Behandlung, öffentliche bzw. private Interessen) setzt immer eine Güterabwägung voraus. Andere sehen das Verhältnismässigkeitsprinzip als Ausfluss von Zweckmässigkeitsüberlegungen: «Ein vorgegebener Zweck kann mit verschiedenen Mitteln verfolgt werden. Der Gesetzgeber muss es vermeiden, stets von den stärkstmöglichen Sanktionen Gebrauch zu machen. Er differenziert, setzt seine schweren Waffen nur für die krassen Fälle ein [...]»²⁴ Solche Gebote des richtigen Masses, der schonenden Rechtsausübung und des staatlichen Masshaltens zum Schutz der Individuen sind untrennbar mit dem Gedanken der Gerechtigkeit verbunden.

Historisch gesehen liegen die Anfänge dieser Grundsätze im Mittelalter (Schutz vor willkürlicher Verhaftung in der Magna Charta von 1215 und in der Habeas-Corpus-Akte von 1679), dann in der allmählichen Ausformung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Gestaltungsprinzipien (Gesetzmässigkeit, Verhältnismässigkeit, Gewaltenteilung) im 18. Jahrhundert und schliesslich in der Verankerung dieser Grundsätze und der Freiheitsrechte in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. In der Schweiz fand der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als massgebendes Prinzip des Polizeirechts im 19. Jahrhundert Eingang in das allgemeine Verwaltungsrecht und wurde im 20. Jahrhundert vom Bundesgericht (namentlich anhand der Rechtsprechung zur Handels- und Gewerbefreiheit, zur Eigentumsgarantie und zur persönlichen Freiheit) zum allgemein gültigen Prinzip von Verfassungsrang entwickelt.

In Übereinstimmung mit Lehre und Praxis erblickte das Bundesgericht im Grundsatz der Verhältnismässigkeit ein Grundprinzip, das in allen Gebieten des öffentlichen Rechts

²⁴ FORSTMOSER / VOGT, § 12 N. 229.

massgebend sein soll, das also das gesamte Verwaltungsrecht beherrscht und *sowohl für die Rechtsanwendung als auch für Rechtsetzung gilt*.²⁵ Einig sind sich Lehre und Praxis auch in der Funktion des Verhältnismässigkeitsprinzips. «Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist zum Schutz der Bürger gegen übermässige Eingriffe des Staates aufgestellt, [...]»²⁶ Das gilt nach der Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung für alle in Art. 5 BV enthaltenen Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns: Sie dienen der Begrenzung der staatlichen Macht im Rechtsstaat.²⁷

Zusammen mit den anderen in Art. 5 BV enthaltenen Grundsätzen – Gesetzmässigkeitsprinzip, Erfordernis des staatlichen Handelns im öffentlichen Interesse, Handeln nach Treu und Glauben, Beachtung des Völkerrechts – bildet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns eine der tragenden Säulen des Rechtsstaats Schweiz. Da der Grundsatz das gesamte Staatshandeln leitet, entfaltet er Wirkung *auch bei der Verfassungsinterpretation* (harmonisierende Auslegung; vgl. oben, Ziff. 2.1.3). Aus der Konkretisierung in Art. 36 BV, der als eine der unabdingbaren Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen nebst der gesetzlichen Grundlage, des Vorhandenseins eines öffentlichen Interesses und der Wahrung des Kerngehalts der Grundrechte auch die Verhältnismässigkeit einer Massnahme nennt, ergibt sich sodann, dass bei jedem Grundrechtseingriff eine sorgfältige *Interessenabwägung* vorzunehmen ist. Ein schematischer Automatismus, der weder der Eignung und Erforderlichkeit noch der Angemessenheit einer Massnahme Rechnung trägt, steht in krassem Widerspruch zur Grundrechtsordnung.²⁸

2.3 Vereinbarkeit von Verfassungsbestimmungen mit dem Völkerrecht

2.3.1 Vorrang der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts

Die Bundesverfassung nennt in Art. 139 Abs. 3 BV drei Schranken des Initiativrechts: Verletzung der Einheit der Form, der Einheit der Materie und von zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts. Erkennt die Bundesversammlung als zuständiges Prüforgan einen Widerspruch zwischen einem Initiativbegehren und den in Art. 139 Abs. 3 BV aufgeführten Schranken, so muss sie die Initiative für (teilweise) ungültig erklären.

Der (landesrechtliche) Begriff der «zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» knüpft vorab an das *zwingende Völkerrecht (ius cogens)* an, wie es die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)²⁹ in Art. 53 Satz 2 allgemein umschreibt. Eine verbindliche Auflistung des zwingenden Völkerrechts existiert aber nicht. In der Staatenpraxis allgemein anerkannt ist indessen, dass folgende Garantien und Verbote ius-cogens-Charakter aufweisen: Gleichheit der Staaten, Gewaltverbot (Verbot der militärischen Gewaltanwendung), die Verbote von Folter, Völkermord und Sklaverei, die Grundzüge des humanitären Völkerrechts («Recht im Krieg») sowie das Verbot der Ausschaffung eines Flüchtlings in einen Staat, wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politi-

²⁵ Vgl. BGE 96 I 234 E. 5.

²⁶ BGE 102 Ia 234 E. 5c.

²⁷ Botschaft des Bundesrats vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 131.

²⁸ Vgl. BGE 130 I 16 E. 5.4; 117 Ia 472 E. 3; 110 Ib 201 E. 2c.

²⁹ Wiener Übereinkommen vom 23.5.1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111).

schen Anschauungen gefährdet wäre (Non-Refoulement-Gebot bzw. Rückschiebeverbot). Der Bundesrat hat ferner wiederholt die Meinung geäußert, dass unter den Begriff der «zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts» auch die notstandsfesten Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)³⁰ und gewisse notstandsfeste Garantien des UNO-Pakts II³¹ fallen.³²

Der Bundesrat hat in der Botschaft zur Ausschaffungsinitiative festgestellt, der Initiativtext könne so ausgelegt werden, dass das Rückschiebeverbot respektiert werde. Weitere zwingende Bestimmungen des Völkerrechts seien durch die Initiative nicht betroffen.³³ Dieser Auffassung ist die Bundesversammlung gefolgt. Anträge auf eine (teilweise) Ungültigerklärung der Ausschaffungsinitiative sind im National- und Ständerat gescheitert.³⁴

2.3.2 Umgang mit Widersprüchen gegen nicht zwingende Bestimmungen des Völkerrechts

Eine Volksinitiative, die «nur» gegen nicht zwingende bzw. «übrige» Bestimmungen des Völkerrechts verstösst, muss gültig erklärt und Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden.

Der Bundesrat hat in seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht nachgewiesen, dass bislang zwölf Volksinitiativen zur Abstimmung kamen, die im Konflikt mit dem übrigen Völkerrecht standen. Nur drei dieser Initiativen – die Alpeninitiative, die Verwahrungsinitiative und die Minarettinitiative – sind von Volk und Ständen angenommen worden. Bei der Umsetzung haben sich die Bundesbehörden um Konkordanz mit dem Völkerrecht bemüht, auch wenn damit die Absichten der Initiantinnen und Initianten nicht vollumfänglich berücksichtigt werden konnten.³⁵

Das Völkerrecht nimmt in der innerstaatlichen Normenhierarchie keine einheitliche Stellung ein. *Ius cogens* steht über der Verfassung. Von den Normen des übrigen Völkerrechts dürften einige Verfassungsrang haben, die meisten jedoch nicht.³⁶ Doch unabhängig von ihrer Stellung in der Normenhierarchie muss eine konkrete völkerrechtliche Norm vom Bund und von den Kantonen «beachtet» werden (Art. 5 Abs. 4 BV). Aus dieser Verfassungsbestimmung und aus Art. 27 WVK ergibt sich die Verpflichtung, *das Landesrecht – und insbesondere auch das Verfassungsrecht – völkerrechtskonform auszulegen*.³⁷

³⁰ Konvention vom 4.11.1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

³¹ Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte (0.103.2).

³² Vgl. zum Ganzen eingehend den Zusatzbericht des Bundesrats vom 30.3.2011 zu seinem Bericht vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2011 3613, insb. Ziff. 2.4.1.

³³ BBI 2009 5097, Ziff. 1.3.2. Auch in der Lehre wurde die Auffassung vertreten, eine Umsetzung der Initiative im Einklang mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts erscheine möglich: Vgl. GÄCHTER / KRADOLFER, S. 19; REICH, S. 509 ff., 518.

³⁴ AB 2010 S 328 (28 gegen 13 Stimmen) und AB 2010 N 711 (118 gegen 69 Stimmen).

³⁵ BBI 2010 2263, Ziff. 8.7.2.

³⁶ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 N. 39 und § 9 N. 20 ff.; vgl. ferner auch Bericht des Bundesrats vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2010 2263, Ziff. 8.4.

³⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 135; RHINOW / SCHEFER, N. 562; vgl. ferner BGE 125 II 417 E. 4d S. 425 und jüngst

Die völkerrechtskonforme Auslegung ist indessen kein Allheilmittel und stösst dort an Grenzen, wo zwischen dem Landesrecht und dem Völkerrecht ein unüberbrückbarer Widerspruch besteht. In einem solchen Fall liegt ein Normenkonflikt vor, der in Anwendung von Kollisionsregeln zu lösen ist. Nach der vom Bundesgericht entwickelten «Schubert-Praxis» bestehen immerhin für die Lösung von Konflikten zwischen dem Gesetzes- und dem Völkerrecht einigermaßen gefestigte Vorrangregeln.³⁸ Für Konflikte zwischen Verfassungsrecht und Völkerrecht liegen die Dinge weniger klar. Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, hier könne von einem *bedingten Vorrang*³⁹ des Völkerrechts ausgegangen werden, der aber im Einzelfall näher zu begründen sei (vgl. allgemein zur Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes oben, Ziff. 2.2).⁴⁰

Die Vertreter des Initiativkomitees vertreten die Auffassung, dass es keinen bedingten Vorrang des nicht zwingenden Völkerrechts gibt. Vielmehr geht nach ihrer Auffassung die Bundesverfassung dem nicht zwingenden Völkerrecht vor.

Wenn die völkerrechtskonforme Auslegung nicht zielführend ist und die betroffenen völkerrechtlichen Normen keinen Vorrang gegenüber der Verfassungsbestimmung einnehmen, ist die Kündigung des völkerrechtlichen Vertrags zu erwägen. Indessen kann nicht jeder völkerrechtliche Vertrag gekündigt werden, sei es aus rechtlichen (Fehlen einer Kündigungsklausel) oder tatsächlichen Gründen (gewichtige politische Interessen). In einem solchen Fall steht die Schweiz in der völkerrechtlichen Verantwortung und hat die entsprechenden Konsequenzen zu gewärtigen.⁴¹

Die Vertreter des Initiativkomitees vertreten die abweichende Auffassung, dass die obengenannten «tatsächlichen Gründe» nicht dazu führen dürfen, dass ein nicht zwingender völkerrechtlicher Vertrag einer Verfassungsbestimmung vorgezogen wird.

Damit ist deutlich geworden, dass bei Annahme einer völkerrechtswidrigen Initiative die Probleme in die Umsetzungsphase verschoben werden:⁴²

«Wird eine gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossende Initiative angenommen, werden sich die Behörden bemühen, diese völkerrechtskonform umzusetzen. Dabei ist der Entscheid nicht immer leicht, wann eine völkerrechtskonforme Umsetzung nicht mehr gerechtfertigt ist, sodass eine Neuaushandlung oder Kündigung des Vertrags oder eine Verletzung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz in Betracht zu ziehen ist. Wenn sich die Behörden für eine völkerrechtskonforme Umsetzung entscheiden, können sie vielleicht nicht alle von der Initiative verfolgten Ziele konkretisieren, und sie riskieren, die Erwartungen der Bürgerinnen und Bürger zu enttäuschen, die der Initiative zugestimmt haben.»

BGE 136 III 168. Vgl. auch Art. 27 Satz 1 WVK: «Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen.»

³⁸ Vgl. Zusatzbericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 32), Ziff. 5.2 und 5.3.

³⁹ So die Terminologie bei RHINOW / SCHEFER, N. 3644.

⁴⁰ Vgl. auch die Übersicht im Bericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 36), Ziff. 8.6.1.

⁴¹ Beschrieben im Bericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 36), Ziff. 6.2. Eine Einschätzung zu den Folgen einer Kündigung der EMRK gibt FORSTER, S. 424.

⁴² Bericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 36), Ziff. 9.6.

3. Auslegung von Artikel 121 BV

3.1 Übersicht über Aufbau und Struktur von Artikel 121 Absätze 3–6 BV

Sollen die in Art. 121 Abs. 3–6 BV enthaltenen Elemente in eine Struktur eingepasst werden, liegt die folgende Gliederung in Tatbestände, Rechtsfolgen und Gesetzgebungsaufträge nahe:

- Ausdrücklich angeführte Voraussetzungen (*Tatbestände*), welche zu den im Verfassungstext vorgesehenen Rechtsfolgen führen:
 - Rechtskräftige Verurteilung zu einer Straftat (Abs. 3 Bst. a);
 - Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe (Abs. 3 Bst. b).
- *Rechtsfolgen*, die bei erfüllttem Tatbestand eintreten:
 - Verlust des Aufenthaltsrechts (Abs. 3 Einleitungssatz);
 - Verlust aller Rechtsansprüche auf Aufenthalt (Abs. 3 Einleitungssatz);
 - Ausweisung aus der Schweiz (Abs. 5);
 - Einreiseverbot von 5–15 Jahren, im Wiederholungsfall von 20 Jahren (Abs. 5);
 - Strafbarkeit bei Missachtung des Einreiseverbots und bei sonstiger illegaler Einreise in die Schweiz (Abs. 6).
- *Ausdrückliche Aufträge an den Gesetzgeber*, innerhalb von fünf Jahren seit der Annahme des Verfassungsartikels (Art. 197 Ziff. 8 BV), konkretisierendes und ergänzendes Ausführungsrecht zu erlassen:
 - Gestützt auf Abs. 4 Satz 1 sind die Tatbestände nach Abs. 3 «näher zu umschreiben». Es gilt auf Gesetzesebene festzulegen, welche Formen von Drogenhandel und Einbruchsdelikten und welche «anderen schweren Sexualdelikte» und «anderen Gewaltdelikte» die in der Verfassung vorgesehenen Rechtsfolgen nach sich ziehen. Ferner sind Verhaltensweisen zu bezeichnen, welche den missbräuchlichen Bezug von Sozialversicherungs- oder Sozialhilfeleistungen im Sinne von Abs. 3 Bst. b begründen.
 - Die Kann-Formulierung in Abs. 4 Satz 2 macht deutlich, dass es im Ermessen des Gesetzgebers steht, ob die Tatbestände nach Abs. 3 mit weiteren Tatbeständen ergänzt werden sollen.
 - Abs. 6 Satz 2 verlangt den Erlass von Strafbestimmungen bei Missachtung des Einreiseverbots und bei sonstiger illegaler Einreise in die Schweiz.

3.2 Interpretation der Rechtsfolgen

3.2.1 Verlust des Aufenthaltsrechts sowie aller Rechtsansprüche auf Aufenthalt

Das «Aufenthaltsrecht» ist das gemäss Art. 32 ff. AuG an Ausländerinnen und Ausländer verliehene Recht, sich in der Schweiz aufzuhalten. Der «Verlust des Aufenthaltsrechts» meint entsprechend den Verlust der folgenden Aufenthaltstitel:

- Aufenthaltsbewilligung (B-Ausweis; Art. 33 AuG);
- Niederlassungsbewilligung (C-Ausweis; Art. 34 AuG);

- Kurzaufenthaltsbewilligung (L-Ausweis; Art. 32 AuG);
- Grenzgängerbewilligung (G-Ausweis; Art. 35 AuG);
- Status von vorläufig aufgenommenen Personen (F-Ausweis; Art. 41 Abs. 2 und Art. 83 ff. AuG);
- Asylsuchende (N-Ausweis; Art. 42 f. AsylG⁴³).

Die Ausweise F und N stellen indessen *keine* ausländerrechtlichen Bewilligungen dar, sondern bescheinigen lediglich ein Recht auf Anwesenheit.⁴⁴

Die aufgeführten Bewilligungen werden – mit einer entsprechenden Kennzeichnung – auch *EU- und EFTA-Bürgern* erteilt. Die massgebenden Rechtsgrundlagen finden sich in den entsprechenden Abkommen.⁴⁵

Aktuell stammen fast zwei Drittel der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung der Schweiz aus EU-/EFTA-Staaten.⁴⁶

Ferner hält der Verfassungstext fest, dass Ausländerinnen und Ausländer bei gegebenen Voraussetzungen auch «alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren». Damit sind Konstellationen erfasst, in denen eine ausländische Person die staatsvertraglichen oder gesetzlichen Voraussetzungen für einen Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht erfüllt. Zu denken ist beispielsweise an den Fall, dass eine Person die Voraussetzungen gemäss Art. 42 Abs. 2 AuG erfüllt (Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern) und eine Straftat nach Art. 123 Abs. 3 BV begeht. Bei dieser Ausgangslage erlischt der Anspruch nach Art. 42 Abs. 2 AuG.

3.2.2 Ausweisung und Ausschaffung aus der Schweiz

3.2.2.1 Terminologie und Drei-Ebenen-Theorie

Vorab ist zu klären, was unter dem Begriff der *Ausweisung* zu verstehen ist. Auf Verfassungsebene stellen Art. 25 Abs. 1 und Art. 121 Abs. 2 BV auf diesen Begriff ab. Er bedeutet, dass der Staat eine bestimmte Person (unter Androhung des zwangsweisen Vollzugs) verbindlich verpflichtet, das Staatsgebiet zu verlassen. Die Ausweisung ist regelmässig mit einem Rückkehrverbot verbunden.⁴⁷

Das bis zum 31. Dezember 2007 geltende Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) sah neben dem Widerruf von Bewilligungen auch ausdrücklich die Ausweisung von Ausländern (Art. 10 ANAG) vor. Diese Ausweisung bezog sich auf *niedergelassene* Ausländerinnen und Ausländer und war nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich (insb. Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens; kein Wille oder fehlende Fähigkeit, sich in die in der Schweiz geltende Ordnung einzufügen; fortgesetzte und erhebliche

⁴³ Asylgesetz vom 26.6.1998 (SR 142.31).

⁴⁴ SPESCHA / KERLAND / BOLZLI, S. 117, 310.

⁴⁵ Vgl. Anhang I des Abkommens vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681) sowie das Übereinkommen vom 4.1.1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA; SR 0.632.31) bzw. Anhang K des Abkommens vom 21.6.2001 zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (AS 2003 2685).

⁴⁶ Vgl. SPESCHA / KERLAND / BOLZLI, S. 57.

⁴⁷ Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung (Fn. 37), S. 171; REICH, S. 513.

Fürsorgeabhängigkeit). Diese Ausweisung umfasste sowohl die Wegweisung aus der Schweiz als auch ein Einreiseverbot. Im Interesse einer systematischen Vereinfachung wurde mit dem AuG diese Ausweisung durch den in Artikel 63 AuG vorgesehenen Widerruf der Niederlassungsbewilligung ersetzt.

Auf Gesetzesebene wird der Begriff der Ausweisung heute nur mehr für Ausweisungen aus Gründen der inneren und äusseren Sicherheit gebraucht (vgl. Art. 68 AuG). Eine «Ausweisung», die wegen fehlendem Aufenthaltsrecht erfolgt, bezeichnet das Ausländergesetz demgegenüber konsequent als «Wegweisung» (vgl. Art. 64 Abs. 1 AuG). In der verfassungsrechtlichen Terminologie ist die Wegweisung im Sinne des Gesetzes eine Form der Ausweisung. Befolgt die ausgewiesene Person die Verpflichtung zur Ausreise nicht freiwillig, erfolgt der zwangsweise Vollzug, d.h. die Person wird ausgeschafft.⁴⁸ *Ausschaffung* (bzw. «Rückschiebung», «refoulement») meint somit den zwangsweisen Vollzug einer Ausweisung. Auf Gesetzesebene ist die Ausschaffung in Art. 69 ff. AuG geregelt.

Ausgehend von diesen Begriffen kann festgehalten werden, dass die Frage, ob eine ausländische Person die Schweiz verlassen muss, drei Ebenen betrifft:

- Auf der *ersten Ebene* geht es um den Verlust des durch eine Bewilligung gewährten Aufenthaltsrechts oder des gesetzlich oder völkerrechtlich vorgesehenen Aufenthaltsanspruchs;
- auf der *zweiten Ebene* um die materielle Verpflichtung zum Verlassen des Landes (Wegweisung); und
- auf der *dritten Ebene* um den Vollzug oder die Vollstreckung der Wegweisung, sofern die Ausreise nicht freiwillig erfolgt (Ausschaffung).

3.2.2.2 Tragweite des «Ausweisungsautomatismus» und Berücksichtigung völkerrechtlicher Vollzugshindernisse

Die Kernbestimmung der Ausschaffungsinitiative verlangt in Art. 121 Abs. 5 BV unter bestimmten Bedingungen, Ausländerinnen und Ausländer seien «aus der Schweiz *auszuweisen* [(doivent être) expulsés/espelle]». Laut dem Verfassungstext kommt den rechtsanwendenden Behörden in Bezug auf die ersten beiden Ebenen kein Entschliessungsermessen zu. Art. 121 Abs. 3 und 5 BV verlangen insoweit einen «Ausweisungsautomatismus». Zur dritten Ebene, also zur Frage, ob die Ausweisung auch zwingend zu vollziehen ist (Ausschaffung), wenn einer der vorgesehenen Tatbestände erfüllt ist, äussert sich die Initiative hingegen nicht explizit. Folglich ist es mit dem Verfassungswortlaut vereinbar, Vollzugshindernisse zu berücksichtigen, jedenfalls soweit sie sich aus zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts oder aus der tatsächlichen Unmöglichkeit des Vollzugs ergeben. Damit lässt sich gegebenenfalls der Verzicht auf die Vollstreckung oder deren Aufschub begründen.⁴⁹

Das bedeutet im Einzelnen:

- Die *Zulässigkeit* des Vollzugs muss von den rechtsanwendenden Behörden geprüft werden und ist zu verneinen, soweit der Ausschaffung das Rückschiebungsverbot⁵⁰

⁴⁸ RHINOW / SCHEFER, N. 1766; REICH, S. 513.

⁴⁹ So auch REICH, S. 513 f., im Ergebnis ebenso GÄCHTER / KRADOLFER, S. 18 f.

⁵⁰ Völkerrechtlich verankert in Art. 33 des Abkommens vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK; SR 0.142.30), Art. 3 EMRK und Art. 7 UNO-Pakt II.

entgegensteht. Es gehört zum zwingenden Völkerrecht, dass niemand in einen Staat ausgeschafft werden darf, in dem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht (vgl. auch Art. 25 Abs. 3 BV und oben, Ziff. 2.3.1). Kraft seiner absoluten Geltung stellt das Rückschiebungsverbot allein darauf ab, was der auszuschaffenden Person im Zielstaat widerfahren könnte. Aus welchen Gründen eine Person ausgewiesen wird, darf dagegen keine Rolle spielen. – Diese Auslegung, die im Einzelfall Raum für die Zulässigkeitsprüfung belässt, steht im Einklang mit der Haltung des Bundesrats in seiner Botschaft an die Eidgenössischen Räte. Er legte dar, der Verfassungstext verbiete es den Behörden nicht, «im Rahmen des Vollzugs das Non-Refoulement-Prinzip als vorübergehendes oder dauerhaftes Vollstreckungsverbot zu beachten.»⁵¹ Im Übrigen wird die Möglichkeit zur Überprüfung des Rückschiebeverbots auch von den Initianten auch nicht bestritten.⁵²

- Prüfgegenstand muss auch die (technische) *Möglichkeit* der Ausschaffung sein.⁵³ Eine allfällige Unmöglichkeit des Vollzugs muss dabei durch äussere Umstände bedingt sein, die ausserhalb der Einflussmöglichkeiten der zur Mitwirkung verpflichteten weggewiesenen Person und der für den Vollzug zuständigen Behörden liegen. Zu denken ist etwa an die Weigerung der ausländischen Behörden, der ausgewiesenen Person die für die Einreise erforderlichen Papiere auszustellen oder an die Unmöglichkeit der Ausschaffung in einen Drittstaat wegen einer dortigen Kriegssituation.

Inwiefern es völkerrechtlich geboten ist, weitere Vollzugshindernisse zu berücksichtigen, die sich namentlich aus der EMRK, dem Freizügigkeitsabkommen (FZA)⁵⁴, der Kinderrechtskonvention (KRK)⁵⁵ oder dem UNO-Pakt II⁵⁶ ergeben können, wird in Ziff. 3.4 hier-nach näher beleuchtet. Indessen steht die umfassende Berücksichtigung von Vollzugshindernissen des nicht zwingenden Völkerrechts im Konflikt mit dem mutmasslichen Willen des Verfassungsgebers (vgl. dazu unten, Ziff. 3.4.5).

Die Vertreter des Initiativkomitees sind der Auffassung, dass keine weiteren völkerrechtlichen Vollzugshindernisse zu beachten sind, weil die Ausschaffungsinitiative als Verfassungsrecht den nicht zwingenden völkerrechtlichen Bestimmungen vorgeht.

3.2.3 Aufenthaltsstatus bei vorübergehendem Vollzugaufschub

Nach geltendem Recht verfügt das BFM die vorläufige Aufnahme, wenn «der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar» ist (Art. 83 Abs. 1 AuG). Für solche Personen mit F-Ausweis gelten besondere Regeln hinsichtlich der

⁵¹ BBI 2009 5103.

⁵² Vgl. insb. S. 23 des Argumentariums vom 1.9.2010 für die Abstimmung vom 28.11.2010: <http://www.ausschaffungsinitiative.ch> (Rubrik «Argumente»). Ferner auch BRANDENBERG MANUEL / RUTZ GREGOR A., Eine Verfassungsnorm im Lichte der Verfassung, Arbeitspapier zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative vom 27.4.2011, Ziff. 3.2.

⁵³ Mit Hinweisen zu solchen «tatsächlichen Vollzugshindernissen» auch REICH, S. 518.

⁵⁴ Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

⁵⁵ Übereinkommen vom 20.11.1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107).

⁵⁶ Internationaler Pakt vom 16.12.1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2).

Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, dem Zugang zum Arbeitsmarkt, dem Familiennachzug und der Inanspruchnahme von Integrationsmassnahmen.

Der Verfassungstext hält keine ausdrückliche Antwort zur Frage bereit, welchen Status ausländische Personen innehaben, die infolge Unzulässigkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs der Ausweisung (vorläufig) in der Schweiz verbleiben. Weil solche Personen auch «alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt» verlieren, erscheint die heute gestützt auf Art. 84 Abs. 5 AuG mögliche «Umwandlung F in B», d.h. die Möglichkeit, nach fünf Jahren Anwesenheit ein Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung einzureichen, ausgeschlossen. Im Übrigen erscheint nahe liegend, für den Aufenthaltsstatus an die vorbestehende Regelung im 11. Kapitel des AuG (Art. 83 ff.) anzuknüpfen. Die vorläufige Aufnahme lässt die Ausreisepflicht fortbestehen und vermittelt kein Aufenthaltsrecht, da sie allein von tatsächlichen und daher jederzeit veränderlichen Umständen abhängig ist.⁵⁷ Bei Bedarf kann der Gesetzgeber punktuelle Ergänzungen beschliessen.

3.2.4 Einreiseverbot von 5–15 Jahren; im Wiederholungsfall von 20 Jahren

Das geltende Recht sieht in Art. 67 AuG die Möglichkeit vor, unter bestimmten Voraussetzungen ein Einreiseverbot zu verfügen. Sodann verknüpft Art. 68 Abs. 3 AuG die Ausweisung aus Gründen der inneren und äusseren Sicherheit mit einem Einreiseverbot. Das Einreiseverbot hat keinen Strafcharakter, sondern gilt als (verwaltungsrechtliche) Massnahme, welche die unerwünschte ausländische Person von der Schweiz fernhalten will; ihr ist die (rechtmässige) Einreise in die Schweiz untersagt. Das Einreiseverbot wird nach geltendem Recht in der Regel für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt; bei einer schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung kann es auch für eine «längere Dauer» verfügt werden (Art. 67 Abs. 3 AuG), in besonderen Fällen auch unbefristet (vgl. Art. 67 Abs. 4 und Art. 68 Abs. 3 AuG).

Art. 121 Abs. 5 Satz 1 BV verankert die behördliche Pflicht, die Ausweisung mit einem Einreiseverbot zu verknüpfen und gibt für dessen Dauer eine Rahmenfrist von 5–15 Jahren vor. Die Verfassung belässt damit dem Gesetzgeber die Möglichkeit, in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes Kriterien zur Festlegung der Dauer im Einzelfall zu verankern (z.B. Berücksichtigung der Tat- bzw. Missbrauchsschwere, der beruflichen und sozialen Integration, der familiären Situation usw.). Das Ausführungsgesetz kann freilich die Festlegung der konkreten Dauer des Einreiseverbots auch der rechtsanwendenden Behörde überlassen, die bei diesem Entscheid nach pflichtgemäsem Ermessen vorzugehen hat.

Im Wiederholungsfall beträgt die Dauer des Einreiseverbots zwingend 20 Jahre (Art. 121 Abs. 5 Satz 2 BV). Von einem Wiederholungsfall ist auszugehen, wenn die betreffende ausländische Person – nachdem sie nach den Abs. 3 und 4 von Art. 121 BV bereits einmal ihr Aufenthaltsrecht bzw. alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt verloren hat und ausgewiesen wurde – nach erneuter rechtmässiger oder unrechtmässiger Einreise in die Schweiz einen Ausweisungstatbestand im Sinne von Art. 121 Abs. 3 und 4 BV erfüllt. Wurde der Vollzug der Ausweisung aufgeschoben, kann ein Wiederholungsfall auch ohne erneute Einreise in die Schweiz eintreten.

⁵⁷ Vgl. mit weiteren Hinweisen REICH, S. 515.

3.2.5 Strafbarkeit bei Missachtung des Einreiseverbots

Die Einreise in die Schweiz im Widerspruch zu einem geltenden Einreiseverbot ist unrechtmässig und bereits nach geltendem Recht mit Strafbarkeit belegt (vgl. Art. 115 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. d AuG: Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe). Art. 121 Abs. 6 Satz 1 BV sieht zwar grundsätzlich keine Ausnahmen von der Strafbarkeit vor. Dennoch dürften Bestimmungen wie Art. 115 Abs. 5 AuG, die einem praktischen Bedürfnis entsprechen, auch weiterhin zulässig sein («Von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung kann bei rechtswidrig ein- oder ausgereisten Ausländerinnen und Ausländern abgesehen werden, sofern sie sofort ausgeschafft werden»).

Ergänzend ist auf Art. 291 StGB (Verweisungsbruch) hinzuweisen. Nach dieser Norm wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer eine von der zuständigen Behörde auferlegte Landes- oder Kantonsverweisung bricht. Art. 291 StGB kam nach altem Recht bei Missachtung von Ausweisungen (Art. 10 des nun aufgehobenen ANAG; vgl. oben, Ziff. 3.2.2.1) zur Anwendung.⁵⁸ Nachdem die strafrechtliche Landesverweisung gemäss Art. 55 aStGB und mit Einführung des AuG auch die Kantonsverweisung aufgehoben wurde, ist der Anwendungsbereich dieses Tatbestands beschränkt: Art. 291 StGB gilt nur noch bei Missachtung einer Ausweisung nach Art. 68 AuG und Art. 121 Abs. 2 BV (Ausweisung durch fedpol bzw. den Bundesrat). Verstösse gegen bestehende Einreiseverbote werden unter geltendem Recht nach Art. 115 ff. AuG beurteilt. Die Arbeitsgruppe hat offen gelassen, inwieweit bei einer Verletzung der Landesverweisung Art. 291 StGB bzw. die Art. 115 ff. AuG bzw. zur Anwendung kommen.

Reist eine von einer Ausweisung im Sinn von Art. 121 Abs. 3 und 4 BV betroffene und mit einem Einreiseverbot belegte ausländische Person in die Schweiz ein, ist ihre Einreise illegal. Die Tragweite des Zusatzes gemäss Art. 121 Abs. 6 BV, wonach sich auch strafbar macht, wer «sonstwie illegal in die Schweiz einreist», ist damit nicht ohne weiteres klar. Nahe liegend erscheint eine Interpretation, wonach die mit einem Einreiseverbot belegte Person zusätzlich weitere Einreisevoraussetzungen missachten kann (vgl. für das geltende Recht Art. 5 Abs. 1 Bst. a–c AuG). Eine eigenständige Bedeutung dürfte der Wendung «sonstwie illegal in die Schweiz einreist» aber nicht zukommen.

3.3 Interpretation der Tatbestände und der Gesetzgebungsaufträge

3.3.1 Leitlinien für die Ausführungsgesetzgebung

Der Gesetzgeber kann gestützt auf Art. 121 Abs. 4 BV die in Art. 121 Abs. 3 BV genannten Tatbestände *näher umschreiben* (Satz 1) bzw. um weitere Tatbestände *ergänzen* (Satz 2). Hinsichtlich des «Ob und Wie» allfälliger Ergänzungen räumt die Verfassung dem Gesetzgeber grosses Ermessen ein.

Als *allgemeine Leitlinie* zur Gestaltung der Ausführungsgesetzgebung dienen insbesondere die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Verhältnismässigkeitsprinzip und die Beachtung des Völkerrechts) sowie die Verwirklichung der Grundrechte (vgl. Art. 5, 35 und 36 BV). Der Verfassungstext enthält jedenfalls keine Anhaltspunkte, die auf einen Abschluss dieser allgemeinen Leitlinien für die Rechtsetzung hindeuten. Ferner erscheint

⁵⁸ Vgl. BGE 100 IV 244 E. 1.

geboten, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht nur bei der Ausgestaltung des Deliktskatalogs, sondern auch bei der einzelfallweisen Beurteilung zu berücksichtigen.⁵⁹

Als *spezifische Leitlinien* bei der allfälligen Erweiterung der Straftatbestände dienen dem Gesetzgeber vorab zwei Merkmale, welche die in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV ausdrücklich aufgeführten Straftatbestände prägen: Erstens handelt es sich um – überwiegend schwere oder mittelschwere – Delikte, die in der (Medien-)Öffentlichkeit oder in Kriminalstatistiken besonders häufig mit ausländischen Personen in Verbindung gebracht werden. Zweitens sind es primär Tatbestände, welche die physische, psychische und sexuelle Integrität schützen.

3.3.2 Delikte als Ausweisungsgrund

3.3.2.1 Gruppierung der Delikte

Die in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV aufgeführten Strafdelikte lassen sich wie folgt gruppieren:

- Delikte mit einer direkten Entsprechung im StGB:
 - Vorsätzliches Tötungsdelikt (Art. 111 ff. StGB);
 - Vergewaltigung (Art. 190 StGB);
 - Raub (Art. 140 StGB); und
 - Menschenhandel (Art. 182 StGB).
- Straftatbestände, die an (mehrere) bestehende Strafbestimmungen anknüpfen:
 - Drogenhandel: Vgl. Art. 19 ff. des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG)⁶⁰;
 - Einbruchsdelikt: Vgl. insb. Art. 139 StGB (Diebstahl), Art. 144 StGB (Sachbeschädigung) und Art. 186 StGB (Hausfriedensbruch).
- Relativ offen gehaltene Deliktskategorien:
 - Andere schwere Sexualdelikte und
 - andere Gewaltdelikte.

3.3.2.2 Nähere Umschreibung und Ergänzung der Delikte

Den Gesetzgebungsaufträgen kann mit Bezug auf die soeben dargestellte Gruppierung der Strafdelikte folgende Bedeutung beigemessen werden:

- Die Gruppe von Delikten mit einer direkten Entsprechung im StGB ist in das Gesetzesrecht zu überführen und dabei näher zu umschreiben. Als vorsätzliche Tötungsdelikte dürften namentlich die Tatbestände der vorsätzlichen Tötung, des Mords und des Totschlags erfasst sein (vgl. Art. 111–113 StGB).⁶¹

⁵⁹ Die Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes in der Ausführungsgesetzgebung (und bei der einzelfallweisen Beurteilung) postulieren auch HANGARTNER, S. 473 ff. und (mit gewisser Zurückhaltung) GÄCHTER / KRADOLFER, S. 18 f. Vgl. dazu auch oben, Ziff. 2.2.

⁶⁰ Bundesgesetz vom 3.10.1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (SR 812.121).

⁶¹ Ebenso das Argumentarium der Initianten (Fn. 52), S. 15.

- Eine nähere Umschreibung ist auch erforderlich hinsichtlich der Deliktsgruppe, die an (mehrere) bestehende Strafbestimmungen anknüpft: Zur Konkretisierung des Drogenhandels als Ausweisungsgrund können die bestehenden Strafnormen des BetmG herangezogen werden. Sehr geringfügige Verurteilungen infolge Drogenhandels sollten nicht zur Ausweisung führen. Zu dieser Verfassungsinterpretation führen die Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und das systematische Auslegungselement, nämlich der Vergleich mit den übrigen in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV aufgeführten schweren Delikten. Für die nähere Umschreibung des Einbruchsdelikts als Ausweisungsgrund gelten analoge Überlegungen.
- Die Gruppe mit den relativ offen gehaltenen Deliktskategorien muss vom Gesetzgeber ebenfalls im Rahmen des «Umschreibungsauftrags» konkretisiert werden: Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV gibt vor, dass nur solche strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität als Ausweisungsgrund im Gesetzesrecht aufzuführen sind, die eine vergleichbare Schwere wie der Straftatbestand der Vergewaltigung aufweisen. Ausgangspunkt für die nähere Umschreibung der «anderen schweren Sexualdelikte» ist der Fünfte Titel des Zweiten Buchs des StGB (Art. 187–200). Laut Verfassungstext, der beispielhaft den Tatbestand des Raubs (Art. 140 StGB) anführt, sind auch «andere Gewaltdelikte» näher zu umschreiben. Zwar gehört Art. 140 StGB zu den strafbaren Handlungen gegen das Vermögen. Das wesentliche qualifizierende Merkmal des Raubs gegenüber dem Tatbestand des Diebstahls besteht indessen in der Ausübung von Gewalt gegen eine Person bzw. in der Androhung gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Aus Verfassungsoptik ist für die nähere Umschreibung der «anderen Gewaltdelikte» dieses qualifizierende Merkmal wegweisend. Mit anderen Worten sollte die nähere Umschreibung schwergewichtig mit Blick auf die Straftaten gegen Leib und Leben erfolgen (vgl. Art. 122–136 StGB).

Bei sämtlichen Formen der «näheren Umschreibung» der Delikte hat der Gesetzgeber die Verankerung weiterer Kriterien für die Schwere einer Tat zu erwägen (z.B. im Einzelfall ausgefallte Mindeststrafe). Solches gebieten das Verhältnismässigkeitsprinzip und das verfassungsrechtliche Postulat eines in sich stimmigen (kohärenten) Katalogs von Ausweisungsgründen.

Der Gesetzgeber kann schliesslich gestützt auf Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV die genannten drei Deliktgruppen um weitere Straftatbestände – auch des sog. Nebenstrafrechts – ergänzen. Richtschnur bilden die allgemeinen und spezifischen Leitlinien für die Ausführungsgesetzgebung (vgl. oben, Ziff. 3.3.1).

3.3.2.3 Auslandurteile und Berücksichtigung sämtlicher Täterschafts- und Teilnahmeformen sowie versuchter Delikte

Der Verfassungstext knüpft in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV an eine rechtskräftige Verurteilung an und enthält keine Beschränkung auf rechtskräftige Urteile von inländischen Strafgerichten. Als Folge dieser textlichen Offenheit wären Auslandurteile, soweit Schweizer Behörden davon überhaupt Kenntnis erlangen, grundsätzlich auch geeignet einen Ausweisungsgrund zu setzen. Hingegen besteht für den Gesetzgeber *keine Verfassungspflicht* zur Berücksichtigung von Auslandurteilen.

Ferner ergibt sich aus der allgemeinen Anknüpfung an Straftatbestände die Offenheit der Verfassung, sämtliche Täterschafts- und Teilnahmeformen (Haupt- und Mittäterschaft sowie Anstiftung und Gehilfenschaft) und nicht nur vollendete, sondern auch versuchte Taten zu berücksichtigen.

3.3.3 Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe als Ausweisungsgrund

3.3.3.1 Leistungen der Sozialversicherungen

Der Begriff der *Sozialversicherungen* in Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV ist zunächst abzugrenzen vom Begriff der Leistungen von Privatversicherungen. Solche Leistungen bleiben vom Verfassungstext ausgeklammert. Positiv umschrieben zählen diejenigen (zehn) Versicherungszweige zur Sozialversicherung, die von der Systematischen Sammlung des Bundesrechts als dazugehörig bezeichnet werden⁶²: AHV, IV, Ergänzungsleistungen, Berufliche Vorsorge, Krankenversicherung, Unfallversicherung, Militärversicherung, Erwerbsersatzordnung, Familienzulagen und Arbeitslosenversicherung. Ausgehend von der im Sozialversicherungsrecht üblichen Unterscheidung in Sach- und Geldleistungen fallen unter den Begriff der «Leistungen der Sozialversicherungen» namentlich: Taggelder, Renten, jährliche Ergänzungsleistungen, Hilflosenentschädigungen und Zulagen zu solchen sowie die Heilbehandlung (Krankenpflege), die Hilfsmittel, die individuellen Vorsorge- und Eingliederungsmassnahmen sowie Aufwendungen für Transporte und ähnliche Leistungen.⁶³

3.3.3.2 Leistungen der Sozialhilfe

Sozialhilferecht ist kantonales Recht. Immerhin geben die von der Konferenz der Kantonalen Sozialdirektoren und -direktorinnen (SODK) zur Anwendung empfohlenen SKOS-Richtlinien breit abgestützte Antworten zu Fragen der Ausgestaltung der Sozialhilfe.⁶⁴ Diese Richtlinien sind auch für die vorliegenden Fragen fruchtbar. Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV enthält keine Einschränkung auf bestimmte Arten von Leistungen der Sozialhilfe. Es ist vielmehr von einem verfassungsrechtlich umfassenden Leistungsbegriff auszugehen. Erfasst sind damit – in der Sprachregelung der SKOS-Richtlinien – namentlich Leistungen zur materiellen Grundsicherung (Wohnkosten, medizinische Grundversorgung, Grundbedarf für den Lebensunterhalt), situationsbedingte Leistungen und Integrationszulagen.⁶⁵

3.3.3.3 Missbrauchs begriff

Die Verfassung verzichtet darauf, den Missbrauchs begriff näher zu bezeichnen. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs, verankert in Art. 2 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB)⁶⁶, durchzieht die gesamte Rechtsordnung und bindet Behörden wie Private. Von Missbrauch ist zu sprechen, «wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will».⁶⁷ Demzufolge ist der Bezug von Leistungen der Sozialhilfe missbräuchlich, wenn er objektiv betrachtet nicht in der Absicht erfolgt, das (soziale) Existenzminimum der bedürftigen Person zu sichern. Analoges gilt für den missbräuchlichen Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen, wobei

⁶² Vgl. SR 83.

⁶³ Vgl. Art. 14 f. des Bundesgesetzes vom 6.10.2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1).

⁶⁴ Vgl. die Fassung vom Januar 2011, einsehbar unter <http://www.skos.ch/de> (Rubriken «SKOS-Richtlinien», «Richtlinien konsultieren»).

⁶⁵ Vgl. insb. SKOS-Richtlinien (Fn. 64), Ziff. A.6.

⁶⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210).

⁶⁷ BGE 131 I 185 E. 3.2.4. Anschauungsbeispiel: Rechtsmissbräuchlich handelt der Ausländer, der eine Scheinehe in der Absicht aufrechterhält, die Verlängerung seiner fremdenpolizeilichen Bewilligung zu erwirken (vgl. Art. 51 Abs. 1 Bst. a AuG).

hier auf den jeweiligen Versicherungszweck des betreffenden Sozialversicherungszweigs abzustellen ist.

Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV überlässt dem Gesetzgeber die Entscheidung, ob er den Missbrauchstatbestand als verwaltungsrechtliche oder als strafrechtliche Sanktion ausgestalten will. Diese Offenheit ergibt sich aus dem Fehlen des Erfordernisses einer rechtskräftigen *Verurteilung* (vgl. demgegenüber Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV). Aus dem Fehlen dieses Erfordernisses kann hingegen nicht geschlossen werden, dass bereits ein behördlich – in Urteils- oder Verfügungsform – zwar festgestellter aber noch nicht *rechtskräftig* entschiedener missbräuchlicher Leistungsbezug den Ausweisungstatbestand erfüllt. Ein solcher Ausschluss des Rechtsschutzes, wäre er beabsichtigt gewesen, hätte ausdrücklich im Verfassungstext ausgedrückt werden müssen.

3.3.4 Allgemeine Gesetzgebungskompetenz zur Schaffung weiterer Ausweisungstatbestände

Die Tatbestände (Ausweisungsgründe) nach Art. 121 Abs. 3 BV kann der Gesetzgeber gestützt auf Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV generell auch um weitere Tatbestände ergänzen. Dabei gelten für die allfällige Ausführungsgesetzgebung die bereits unter Ziff. 3.3.1 hier vor erwähnten Leitlinien. Im Übrigen verfügt der Gesetzgeber über grosses politisches Ermessen; die Kann-Formulierung macht deutlich, dass der Gesetzgeber ohne weiteres auch von einer Ergänzung absehen oder eine solche auf einen späteren Zeitpunkt verschieben kann. Bei wörtlicher Auslegung dieser Gesetzgebungskompetenz erscheint die Verfassung weit offen. Das historische Auslegungselement hingegen vermittelt ein anderes Bild: Aus dem Argumentarium der Initianten werden die zentralen Anliegen der Ausschaffungsinitiative deutlich.⁶⁸ «Mehr Sicherheit durch weniger Ausländerkriminalität» und «Sicherung unserer Sozialwerke durch Senkung des Sozialmissbrauchs». Diese Anliegen übernehmen bereits die Buchstaben a und b von Art. 121 Abs. 3 BV; hier sind die von den Initianten wiederholt genannten Gewalt- und Sexualdelikte sowie der Missbrauch von Sozialleistungen bereits aufgeführt. Der verfassungsrechtliche Rahmen für Ergänzungen dürfte bei einer historischen Auslegung mithin sehr gering sein.

3.4 Interpretation im Licht des Völkerrechts

3.4.1 Haltung des Bundesrats

In seiner Botschaft zur Ausschaffungsinitiative hat der Bundesrat bereits in der Übersicht festgehalten, dass bei Annahme der Initiative neben erheblichen Kollisionen mit rechtsstaatlichen Garantien der Bundesverfassung «auch wichtige Bestimmungen des nicht zwingenden Völkerrechts, zum Beispiel der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) oder des Personenfreizügigkeitsabkommens mit der EU, nicht mehr eingehalten werden [könnten].» Diese Aussage wurde in der Botschaft selbst ausführlich begründet und mit einer Prüfung unter dem Gesichtspunkt der EMRK, des UNO-Pakts II, der KRK und des FZA belegt.⁶⁹ Es gibt keine Anhaltspunkte, von den dort gemachten Ausführungen abzuweichen. In der nachfolgenden Übersicht sollen die wichtigsten Anforderungen, die sich aus den genannten völkerrechtlichen Verträgen ergeben, rekapituliert werden.

⁶⁸ Argumentarium der Initianten (Fn. 52), S. 2.

⁶⁹ BBl 2009 5097, 5106 ff.

3.4.2 Leitplanken gemäss EMRK und UNO-Pakt II

3.4.2.1 Verfahrensrechtliche Garantien

Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK⁷⁰ und Art. 13 UNO-Pakt II sehen für die Ausweisung von Ausländern verschiedene Verfahrensgarantien vor. Insbesondere ist den Betroffenen, soweit nicht zwingende Gründe der nationalen Sicherheit entgegenstehen, Gelegenheit zu geben, die gegen die Ausweisung sprechenden Gründe vorzubringen und die Entscheidung nachprüfen zu lassen. Die Garantien finden nur auf Personen Anwendung, die sich legal in einem Staat aufhalten. Sie bezieht sich unmittelbar nur auf das Verfahren, nicht auf die inhaltlichen Gründe der Ausweisung; Ziel der Garantien ist es jedoch, willkürliche Ausweisungen zu verhindern.⁷¹

3.4.2.2 Materielle Garantien

In einem konkreten Fall kann die Ausweisung von Ausländerinnen und Ausländern im Widerspruch zu Art. 8 EMRK stehen, welcher neben dem Recht auf Achtung des Privatlebens insbesondere auch das Recht auf ein Zusammenbleiben der Familie schützt. Durch die Ausweisung eines Familienmitglieds wird nämlich die Fortsetzung des Familienlebens im ausweisenden Staat unmöglich; umgekehrt kann auch die Verweigerung der Einreise eines Familienmitglieds die (Wieder-)Herstellung der räumlichen Familieneinheit verhindern.⁷² Art. 8 EMRK hat den folgenden Wortlaut:

Art. 8 Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gewährt die EMRK keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt in einen bzw. einem Vertragsstaat. Ist jedoch ein Ausländer rechtmässig in einem Vertragsstaat ansässig, so stellt seine Ausweisung einen Eingriff in sein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens dar (Art. 8 EMRK).

Die Zulässigkeit des Eingriffs im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK beurteilt der EGMR nach folgenden, gleichwertigen Kriterien:

- Natur und Schwere der Straftat(en);
- Dauer des Aufenthalts, verstrichene Zeit seit Begehung der Straftat(en) sowie das seitherige Verhalten des Betroffenen;
- Dauer eines allfälligen Einreiseverbots;

⁷⁰ Protokoll Nr. 7 vom 22.11.1984 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.11.1988 (SR 0.101.07).

⁷¹ So der Menschenrechtsausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung 15 [27] (1996) Ziff. 9 f. zu Art. 13 UNO-Pakt II.

⁷² BBl 2009 5097, 5108.

- Familiäre Situation des Betroffenen (Ehedauer, effektives Familienleben, Kenntnisstand des Partners im Zeitpunkt der Eheschliessung, Kinder und deren Alter);
- Schwere der Probleme, welche dem Partner im Zielstaat erwachsen könnten sowie Interesse und Wohl allfälliger Kinder, insbesondere allfällige Schwierigkeiten im Zielstaat;
- Vergleich zwischen Gastland und Zielstaat hinsichtlich der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen;
- Bei Straftätern, die in sehr jungen Jahren zugewandert oder gar im Inland geboren sind und die ganze Schulbildung erhalten haben, berücksichtigt der EGMR zusätzlich folgende Gesichtspunkte: Sprachkenntnisse des Betroffenen; Alter bei der Ausweisung; Verwandte im Zielstaat; Vergleich der Integrationschancen im Gastland und im Zielstaat.

Diese Kriterien werden *nicht starr*, sondern in Würdigung der Verhältnisse des Einzelfalls gewichtet.⁷³ Das Abstellen auf ein einziges, starres Kriterium (z.B. den verwirklichten Straftatbestand) verstösst demnach gegen Art. 8 EMRK. Die EMRK-konforme Umsetzung der Ausschaffungsinitiative setzt voraus, dass im ausführenden Gesetzesrecht eine Prüfung des Einzelfalls mit ergebnisoffener Interessenabwägung vorgesehen wird.

Dieselben Anforderungen nach einer umfassenden und gebührenden Würdigung der Umstände im Einzelfall ergeben sich auch aus Art. 17 des UNO-Pakts II:

Art. 17

- (1) Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden.
- (2) Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen.

Die Bestimmung wird weitgehend gleich angewandt wie Artikel 8 EMRK: Der Menschenrechtsausschuss (MRA) prüft, ob ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens vorliegt und – gegebenenfalls – ob der Eingriff mit den Zielen des Pakts vereinbar und verhältnismässig ist.⁷⁴ Nach der Praxis des MRA stellt nicht jede Ausweisung eines Familienmitglieds einen Eingriff in die geschützten Rechte dar; ein Eingriff ist jedoch dann anzunehmen, wenn die Ausweisung ein lang etabliertes Familienleben wesentlich verändert.⁷⁵

In seinen bisherigen Entscheiden prüfte der MRA die Verhältnismässigkeit von Ausweisungen anhand folgender Kriterien (jeweils unter Einräumung eines Ermessensspielraums an den betroffenen Staat):

- Schwere der Delikte;
- Familiäre Bindungen im Aufenthaltsstaat;
- Familiäre Bindungen im Zielstaat;

⁷³ Vgl. dazu beispielhaft die Urteile EGMR vom 2.8.2001 in der Rechtssache *Boultif c. Schweiz* und vom 22.5.2008 in der Rechtssache *Emre c. Schweiz*. Aus der Literatur, vgl. GÄCHTER / KRADOLFER, S. 15.

⁷⁴ MRA *Canepa v. Canada*, 558/1993 (1997), Ziff. 11.4.

⁷⁵ MRA *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), Ziff. 9.7.

- Möglichkeiten, Kontakte mit der Familie im Aufenthaltsstaat aufrecht zu erhalten;
- Möglichkeit, alle Gründe gegen die Ausweisung ins Verfahren einzubringen, und umfassende Prüfung durch die zuständige Behörde (in casu durch eine Rekursinstanz).

Die Praxis des MRA zu Art. 17 UNO-Pakt II lässt keine signifikanten Unterschiede zur Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK erkennen.⁷⁶ Insbesondere ergibt sich die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Eingriffs hier wie da immer erst aus einer Abwägung sämtlicher im konkreten Fall relevanten Umstände.

Art. 23 UNO-Pakt II gewährleistet den Schutz der Familie. In seiner bisherigen Rechtsprechung zu Ausweisungsfällen hat der Ausschuss diese Bestimmung zusammen mit Artikel 17 UNO-Pakt II geprüft; eine eigenständige Bedeutung kommt ihr im vorliegenden Zusammenhang nicht zu.⁷⁷

Zu erwähnen ist schliesslich Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II. Diese Bestimmung sieht vor, dass keiner Person willkürlich das Recht entzogen werden darf, in ihr eigenes Land einzureisen. Nach der Praxis des Ausschusses können sich auf diese Garantie grundsätzlich nicht nur Staatsangehörige des betreffenden Staates berufen, sondern auch Ausländerinnen und Ausländer, welche ihr Leben seit früher Jugend im betreffenden Land verbracht und zum Land ihrer Staatsangehörigkeit kaum Beziehungen haben, falls sie keine Gelegenheit hatten, Bürgerinnen oder Bürger des Aufenthaltsstaates zu werden.⁷⁸ Der Umstand, dass die betreffende Person keine Gelegenheit zur Einbürgerung hatte, ist nach der Praxis des Ausschusses allerdings dann irrelevant (und die Berufung auf Art. 12 Abs. 4 ausgeschlossen), wenn die Einbürgerung aus Gründen, die die Person selber zu verantworten hat – zum Beispiel aufgrund ihres deliktischen Verhaltens –, nicht möglich war.⁷⁹ Von daher kommt Art. 12 UNO-Pakt II nach der Praxis des MRA keine über Art. 17 UNO-Pakt II hinausgehenden Bedeutung zu.

3.4.3 Garantien der Kinderrechtskonvention

Sowohl für die Situation, in welcher ein Kind selber strafrechtlich verantwortlich wird und deshalb auszuweisen wäre, als auch für den Fall, dass die Eltern bzw. die Erziehungsberechtigten des Kindes ausgewiesen werden, muss das Kindeswohl vorrangig berücksichtigt werden (Art. 3 KRK). Ferner statuieren Art. 9 KRK (keine Trennung von den Eltern gegen deren Willen), Art. 10 Abs. 2 KRK (Pflege regelmässiger persönlicher Beziehungen und unmittelbarer Kontakte) sowie Art. 40 KRK (Garantien bei Verletzung von Strafgesetzen) weitere Rechte, die im Einzelfall zu prüfen und abzuwägen sind.⁸⁰ Betreffend die

⁷⁶ Vgl. GÄCHTER / KRADOLFER, S. 15.

⁷⁷ MRA *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), Ziff. 12.10; *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), Ziff. 10.

⁷⁸ MRA *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), Ziff. 12.3 ff.; *Canepa v. Canada*, 558/1993 (1997), Ziff. 11.3; *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), Ziff. 9.6; Allgemeine Bemerkung 15 [27] (1996) Ziff. 20.

⁷⁹ MRA *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), Ziff. 12.8. In der Lehre wird teilweise eine weitergehende Interpretation vertreten. Danach sollen sich Personen, die sich lange im betreffenden Staat aufgehalten haben, auf die Bestimmungen berufen können, wenn sie zu dem Staat eine so starke persönliche und emotionale Beziehung aufgebaut haben, dass sie ihn als ihr «eigenes Land» wahrnehmen, vgl. NOWAK, Art. 12 N. 58.

⁸⁰ Vgl. zum Ganzen die Botschaft des Bundesrats, BBl 2009 5097, 5110. Vgl. zur Bedeutung der KRK jüngst auch BGE 135 I 153 E. 2.2.

Ausweisung von Eltern infolge einer strafrechtlichen Verurteilung hat der Ausschuss festgehalten, dass dem Kindeswohl im Ausweisungsentscheid eine grosse Bedeutung beizumessen ist.⁸¹

3.4.4 Anforderungen aus dem FZA und dem EFTA-Übereinkommen

Das FZA vermittelt den vom Abkommen begünstigten Personen (EU-Staatsangehörige und Familienangehörige im Sinne von Art. 3 Anhang I FZA) direkt anwendbare, individuelle ausländerrechtliche Ansprüche. Es verleiht, unter je nach Personenkategorie unterschiedlichen Voraussetzungen, insbesondere individuelle Ansprüche auf Einreise, Ausreise, Aufenthalt, Erwerbstätigkeit und Verbleib (vgl. insb. Art. 1–4 Anhang I FZA). Diese Ansprüche bestehen unmittelbar und bedürfen keines weiteren Verwaltungsakts. Analoge Ansprüche vermitteln die entsprechenden Bestimmungen des EFTA-Übereinkommens⁸².

Die FZA-Ansprüche sind nicht unbedingt; sie dürfen durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Zu diesen Einschränkungen gehören alle Massnahmen, welche das Recht auf freie Einreise und Aufenthalt berühren, insbesondere auch eine Landesverweisung, eine Ausschaffung oder ein Einreiseverbot. Art. 5 Anhang I FZA bestimmt dazu Folgendes.⁸³

Art. 5 Öffentliche Ordnung

- (1) Die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte dürfen nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden.
- (2) Gemäss Artikel 16 dieses Abkommens wird auf die Richtlinien 64/221/EWG [...], 72/194/EWG [...] und 75/35/EWG [...] Bezug genommen.

Bei der Anwendung dieser Bestimmung ist gemäss ihrem Abs. 2 den Richtlinien 64/221/EWG⁸⁴, 72/194/EWG⁸⁵ und 75/35/EWG⁸⁶ sowie der vor der Unterzeichnung (Stichtag: 21. Juni 1999) des Freizügigkeitsabkommens ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU (EuGH) Rechnung zu tragen. Soweit das Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Grundsätze zurückgreift, berücksichtigt das Bundesgericht auch später ergangene Rechtsprechungsänderungen des EuGH, um das Ziel der parallelen Rechtslage nicht zu gefährden.⁸⁷ Dementsprechend sind für die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative unter dem FZA die folgenden Aspekte bedeutsam:

- Bei der Beurteilung, welche Umstände eine Berufung auf die öffentliche Ordnung rechtfertigen, kommt den nationalen Behörden ein Beurteilungsspielraum zu, der al-

⁸¹ Vgl. *Norway CRC/C/15/Add.263*, Ziff. 21 f. und *Norway CRC/C/15/Add.126*, Ziff. 30 f., zitiert nach: *IMPLEMENTATION HANDBOOK ON CRC*, S. 126 und 137.

⁸² Vgl. das Übereinkommen vom 4.1.1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA; SR 0.632.31) bzw. das Abkommen vom 21.6.2001 zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (AS 2003 2685).

⁸³ Vgl. zum Regelungsinhalt der zitierten EWG-Richtlinien und zur einschlägigen Rechtsprechung des EuGH JAAG / PRIULI, Rz. 14 ff.

⁸⁴ ABl. L 56, vom 4.4.1964, S. 850.

⁸⁵ ABl. L 121, vom 26.5.1972, S. 32.

⁸⁶ ABl. L 14, vom 20.1.1975, S. 14.

⁸⁷ BGE 136 II 5 E. 3.4.

lerdings eng auszulegen ist.⁸⁸ Es muss eine *tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung* gegeben sein. Die mit jeder Rechtsverletzung eintretende soziale Störung genügt nicht. Es muss ein *Grundinteresse der Gesellschaft* berührt sein. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn der Aufnahmestaat gegenüber dem Verhalten eigener Staatsbürger – auch wenn gegen diese keine Ausweisung verhängt werden kann – ebenfalls (strafrechtliche) Zwangsmassnahmen oder andere tatsächliche und effektive Massnahmen zur Bekämpfung des Verhaltens ergreift.⁸⁹

- Allein massgebend für die Beurteilung, ob eine Verweigerung oder der Entzug einer Bewilligung bzw. eine Entfernungsmassnahme unter dem Freizügigkeitsabkommen gerechtfertigt werden kann, ist das *persönliche Verhalten* der betroffenen Person. Art. 5 Anhang I FZA im Lichte von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG ausgelegt, steht Massnahmen entgegen, die allein aus generalpräventiven Gründen verfügt werden.⁹⁰
- Eine strafrechtliche Verurteilung alleine genügt nicht, eine Einschränkung der vom FZA gewährten Rechte zu rechtfertigen.⁹¹ Eine strafrechtliche Verurteilung kann nur insofern Berücksichtigung finden, als dass in dem ihr *zu Grunde liegenden persönlichen Verhalten* eine *gegenwärtige* Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zum Ausdruck kommt. Es geht mithin um eine Beurteilung der Rückfallsgefahr, wobei die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr umso niedriger sind, desto schwerer die möglichen Rechtsgüterverletzungen sind.⁹²
- Die Aktualität der Gefährdung muss nicht nur im Moment des Entzugs einer ausländerrechtlichen Bewilligung (durch ein Strafgericht) gegeben sein, sondern auch im Moment des Vollzugs der Ausweisung. Allfällige Änderungen der Faktenlage in der Zwischenzeit sind zu berücksichtigen. Sie müssen auch später jederzeit geltend gemacht werden können.⁹³
- Im Rahmen einer Einzelfallwürdigung ist dem *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* und den *Grundrechten* Rechnung zu tragen. Die widerstrebenden Interessen, das öffentliche Interesse an einem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie die privaten Interessen der unmittelbar und mittelbar betroffenen Personen, sind gegeneinander abzuwägen. Es gilt Art und Schwere der betroffenen Straftat, die Dauer des Aufenthalts, die Zeit, welche seit Begehung der Straftat verstrichen ist sowie die familiäre Situation zu berücksichtigen. Unter den Grundrechtsaspekten sind insbesondere auch die einschlägigen Garantien der EMRK relevant (vgl. bereits oben, Ziff. 3.4.2). Ein automatischer Entzug eines unter dem FZA zustehenden Anspruchs ist unzulässig.⁹⁴

⁸⁸ Vgl. EuGH vom 4.12.1974, Rs. 41/74, van Duyn, Slg. 1974, 1337, Rn. 18; vgl. auch JAAG / PRIULI, Rz. 18.

⁸⁹ BGE 130 II 176 E. 3.4.1; 129 II 215; ; EuGH vom 27.10.1977, Rs. 30/77, Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Rn. 33 ff.; EuGH vom 18.5.1982, Rs. 115/81 und 116/81, Adoui und Cornuaille, Slg. 1982, 1665, Rn. 8; EuGH vom 19.1.1999, Rs. C-348/96, Calfa, Slg. 1999, I-11, Rn. 21 f.

⁹⁰ BGE 136 II 5 E. 4.3; EuGH vom 10.2.2000, Rs. C-340/97, Nazli, Slg. 2000 I-957, Rn. 59.

⁹¹ Vgl. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG; ferner BGE 130 II 493 E. 3.2 S. 499.

⁹² BGE 130 II 176 E. 4.3.1.

⁹³ Vgl. EuGH vom 29.4.2004, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01, Orfanopoulos und Oliveri, Slg. 2004 I-5257.

⁹⁴ EuGH vom 19.1.1999, Rs. C-348/96, Calfa, Slg. 1999, I-11, Rn. 27-28; EuGH vom 29.4.2004, Orfanopoulos und Oliveri, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01, Slg. 2004 I-5257,

Daraus ergeben sich die folgenden *Konsequenzen*, denen bei der Gesetzesredaktion Rechnung zu tragen ist:⁹⁵

- Die FZA-konforme Umsetzung der Ausschaffungsinitiative setzt voraus, dass ohne gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung keine Landesverweisung ausgesprochen oder kein Einreiseverbot verhängt werden kann.
- Eine FZA-konforme Regelung verpflichtet jede Behörde, welche eine die Freizügigkeit einschränkende Massnahme aussprechen kann, diese Kriterien im Einzelfall zu prüfen. Dies trifft bereits auf die erkennende Behörde im Entscheidungs- oder Anordnungsverfahren zu, sei es ein Strafgericht oder die Ausländerbehörde. Es ist nicht zulässig, diese Prüfung alleine in das Vollzugsverfahren zu verlagern.
- Schliesslich darf der Behörde die Möglichkeit zugestanden werden, auf ein Gesuch um *erneute* Prüfung nicht einzutreten, wenn keine wesentlichen neuen Gründe vorgebracht werden. Die Behörde wird dabei auch berücksichtigen, wie viel Zeit seit ihrem letzten Entscheid verstrichen ist.

3.4.5 Fazit: Einzelfallprüfung und Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes

Im Wesentlichen verlangen die einschlägigen Bestimmungen des nicht zwingenden Völkerrechts die *Einzelfallprüfung* und die Berücksichtigung des *Verhältnismässigkeitsgrundsatzes* spätestens im Zeitpunkt des Entscheids über den tatsächlichen Vollzug der Ausweisung (Ausschaffung). Diesbezüglich strengere Voraussetzungen statuiert das FZA, weil bereits die erkennende Behörde eine Einzelfallprüfung vornehmen muss (vgl. oben, Ziff. 3.4.4).

In Anwendung und bei hoher Gewichtung des völkerrechtskonformen und des harmonisierenden Auslegungselements erscheint es mit Art. 121 Abs. 3–6 BV vereinbar, wenn das Ausführungsgesetz im Vollzugsstadium die Einzelfallprüfung vorsieht.

Diese Interpretation sieht sich der Kritik ausgesetzt, weil sich der direkte Gegenentwurf insofern von der Ausschaffungsinitiative unterschied, als er die Beachtung der völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben sicherstellen wollte (vgl. E-Art. 121b Abs. 3 BV⁹⁶). Weil der Gegenentwurf von Volk und Ständen verworfen wurde, kann mit Betonung des historischen Auslegungselements die Auffassung vertreten werden, die völkerrechtskonforme Umsetzung desavouiere den Willen des Verfassungsgebers.⁹⁷

Hingegen dürfte die vom FZA geforderte Einzelfallprüfung im Entscheidungsverfahren mit dem im Verfassungstext angelegten «Ausweisungsautomatismus» nicht mehr zu vereinbaren sein. Soll in diesem Punkt dem FZA zum Durchbruch verholfen werden, ist dies nicht mehr mit einer völkerrechtskonformen Auslegung zu bewerkstelligen, sondern ist

Rn. 68; EuGH vom 7.6.2007, Rs. C-50/06, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande, Slg. 2007, I-4383, Rn. 44.

⁹⁵ Vgl. dazu auch die im Anhang abgedruckten E-Art. 73c und E-Art. 67d Abs. 1 StGB sowie E-Art. 63b AuG gemäss den Varianten 2–4.

⁹⁶ BBl 2010 4244 und Ziff. 1.1 hiervor.

⁹⁷ Vgl. JAAG / PRIULI, Rz. 35.

vom Vorrang des FZA auszugehen.⁹⁸ Zur Begründung dieser Auffassung, die der Variante 2 des Deliktskatalogs zugrunde liegt, wurde etwa ausgeführt, «dass das FZA Art. 121 Abs. 3–6 BV als in persönlicher und sachlicher Hinsicht speziellerer Erlass auf verfassungsähnlicher Ebene im Grundsatz vorgeht.»⁹⁹

Der bereits in Ziff. 2.3.2 hiavor allgemein dargelegte Zwiespalt bei Verstössen gegen nicht zwingende Bestimmungen des Völkerrechts tritt nach der Interpretation von Art. 121 Abs. 3–6 BV nochmals deutlich zutage: Bei einer eng dem Verfassungswortlaut und der Entstehungsgeschichte verpflichteten Auslegung bzw. Umsetzung wird die Schweiz völkerrechtsbrüchig. Die völkerrechtskonforme Auslegung bzw. die Anerkennung des Vorrangs einzelner Bestimmungen des FZA gegenüber einer jüngeren Verfassungsnormen führt unweigerlich zur Kritik der unvollständigen Berücksichtigung des Willens des Verfassungsgebers. Ein «Mittelweg» scheint nicht in Sicht. Namentlich dürfte ausgeschlossen sein, mit einer völkerrechtswidrigen Umsetzung etwa beim EGMR oder bei der Menschenrechtskommission eine Praxisänderung zugunsten der Schweiz erwirken zu können (vgl. aber dazu sogleich Ziff. 4).

3.5 Folgen einer völkerrechtswidrigen Umsetzung

3.5.1 Freizügigkeitsabkommen

Auf die möglichen rechtlichen und politischen Konsequenzen des Vorrangs von Art. 121 Abs. 3–6 BV vor dem FZA haben namentlich JAAG / PRIULI hingewiesen. Die Autoren skizzieren die folgenden möglichen Eskalationsstufen¹⁰⁰ (die Mehrheit der Arbeitsgruppe kann sich diesen Darlegungen und Folgerungen anschliessen): Der Bundesrat könnte versuchen, eine Neuverhandlung des FZA zu erreichen, indem Art. 5 Anhang I FZA durch einen Vorbehalt mit Verweis auf Art. 121 Abs. 3–6 BV ergänzt würde. Mit Blick auf die Praxis der Kommission der EU und des EuGH ist nach Auffassung der genannten Autoren ein Einlenken der EU auf eine solche Sonderlösung nicht zu erwarten. Eine FZA-widrige Umsetzung dürften die zuständigen Organe der EU bald einmal rügen und im Gemischten Ausschuss thematisieren. In einem nächsten Schritt wäre mit der Androhung der Kündigung des FZA zu rechnen, falls nicht innert bestimmter Frist die Verletzung des Abkommens eingestellt würde. Ob die EU das Abkommen tatsächlich kündigen würde, bezeichnen Jaag / Priuli als offene Frage. «Die Verletzung des FZA durch die Schweiz gäbe ihr jedenfalls das Recht dazu.»¹⁰¹ Wegen der sog. Guillotine-Klausel gemäss Art. 25 FZA würden im Kündigungsfall mit dem FZA auch die anderen bilateralen Abkommen von 1999 dahinfallen.¹⁰²

⁹⁸ Vgl. allgemein zur (schwierigen) Grenzziehung, bis wann eine völkerrechtskonformen Auslegung gerechtfertigt ist Ziff. 2.3.2 hiavor.

⁹⁹ REICH, S. 518.

¹⁰⁰ JAAG / PRIULI, Rz. 36 ff.

¹⁰¹ JAAG / PRIULI, Rz. 40.

¹⁰² Es sind dies: Das Luftverkehrsabkommen, das Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, das Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens sowie das Abkommen über die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit.

3.5.2 Europäische Menschenrechtskonvention

Von einer Ausweisung Betroffene können, sofern sie die innerstaatlichen Rechtsmittel erfolglos ausgeschöpft haben, eine Individualbeschwerde beim EGMR einreichen (Art. 34 EMRK). Im Vordergrund stehen die Rügen, dass die Ausweisung das Non-Refoulement-Gebot (Art. 3 EMRK) oder das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) verletzt. Schliesst der EGMR in einem Einzelfall auf eine Verletzung der EMRK, so ist sein Urteil verbindlich (Art. 46 Abs. 1 EMRK). Die innerstaatliche Umsetzung des Urteils wird vom Ministerkomitee kontrolliert (Art. 46 Abs. 2 EMRK).

Die Verpflichtung zur Umsetzung des Urteils beschränkt sich nicht auf die Bezahlung einer vom EGMR zugesprochenen Entschädigung nach Art. 41 EMRK.¹⁰³ Vielmehr sind die tatsächlichen und rechtlichen Folgen der festgestellten Konventionsverletzung soweit als möglich zu beseitigen.¹⁰⁴ In der Schweiz steht dem Beschwerdeführer dafür insbesondere die Revision vor Bundesgericht (Art. 122 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG]¹⁰⁵) zur Verfügung.

Der betroffene Vertragsstaat muss darüber hinaus allgemeine Massnahmen treffen, deren Ziel es ist, die Wiederholung gleichartiger Konventionsverletzungen zu verhindern.¹⁰⁶ In schwierigeren Fällen, die beispielsweise Gesetzesänderungen erfordern, ist er gehalten, in einem Aktionsplan aufzuzeigen, wie und in welchem Zeitrahmen er diese Massnahmen umzusetzen beabsichtigt. Ein solcher Plan ist innerhalb von sechs Monaten nach Rechtskraft des Urteils einzureichen.

Die schleppende oder Nichtumsetzung eines Urteils kann das Ministerkomitee in einer (öffentlichen) Zwischenresolution rügen.¹⁰⁷ Die Parlamentarische Versammlung des Europarats kann den Fall ihrerseits politisch debattieren und Empfehlungen an das Ministerkomitee richten. Der Generalsekretär des Europarats kann gestützt auf Art. 52 EMRK zusätzliche Auskünfte beim betreffenden Vertragsstaat einfordern. Seit dem Inkrafttreten des Protokolls Nr. 14 zur EMRK¹⁰⁸ am 1. Juni 2010 kann das Ministerkomitee in solchen Fällen den EGMR mit der Frage befassen, ob der betreffende Vertragsstaat der EMRK seiner Verpflichtung zur Durchführung des Urteils nachgekommen ist. Stellt der Gerichtshof eine Verletzung der Pflicht zur Befolgung fest, so weist er die Rechtssache zur Prüfung der zu treffenden Massnahmen an das Ministerkomitee zurück (Art. 46 Abs. 4 und 5 EMRK). Möglich wäre ferner, dass andere Staaten aufgrund der Nichtbefolgung eine Staatenbeschwerde (nach Art. 33 EMRK) einreichen. Verstösst schliesslich ein Vertragsstaat in schwerwiegender Weise gegen die *Grundwerte des Europarats*, so kann ihm die Parlamentarische Versammlung sein Recht auf Vertretung vorläufig entziehen; das Minis-

¹⁰³ Conseil de l'Europe, Surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 4^e rapport annuel, 2010, S.18, Ziff. 8 f., einsehbar unter http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM_annreport2010_fr.pdf.

¹⁰⁴ FROWEIN / PEUKERT, Art. 46 N. 6 ff. Bei Ausweisungsfällen ist dies üblicherweise die Aufhebung der Ausweisung; ob auch die Verkürzung eines allfälligen Einreiseverbots genügt, ist offen. Vgl. SCHEIDEGGER, S. 303.

¹⁰⁵ Bundesgesetz vom 17.6.2005 über das Bundesgericht (SR 173.110).

¹⁰⁶ Vgl. BESSON, S. 125 ff.; RUEDIN, insb. S. 85 ff. und 201 ff.; SCHEIDEGGER S. 296 f.

¹⁰⁷ Vgl. z.B. Résolution intérimaire ResDH(2006)26 relative à l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 8 juillet 2004 (Grande Chambre) dans l'affaire Ilașcu et autres contre la Moldova et la Fédération de Russie, in welcher die Mitgliedstaaten des Europarats explizit aufgefordert werden, Massnahmen gegen das säumige Russland zu ergreifen.

¹⁰⁸ Protokoll Nr. 14 vom 13.5.2004 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Änderung des Kontrollsystems der Konvention (SR 0.101.094).

terkomitee kann ihn zum Austritt auffordern und ihn gegebenenfalls ausschliessen (Art. 8 Satzung des Europarates¹⁰⁹).

Art. 3 der Satzung des Europarats umschreibt diese *Grundwerte*, auf denen gemäss Präambel «jede wahre Demokratie beruht», wie folgt: «Jedes Mitglied des Europarates erkennt den Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts und den Grundsatz an, dass jeder, der seiner Hoheitsgewalt unterliegt, der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden soll. Es verpflichtet sich, bei der Erfüllung der in Kapitel I bestimmten Aufgaben aufrichtig und tatkräftig mitzuarbeiten.»

3.5.3 UNO-Pakt II und Kinderrechtskonvention

Im Falle einer mit dem UNO-Pakt II unvereinbaren Regelung wäre damit zu rechnen, dass die Schweiz im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens vom Menschenrechtsausschuss (MRA) aufgefordert wird, ihre Position zu erklären und die entsprechenden Bestimmungen zu ändern oder aufzuheben. Die Empfehlungen des Ausschusses sind rechtlich nicht verbindlich. Im Nachtrag zur Berichtsprüfung oder im nächsten Staatenbericht müsste die Schweiz jedoch über die Umsetzung der Empfehlung Rechenschaft ablegen. Die Schweiz hat zudem für einen Zeitraum bis April 2015 die Zuständigkeit des Menschenrechtsausschusses für die Prüfung von Mitteilungen anerkannt, in denen ein Vertragsstaat geltend macht, ein anderer Vertragsstaat komme seinen Verpflichtungen aus dem Pakt nicht nach. Der UNO-Pakt II ist *unkündbar*.¹¹⁰

Im Gegensatz zum UNO-Pakt II ist die Kinderrechtskonvention *kündbar*. Die Konvention kennt kein Individualmitteilungsverfahren.¹¹¹ Im Falle einer mit der Konvention unvereinbaren Regelung wäre auch hier davon auszugehen, dass der UNO-Kinderrechtsausschuss die Schweiz im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens auffordern würde, ihre Position zu erklären und die Regelung zu ändern oder aufzuheben. Wie beim UNO-Pakt II sind auch die Empfehlungen des Kinderrechtsausschusses rechtlich nicht verbindlich.

4. Standpunkte der Vertreter des Initiativkomitees zur Verfassungsauslegung

4.1 Allgemeine Bemerkungen

Die in der Arbeitsgruppe mitwirkenden Vertreter des Initiativkomitees haben ein Arbeitspapier zur Auslegung von Verfassungsbestimmungen im Allgemeinen sowie spezifisch von Art. 121 Abs. 3–6 BV vorgelegt.¹¹² Darin werden von den in Ziff. 2 und 3 hiavor dar-

¹⁰⁹ Satzung des Europarates vom 5.5.1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 6.5.1963 (SR 0.192.030).

¹¹⁰ Vgl. Art. 56 WVK (Fn. 29).

¹¹¹ Ein entsprechendes Projekt liegt vor, wurde von der Generalversammlung der UNO jedoch noch nicht verabschiedet.

¹¹² Vgl. Arbeitspapier BRANDENBERG / RUTZ (Fn. 52), insb. Ziff. 2.3.2.1 («Zur Beachtung der Verhältnismässigkeit»), 2.3.2.2 («Das Recht auf Familienleben»), 2.4 («Die Ausschaffungsinitiative als Verfassungsrecht»), 3.3.1 («Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens [Art. 8 EMRK]»), 3.3.2 («Die Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen [FZA]»).

gelegten Mehrheitsauffassungen der Arbeitsgruppe namentlich die folgenden abweichenden Positionen vertreten:

- Die neuen Verfassungsbestimmungen knüpfen die Ausweisung an konkrete Delikte von besonderer Schwere (Mord, Raub, Vergewaltigung) bzw. an Delikte an, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit in besonderem Masse beeinträchtigen (Einbruchsdelikte, Drogenhandel, Missbrauch von Sozialhilfe und von Leistungen der Sozialversicherungen). Der Verfassungstext selber nimmt die *Verhältnismässigkeitsprüfung* bereits vor. Für den Verhältnismässigkeitsgrundsatz verbleibt damit beim Erlass der Ausführungsgesetzgebung und bei der einzelfallweisen Beurteilung kein Raum mehr.
- Die Ausschaffungsinitiative verletzt das verfassungsmässige Recht auf Familienleben gemäss Art. 13 Abs. 1 BV nicht. Ein Eingriff in dieses Grundrecht liegt nicht vor, wenn es den in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Personen möglich und zumutbar ist, ihrem Familienangehörigen, welcher ausgeschafft werden soll, ins Ausland zu folgen. Im Übrigen ist die Ausreise aus der Schweiz für die einzelne ausländische Person *generell erforderlich und zumutbar*, wenn sie einen Ausweisungsgrund im Sinne der neuen Verfassungsbestimmungen gesetzt hat.
- Einer gültigen Verfassungsinitiative, welche nach Annahme durch Volk und Stände Verfassungsrecht geworden ist, kann anderes Verfassungsrecht nicht entgegengehalten werden. Andernfalls sähe sich der spätere Verfassungsgeber dem früheren untergeordnet. Dieser Ansicht widersprechen die Prinzipien, wonach das spätere Recht dem früheren («lex posterior derogat legi priori») und die speziellere der allgemeinen Norm vorgeht («lex specialis derogat legi generali»). Die Regelungen in Art. 121 Abs. 3–6 BV können folglich weder mit allgemeinen noch mit früheren Verfassungsnormen relativiert werden.
- Die Ausschaffungsinitiative und der Umsetzungsvorschlag der Vertreter des Initiativkomitees sind – soweit überhaupt von einem Eingriff in das Konventionsrecht gesprochen werden kann – mit dem Konventionstext gemäss Art. 8 EMRK vereinbar. Nach der Rechtsprechung des EGMR beurteilt sich die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 8 EMRK insbesondere nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Dieser Anforderung hält der Umsetzungsvorschlag stand, weil er den Verlust des Aufenthaltsrechts nur fordert, wenn Delikte einer gewissen Schwere oder besondere Delikte vorliegen, welche die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährden.
- Aus dem Konventionstext des Art. 8 EMRK ergeben sich keine grundlegenden Differenzen zu Art. 121 Abs. 3–6 BV. Das Problem ist die nachträgliche, sehr weitgehende Rechtsprechung des EGMR infolge seiner *dynamischen Auslegung der EMRK*. Die Schweiz hat diese Rechtsprechung bislang unesehen übernommen. Die neuen Verfassungsbestimmungen sollen eine gewisse Korrektur dieser Rechtsprechung (Praxisänderung) herbeiführen.
- Im Geltungsbereich des FZA darf eine strafrechtliche Verurteilung nur insofern Anlass für eine Ausschaffung geben, als die «ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt.»¹¹³ Bei der Beurteilung der Frage, was als Störung der öffentlichen Ordnung gilt, räumt der EuGH den Mitgliedstaaten einen erheblichen Beurteilungsspielraum ein. Diese Frage ist folglich in erster Linie aus *politischer Sicht* zu beurteilen. Doch selbst im Falle einer Diskrepanz könnten Initiative und FZA miteinander in

¹¹³ Vgl. BGE 136 II 5 E. 4.2.

Einklang gebracht werden, zumal das FZA selber von der Dynamik der Rechtsordnungen beider Parteien ausgeht. Gemäss dem vertraglichen Streitbeilegungsmechanismus könnte der Gemischte Ausschuss etwa feststellen, dass er von der neuen schweizerischen Verfassungsbestimmung zustimmend Kenntnis nimmt.

4.2 Ergänzungen der Vertreter des Initiativkomitees zum Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht

Für den Fall, dass entgegen der Ansicht der Initianten die Ansicht vertreten werden sollte, die Ausschaffungsinitiative sei mit bestimmten Bestimmungen des nicht zwingenden Völkerrechts nicht vereinbar, ist zunächst zu prüfen, wie bei Normwidersprüchen zwischen nicht zwingendem Völkerrecht und jüngerem Verfassungsrecht zu verfahren ist.

4.2.1 Vorrang des jüngeren Verfassungsrechts vor nicht zwingendem Völkerrecht

Das Verhältnis zwischen Völker- und Verfassungsrecht wird teilweise von Art. 190 BV geregelt, wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Das Anwendungsgebot von Art. 190 BV gilt aber, unter Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts, nicht gegenüber jüngerem Verfassungsrecht, das genügend präzise ist, um von den rechtsanwendenden Behörden angewendet zu werden.¹¹⁴ Nicht zwingendes Völkerrecht, das einer jüngeren Verfassungsbestimmung widerspricht, ist somit nicht mehr anwendbar. Für nicht direkt anwendbare Verfassungsnormen gilt entsprechend, dass die Ausführungsgesetzgebung Vorrang vor dem älteren Völkerrecht hat.¹¹⁵ Dieses Prinzip darf nicht umgangen werden, indem die Ausführungsgesetzgebung gestützt auf Art. 5 Abs. 4 BV konform mit älterem Völkerrecht und in Widerspruch zur jüngeren Verfassungsbestimmung erlassen wird. Das jüngere Verfassungsrecht geht in diesem Fall der programmatischen allgemeinen und älteren Bestimmung von Art. 5 Abs. 4 BV vor. Andernfalls würden Volk und Stände als Verfassungsgeber entmachtet und zu einem Folklore-Organ degradiert.

Für den Vorrang der jüngeren Verfassungsbestimmung und deren mit der jüngeren Verfassungsbestimmung konformen Ausführungsgesetzgebung gibt es fünf Gründe, einen völkerrechtlichen und vier landesrechtliche.

So ist es völkerrechtlich erstens so, dass es einem Staat grundsätzlich erlaubt ist, gegen nicht zwingendes Völkerrecht zu verstossen. Er sollte es nicht tun, tut er es trotzdem, sind seine Gesetze nicht nichtig, sondern er macht sich völkerrechtlich verantwortlich und setzt sich den entsprechenden Folgen aus (diplomatische Interventionen, Suspendierung oder Kündigung des Abkommens).¹¹⁶ Das Völkerrecht kennt also keine Regel «Völkerrecht bricht Landesrecht».¹¹⁷

Auch landesrechtlich kann, zweitens, der Verfassungsgeber gemäss den Revisionsvorschriften der Bundesverfassung in Art. 192 ff. BV, welche nur das

¹¹⁴ Bericht des Bundesrats vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2010 2263, 2309; KIENER / KRÜSI, S. 250.

¹¹⁵ BAUMANN, S. 260.

¹¹⁶ BAUMANN, S. 261.

¹¹⁷ HÄFELIN / HALLER / KELLER, N. 1917.

zwingende Völkerrecht als Schranke vorsehen, gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossen. So gibt es keinen Hinweis dafür, dass der Verfassungsgeber völkerrechtswidrige Volksinitiativen zwar zulassen wollte, diese aber mit der Annahme für immer toter Buchstaben bleiben sollten.¹¹⁸ HANGARTNER hält deshalb zu Recht fest, dass es für den politischen Prozess verheerend wäre, eine Volksinitiative zwar zur Abstimmung zu bringen, sie aber im Fall der Annahme nicht oder nur teilweise anzuwenden.¹¹⁹ Das Prinzip der direkten Demokratie gebietet mit anderen Worten Abweichungen von nicht zwingendem Völkerrecht. Sie sind unvermeidlich, soll die direkte Demokratie nicht ausgehebelt werden. Völkerrechtliche Verträge werden vom Bundesrat ausgehandelt und unterzeichnet (Art. 184 Abs. 2 BV). Das Parlament kann sie nur noch genehmigen oder ablehnen, die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrages, mithin die eigentliche gesetzgeberische Arbeit, ist dem direkt demokratisch legitimierten Parlament entzogen und dem Bundesrat und seiner Diplomatie zugewiesen. Völkerrecht ist damit weitgehend Regierungsrecht und Recht der Verwaltungen. Der demokratisch gewählte Gesetzgeber ist marginalisiert, er wird zum Ja- oder Neinsager degradiert. Dies ist nicht nur demokratisch, sondern auch rechtsstaatlich problematisch. Das Prinzip der Gewaltentrennung wird tangiert, und die Macht verschiebt sich einseitig in Richtung Regierung und Verwaltung, die mehr und mehr auch zum Gesetzgeber werden. Noch deutlicher werden Volk und Stände ausgehebelt. Während das Parlament wenigstens zu den meisten Staatsverträgen noch ja oder nein sagen kann, sind die Mitwirkungsrechte von Volk und Ständen noch geringer. Nur gerade der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften werden obligatorisch Volk und Ständen vorgelegt (Art. 140 Abs. 1 BV). Auch im Rahmen des fakultativen Staatsvertragsreferendums werden dem Volk nur bestimmte Staatsverträge zur Abstimmung unterbreitet. So gelangen auf Verlangen von 50'000 Stimmberechtigten nur Staatsverträge zur Abstimmung, die unkündbar sind, den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen oder eine multilaterale Rechtsvereinheitlichung herbeiführen (Art. 140 Abs. 1 Bst. d BV). Staatsverträge, die nicht in eine dieser Kategorien fallen, aber gleichwohl politisch bedeutsam sind, können hingegen nur durch Beschluss der Bundesversammlung dem fakultativen Referendum unterstellt werden (Art. 141 Abs. 2 BV). Bis zum 13. März 1977 galt gar noch die Regelung, dass Staatsverträge nur dem fakultativen Referendum unterworfen wurden, wenn sie unbefristet oder für eine Dauer von mehr als 15 Jahren abgeschlossen wurden (Art. 89 Abs. 4 aBV). So war beispielsweise im Jahre 1974 die Unterstellung der EMRK unter das fakultative Referendum noch nicht erforderlich, weil deren Beitritt nach fünf Jahren kündbar war.¹²⁰ Der Bundesrat vertrat diese Ansicht auch in seiner Botschaft zuhanden des Parlaments¹²¹, weshalb das Parlament nach einer angeregten Debatte darauf verzichtete, die EMRK freiwillig dem Volk zur Abstimmung zu unterbreiten. Dass die EMRK – bzw. die weit darüber hinausgehende europäische Gerichtspraxis zur Konvention – heute jeder neuen Verfassungsbestimmung entgegengehalten wird, ist angesichts der schwachen demokratischen Legitimation der EMRK stossend und verfassungsrechtlich fragwürdig.

Der dritte Grund für den Vorrang des jüngeren Verfassungsrechts besteht darin, dass es keine Hierarchie innerhalb der Verfassungsnormen gibt. Vielmehr ge-

¹¹⁸ BAUMANN, S. 261.

¹¹⁹ HANGARTNER YVO, SG-Komm. BV, Art. 139 Rz. 35 und Art. 190 BV Rz. 33.

¹²⁰ KELLER, S. 300.

¹²¹ BBI 1974, S. 1061 ff.

bietet der Grundsatz der Einheit der Verfassung und der Gleichrangigkeit der Normen, verfassungsrechtliche Normen in Konkordanz zu bringen.¹²² Diesem Argument könnte jetzt entgegengehalten werden, Art. 190 BV stelle eine *lex specialis* dar.

Doch ergibt sich, viertens, die Pflicht zur Anwendung völkerrechtswidriger späterer Verfassungsnormen aus dem Sinn und Zweck von Art. 190 BV. Mit dieser Bestimmung sollte nämlich eine Vorrangstellung der Gerichte vor dem Gesetzgeber verhindert werden, ist doch ein solcher Vorrang der schweizerischen Konzeption der Gewaltentrennung fremd. Art. 190 BV, welcher Art. 113 Abs. 3 aBV entspricht, ist Ausdruck der radikalliberalen Gewaltenteilungslehre des 19. Jahrhunderts, welche einer absoluten Parlamentsouveränität das Wort redete. Dies entsprach den politischen Interessen des damals freisinnig beherrschten Parlaments, das sich seine gesetzgeberische Freiheit nicht durch die Justiz einschränken lassen wollte.¹²³ Weil es sich bei der Totalrevision der Bundesverfassung lediglich um eine Nachführung des damals geltenden Verfassungsrechts handelte,¹²⁴ ist der Sinn und Zweck von Art. 190 BV nach wie vor der gleiche wie jener von Art. 113 Abs. 3 aBV. Die historische Auslegung ergibt also deutlich, dass Art. 190 BV nicht die Stellung des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich, sondern einzig und allein die Kompetenz des Bundesgerichts regelt.¹²⁵

Eine gegenteilige Auslegung von Art. 190 BV würde zudem, fünftens, darauf hinauslaufen, das Völkerrecht im Allgemeinen als Schranke der Verfassungsrevision anzusehen. Eine solche Auffassung wäre mit der Funktion der Verfassung als Grundgesetz, das von Volk und Ständen jederzeit geändert werden kann, nicht vereinbar und käme der Einführung einer neuen Schranke der Verfassungsrevision gleich.¹²⁶ Zudem verlagerte eine solche Konzeption die Verfassungsgebung im Ergebnis von Volk und Ständen zu Bundesrat und (internationaler) Diplomatie, welche die völkerrechtlichen Verträge ausarbeiten.

4.2.2 Fazit: Verfassungsrecht geht nicht zwingendem Völkerrecht vor

Ein Verstoß gegen nicht zwingendes Völkerrecht hat, wie vorstehend erläutert, nicht die Nichtanwendbarkeit des Landesrechts zur Folge. Das geltende Recht ist somit initiativfreundlich, gibt es doch der Volksinitiative den Vorrang vor nicht zwingendem Völkerrecht. Daraus ergibt sich die Folgerung, dass eine gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossende und von Volk und Ständen angenommene Volksinitiative ohne einen Vorbehalt des nicht zwingenden Völkerrechts umzusetzen ist. Dies gilt auch für die Ausschaffungsinitiative, sollte sie entgegen der Ansicht der Initianten gegen das nicht zwingende Völkerrecht verstossen. Die erwähnte Folgerung ist keine neue Erkenntnis, doch verdient sie hervorgehoben zu werden, weil zuweilen die irrige Ansicht vertreten wird, eine gegen nicht zwingendes Völkerrecht verstossende Initiative könne nicht umgesetzt werden.

Es ist deshalb zu begrüßen, dass der Bundesrat in seinem am 5. März 2010 publizierten Bericht über das Verhältnis von Völker- und Landesrecht Position bezogen hat und zum

¹²² KIENER /KRÜSI, S. 247.

¹²³ BAUMANN, S. 265; KIENER /KRÜSI, S. 248 f.

¹²⁴ Botschaft über eine neue Bundesverfassung (Fn. 37), S. 28; HÄFELIN /HALLER /KELLER, N. 63.

¹²⁵ EPINEY, S. 549; KIENER /KRÜSI, S. 248.

¹²⁶ BAUMANN, S. 262.

Ausdruck bringt, dass völkerrechtswidrige Verfassungsnormen anzuwenden sind, wenn diese jünger sind als die völkerrechtliche Bestimmung.¹²⁷ Die verfassungsrechtliche Ordnung der Schweiz geht aber weiter als der Bundesrat: Mit dem Entscheid, Volk und Stände mit dem letzten Wort in der Verfassungsgebung, der höchsten Normstufe des Staates, auszustatten, muss Verfassungsrecht auch jüngerem nicht zwingendem Völkerrecht vorgehen. Wäre dem nicht so, wäre es für den Bundesrat und seine Diplomatie ein Leichtes, missliebige Entscheide von Volk und Ständen durch die Unterzeichnung eines späteren Staatsvertrages auszuhebeln. Somit gilt als Grundsatz, dass Verfassungsrecht nicht nur dem älteren nicht zwingenden Völkerrecht, sondern dem nicht zwingenden Völkerrecht überhaupt vorgeht.

Der Bundesrat hätte in einem der vorgenannten Fälle somit den Auftrag, eine Anpassung des völkerrechtlichen Vertrages auszuhandeln. Scheitern diese Verhandlungen, muss er den entsprechenden Vertrag kündigen. Auch im Falle von unkündbaren Verträgen wie etwa dem UNO-Pakt II, welche keine Kündigungsklauseln enthalten, wäre ein solches Vorgehen möglich, kann sich doch eine Kündigungsbefugnis auch beim Fehlen entsprechender Klauseln aus der Natur des jeweiligen Vertrages ergeben (Art. 56 WVK).¹²⁸

5. Regelungsstandort der Ausführungsgesetzgebung

5.1 Verfassungsrechtlicher Rahmen und Rechtsnatur von Entfernung- und Fernhaltemassnahmen

Wäre mit Annahme der Ausschaffungsinitiative der mit dem Randtitel «Strafrecht» versehene Art. 123 BV ergänzt worden, lägen gewichtige Argumente für eine Umsetzung im StGB vor.¹²⁹ Die neuen Verfassungsbestimmungen sind indessen im 9. Abschnitt mit der Überschrift «Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern» und als Zusatz zu den bestehenden Art. 121 Abs. 1 und 2 BV verortet. Art. 121 Abs. 1 BV enthält eine umfassende, verpflichtende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Ausländer- und Asylwesen. Diese Kompetenznorm ermöglicht die Regelung grundsätzlich aller Fragen, welche die Begründung, Änderung und den Widerruf des (Aufenthalts-)Status und die Stellung von Ausländerinnen und Ausländern betreffen.¹³⁰ Der Umsetzung dient heute primär das AuG. Vorschriften über das Erlöschen und den Widerruf von Bewilligungen sowie über Entfernung- und Fernhaltemassnahmen sind in Art. 60 ff. AuG verankert. Diese Ausgangslage legt die folgenden Erkenntnisse und Schlüsse nahe:

- Gemäss Art. 121 Abs. 2 BV können Ausländerinnen und Ausländer aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden (sogenannte «politische Ausweisung»). In politisch sehr bedeutenden Fällen kann der Bundesrat direkt gestützt auf Art. 121 Abs. 2 BV die Ausweisung anordnen. Im Regelfall ist aber für die Ausweisung aus staatspolitischen Gründen das Bundesamt für Polizei (fedpol)

¹²⁷ Bericht des Bundesrats vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2010 2263, 2323.

¹²⁸ PETERS / PAGOTTO, S. 54 ff.

¹²⁹ Vgl. auch die Einordnung von Art. 123a BV («Verwahrungsinitiative») und Art. 123b BV («Unverjährbarkeitsinitiative»).

¹³⁰ BIAGGINI, Art. 121 N. 6, 9; AUBERT / MAHON, Art. 121 N. 11.

zuständig (Art. 68 Abs. 1 AuG). In beiden Fällen – Bundesrat bzw. fedpol als verfügende Behörde – handelt es sich bei der Ausweisung um eine *verwaltungsrechtliche Massnahme*.

- Die mit Annahme der Ausschaffungsinitiative neu in den Verfassungstext aufgenommenen Art. 121 Abs. 3–6 BV können im *systematischen Zusammenhang* mit den vorangehenden beiden Absätzen verstanden werden und dementsprechend die Umsetzung im AuG – in Form einer verwaltungsrechtlichen Massnahme – nahelegen. Andernfalls würden zwei unterschiedliche Ordnungen geschaffen: Einerseits die «politische Ausweisung» gestützt auf Art. 121 Abs. 2 BV als verwaltungsrechtliche Massnahme; andererseits die «zwingende Ausweisung» gestützt auf Art. 121 Abs. 3–6 BV als strafrechtliche Massnahme. Bei einer strafrechtlichen Umsetzung könnte geprüft werden, ob die nach heutigem Recht als verwaltungsrechtliche Massnahme ausgestaltete Wegweisung bei Delinquenz, d.h. bei Vorliegen einer «längerfristigen Freiheitsstrafe»¹³¹, aus Gründen der Kohärenz der Rechtsordnung ebenfalls in das StGB überführt werden sollte. Bei der altrechtlichen Landesverweisung bestanden hier jedoch ebenfalls gleichartige Kompetenzen sowohl beim Strafrichter als auch bei den Ausländerbehörden.
- Sinn und Zweck der Art. 121 Abs. 3–6 BV bestehen namentlich darin, den «Missbrauch des Gastrechts» durch ausländische Personen zu bekämpfen.¹³² Die rechtliche Konsequenz – Ausweisung bzw. Ausschaffung – mag zwar aus Sicht der betroffenen ausländischen Person (auch) strafähnlichen Charakter aufweisen. Eine Umsetzung durch Strafbestimmungen ist dadurch aber verfassungsrechtlich nicht vorgegeben. Solches lässt sich schliesslich auch aus dem Wortlaut der Art. 121 Abs. 3–6 BV nicht zwingend schliessen.

Im Ergebnis spricht die systematische Stellung der neuen Verfassungsbestimmungen eher dafür, die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer als verwaltungsrechtliche Massnahme auszugestalten und im AuG umzusetzen. Aus Sinn und Zweck von Art. 121 Abs. 3–6 BV lassen sich hingegen keine eindeutigen Schlüsse ziehen.

5.2 Vor- und Nachteile der Umsetzung im Strafgesetzbuch bzw. im Ausländergesetz

Weil die Verfassung in dieser Frage keine klaren Vorgaben macht, ist für die Suche nach dem geeigneten Regelungsstandort allgemein nach Vor- und Nachteilen für oder gegen eine Umsetzung im StGB bzw. im AuG Umschau zu halten. Mit dem Entscheid über den Regelungsstandort werden Verfahrens- und Rechtsschutzfragen vorgespurt, beispielsweise hinsichtlich der Anordnungs- und Vollzugszuständigkeit oder hinsichtlich der zuständigen Rechtsmittelinstanzen. Die Arbeitsgruppe hat namentlich die folgenden Feststellungen und Erwägungen getroffen:

- Die Verankerung im StGB und damit die Möglichkeit einer *strafrichterlichen Landesverweisung* kann auf potentielle ausländische Täterinnen und Täter eine grössere Abschreckungswirkung entfalten (General- und Spezialprävention). StGB-Normen machen ferner deutlich, dass die Landesverweisung eine direkte Folge deliktischen Verhaltens ist.

¹³¹ Vgl. Art. 62 Bst. b i.V.m. Art. 64 Abs. 1 Bst. c AuG.

¹³² So jedenfalls das Argumentarium der Initianten (Fn. 52), S. 8 ff., 21.

- Erfolgen der Schuldspruch wegen Verstosses gegen Straftatbestände und der Entscheidung über die Landesverweisung im gleichen (Straf-)Verfahren bleibt das Dossier in einer Hand (Prozessökonomie). Allerdings kommt bei einer völkerrechtskonformen Auslegung der neuen Verfassungsbestimmungen der Strafrichter nicht umhin, die FZA-Konformität der Landesverweisung zu beurteilen. Dazu wird er gegebenenfalls bei den ausländerrechtlichen Behörden eine Stellungnahme (Amtsbericht) einholen müssen. Die Vorteile eines raschen Verfahrens werden damit teilweise wieder zunichte gemacht.
- Die Umsetzung im StGB führt zur strafrichterlichen Zuständigkeit. Strafverfahren bürgen für gut ausgebaute Parteirechte (vgl. auch die verfassungsmässigen Garantien in Art. 32 BV).
- Das zuständige Strafgericht urteilt über ausländische Straftäterinnen und -täter im Bewusstsein über die gegebenenfalls damit verbundene Konsequenz der Ausweisung. Obliegt die Anordnung der Ausweisung – in Anknüpfung an ein rechtskräftiges Strafurteil – einer ausländerrechtlichen Behörde, so ist dieser Zusammenhang für urteilende Strafrichterinnen und -richter möglicherweise nicht gleichermassen evident.
- Der Bundesrat hat am 30. Juni 2010 eine Gesetzesvorlage in die Vernehmlassung geschickt, in welcher unter anderem die Einführung einer neuen, fakultativen Landesverweisung im StGB vorgeschlagen wird.¹³³ Kohärenzgründe sprächen daher auch für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über straffällige Ausländerinnen und Ausländer im StGB. Das weitere Schicksal der erwähnten Vernehmlassungsvorlage ist indessen noch offen und erlaubt deshalb nur bedingt Schlüsse auf den geeigneten Regelungsstandort.
- Weiterhin wird das AuG Wegweisungstatbestände enthalten, deren Anwendung in der Kompetenz der Migrationsbehörden liegt, beispielsweise die politische Ausweisung oder die Wegweisung infolge Sozialhilfeabhängigkeit. Die Ausweisungstatbestände wegen Straffälligkeit im StGB zu verankern, bedeutet folglich einen Einschnitt in die Kohärenz der Rechtsordnung.
- Die Art. 73 ff. AuG enthalten einen Katalog von Zwangsmassnahmen, zugeschnitten auf die (verwaltungsrechtlichen) Wegweisungstatbestände. Es handelt sich insbesondere um die Möglichkeit der Anordnung von Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft. An dieses bestehende Vollzugsinstrumentarium könnte bei einer Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im AuG unmittelbar angeknüpft werden. Bei einer Umsetzung im StGB wäre die Anknüpfung an das Institut der Sicherheitshaft (Art. 220 ff. und 440 der Strafprozessordnung [StPO]¹³⁴) zu erwägen.

5.3 Fazit

Die Mehrheit der Arbeitsgruppe gewichtet die Vorzüge einer Umsetzung im StGB stärker. Sollten sich die Bundesbehörden für die Wiedereinführung der fakultativen Landesverweisung entscheiden, und muss erst nach diesem Entscheid über den Regelungsstandort der

¹³³ Vgl. Art. 67c des Vorentwurfs für eine Änderung des StGB, einsehbar unter <http://www.bj.admin.ch> (Rubriken «Themen», «Sicherheit», «Gesetzgebung», «Änderung des Sanktionensystems»). Freilich fand dieser Vorschlag in der Vernehmlassung nur wenig Unterstützung.

¹³⁴ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (SR 312.0).

Umsetzung der Ausschaffungsinitiative entschieden werden, wäre nämlich deren Einordnung im StGB konsequenter.

Indessen sind auch gewisse Vorzüge einer Umsetzung im AuG nicht zu verkennen. Aus diesem Grund hat die Arbeitsgruppe auch eine Variante erarbeitet, welche im Ausländerrecht umzusetzen wäre (vgl. Anhang). Für die Vertreter des Initiativkomitees besteht kein Raum für eine Umsetzung im AuG. Sie bestehen auf einer Umsetzung im StGB und sind der Meinung, solches sei von Art. 121 Abs. 3–6 BV vorgegeben.

6. Voraussetzungen der Landesverweisung

6.1 Einleitung: Vier Umsetzungsvarianten

Die Arbeitsgruppe stellt im vorliegenden Bericht vier Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländerinnen und Ausländer vor (vgl. die Formulierungsvorschläge im Anhang).

Die Variante 1 wurde von den Vertretern des Initiativkomitees an der ersten Sitzung der Arbeitsgruppe eingebracht. Sie hat aufgrund der Diskussionen der Arbeitsgruppe – mit Ausnahme von Modifikationen des Deliktskatalogs – keine wesentlichen Änderungen mehr erfahren. Die Varianten 2 bis 4 wurden von einer Mehrheit der Arbeitsgruppe erarbeitet und stellen eigenständige Alternativen zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen dar. Die Vertreter des Initiativkomitees lehnen die Varianten 2 bis 4 ausdrücklich ab.

Die einzelnen Varianten könnten zum Teil miteinander kombiniert werden. Beispielsweise liesse sich der Deliktskatalog der Variante 2 mit den Vollzugsbestimmungen der Variante 3 verbinden.

In den folgenden Ziff. 6.2–6.8 werden die *Voraussetzungen* für die Anordnung einer Landesverweisung erläutert. Im Mittelpunkt steht dabei der so genannte Deliktskatalog, das heisst der Katalog der Straftaten, die zwingend zu einer Landesverweisung führen sollen. Ziff. 6.9 erläutert die Varianten und unterzieht sie einer ersten Würdigung.

Im Anschluss werden die Bestimmungen über den *Vollzug* der Landesverweisung kommentiert (vgl. unten, Ziff. 7). Die Gesamtwürdigung der vier Varianten findet sich in Ziff. 9 hiernach.

6.2 Anknüpfungspunkte

6.2.1 Verfassungsrechtliche Vorgaben

6.2.1.1 Artikel 121 Absatz 3 und 4 BV

Primärer Anknüpfungspunkt für die Ausformulierung eines Deliktskatalogs sind die neuen Verfassungsbestimmungen, namentlich Art. 121 Abs. 3 und 4 BV.

Nach Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV verlieren Ausländerinnen und Ausländer ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie wegen einer der folgenden Straftaten verurteilt worden sind:

- vorsätzliches Tötungsdelikt;
- Vergewaltigung oder anderes schweres Sexualdelikt;
- anderes Gewaltdelikt wie Raub;
- Menschenhandel;
- Drogenhandel;
- Einbruchsdelikt.

Art. 121 Abs. 4 Satz 1 BV hält den Gesetzgeber an, diese «Tatbestände» näher zu *umschreiben*. Dies drängt sich allein schon deshalb auf, da die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht überall eine Entsprechung im StGB finden: Einige Deliktgruppen knüpfen an mehrere bestehende Strafbestimmungen an (etwa «Einbruchsdelikt»); andere Deliktskategorien sind relativ offen gehalten (etwa «anderes schweres Sexualdelikt»; vgl. zum Ganzen oben, Ziff. 3.3.2.2). Insbesondere die Begriffe «Gewaltdelikt», «Drogenhandel» und «Einbruchsdelikt» sind strafrechtlich nicht definiert und bedürfen einer auslegenden Interpretation.

Der Gesetzgeber kann die Delikte nach Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV um weitere Tatbestände *ergänzen* (Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV). Hier wie auch schon bei der näheren Umschreibung der Tatbestände nach Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV wird dem Gesetzgeber grosses Ermessen eingeräumt (vgl. oben, Ziff. 3.3.1).

6.2.1.2 Verhältnismässigkeitsprinzip

Als allgemeine Leitlinie zur Gestaltung der Ausführungsgesetzgebung dienen die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns, etwa das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. oben, Ziff. 2.2 und 3.3.1). Nach dem Verständnis der Mehrheit der Arbeitsgruppe ist Ziel der Umsetzungsgesetzgebung, eine Regelung zu schaffen, welche kohärent und in sich verhältnismässig ist, das heisst, in jedem Fall zu verhältnismässigen Lösungen führt, obwohl (oder weil) die rechtsanwendende Behörde bezüglich der Berücksichtigung der persönlichen und familiären Situation des Täters bei der Anordnung der Landesverweisung *keinen* Ermessensspielraum hat (hingegen können Vollzugshindernisse in einer späteren Phase geprüft werden, vgl. unten, Ziff. 7.2.1 und 7.5.3).

Die nachfolgend beschriebenen Regelungsvorschläge für das Strafrecht reihen die Landesverweisung in das Kapitel über Massnahmen ein (Art. 56 ff. StGB; vgl. die Formulierungsvorschläge im Anhang). Durch diese systematische Einordnung kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip noch mehr Gewicht zu: Im Massnahmenrecht gilt der Grundsatz, dass der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters mit Blick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig sein darf (vgl. Art. 56 ff., insb. Art. 56 Abs. 2 StGB).¹³⁵

Die Landesverweisung hat in erster Linie zum Ziel, Ausländer, die in der Schweiz eine bestimmte Straftat begangen haben, daran zu hindern, weitere Straftaten in der Schweiz zu begehen.

- Die Landesverweisung wird zwar in den meisten Fällen *geeignet* sein, dieses Ziel zu erreichen.

¹³⁵ Vgl. STRATENWERTH, § 8 Rz. 12 ff. Würde die Landesverweisung wie im alten Recht (Art. 55 aStGB) als Nebenstrafe ausgestaltet werden, müsste dagegen dem Schuldprinzip Rechnung getragen werden.

- Probleme stellen sich bei der *Notwendigkeit* der Massnahme: In bestimmten Fällen kann eine weniger einschneidende Massnahme (z.B. eine ambulante Massnahme oder ein Berufsverbot) das genannte öffentliche Interesse ebenso erreichen. Die Landesverweisung wird insbesondere bei bestimmten Tätern mit einer günstigen Zukunftsprognose nicht notwendig sein. Diesem Aspekt kann das Gericht bei der Festlegung der Dauer der Landesverweisung bis zu einem gewissen Grad, jedoch nur unzureichend, Rechnung tragen.
- Schliesslich wird die Landesverweisung bei geringfügigen Straftaten (aufgrund der abstrakten Strafdrohung und/oder der im Einzelfall ausgefallten Strafe) nicht *verhältnismässig i.e.S.* sein. Durch die Voraussetzung einer Mindeststrafe von (in concreto) 6 Monaten wird ein minimales Verschulden verlangt, das für die Verhältnismässigkeit i.e.S. relevant ist (dazu unten, Ziff. 6.7).

Die Vertreter des Initiativkomitees lehnen eine Mindeststrafe ab, weil der klare Wortlaut der Verfassung dafür keinen Raum lasse.

Den Aspekten der Geeignetheit und der Notwendigkeit kann im Rahmen der Umsetzungsgesetzgebung kaum Rechnung getragen werden. Auch bei der Verhältnismässigkeit i.e.S. werden von der neuen Verfassungsbestimmung enge Grenzen gesetzt.

6.2.2 Folgerungen

6.2.2.1 Anvisierte Kriminalitätsformen

Für die nähere Umschreibung und Ergänzung der Tatbestände lassen sich den Wertungen der Verfassung einige Anhaltspunkte entnehmen.

Grundsätzlich können alle Tatbestände in den Deliktskatalog aufgenommen werden, die in den Rahmen von Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV fallen – unabhängig davon, welches Individual- oder Allgemeinrechtsgut geschützt wird. Eine eng an die Verfassung angelehnte Auslegung orientiert sich jedoch an den in Bst. a aufgeführten Tatbeständen: Sie umreissen die Kriminalitätsformen, welche in der Öffentlichkeit häufig mit Personen ausländischer Staatsangehörigkeit oder besonderer Sozialschädlichkeit in Verbindung gebracht werden; sie spiegeln die Kriminalität, welche die Stimmbürger bei Annahme der Initiative im Auge hatten (vgl. oben, Ziff. 3.3.1).

Aus dem Katalog von Bst. a geht hervor, dass das Schwergewicht bei Straftaten gegen Individualrechtsgüter liegt: Anvisiert sind Straftaten gegen Leib und Leben und die sexuelle Integrität – vornehmlich, wenn diese *Gewaltelemente* enthalten. Andererseits wird auch bestimmten Betäubungsmitteldelikten und Straftaten gegen Eigentum und Vermögen besondere Bedeutung beigemessen.

6.2.2.2 Schwere der Delikte

Bei der Bewertung der Schwere von Delikten ist von folgendem Ansatz auszugehen:

- Im schweizerischen Strafrecht werden die Delikte gemäss ihrer Schwere in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen eingeteilt. Nach Art. 10 StGB unterscheidet das Strafgesetzbuch die Verbrechen von den Vergehen nach der Schwere der Strafen, mit der die Taten bedroht sind: Verbrechen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind. Vergehen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind. Übertretungen sind dagegen Taten, die mit Busse bedroht sind (Art. 103 StGB).

Die *abstrakte Strafdrohung* und die darauf gestützt erfolgende Einteilung in die Kategorien Verbrechen, Vergehen und Übertretungen stellt das Element dar, das dem Gesetzgeber zur «Klassifizierung des Schweregrads» und grundsätzlichen Unrechtsgehalts einer Tat zur Verfügung steht.

- Diese grundsätzliche Gewichtung wird im Einzelfall durch den Richter konkretisiert. Das schweizerische Strafrecht stellt ein Schuldstrafrecht dar. Das heisst, die *im Einzelfall verhängte Strafe* wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, sich rechtskonform zu verhalten (Art. 47 StGB).

Die Schwere einer Straftat ergibt sich daher somit einerseits aus der für diese Tat angedrohten Strafe und andererseits aus der im Einzelfall aufgrund des Verschuldens verhängten Strafe oder Massnahme. So kann z.B. die vorsätzliche Tötung nach Art. 111 StGB als schweres Delikt bezeichnet werden, wenn darauf abgestellt wird, dass für diese Tat eine Freiheitsstrafe von mindestens fünf und maximal 20 Jahren angedroht wird. Im konkreten Einzelfall kann indessen ein Täter, der eine vorsätzliche Tötung begangen hat, z.B. wegen Schuldunfähigkeit nach Art. 19 Abs. 1 StGB freigesprochen werden und daher straflos ausgehen oder mit einer Massnahme (z.B. einer Verwahrung) belegt werden. Die vorsätzliche Tötung könnte auch in einer Notwehrsituation begangen worden sein und gestützt auf Art. 16 Abs. 1 StGB milder – z.B. mit einer bedingten Freiheitsstrafe von wenigen Wochen – bestraft werden.

Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV enthält eine Auflistung einzelner Tatbestände mit sehr unterschiedlich hohen abstrakten Strafdrohungen. Vorsätzliche Tötungsdelikte, Vergewaltigung, Raub und Menschenhandel stellen Verbrechen dar, wobei die Verbrechenstrafe oft gar qualifiziert ist (Art. 111–113 StGB, Art. 190 StGB). Drogenhandel und Einbruchsdelikt stellen demgegenüber nach der vorliegenden Interpretation dieser Begriffe Vergehen dar. Die Ausführungsgesetzgebung muss sich an den von der Verfassung vorgegebenen Linien orientieren, wobei man einerseits auf die (qualifizierten) Verbrechenstrafen, andererseits auf die Vergehensstrafen abstellen kann.

6.3 Schwere Delikte

6.3.1 Vorsätzliches Tötungsdelikt

Gemäss Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV soll die Landesverweisung unter anderem bei einem vorsätzlichen Tötungsdelikt zum Tragen kommen. Darunter fallen nach der Gesetzessystematik *vorsätzliche Tötung* (Art. 111 StGB), *Mord* (Art. 112 StGB), *Totschlag* (Art. 113 StGB), *Tötung auf Verlangen* (Art. 114 StGB), *Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord* (Art. 115 StGB) und *Kindestötung* (Art. 116 StGB). Einzig auf die systematische Auslegung abzustellen würde bedeuten, dass alle diese Tatformen in den Deliktskatalog aufgenommen werden müssten.

Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), Mord (Art. 112 StGB) und Totschlag (Art. 113 StGB) fallen aufgrund der Strafdrohung in die Verbrechenkategorie. Sie sind mit Freiheitsstrafe von mindestens 5 Jahren (Art. 111 StGB), von mindestens 10 Jahren (Art. 112 StGB) bzw. von 1–10 Jahren (Art. 113 StGB) bedroht. Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB) und Kindestötung (Art. 116 StGB) sind dagegen mit einer Strafdrohung von 1–3 Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe als Vergehen einzustufen. Auch die Verleitung und Beihilfe

zum Selbstmord (Art. 115 StGB, Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) verkörpert einen geringeren Unrechtswert. Versteht man «vorsätzliches Tötungsdelikt» in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV als Hinweis auf die «Kern-»Tötungsdelikte Mord, Tötung und Totschlag, wäre eine Eingrenzung auf diese Delikte angezeigt. Art. 114 und 115 StGB scheinen auch nicht das Gewaltpotential zu bergen, dem man entgegentreten will. Bestraft wird, wer einen anderen zum Selbstmord verleitet oder dazu Hilfe leistet bzw. wer einen anderen auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen tötet. Diese Delikte zeigen in der Praxis nur geringe Relevanz.¹³⁶

Auch im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs (Art. 118 StGB) gibt es Tatvarianten mit Verbrechenstraßen (strafbarer Schwangerschaftsabbruch mit Einwilligung der schwangeren Frau, Art. 118 Abs. 1 StGB und Schwangerschaftsabbruch ohne Einwilligung der schwangeren Frau, Art. 118 Abs. 2 StGB), die jedoch mit Blick auf die anvisierten Kriminalitätsformen ebenfalls nicht zwingend in den Deliktskatalog aufgenommen werden müssen.

6.3.2 Vergewaltigung oder anderes schweres Sexualdelikt

Vergewaltigung (Art. 190 StGB) wird mit Freiheitsstrafe von 1–10 Jahren bedroht und stellt demnach ein schweres Sexualdelikt dar. Die grausame Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 3 StGB) ist gar mit Freiheitsstrafe von mindestens 3 Jahren bedroht.

Für die anderen schweren Sexualdelikte setzt Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV voraus, dass deren Unrechtsgehalt mit demjenigen der Vergewaltigung vergleichbar ist. Unter dem Titel «Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität» können folgende Delikte aufgrund der abstrakten Strafdrohung als mit der Vergewaltigung vergleichbar bezeichnet werden:

- *Sexuelle Nötigung* (Art. 189 StGB): Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe; bei der grausamen sexuellen Nötigung (Abs. 3) gar Freiheitsstrafe von mindestens 3 Jahren;
- *Schändung* (Art. 191 StGB): Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe;
- *Förderung der Prostitution* (Art. 195 StGB): Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe.

Sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB) schützt die sexuelle Entwicklung Unmündiger,¹³⁷ und stellt damit einen Auffangtatbestand für alle Fälle dar, in denen die schwereren Tatbestände etwa der Vergewaltigung, der sexuellen Nötigung oder Schändung nicht erfüllt sind. Hier ist Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe angedroht. Nach Art. 187 Ziff. 3 StGB kann von einer Strafe abgesehen werden, z.B. wenn eine Liebesbeziehung vorliegt. Hier stünde der Verlust des Aufenthaltsrechts kaum in Einklang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Bei irriger Vorstellung ist Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe angedroht (Art. 187 Ziff. 4 StGB).

Die weiteren Delikte gegen die sexuelle Integrität (*Sexuelle Handlungen mit Abhängigen*, Art. 188 StGB; *Sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten*, Art. 192 StGB; *Ausnützung der Notlage*, Art. 193 StGB; *Pornografie*, Art. 197 StGB) sind

¹³⁶ Ausschliesslich wegen Art. 114 StGB erfolgten in den Jahren 1984–2006 lediglich 8 Verurteilungen; ausschliesslich wegen Art. 115 StGB erfolgten in diesen Jahren keine Verurteilungen; 2009 sind keine entsprechenden Verurteilungen von ausländischen Personen verzeichnet (gem. Angaben BFS).

¹³⁷ MAIER PHILIPP, BaKomm, Strafgesetzbuch II, Art. 187 StGB Rz. 1.

mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht und stellen demnach Vergehen dar. Würden Delikte mit dieser Strafdrohung aufgenommen, fänden sich praktisch sämtliche (und nicht nur schwere) Delikte gegen die sexuelle Integrität im Katalog.

6.3.3 Anderes Gewaltdelikt wie Raub

Der Tatbestand des *Raubes* (Art. 140 StGB) fällt unter die Vermögensdelikte. Er stellt ein sog. *zweiaktiges Delikt* dar, das aus einem Diebstahl und einer qualifizierten Nötigung zusammengesetzt ist.¹³⁸ Zum Zwecke der Begehung des Diebstahls oder zur Sicherung der Beute muss der Täter ein Nötigungsmittel einsetzen, d.h. Gewalt gegen eine Person, Androhung gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder die Widerstandsunfähigkeit des Betroffenen bewirken (Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Gemessen an der Strafdrohung kann dieses Verbrechen als schwer bezeichnet werden (Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen). Gerade die qualifizierten Tatvarianten des Mitführens einer Schusswaffe oder einer anderen gefährlichen Waffe (Ziff. 2), der Bandenmässigkeit oder besonderen Gefährlichkeit (Ziff. 3) und des Raubes mit Lebensgefährdung, schwerer Körperverletzung oder grausamer Behandlung des Opfers (Ziff. 4) stellen sehr schwere Straftaten dar.

Fraglich ist, welche weiteren Straftaten unter diesem Titel in den Deliktskatalog aufzunehmen sind. Der Begriff «Gewaltdelikt» ist nur sehr schwer zu fassen. Er lässt sich über die gesetzlichen Straftatbestände kaum eingrenzen, weil das Strafgesetzbuch – im Gegensatz zu den «Sexualstraftaten» – keine eigentlichen «Gewaltstraftaten» kennt. Die Durchsicht von Literatur und Rechtsprechung zum Gewaltbegriff¹³⁹ zeigt, dass es hierfür keine allgemein anerkannte Definition gibt. Der vergleichende Bezug auf den Raub lässt darauf schliessen, dass primär Delikte mit Gewalt gegen Leib und Leben gemeint sind, die vom Unrechtsgehalt und der Schwere her mit Art. 140 StGB vergleichbar sind. Folgenden Delikten, welche aufgrund der Strafdrohung als schwer bezeichnet werden müssen, sind Gewaltelemente immanent:

- *Tötungsdelikte* (Art. 111 ff. StGB): siehe dazu oben, Ziff. 6.3.1.
- *Körperverletzung* (Art. 122 ff. StGB): Die *schwere Körperverletzung* (Art. 122 StGB) stellt ein Verbrechen dar und muss mit Blick auf die Strafdrohung (Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen) als gravierend bezeichnet werden. Die *einfache Körperverletzung* (Art. 123 StGB) zeichnet sich durch verhältnismässig geringen Unrechtsgehalt aus. Die Strafdrohung lautet auf 1–3 Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Sofern die Körperverletzung nicht mit gefährlichen Mitteln oder an einer wehrlosen bzw. anvertrauten Person begangen wird (Ziff. 2), wird die Tat zudem nur auf Antrag verfolgt. Bei einer Aufnahme der einfachen Körperverletzung in den Deliktskatalog hängt es damit vom Willen des antragsberechtigten Opfers ab, ob der ausländische Täter des Landes verwiesen wird.
- *Aussetzung* (Art. 127 StGB), *Gefährdung des Lebens* (Art. 129 StGB), *Angriff* (Art. 134 StGB): Auf diese Straftaten ist Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe angedroht. Auch sie sind von der abstrakten Schwere her nicht mit Raub vergleichbar.

¹³⁸ NIGGLI MARCEL ALEXANDER / RIEDO CHRISTOF, BaKomm, Strafgesetzbuch II, Art. 140 StGB Rz. 8.

¹³⁹ SCHÜRMANN, S. 1 ff.

- *Unterlassung der Nothilfe (Art. 128 StGB), Falscher Alarm (Art. 128^{bis} StGB), Raufhandel (Art. 133 StGB), Gewaltdarstellungen (Art. 135 StGB), Verabreichen gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder (Art. 136 StGB)*: Diese Tatbestände stellen Vergehen dar (Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis 3 Jahren oder Geldstrafe). Des Raufhandels (Art. 133 StGB) macht sich strafbar, wer sich an einem Raufhandel beteiligt, der den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen zur Folge hat. Wer dagegen einen oder mehrere Menschen angreift, wird aufgrund des schwereren Art. 134 StGB bestraft. Dass der Raufhandel den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen voraussetzt, stellt eine sogenannte objektive Strafbarkeitsbedingung dar. Sie zeigt die erforderliche Gefährlichkeit des Raufhandels, die eine Bestrafung rechtfertigt. Der Tod oder die Körperverletzung an sich wird aber durch die entsprechenden Tatbestände (Art. 111 ff. und Art. 122 ff. StGB) geahndet.
- *Erpressung (Art. 156 StGB)*: Die einfache Erpressung (Ziff. 1) wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht und zeichnet sich daher verglichen mit dem Raub durch einen geringeren Unrechtsgehalt aus. Höhere Strafdrohungen finden sich bei der gewerbsmässigen oder fortgesetzten Erpressung (Ziff. 2: Freiheitsstrafe von 1–10 Jahren), der Erpressung mit Gewaltanwendung oder Bedrohung mit Gefahr für Leib und Leben (Ziff. 3: Verweis auf Raub, Art. 140 StGB) und der Erpressung mit Bedrohung vieler Menschen mit Gefahr für Leib und Leben oder mit schwerer Schädigung von Sachen, an denen ein hohes öffentliches Interesse besteht (Ziff. 4: Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr). In Anbetracht dessen, dass die Erfüllung dieses Tatbestandes die Anwendung von «Gewalt» voraussetzt, scheint angezeigt, die qualifizierten Tatvarianten in den Deliktskatalog aufzunehmen.
- *Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183, 184 StGB)*: Art. 183 und 184 StGB setzen Gewalt, List oder Drohung voraus. Die Strafe ist Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe. Der Unrechtsgehalt ist damit auch hier von der abstrakten Schwere her nicht mit demjenigen des Raubes vergleichbar. Liegen erschwerende Umstände vor (d.h. versucht der Täter ein Lösegeld zu erlangen oder behandelt er das Opfer grausam), ist die Strafe Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr (Art. 184 StGB). Auch hier rechtfertigt sich die Aufnahme mindestens der qualifizierten Tatform in den Deliktskatalog.
- *Geiselnahme (Art. 185 StGB)*: Auf dieses Delikt wird Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr angedroht (Ziff. 1); wird das Opfer mit Tod, schwerer Körperverletzung oder Grausamkeit bedroht, beträgt die Freiheitsstrafe mindestens 3 Jahre (Ziff. 2) und in schweren Fällen kann der Richter gar auf lebenslängliche Freiheitsstrafe erkennen (Ziff. 3). Die Aufnahme in den Deliktskatalog drängt sich mit Blick auf die schwere Strafdrohung auf.
- *Sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB)*: siehe dazu oben, Ziff. 6.3.2.
- *Kriminelle Organisation (Art. 260^{ter} StGB)*: Die Strafdrohung (Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe) liegt unter der Schwelle des Raubes. Eine Aufnahme in den Deliktskatalog scheint nicht zwingend. Es gäbe aber auch Gründe, diesen Tatbestand in den Deliktskatalog aufzunehmen, da er gewisse Gewaltelemente und schwerste Fälle organisierter Kriminalitätsformen trifft. Allerdings hat der Tatbestand insoweit subsidiären Charakter, als im Regelfall auch andere Straftaten begangen werden, muss die Organisation doch den Zweck verfolgen, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern. Schon aufgrund dieser Straftaten (z.B. Erpressung oder Drogenhandel) kann eine Landesverweisung zwingend sein.

- *Finanzierung des Terrorismus* (Art. 260^{quinquies} StGB): Art. 260^{quinquies} StGB droht ebenfalls Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe an.
- *Völkermord* (Art. 264 StGB), *Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (Art. 264a StGB), *Kriegsverbrechen* (namentlich Art. 264e Abs. 1 Bst. b StGB), *Hochverrat* (Art. 265 StGB), *Verbotene Handlungen für einen fremden Staat* (Art. 271 Ziff. 2 StGB): Diese Straftaten scheinen zwar nicht unter die vom Verfassungsgeber anvisierten Kriminalitätsformen zu fallen. Doch stellen Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen zum Teil schwerste Gewaltstraftaten gegen Leib und Leben und die sexuelle Integrität dar (vgl. u.a. Art. 264 Bst. a, Art. 264a Abs. 1 Bst. a, b, f und g StGB). Sie können daher eine zwingende Landesverweisung ebenso rechtfertigen wie ein Mord, eine vorsätzliche Tötung oder eine Vergewaltigung, die nicht in diesem besonderen Rahmen begangen werden.

Die Vertreter des Initiativkomitees sind der Auffassung, dass auch die einfache Körperverletzung, der Angriff und der Raufhandel in den Katalog der Delikte aufzunehmen sind.

Aus ihrer Sicht belegt die Kriminalstatistik deutlich, dass die Ausländerkriminalität auch im Bereich von Leib und Leben, die mit der angenommenen Volksinitiative bekämpft werden soll, bei den genannten Delikten ausgeprägt ist.

6.3.4 Berücksichtigung der Schwere der Delikte bei den Tötungsdelikten, den Sexualdelikten und den Gewaltdelikten in den einzelnen Varianten

Alle vier Varianten erfassen im Deliktskatalog die drei schwersten vorsätzlichen Tötungsdelikte, das heisst die vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), den Mord (Art. 112 StGB) und den Totschlag (Art. 113 StGB).

Bei der Konkretisierung von Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV in Bezug auf die Sexualstraftaten (Vergewaltigung oder ein anderes schweres Sexualdelikt) und die Gewaltstraftaten (Gewaltdelikt wie Raub) gehen die einzelnen Varianten von unterschiedlichen Ansätzen aus (vgl. dazu auch unten, Ziff. 6.9):

- In Variante 1, dem Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees, steht für die Beurteilung der Schwere eines Delikts nicht die angedrohte oder die im konkreten Einzelfall verhängte Strafe im Vordergrund, sondern die Art der Rechtsgutverletzung. Daher enthält der Deliktskatalog in Variante 1 neben der Vergewaltigung und dem Raub zwar Sexualdelikte und Gewaltdelikte, die *Verbrechen* darstellen, aber auch solche, die nur als *Vergehen* eingestuft sind und mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden.
- Die Varianten 2 und 4 enthalten nur Sexualdelikte und Gewaltdelikte, die als *schwere Verbrechen* einzustufen sind. Als Massstab für die abstrakte Schwere der Delikte dienen die in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV genannten Grundtatbestände der Vergewaltigung (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren) und des Raubes (Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen).
- Variante 3 setzt den Massstab etwas tiefer als die Varianten 2 und 4, jedoch höher als Variante 1. Sie erfasst im Bereich der Sexualdelikte und der Gewaltdelikte neben der Vergewaltigung und dem Raub die Taten bestimmter Titel des StGB, die als *Verbrechen* eingestuft sind.

6.3.5 Menschenhandel

Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV nennt ausdrücklich den Tatbestand des Menschenhandels (Art. 182 StGB). Auf dieses Delikt ist Freiheitsstrafe oder Geldstrafe angedroht, wobei nach Abs. 3 in jedem Fall auch eine Geldstrafe auszusprechen ist. Menschenhandel fällt damit in die Verbrechenkategorie. Bei Menschenhandel zum Nachteil einer unmündigen Person oder bei Gewerbsmässigkeit (Abs. 2) ist die Strafe Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr.

6.3.6 Ergänzung um weitere schwere Straftaten?

Grundsätzlich bestünde die Möglichkeit, weitere Straftaten in den Deliktskatalog aufzunehmen (Art. 121 Abs. 4 BV). In Frage kommen etwa Vermögensdelikte, die der Verbrechenkategorie zuzuordnen sind:

- *Veruntreuung* (Art. 138 StGB): Die Strafdrohung lautet auf Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe. Die qualifizierte Form (Ziff. 2) wird mit Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe bestraft.
- *Diebstahl* (Art. 139 StGB): Diebstahl wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht. Eine höhere Strafdrohung findet sich beim gewerbsmässigen Diebstahl (Ziff. 2: Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe von mindestens 90 Tagessätzen) und beim bandenmässigen Diebstahl bzw. bei besonderer Gefährlichkeit (Ziff. 3: Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen).
- *Betrug* (Art. 146 StGB): Dieser wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht. Dagegen wird der gewerbsmässige Betrug mit Freiheitsstrafe bis 10 Jahre oder Geldstrafe von mindestens 90 Tagessätzen bestraft. Betrug setzt Arglist und damit eine besondere Verschlagenheit voraus. Hinzuweisen ist auch auf «Sonderformen des Betrugs» mit derselben Strafdrohung: So der gewerbsmässige betrügerische Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 Abs. 2 StGB) und der gewerbsmässige Check- und Kreditkartenmissbrauch (Art. 148 Abs. 2 StGB).
- *Wucher* (Art. 157 StGB): Wucher wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe, der gewerbsmässige Wucher (Ziff. 2) mit Freiheitsstrafe von 1 bis 10 Jahren bedroht. Die Aufnahme in den Deliktskatalog könnte damit begründet werden, dass der Täter die Zwangslage, Abhängigkeit, Unerfahrenheit oder Schwäche im Urteilsvermögen einer Person ausbeutet.
- *Hehlerei* (Art. 160 StGB): Auf Hehlerei ist Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe angedroht. Bei gewerbsmässiger Hehlerei (Ziff. 2) ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren oder Geldstrafe von mindestens 90 Tagessätzen.

6.3.7 Umsetzung in den einzelnen Varianten

Es kann nicht abschliessend beurteilt werden, welche Delikte sich ausschliesslich auf Art. 121 Abs. 4 BV stützen. Massgebend ist insbesondere die Auslegung von Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV: Wird diese Bestimmung in Bezug auf die Deliktsarten und die Schwere der Taten eng ausgelegt, so dass z.B. im Bereich der Gewaltdelikte nur Verbrechen erfasst werden, fallen mehr Delikte unter Art. 121 Abs. 4 BV, so z.B. die *Vergehen* im Bereich der Gewaltdelikte. Bei einer weiten Auslegung fallen demgegenüber weniger Delikte unter Art. 121 Abs. 4 BV. Massgebend ist zudem, welche Delikte als «Gewaltdelikte» im Sinne von Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV bezeichnet werden.

Die einzelnen Varianten nutzen die Möglichkeit, den Deliktskatalog gestützt auf Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV zu ergänzen in unterschiedlicher Weise (vgl. dazu auch unten, Ziff. 6.9):

- In Variante 1 wird der Deliktskatalog um einzelne schwere Vermögensdelikte (gewerbsmässiger und bandenmässiger Diebstahl und gewerbsmässige Hehlerei) und gemeingefährliche Verbrechen (sofern diese nicht als Gewaltdelikte eingestuft werden) ergänzt. Auch der Verweisungsbruch (Art. 291 StGB) und die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen Art. 115 AuG basieren auf Art. 121 Abs. 4 BV. Der Deliktskatalog enthält ferner im Bereich der Sexualdelikte (z.B. sexuelle Handlung mit Abhängigen, Ausnützen der Notlage) und der Gewaltdelikte (z.B. Aussetzung, Raufhandel) verschiedene Vergehen. Sofern Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV so ausgelegt wird, dass er (gemäss der angedrohten Strafe) nur schwere Straftaten erfasst, würden diese Vergehen unter Art. 121 Abs. 4 BV fallen.
- Die Varianten 2 und 4 erfassen über die Auffangklausel (vgl. E-Art. 73a Abs. 1 Bst. a StGB bzw. E-Art. 63a Abs. 1 Bst. a AuG) zahlreiche schwere Verbrechen, welche sich auf Art. 121 Abs. 4 BV abstützen. Zu nennen sind schwere Vermögensdelikte, gemeingefährliche Verbrechen (sofern diese nicht als Gewaltdelikte eingestuft werden), Verbrechen gegen die öffentliche Gesundheit (welche allerdings ebenfalls Gewaltelemente aufweisen), Verbrechen gegen den öffentlichen Verkehr, Verbrechen gegen den Staat und die Landesverteidigung sowie schwere Verbrechen des Nebenstrafrechts (z.B. Gewerbsmässiger Kinderhandel, Widerhandlungen gegen das Kriegsmaterialgesetz oder das Kernenergiegesetz).
- Variante 3 ist zurückhaltend mit Ergänzungen des Deliktskatalogs gestützt auf Art. 121 Abs. 4 BV. Als zusätzliche schwere Delikte können der Betrug und die Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden genannt werden (sofern letztere nicht unter die Gewaltdelikte eingereiht werden).

6.4 Übrige Delikte

6.4.1 Drogenhandel

Der Begriff des Drogenhandels (bzw. des Handels mit Betäubungsmitteln) entspricht keinem strafgesetzlichen Tatbestand und ist folglich konkretisierungsbedürftig. Das Betäubungsmittelgesetz stellt in Art. 19 Ziff. 1 verschiedene Tathandlungen unter Strafe, welche den Handel mit Drogen im weitesten Sinn betreffen. So wird neben dem eigentlichen «Verkauf» von Betäubungsmitteln etwa der Anbau von Drogen oder deren Lagerung erfasst. Gestützt auf Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV könnten jedoch weitere strafbare Handlungen von Art. 19 BetmG, die zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen sollen, in den Deliktskatalog aufgenommen werden.

Drogendelikte nach Art. 19 BetmG, die zum *eigenen Konsum* begangen werden, werden gestützt auf Art. 19a BetmG lediglich mit Busse bestraft. Zudem kann in leichten Fällen nach Art. 19a Ziff. 2 BetmG (trotz formeller Verurteilung) von einer Strafe abgesehen werden.

Die von Art. 19 Ziff. 1 BetmG erfassten Tathandlungen stellen Vergehen dar: Sie sind mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht.

Folgende Tathandlungen fallen unter Art. 19 Ziff. 1 BetmG:

- Abs. 1: Anbau alkaloidhaltiger Pflanzen oder Hanfkrauts zur Gewinnung von Betäubungsmitteln;

- Abs. 2: Herstellung, Ausziehen, Umwandlung oder Verarbeitung von Betäubungsmitteln;
- Abs. 3: Lagerung, Versendung, Beförderung, Einführung, Ausführung oder Durchführung;
- Abs. 4: Anbieten, Verteilen, Verkauf, Vermittlung, Verschaffen, Verordnung, In Verkehr bringen oder Abgeben;
- Abs. 5: Besitzen, Aufbewahren, Kaufen oder sonst wie Erlangen;
- Abs. 6: Finanzierung des unerlaubten Verkehrs mit Betäubungsmitteln oder Vermittlung der Finanzierung;
- Abs. 7: Öffentliche Aufforderung zum Betäubungsmittelkonsum oder öffentliches Bekanntgeben einer Gelegenheit zum Konsum von Betäubungsmitteln.

In *schweren Fällen* ist Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr angedroht, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Diese Taten stellen somit Verbrechen dar. Beispiele schwerer Fälle nennt Ziff. 2:

- Bst. a: Der Täter weiss oder muss annehmen, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann.
- Bst. b: Der Täter handelt als Mitglied einer Bande, die sich zur Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs zusammengefunden hat.
- Bst. c: Der Täter erzielt durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn.

Denkbar sind aber auch weitere schwere Fälle; Ziff. 2 ist nicht abschliessend. In der bundesgerichtlichen Praxis werden folgende Fälle genannt:

- Wiederholte Tatbegehung, sofern Täter insgesamt eine Betäubungsmittelmeng umsetzt, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann;¹⁴⁰
- Verwendung eines giftigen Streckmittels.¹⁴¹

Ziff. 3 betrifft die fahrlässige Tatbegehung. Hier ist Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr oder Geldstrafe angedroht.

6.4.2 Einbruchsdelikt

Auch der Begriff «Einbruchsdelikt», den die Verfassungsbestimmung erwähnt, hat keinen strafrechtlich vordefinierten Inhalt. Die anvisierte Tatform knüpft jedoch an mehrere bestehende Strafbestimmungen an. Nach allgemeinem Sprachgebrauch fallen folgende Tatkombinationen unter den Begriff:

- *Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) verbunden mit Diebstahl (Art. 139 StGB) oder Sachbeschädigung (Art. 144 StGB)*: So Variante 1, wonach somit die Verletzung des fremden Hausrechts im Zentrum steht (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe).
- *Diebstahl (Art. 139 StGB),¹⁴² verbunden mit Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB)*: So die Varianten 2–4, welche somit den Diebstahl- bzw. Diebstahlsversuch als zentral erachten, zu dessen Zweck der Täter in eine Wohnung, ein Haus oder einen Ge-

¹⁴⁰ FINGERHUTH / TSCHURR, Art. 19 BetmG Rz. 199–202 mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 6S.190/2000 vom 11.7.2001, E. 2c.

¹⁴¹ FINGERHUTH / TSCHURR, Art. 19 BetmG Rz. 199–202 mit Verweis auf BGE 119 IV 186.

¹⁴² Der Raub ist unter diesem Titel nicht mehr explizit zu erwähnen, vgl. oben Ziff. 6.3.3.

schäftsraum eindringt. Diebstahl ist mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedroht. In der Regel wird durch das Eindringen in diese Räume auch eine Sachbeschädigung nach Art. 144 StGB vorliegen, was aufgrund immer ausgefeilterer Technologien aber nicht zwingend ist. Erfasst ist somit auch der sog. «Einschleichdiebstahl».

Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung sind nur auf Antrag strafbar. Bei dieser in Variante 1 vorgesehenen Konstellation des «Einbruchsdelikts», hängt es letztlich vom Willen der Betroffenen ab, ob der ausländische Täter die Schweiz verlassen muss.

Für die Vertreter des Initiativkomitees ist bei der Formulierung des Deliktskatalogs nicht massgebend, ob ein Straftatbestand lediglich auf Antrag verfolgt wird. Massgebend ist für sie vielmehr die mit der entsprechenden Straftat verbundene *Rechtsgüterverletzung*.

6.4.3 Weitere mögliche Delikte gemäss Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees

Verweisungsbruch (Art. 291 StGB) bestraft denjenigen, der eine von der zuständigen Behörde auferlegte Landes- oder Kantonsverweisung bricht, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Es handelt sich hier um ein Vergehen.

Art. 115 AuG bestraft die rechtswidrige Ein- bzw. Ausreise und den rechtswidrigen Aufenthalt, aber auch die Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit. Die Strafdrohung ist Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe – und somit auch im Vergleich mit den in der Verfassung genannten leichteren Delikte sehr gering.

6.5 Raserproblematik

Im Rahmen der Diskussionen zu den Deliktskatalogen hat sich die Frage ergeben, ob und inwiefern auch von «Raserinnen und Rasern» begangene Delikte berücksichtigt werden sollen.

6.5.1 Bestrebungen zur Verhinderung und zur Sanktionierung von Raserdelikten

In den letzten Jahren wurden zahlreiche parlamentarische Vorstösse im Zusammenhang mit der Verbesserung der Strassenverkehrssicherheit eingereicht. Seit dem Jahr 2009 wurden 16 parlamentarische und kantonale Vorstösse allein zum Thema «Raser und Raserinnen» eingereicht.¹⁴³

Mit der Vorlage «Via sicura» trägt der Bundesrat den zahlreichen parlamentarischen Vorstössen Rechnung, die eine Verbesserung der Strassenverkehrssicherheit, insbesondere Massnahmen gegen schwere Geschwindigkeitswiderhandlungen, verlangen. Via sicura

¹⁴³ Kantonale Initiativen 09.326 und 09.327 des Kantons Aargau und 10.303 des Kantons Solothurn. Parlamentarische Initiativen 09.446 Amstutz, 09.447 Malama, 09.448 Segmüller, 09.449 Aeschbacher, 09.450 Teuscher, 09.451 Jositsch, 09.452 Galladé, 09.453 Moser. Motionen 09.3057 Chopard-Acklin, 09.3632 Barthassat und 09.3772 Heim. Postulat 09.3518 Segmüller. Interpellation 09.3331 Flückiger-Bäni.

schlägt deshalb Massnahmen vor, die explizit auf schwere Geschwindigkeitswiderhandlungen abzielen, wie zum Beispiel:

- die obligatorische Fahreignungsabklärung bei Verkehrsregelverletzungen, die auf Rücksichtslosigkeit schliessen lassen;
- die obligatorische Nachschulung nach einem schweren Geschwindigkeitsdelikt;
- der Einbau eines Datenaufzeichnungsgerätes (sogenannte «Blackbox») nach einem schweren Geschwindigkeitsdelikt;
- die Einziehung von Motorfahrzeugen bei skrupelloser Tatbegehung.¹⁴⁴

Am 14. April 2010 wurde die Unterschriftensammlung zur eidgenössischen Volksinitiative «Schutz vor Rasern» gestartet, die in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs die Ergänzung der Bundesverfassung verlangt.¹⁴⁵ Die vorgeschlagenen Massnahmen ergänzen oder verschärfen die Massnahmen von Via sicura.

Schliesslich schlägt der Bundesrat im Rahmen des Projekts «Harmonisierung der Strafraumen», das am 8. September 2010 in die Vernehmlassung geschickt wurde, Änderungen zum Strafgesetzbuch vor, welche eine strengere Bestrafung von Raserdelikten zum Ziel haben.¹⁴⁶ Sie umfassen unter anderem die Vorschläge, die Höchststrafe bei der fahrlässigen Tötung (Art. 117 VE-StGB) und der fahrlässigen schweren Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 VE-StGB) auf fünf Jahre heraufzusetzen und bei der Gefährdung des Lebens (Art. 129 VE-StGB) eine Mindeststrafe von sechs Monaten einzuführen. Zudem wird bei der einfachen Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Abs. Ziff. 1 Abs. 1 VE-StGB) neu eine Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren vorgesehen. Die schwere Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 2 VE-StGB) soll neu zwingend mit einer Strafe von mindestens einem bis zu zehn Jahren bestraft werden.

Der Ständerat hat in der Sommersession 2011 als Erstrat die Detailberatung zur Vorlage Via sicura durchgeführt. Er ist dem Antrag der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerats gefolgt und hat eine Verschärfung des Strafmasses und die Erweiterung des Tatbestands für sogenannte Raser beschlossen: Personen, die durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingehen, namentlich durch besonders krasse Missachtung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, waghalsiges Überholen oder Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen, sollen neu mit ein bis vier Jahren Freiheitsstrafe, statt wie bisher mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft werden (neuer Art. 90 Abs. 2^{bis} SVG).¹⁴⁷

6.5.2 Zur Definition des «Rasers»

Der Begriff des «Rasers» wird in verschiedenen Zusammenhängen verwendet, jedoch selten definiert.

¹⁴⁴ Botschaft des Bundesrats vom 20.10.2010 zu Via sicura, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr, BBI 2010 8447.

¹⁴⁵ BBI 2010 2639, 2641; vgl. ferner <http://www.raserinitiative.ch>.

¹⁴⁶ Vgl. die Dokumentation zum Vernehmlassungsverfahren, einsehbar unter <http://www.bj.admin.ch> (Rubriken «Themen», «Sicherheit», «Gesetzgebung», «Harmonisierung der Strafraumen»).

¹⁴⁷ Vgl. AB S 2011 (13. Sitzung vom 16.6.2011, Geschäfts-Nr. 10.092).

Es gibt verschiedenste Verhaltensweisen, durch die im Strassenverkehr Personen gefährdet, verletzt oder getötet werden können. Sie müssen nicht in jedem Fall mit einer Geschwindigkeitsüberschreitung zusammenhängen. Der Begriff des Rasers wird denn auch nicht immer mit einer Geschwindigkeitsüberschreitung verbunden. Mögliche Verhalten sind auch «waghalsiges Überholen» oder die «Teilnahme an einem nicht bewilligten Rennen mit Motorfahrzeugen»¹⁴⁸. Der Raser wird daher in einem weiteren Sinne als Verkehrsteilnehmer umschrieben, der «durch vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln das hohe Risiko eines Unfalls mit Schwerverletzten oder Todesopfern eingeht»¹⁴⁹ oder der mit einem Motorfahrzeug «in skrupelloser Weise eine grobe Verkehrsregelverletzung» begeht.¹⁵⁰

Diese Umschreibungen erfassen jedoch nur das Gefährdungsdeldikt, das zu einer Bestrafung nach dem Strassenverkehrsgesetz (SVG)¹⁵¹ führen kann. Es versteht sich von selbst, dass in den Fällen, in denen die «vorsätzliche Verletzung elementarer Verkehrsregeln» oder die «skrupellose Verletzung von Verkehrsregeln» nicht nur zu einer Gefährdung, sondern zu einer Verletzung oder Tötung von Personen führt, ein noch schwereres Raserdelikt vorliegt.

6.5.3 Rechtliche Erfassung des Rasens

Grundsätzlich stellt das Rasen eine grobe Verkehrsregelverletzung dar, die nach Art. 90 Abs. 2 SVG mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft wird.

Die grobe Verkehrsregelverletzung stellt jedoch nur ein Gefährdungsdeldikt dar. Sofern eine Verkehrsregelverletzung im Strassenverkehr die Verletzung oder Tötung von Personen zur Folge hat, ist auf dieses Verhalten in der Regel ausschliesslich das StGB anwendbar. Zur Anwendung kommen zumeist Straftatbestände wie die fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB) oder die fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB). In wenigen Fällen – verlangt wird mindestens das Vorliegen eines Eventualvorsatzes – kann eine vorsätzliche Körperverletzung (Art. 122 oder 123 StGB) oder eine vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB) vorliegen.

Idealkonkurrenz zwischen Art. 90 SVG und Art. 117 bzw. 125 StGB (und damit eine gleichzeitige Anwendung) ist nur möglich, wenn neben der verletzten oder getöteten Person noch eine weitere Person konkret gefährdet worden ist.

Zusätzlich zu erwähnen ist ferner die Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB) und die *einfache* Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Abs. 1 Abs. 1 VE-StGB), für die im Rahmen der Harmonisierungsvorlage neu eine Freiheitsstrafe von bis zu 10 Jahren vorgeschlagen wird. Zudem soll die *schwere* Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 2 VE-StGB) neu zwingend mit einer Strafe von mindestens einem bis zu zehn Jahren bestraft werden.¹⁵²

¹⁴⁸ Vgl. den Wortlaut der Raserinitiative, BBI 2010 2639.

¹⁴⁹ Vgl. den Wortlaut der Raserinitiative, BBI 2010 2639.

¹⁵⁰ Neuer Art. 90a Abs. 1 Bst. a E-SVG gemäss Vorlage «Via sicura».

¹⁵¹ Strassenverkehrsgesetz vom 19.12.1958 (SR 741.01).

¹⁵² Das Verursachen einer einfachen abstrakten Gefahr durch einen Verkehrsteilnehmer fällt unter Art. 90 Ziff. 1 SVG; das dadurch begangene Verursachen einer erhöhten abstrakten oder konkreten Gefahr fällt unter Art. 90 Ziff. 2 SVG; dagegen fällt das vorsätzliche Verursachen einer konkreten Gefahr nur unter Art. 237 Ziff. 1 StGB (SCHWAIBOLD MATTHIAS, Ba-Komm, Strafgesetzbuch II, 2. Auflage, Art. 237 Rz. 4).

6.5.4 Erfassung der Raserdelikte durch die Deliktskataloge zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative

6.5.4.1 Nach geltendem Recht

Das SVG sieht als schwerste Strafe für reine Strassenverkehrsdelikte «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe» vor. Sie wird unter anderem angedroht für die grobe Verkehrsregelverletzung (Art. 90 Ziff. 2 SVG), für das Fahren in fahr-unfähigem Zustand (Art. 91 Abs. 1 und 2 SVG), die Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit (Art. 91a SVG) oder den schweren Fall von pflichtwidrigem Verhalten bei einem Unfall (Art. 92 Abs. 2 SVG).

Gestützt auf das geltende Recht wird ein Raser daher durch die Deliktskataloge nur dann erfasst, wenn er wegen einer Straftat nach dem StGB verurteilt wird. In der aktuellen Fassung der Deliktskataloge (vgl. Anhang) können folgende Tatbestände ein Raserdelikt erfassen:

- Variante 1: Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), vorsätzliche schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB), vorsätzliche leichte Körperverletzung (Art. 123 StGB) und Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB).
- Varianten 2 und 4: Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), vorsätzliche schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB) und schwere Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 2 StGB).
- Variante 3: Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), vorsätzliche schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB) und Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB).

Im Zusammenhang mit Raserdelikten wird von den Gerichten nur sehr zurückhaltend auf vorsätzliche Tötung oder vorsätzliche Körperverletzung erkannt; es muss zumindest ein Eventualvorsatz vorliegen, das heisst, der Täter muss gewusst haben, dass sein Verhalten zum Tod oder zur Verletzung eines Menschen führen kann, und er hat dies für den Fall, das es eintreten sollte, billigend in Kauf genommen. In der Regel erkennen die Gerichte auf fahrlässige Tötung oder fahrlässige Körperverletzung. Ausgehend vom heute geltenden Recht werden die Raser somit von den drei Deliktskatalogen nur in Ausnahmefällen erfasst.

6.5.4.2 Nach den vorgesehenen Gesetzesänderungen

Im Rahmen von «Via sicura» soll (in Anlehnung an die Raserinitiative) ein neuer «Rasertatbestand» geschaffen werden, der Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren androht (vgl. Ziff. 6.5.1 hiervor). Dieser Tatbestand stellt somit nach der Definition von Art. 10 StGB ein Verbrechen dar. Im Rahmen der Harmonisierungsvorlage werden zudem verschiedene Tatbestände von Vergehen zu Verbrechen heraufgestuft und zum Teil mit einer Mindeststrafe versehen (vgl. Ziff. 6.5.1 hiervor). Auf die vier Varianten (vgl. Formulierungsvorschläge im Anhang) haben die geplanten Gesetzesänderungen folgende Auswirkungen:

- Variante 1: Keine. Gemäss dem Willen der Vertreter des Initiativkomitees sollen jedoch Raser zwingend des Landes verwiesen werden. Zu gegebener Zeit soll daher eine Anpassung des Deliktskatalogs vorgenommen werden (vgl. unten, Ziff. 6.5.5).
- Varianten 2 und 4: Aufgrund seiner Mindestgrenze von einem Jahr Freiheitsstrafe würde der neue Rasertatbestand durch die Auffangklausel der Varianten 2 und 4 erfasst. Auch die einfache Störung des öffentlichen Verkehrs (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) würde aufgrund der Höchststrafe von 10 Jahren neu unter die Auffangklausel dieser Varianten fallen.

- Variante 3: Die fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB) und die fahrlässige schwere Körperverletzung (Art. 125 Abs. 2 StGB) würden neu durch Variante 3 erfasst, weil sie gemäss der neuen Strafdrohung ein Verbrechen gegen Leib und Leben darstellen. Obwohl der neue Rasertatbestand ein Verbrechen darstellt, würde er von Variante 3 in der aktuellen Fassung nicht erfasst, wenn er in das SVG aufgenommen wird.

In allen vier Varianten werden die Raserdelikte nur unvollständig erfasst.

6.5.5 Mögliche Ausweitung der Deliktskataloge im Rahmen der Umsetzung von Artikel 121 Absätze 3–6 BV

Der vorgesehene neue «Rasertatbestand» stellt ein Gefährdungsdelikt dar und umfasst nur die Grundkonstellation des Rasens. Neben diesem Tatbestand werden bei Rasern weiterhin Tatbestände des StGB wie die vorsätzliche oder die fahrlässige Tötung, die vorsätzliche oder die fahrlässige Körperverletzung usw. zur Anwendung kommen.

Zu berücksichtigen ist zudem, dass der neue Rasertatbestand ein Verbrechen darstellen soll, das mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. Damit steht dieser Tatbestand auf derselben Stufe wie die fahrlässige Tötung und die fahrlässige schwere Körperverletzung gemäss der Harmonisierungsvorlage. Diese beiden Tatbestände werden zwar ebenfalls zu Verbrechen heraufgestuft (mit einer Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe), sehen jedoch eine Mindeststrafe von nur einem Tagessatz Geldstrafe vor. Das führt zu neuen Abgrenzungsfragen, weil der Raser, der nur den Rasertatbestand (d.h. ein Gefährdungsdelikt) erfüllt, unter Umständen strenger bestraft wird, als wenn sich die Gefährdung zu einer fahrlässigen Verletzung oder zu einer Tötung konkretisiert.

Offen ist, in welchem Verhältnis der neue Rasertatbestand zu den bestehenden Gefährdungsdelikten des StGB steht (u.a. «Gefährdung des Lebens» oder «Störung des öffentlichen Verkehrs»).

Sollen Raser zwingend des Landes verwiesen werden, so müsste in den Varianten 1 und 3 sichergestellt werden, dass die Deliktskataloge den neu vorgesehenen Rasertatbestand erfassen (indem sie ihn ausdrücklich erwähnen oder indem er durch eine Auffangklausel erfasst wird). In den Varianten 2 und 4 wird er bereits durch die Auffangklauseln erfasst.

Zusätzlich müssten zumindest die fahrlässige Tötung und die fahrlässige schwere Körperverletzung (Art. 117 und Art. 125 Abs. 2 VE-StGB gem. Harmonisierungsvorlage; vgl. oben, Ziff. 6.5.1) in den Deliktskatalog aufgenommen werden. Diese beiden Tatbestände, die neu ein Verbrechen darstellen sollen, müssten in den Varianten 1, 2 und 4 ausdrücklich erwähnt werden; in Variante 3 sind sie bereits durch die Verbrechen gegen Leib und Leben erfasst. Dies hätte zur Folge, dass die fahrlässige Tötung und die fahrlässige schwere Körperverletzung auch dann zwingend zur Ausschaffung führen würden, wenn sie unabhängig von einem Raserdelikt begangen werden. Eine Beschränkung auf Raser-situationen wäre schwer zu regeln und zu begründen.

6.5.6 Fazit

Aufgrund des heutigen Standes der Gesetzgebung kann nicht abschliessend beurteilt werden, welche Straftatbestände und allenfalls welche Verknüpfung von Tatbeständen in die Deliktskataloge aufgenommen werden müssten, um alle Raserdelikte zu erfassen. Die Arbeitsgruppe erachtet es nicht als ihre Aufgabe, diese Problematik im Rahmen der Um-

setzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die zwingende Landesverweisung zu lösen.

6.6 Neuer Straftatbestand des Sozialmissbrauchs

6.6.1 Vorgaben nach Artikel 121 Absatz 3 Buchstabe b BV

Nach Art. 121 BV 3 Bst. b BV verlieren Ausländerinnen und Ausländer ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe bezogen haben. Die Verfassung überlässt dem Gesetzgeber die Entscheidung, ob er den Missbrauchstatbestand als verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Sanktion ausgestalten will (vgl. oben, Ziff. 3.3.3.3).

6.6.2 Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees (Variante 1)

Die Vertreter des Initiativkomitees haben anlässlich der ersten Sitzung der Arbeitsgruppe einen Vorschlag für eine neue Strafbestimmung des Sozialmissbrauchs (E-Art. 151^{bis} StGB) vorgelegt. Dieser Vorschlag reiht die neue Bestimmung unter die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen ein. Die Marginalie lautet «*Sozialmissbrauch*». Bestraft wird, wer für sich oder andere durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von veränderten Verhältnissen oder in anderer Weise Leistungen der Sozialhilfe oder der Sozialversicherungen unrechtmässig erwirkt. Was den objektiven Tatbestand betrifft, kann grösstenteils auf die nachfolgenden Ausführungen zum Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe verwiesen werden (vgl. sogleich Ziff. 6.6.3). Im Gegensatz zum Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe wird ein Irrtum bzw. eine Irreführung nicht vorausgesetzt. Der subjektive Tatbestand setzt jedoch ebenfalls Vorsatz voraus.

Die Strafdrohung lautet ebenfalls auf Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe (Abs. 1); in leichten Fällen kann auf Busse erkannt werden (Abs. 2). Nach Variante 1 führen auch leichte Fälle des Sozialmissbrauchs zu einer Landesverweisung.

6.6.3 Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe (Varianten 2–4)

Die Arbeitsgruppe hat den Grundgedanken der Vertreter des Initiativkomitees aufgenommen und sich dafür entschieden, ebenfalls einen Straftatbestand vorzuschlagen, der den missbräuchlichen Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe mit Strafe bedroht. Die neue Bestimmung stützt sich auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Strafrechts (Art. 123 Abs. 1 BV).

6.6.3.1 Regelungsstandort und Marginalie

Der neue Tatbestand wird im Titel über *strafbare Handlungen gegen das Vermögen* (Art. 137 ff. StGB), anschliessend an die Arglistige Vermögensschädigung (Art. 151 StGB) eingereiht. Die vorgeschlagene Marginalie von E-Art. 151^{bis} StGB lautet «*missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe*».

6.6.3.2 Verhältnis zum Tatbestand des Betrugs

Während Betrug (Art. 146 StGB) eine *arglistige* Irreführung bzw. Bestärkung in einem Irrtum voraussetzt, ist dies bei der E-Art. 151^{bis} StGB nicht der Fall. Falls der (schwerere) Tatbestand des Betrugs erfüllt ist, findet dieser Anwendung; E-Art. 151^{bis} StGB ist insofern ein *Auffangtatbestand*. Er formuliert einzig das strafbare Verhalten, das nicht bereits durch den Betrugstatbestand abgedeckt ist. Diese Variante entspricht der Tradition des StGB und der ihm innewohnenden Systematik und Logik.

Die Vertreterin der SODK vertritt die Auffassung, dass auch im neuen Tatbestand nach E-Art. 151^{bis} StGB die Arglist vorausgesetzt werden sollte, um eine Ungleichbehandlung verschiedener Betrugsfälle zu vermeiden.

6.6.3.3 Objektiver Tatbestand

Als *Tathandlung* nennt E-Art. 151^{bis} Abs. 1 StGB die Irreführung bzw. Bestärkung in einem Irrtum durch unwahre oder unvollständige Angaben, Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise. Damit ist einerseits der (Haupt-)Anwendungsfall erfasst, dass jemand *unwahre oder unvollständige Angaben* zu finanziellen oder persönlichen, etwa medizinischen Verhältnissen macht. Andererseits erwähnt der Tatbestand auch das *Verschweigen von Tatsachen*, etwa die fehlende Meldung veränderter Verhältnisse – und damit ein rein passives Verhalten. Nach den kantonalen Sozialhilfegesetzen müssen die hilfesuchenden Personen vollständig und wahrheitsgetreu Auskunft über ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse geben. Es sind die zur Abklärung der Situation erforderlichen Unterlagen vorzulegen und Änderungen der Verhältnisse unverzüglich zu melden. Täuscht die hilfesuchende Person durch unwahre oder unvollständige Angaben, Verschweigen oder Verheimlichen eine Notsituation vor, stellt dies einen klassischen Missbrauchsfall dar.¹⁵³ Durch die Formel «*oder in anderer Weise*» werden auch andere mögliche Fälle der Vortäuschung einer Notsituation erfasst.

Die Strafbarkeit setzt stets voraus, dass es zu einem unrechtmässigen Leistungsbezug kommt (vgl. dazu unten). Die bloße Aufrechterhaltung einer Notlage bzw. die bloße Verletzung der Pflicht, die persönliche Situation zu verbessern oder die Notlage zu beheben (die keinen unrechtmässigen Leistungsbezug zur Folge hat), fällt nicht unter den Tatbestand. Nicht erwähnt ist zudem die zweckwidrige Verwendung rechtmässig erlangter Leistungen; diese strafrechtlich zu erfassen würde zu grossen Abgrenzungsproblemen und Zweifelsfragen führen.

Die Tathandlung kann gegenüber *jedermann* erfolgen: Neben der Verwaltung, einer anderen (eidgenössischen, kantonalen oder kommunalen) Behörde oder Institution können auch Dritte getäuscht werden. Einbezogen sind damit einerseits auch Privatrechtssubjekte, welche unmittelbar Verwaltungsaufgaben erfüllen (z.B. privatrechtlich organisierte Krankenkassen im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung). Andererseits kann die Täuschung auch gegenüber dem Arzt erfolgen, der gestützt darauf eine falsche Diagnose stellt oder einen unrichtigen Arztbericht verfasst, womit es zu einem unrechtmässigen Leistungsbezug kommt.

Durch die unwahren oder unvollständigen Angaben oder die Unterdrückung von Tatsachen muss der Täter einen Irrtum hervorrufen (*Irreführung*). Strafbar ist weiter das *Bestär-*

¹⁵³ SKOS, Kontrollen und Sanktionen in der Sozialhilfe, Massnahmen zur Qualitätssicherung und zur Verhinderung von Sozialhilfemissbrauch, Bern 2010, S. 3; einsehbar unter: http://www.skos.ch/store/pdf_d/publikationen/grundlagendokumente/Kontrollinstrumente.pdf.

ken in einem bereits bestehenden Irrtum. Im Unterschied zum Betrugstatbestand ist keine arglistige Irreführung bzw. Bestärkung vorausgesetzt.

Der tatbestandsmässig vorausgesetzte *Erfolg* liegt im unrechtmässigen Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe. Der Begriff *beziehen* (welcher auch in Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV verwendet wird), deutet an, dass der Täter die Leistung tatsächlich erlangt bzw. erwirkt haben muss, dass sie ihm also ausbezahlt wurde. Würde man bereits die Zusprechung der Leistung genügen lassen, zöge dies praktische Probleme nach sich: Dieser Moment ist oft nicht eruierbar, da die Zusprechung nicht immer durch eine Verfügung oder formelle Kostengutsprache erfolgt. Dies würde einige Unsicherheit und Unbestimmtheit mit sich bringen. Wurde die Leistung zwar zugesprochen, aber nicht ausbezahlt, ist der Täter wegen versuchten missbräuchlichen Bezugs von Sozialversicherungs- bzw. Sozialhilfeleistungen strafbar – vorausgesetzt, dass sich sein Vorsatz auf den Bezug der Leistung richtete. Begünstigter der Zahlung kann entweder der Irreführende selbst oder aber ein anderer sein.

6.6.3.4 Subjektiver Tatbestand

Der Tatbestand erfordert *Vorsatz*. Der Täter muss wissentlich und willentlich unwahre bzw. unvollständige Angaben machen, um dadurch einen Irrtum hervorzurufen und eine unrechtmässige Leistung zu erlangen.

Im Gegensatz zum Betrugstatbestand wird *keine unrechtmässige Bereicherungsabsicht* verlangt (so auch Art. 14 VStr¹⁵⁴ und Art. 87 AHVG¹⁵⁵): Dass vorsätzlich eine unrechtmässige Leistung erlangt werden muss, schliesst bereits den Willen ein, sich durch diese unrechtmässig zu bereichern.

6.6.3.5 Strafdrohung

Gemäss Literatur ist gerade die Arglist das Element, das eine Täuschung im Bereich des Vermögensstrafrechts strafwürdig macht. Im Rahmen des Betruges wurde die einfache Lüge bisher als nicht strafwürdig angesehen. Diese qualitativen Unterschiede sollten sich auch in der Strafdrohung niederschlagen. Die meisten der geltenden Strafbestimmungen drohen geringe Strafen an. Aus dem neuen Art. 121 BV ist aber zu schliessen, dass dem Sozialmissbrauch eine grössere Schwere beizumessen ist. Die Strafdrohung wird daher auf *Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe* festgesetzt; Sozialmissbrauch stellt damit ein Vergehen dar.

E-Art. 151^{bis} Abs. 2 StGB sieht vor, dass in *leichten* Fällen auf Busse zu erkennen ist. Ein möglicher Anwendungsfall könnte sein, dass eine Person im Wissen um die Meldepflicht eine Erhöhung des Erwerbspensums nicht sofort meldet, um zunächst abzuwarten, ob diese gesundheitlich überhaupt möglich ist. Aufgrund der Strafdrohung ist eine Landesverweisung in leichten Fällen ausgeschlossen.

¹⁵⁴ Bundesgesetz vom 22.3.1974 über das Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0).

¹⁵⁵ Bundesgesetz vom 20.12.1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10).

6.6.3.6 Verhältnis zu den bestehenden Sozialmissbrauchstatbeständen

Die neue Bestimmung wird in Konkurrenz zu bestehenden Sozialmissbrauchstatbeständen treten. Es ist davon auszugehen, dass Strafnormen, welche dasselbe Verhalten treffen wie E-Art. 151^{bis} StGB abgeändert bzw. aufgehoben werden müssen (so etwa Art. 87 Abs. 1 AHVG; nicht von Art. 151^{bis} StGB erfasst wäre aber etwa Art. 87 Abs. 2 AHVG, der denjenigen bestraft, der sich durch unwahre oder unvollständige Angaben der Beitragspflicht entzieht). Auch die entsprechenden kantonalen Bestimmungen würden derogiert.

6.7 Mindeststrafe

6.7.1 Einleitung

Gemäss dem Umsetzungsvorschlag der Vertreter des Initiativkomitees (Variante 1) soll eine Verurteilung wegen einer bestimmten Straftat genügen, um einen Ausländer des Landes zu verweisen. Die Art und die Höhe der ausgefallten Sanktion sollen dabei keine Rolle spielen. Eine Landesverweisung soll auch dann zwingend erfolgen, wenn das Gericht in Bagatellfällen von einer Strafe Umgang nimmt (z.B. gestützt auf Art. 52 StGB) oder aufgrund einer besondern Tatsituation (z.B. Notwehr nach Art. 16 Abs. 1 StGB) nur eine sehr leichte Strafe verhängt.

Die zwingende Landesverweisung ist eine sehr einschneidende Massnahme, bei deren Anordnung das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten ist (vgl. oben, Ziff. 2.2 und 3.3.1).

Damit der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (vernünftige Zweck-Mittel-Relation) Rechnung getragen werden kann, muss neben der abstrakten Schwere einer Tat auch die konkrete Schwere im Einzelfall (d.h. die aufgrund des Verschuldens verhängte Sanktion) berücksichtigt werden.

Daher setzen die Varianten 2–4 voraus, dass in der Regel eine bestimmte Mindeststrafe ausgefällt werden muss, damit zwingend eine Landesverweisung anzuordnen ist.

Die Vertreter des Initiativkomitees lehnen eine Mindeststrafe ab. Nach ihrer Ansicht hat der Verfassungsgeber die Verhältnismässigkeitsprüfung durch den klaren Wortlaut, welcher die Ausschaffung allein an die *Verurteilung* wegen bestimmter Taten und nicht an eine Mindeststrafe anknüpft, bereits vorgenommen.

6.7.2 Voraussetzungen für eine milde Strafe

Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Bereits aufgrund der in diesem Kontext zu berücksichtigenden Kriterien (vgl. Art. 47 StGB) kann das Gericht zum Schluss kommen, dass eine milde Strafe angemessen ist. Dies gilt insbesondere für alle Straftaten, deren Strafdrohung keine Mindeststrafe vorsieht, das heisst, wo auch eine Mindeststrafe von einem Tage Freiheitsstrafe oder einem Tagessatz Geldstrafe zu fünf Franken möglich ist.

Anders liegt der Fall bei den Straftaten, die eine bestimmte Mindeststrafe vorsehen, wie z.B. fünf Jahre Freiheitsstrafe (vorsätzliche Tötung nach Art. 111 StGB) oder ein Jahr Freiheitsstrafe (Totschlag nach Art. 113 StGB). Hier sind auch vergleichsweise leichte Fälle immer noch so schwer, dass die Strafe eine bestimmte Grenze nicht unterschreiten darf.

In beiden Fällen kann sich jedoch eine milde Strafe auch aufgrund von besonderen Umständen ergeben, bei denen das Gericht die Strafe milder bemessen *muss*:

- *Entschuldbare Notwehr (Art. 16 StGB)*: Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr nach Art. 15, so mildert das Gericht die Strafe (Abs. 1).
- *Entschuldbarer Notstand (Art. 18 StGB)*: Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um sich oder eine andere Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leib, Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen oder andere hochwertige Güter zu retten, wird milder bestraft, wenn ihm zuzumuten war, das gefährdete Gut preiszugeben (Abs. 1).
- *Verminderte Schuldfähigkeit (Art. 19 Abs. 2 StGB)*: War der Täter zur Zeit der Tat nur teilweise fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so mildert das Gericht die Strafe.
- *Rechtsirrtum (Art. 21 StGB)*: War der Irrtum vermeidbar, so mildert das Gericht die Strafe.
- *Gehilfenschaft (Art. 25 StGB)*: Wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet, wird milder bestraft.
- *Strafmilderung (Art. 48 StGB)*: Das Gericht mildert die Strafe, wenn:
 - a. der Täter gehandelt hat:
 - 1. aus achtenswerten Beweggründen,
 - 2. in schwerer Bedrängnis,
 - 3. unter dem Eindruck einer schweren Drohung,
 - 4. auf Veranlassung einer Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist;
 - b. der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist;
 - c. der Täter in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung gehandelt hat;
 - d. der Täter aufrichtige Reue betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat;
 - e. das Strafbedürfnis in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit deutlich vermindert ist und der Täter sich in dieser Zeit wohl verhalten hat.

In anderen Fällen sieht das Gesetz vor, dass das Gericht die Strafe mildern *kann*:

- *Begehen durch Unterlassen (Art. 11 StGB)*: Das Gericht kann die Strafe mildern (Abs. 4).
- *Versuch (Art. 22 StGB)*: Führt der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende oder tritt der zur Vollendung der Tat gehörende Erfolg nicht ein oder kann dieser nicht eintreten, so kann das Gericht die Strafe mildern (Abs. 1).
- *Rücktritt und tätige Reue (Art. 23 StGB)*: Führt der Täter aus eigenem Antrieb die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende oder trägt er dazu bei, die Vollendung der Tat zu verhindern, so kann das Gericht die Strafe mildern oder von einer Bestrafung absehen (Abs. 1). Sind an einer Tat mehrere Täter oder Teilnehmer beteiligt, so kann das Gericht die Strafe dessen mildern oder von der Bestrafung dessen absehen, der aus eigenem Antrieb dazu beiträgt, die Vollendung der Tat zu verhindern (Abs. 2). Das Gericht kann die Strafe auch mildern oder von der Bestrafung absehen, wenn der Rücktritt des Täters oder des Teilnehmers die Vollendung der Tat verhindert hätte, diese aber aus anderen Gründen

ausbleibt (Abs. 3). Bemüht sich einer von mehreren Tätern oder Teilnehmern aus eigenem Antrieb ernsthaft, die Vollendung der Tat zu verhindern, so kann das Gericht seine Strafe mildern oder von seiner Bestrafung absehen, wenn die Tat unabhängig von seinem Tatbeitrag begangen wird (Abs. 4).

Sieht der Tatbestand eine bestimmte Mindeststrafe vor, steht dies einer Strafmilderung nicht entgegen: Der Richter ist im Falle einer Strafmilderung nicht an die angedrohte Mindeststrafe gebunden. Auch kann er auf eine andere als die angedrohte Strafart erkennen, ist aber an das gesetzliche Höchst- und Mindestmass der Strafart gebunden (Art. 48a StGB).

Schliesslich sehen die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des StGB vor, dass das Gericht in bestimmten Fällen von Strafe abzusehen hat (der Täter wird zwar verurteilt, aber nicht bestraft):

- *Fehlendes Strafbedürfnis (Art. 52 StGB)*: Die zuständige Behörde sieht von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind.
- *Wiedergutmachung (Art. 53 StGB)*: Hat der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, so sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn:
 - a. die Voraussetzungen für die bedingte Strafe (Art. 42) erfüllt sind; und
 - b. das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind.
- *Betroffenheit des Täters durch seine Tat (Art. 54 StGB)*: Ist der Täter durch die unmittelbaren Folgen seiner Tat so schwer betroffen, dass eine Strafe unangemessen wäre, so sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab.

6.7.3 Mögliche minimale Voraussetzungen für eine Landesverweisung

Die Strafmilderung greift in höchst unterschiedlichen Konstellationen. Es kann sich um einen leichten Notwehrexzess handeln, der den Täter nur wenig vom freigesprochenen Täter entfernt. Andererseits kann es auch vorkommen, dass der Täter den Angriff mit einem so unverhältnismässigen Mittel abwehrt, dass die Strafe nur leicht gemildert wird. Die Milderung kann mit anderen Worten höchst unterschiedlichen Grades sein. Auch etwa eine schwere Bedrängnis nach Art. 48 StGB kann sich unterschiedlich auf den Schweregrad der Tat auswirken. Es wäre daher nicht sachgerecht, die Landesverweisung allgemein bei Vorliegen von Strafmilderungsgründen auszuschliessen. Diese sollen erst dann berücksichtigt werden, wenn sie dazu führen, dass eine leichte Strafe ausgefällt wird. Das heisst, dass in jedem Fall direkt auf eine bestimmte Mindeststrafe abgestellt werden kann, um dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

Die altrechtliche Landesverweisung konnte als Nebenstrafe gegen einen Ausländer verhängt werden, der zu Zuchthaus oder Gefängnis (neu Freiheitsstrafe) verurteilt worden war (Art. 55 aStGB). Eine bestimmte Mindestgrenze war im Gesetz nicht vorgesehen, so dass theoretisch auch bei der kürzest möglichen Gefängnisstrafe von drei Tagen eine Landesverweisung hätte verhängt werden können. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts musste jedoch zwischen der Dauer der ausgesprochenen Freiheitsstrafe

und jener der Landesverweisung eine gewisse Übereinstimmung bestehen.¹⁵⁶ Bei der Verhängung der altrechtlichen Landesverweisung als Nebenstrafe war zudem die Höhe des Verschuldens für die Dauer der Landesverweisung massgebend. Die Landesverweisung wurde in der Tendenz von der Lehre und Rechtsprechung immer mehr als sichernde Massnahme eingestuft, so dass in erster Linie das Verhältnismässigkeitsprinzip für die Verhängung und die Dauer der Landesverweisung massgebend wurde.¹⁵⁷

Seit der Einführung des revidierten Allgemeinen Teils des StGB am 1. Januar 2007 werden gegenüber straffälligen Ausländern nur mehr ausländerrechtliche Massnahmen ergriffen. In Auslegung von Art. 62 Abs. Bst. b AuG (wonach eine «längerfristige Freiheitsstrafe» zum Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen führen kann) setzte das Bundesgericht eine Grenze bei einem Jahr fest. Diese Grenze bezieht sich auf den Widerruf einer Bewilligung, auf die kein Rechtsanspruch besteht. Kann der Ausländer einen Bewilligungsanspruch geltend machen, so liegt die Grenze bei zwei Jahren.

Der Vorentwurf zur Revision des Sanktionensystems, der am 30. Juni 2010 in die Vernehmlassung geschickt wurde,¹⁵⁸ sieht daher für die fakultative Landesverweisung (die alle Verbrechen und Vergehen erfassen kann) gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁵⁹ eine Mindeststrafe von mehr als einem Jahr vor.

6.7.4 Vorschlag der Arbeitsgruppe

Die Mehrheit der Arbeitsgruppe schlägt in den Varianten 2–4 eine Mindeststrafe von 6 Monaten vor. Eine Strafe von 6 Monaten wird in verschiedenen Zusammenhängen als Grenze zwischen eher leichter und schwererer Kriminalität verwendet: So z.B. beim Ausschluss der kurzen Freiheitsstrafen (Art. 40 und 41 StGB) oder als obere Grenze für Fälle, die im Strafbefehlsverfahren behandelt werden können (Art. 352 StPO).

Diese Mindeststrafe wird sich vor allem bei bestimmten Alltagsdelikten auswirken, die keine Mindeststrafe kennen und bei denen in vielen Fällen ein geringes Verschulden vorliegt. Die Befürchtung, dass damit auch bei schweren Straftaten oftmals eine zwingende Landesverweisung verunmöglicht wird, ist nicht begründet (vgl. Ausführungen zur Statistik unten, Ziff. 7.10).

Diese Mindestgrenze soll jedoch nicht absolut gelten. So ist es denkbar, dass Täter immer wieder Taten begehen, die gemäss Deliktskatalog zur Landesverweisung führen müssten, bei denen die Strafe indessen immer unter sechs Monaten liegt. Auch sie sollen des Landes verwiesen werden können, wenn sie wiederholt schwere Straftaten begehen, und dadurch innerhalb von 10 Jahren die Strafgrenze von 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder gemeinnütziger Arbeit von 720 Stunden erreicht wird.

Schliesslich wird in den Varianten 2 und 4 eine weitere Ausnahme vorgesehen, welche es dem Gericht bzw. den Behörden gestattet, eine Landesverweisung bzw. Entfernungs- und Fernhaltemassnahme auch ohne Mindeststrafe von 6 Monaten zu verhängen, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz deutlich überwiegen. Damit werden zwar voraussichtlich auch viele Ausländer ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz erfasst werden, die bereits gestützt auf das AuG aus der Schweiz weggewiesen werden könnten. Die vorgeschlagene Regelung erlaubt es

¹⁵⁶ KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 31.

¹⁵⁷ KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 32.

¹⁵⁸ Vgl. Fn. 133.

¹⁵⁹ BGE 135 II 377.

jedoch dem Gericht, auch in diesen Fällen über eine Landesverweisung zu befinden, so dass alle Landesverweisungen aufgrund von Straftaten grundsätzlich Sache des Strafrichters sind. Zudem ist die neu vorgesehene Landesverweisung einschneidender als die bestehenden Massnahmen des AuG, weil die strafrechtliche Landesverweisung in der Regel mit einem mindestens fünfjährigen Einreiseverbot verknüpft werden muss.

6.8 Erläuterungen zu weiteren Voraussetzungen und Begriffen

6.8.1 (Rechtskräftige) Verurteilung

Die neue Verfassungsbestimmung setzt in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV für die Landesverweisung voraus, dass die ausländische Person wegen einer bestimmten Straftat «rechtskräftig verurteilt worden» ist.

In den vorgeschlagenen Varianten wurde darauf verzichtet, den Zusatz *rechtskräftig* verurteilt zu verwenden. Dies würde im Ergebnis zu einer Zweiteilung des Verfahrens führen: Erst wenn die Verurteilung in Rechtskraft erwachsen ist, könnte das Gericht die Landesverweisung aussprechen. Der Ausdruck «verurteilt» impliziert, dass eine Landesverweisung erst vollzogen werden kann, wenn das entsprechende Strafurteil rechtskräftig geworden ist. In diesem Sinne ist eine Präzisierung nicht erforderlich.

Aus strafrechtlicher Sicht liegt eine Verurteilung vor, wenn der Täter schuldig gesprochen wurde, weil er eine Straftat tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft begangen hat. Wurde die Tat nur tatbestandsmässig und rechtswidrig begangen, so wird der Täter freigesprochen. Dabei ist unerheblich, ob das Gericht eine Sanktion ausgefällt hat oder nicht. Dies hat namentlich zur Folge, dass ein Straftäter, der vom Vorwurf der vorsätzlichen Tötung wegen Schuldunfähigkeit freigesprochen wird, gegen den jedoch gestützt auf Art. 19 Abs. 3 StGB eine Massnahme verhängt wird, weil eine hohe Rückfallgefahr besteht, nicht unter die neue Verfassungsbestimmung fällt.

6.8.2 Straf- und Vollzugsarten, Tat- und Beteiligungsformen

Die Arbeitsgruppe geht in den Varianten 2–4 davon aus, dass nicht so sehr die Straf- oder die Vollzugsart die Schwere einer Tat widerspiegeln, als vielmehr die Höhe der Strafe. Nach den vorliegenden Regelungsvorschlägen ist der ausländische Täter daher des Landes zu verweisen, unabhängig davon, ob er zu einer Freiheitsstrafe, Geldstrafe oder zu gemeinnütziger Arbeit verurteilt worden ist, sobald seine Strafe ein bestimmtes Mass überschreitet. Auch ist irrelevant, ob die Strafe zu verbüssen ist oder der Strafvollzug teildingt oder bedingt aufgeschoben worden ist.

Die Deliktskataloge finden zudem unabhängig davon Anwendung, ob die strafbare Handlung nur einen Versuch darstellt (Art. 22 und 23 StGB) und ob jemand als Haupttäter resp. Mittäter oder aber als Gehilfe (Art. 25 StGB) oder Anstifter (Art. 24 StGB) gehandelt hat. Damit steht sie in Einklang mit bestehenden Deliktskatalogen des StGB, welche ebenfalls die Tat- und Beteiligungsformen nicht berücksichtigen (vgl. auch oben, Ziff. 3.3.2.3).

6.8.3 Begehungsort und Zeitpunkt der Tat

Die neue Verfassungsbestimmung äussert sich nicht zu örtlichen und zeitlichen Voraussetzungen (vgl. auch oben, Ziff. 3.3.2.3). Sie lässt beispielsweise offen, ob auch eine aus-

ländische Person, die wegen eines im Ausland begangenen Deliktes in der Schweiz verurteilt wird (z.B. gestützt auf Art. 5, 6 oder 7 StGB), unter die neuen Verfassungsbestimmung fällt.

Ebenso ist offen, ob die rechtskräftige Verurteilung von einem Schweizer Gericht ausgehen muss, oder ob auch Auslandurteile berücksichtigt werden sollen. So ist es beispielsweise möglich, dass eine ausländische Person mit Wohnsitz in der Schweiz im Ausland wegen einer in der Schweiz begangenen schweren Straftat (die in der Schweiz zu einer zwingenden Landesverweisung führen würde) verurteilt wird.

Im Weiteren stellt sich die Frage, in welchem Zeitpunkt die Tat begangen worden resp. die Verurteilung erfolgt sein muss. Sind nur die Taten und Verurteilungen relevant, die in einer Zeit erfolgten, in welcher die Ausländerin oder der Ausländer einen bestimmten Aufenthaltsstatus in der Schweiz hatte? Müssen auch Verurteilungen berücksichtigt werden, die erfolgt sind, bevor jemand ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz erworben hat? Als Beispiel sei der Asylbewerber erwähnt, der vor seiner Einreise in die Schweiz in einem Drittstaat wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit verurteilt worden ist. Zu denken ist auch an den im Ausland wegen schwerer Verbrechen gesuchten Asylbewerber, der von der Schweiz nicht ausgeliefert, jedoch in der Schweiz verurteilt wird.

Die Arbeitsgruppe hat diese Fragen nicht im Einzelnen erörtert. Sie geht davon aus, dass für die Varianten 1–3 grundsätzlich die Bestimmungen über den Geltungsbereich des Strafgesetzbuches (Art. 1–9 StGB) anwendbar sind. Das heisst, dass grundsätzlich die Straftaten zu einer zwingenden Landesverweisung führen können, die von einem Gericht in der Schweiz beurteilt werden.

Weiterhin gilt, dass ausländischen Personen keine Bewilligung erteilt wird bzw. eine solche widerrufen werden kann, wenn sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz *oder im Ausland* verstossen haben oder diese gefährden.¹⁶⁰

6.8.4 Begriff der Landesverweisung

Gemäss der Terminologie der neuen Verfassungsbestimmungen sind Ausländerinnen und Ausländer, die aufgrund der Begehung bestimmter Straftaten ihr Aufenthaltsrecht und alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verloren haben, aus der Schweiz auszuweisen und mit einem Einreiseverbot von 5–15 Jahren zu belegen (Art. 121 Abs. 5 BV). Diese Begriffe basieren auf der Einordnung der neuen Verfassungsbestimmungen in Art. 121 BV über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern (vgl. ausführlich zur Terminologie oben, Ziff. 3.2.2.1).

Die strafrechtlichen Regelungsvorschläge der Varianten 1–3 sprechen demgegenüber einheitlich von «Landesverweisung». Dieser Begriff ist als «Oberbegriff» zu verstehen, der den Verlust des Aufenthaltsrechts, die Wegweisung und das Einreiseverbot von bestimmter Dauer umfasst.

In Variante 4, welche eine Umsetzung im Ausländergesetz vorschlägt, wird die heute geltende ausländerrechtliche Terminologie des AuG verwendet («Widerruf von Bewilligungen», «Einreiseverbot», «Wegweisung», «Ausschaffung»).

¹⁶⁰ Vgl. insbesondere Art. 62 Bst. c und Art. 63 Abs. 1 Bst. b sowie Art. 33 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 2 Bst. b AuG.

6.9 Erläuterungen zu den einzelnen Varianten der Deliktskataloge

6.9.1 Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees)

6.9.1.1 Deliktskatalog im engeren Sinne

Der Deliktskatalog in Variante 1 orientiert sich an den Vorgaben von Art. 121 Abs. 3 BV. Er umfasst neben den in der neuen Verfassungsbestimmung ausdrücklich erwähnten Delikten in erster Linie Gewaltdelikte (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. b, g, h und i StGB) und weitere Straftaten gegen die sexuelle Integrität (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. c StGB).

Wie in den Varianten 2–4 sollen nur die schwersten vorsätzlichen Tötungsdelikte (Art. 111, 112 und 113 StGB) zu einer zwingenden Landesverweisung führen (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. a StGB). Darüber hinaus sind folgende Besonderheiten hervorzuheben:

- Im Gegensatz zu den Varianten 2–4 werden im Bereich der Straftaten gegen die sexuelle Integrität (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. c StGB) nicht nur Verbrechen, sondern auch Vergehen in den Deliktskatalog aufgenommen (Art. 187 Ziff. 4, Art. 188, 192, 193 und 197 StGB).
- Auch die Umschreibung des Einbruchsdelikts unterscheidet sich von derjenigen in den Varianten 2–4 (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. f StGB). Als weitere Vermögensdelikte werden der gewerbsmässige und der bandenmässige Diebstahl sowie die gewerbsmässige Hehlerei ausdrücklich erwähnt (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. f StGB).
- Der Deliktskatalog umfasst, wie derjenige in Variante 2, gemeingefährliche Delikte (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. g StGB). Im Gegensatz zu Variante 2 beschränkt er sich jedoch nicht auf die schwersten Verbrechen, sondern erfasst auch leichtere Taten, wie z.B. die fahrlässige Verursachung einer Explosion (Art. 223 Ziff. 2 StGB).
- Die öffentliche Aufforderung zu Verbrechen und Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB) wurde von den Vertretern des Initiativkomitees vor allem mit Blick auf so genannte «Hassprediger» in den Deliktskatalog aufgenommen (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. h StGB).

Im Gegensatz zu den Varianten 2–4 umfasst der Vorschlag gemäss Variante 1 auch die einfache Körperverletzung, den Raufhandel und den Angriff.

Deren Weglassung im Deliktskatalog verstiesse aus Sicht der Initianten gegen den Willen des Verfassungsgebers, der die Ausländerkriminalität im Bereich der Gewaltdelikte bekämpfen wollte.

Hervorzuheben ist auch, dass der Verweisungsbruch nach Art. 291 StGB und vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen Art. 115 AuG zwingend zu einer Landesverweisung führen sollen (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. j StGB). Schliesslich wird in E-Art. 73^{bis} Abs. 1 Bst. k auf eine Strafbestimmung des Sozialmissbrauchs verwiesen (E-Art. 151^{bis} StGB), die in Variante 1 abweichend von den Varianten 2–4 geregelt wird.

Der Deliktskatalog kennzeichnet sich weniger durch die abstrakte Schwere der einzelnen Delikte, die zwingend zu einer Landesverweisung führen sollen, als vielmehr durch eine breite Auswahl von Straftaten (insbesondere Gewaltstraftaten), die von Ausländern in der Schweiz als nicht tolerierbar erachtet werden. Die abstrakte Schwere der Delikte reicht daher von den schwersten Verbrechen (wie vorsätzliche Tötung, Mord, Raub, Brandstiftung und Vergewaltigung) über leichtere Verbrechen (wie Aussetzung oder Gefährdung des Lebens) bis zu Vergehen (wie das Antragsdelikt der einfachen Körperverletzung, Raufhandel, Ausnützen einer Notlage oder Verweisungsbruch).

6.9.1.2 Mindeststrafe

In Variante 1 wird keine Mindeststrafe vorausgesetzt und damit auf die Berücksichtigung der konkreten Schwere einer Straftat im Einzelfall verzichtet. Vielmehr soll für eine zwingende Landesverweisung genügen, dass ein Ausländer wegen einer der im Deliktskatalog aufgeführten Taten verurteilt wird (E-Art. 73^{bis} Abs. 1 StGB). Das heisst, dass eine Landesverweisung auch in den Fällen zwingend verhängt werden muss, in denen ein Tatbestand des Deliktskatalogs zwar erfüllt ist, das Gericht jedoch z.B. wegen fehlendem Strafbedürfnis von einer Bestrafung absieht (Art. 52 StGB) oder die Strafe aufgrund einer Notwehrsituation mildert (Art. 16 StGB).

Der Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees geht davon aus, dass die Bestrafung im konkreten Einzelfall für die Schwere oder Verwerflichkeit einer Straftat unerheblich ist. Massgebend ist in erster Linie die Art der Verletzung bestimmter Rechtsgüter.

Die Begründung dieser Auffassung liegt darin, dass eine Mindeststrafe nicht mit dem klaren Wortlaut der Verfassungsbestimmung vereinbar sei.

6.9.1.3 Würdigung

Der Deliktskatalog konzentriert sich neben dem Sozialmissbrauch und dem Einbruch eher auf die offen zu Tage tretende Alltagskriminalität im Bereich der Gewalt- und Sexualstraftaten, die in der Praxis häufig auftritt. Indem auf eine Mindeststrafe verzichtet wird, werden gerade im Bereich der vergleichsweise leichten Alltagskriminalität deutlich mehr Täter erfasst als durch die Varianten 2–4.

6.9.2 Variante 2 (Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe)

6.9.2.1 Deliktskatalog im engeren Sinne

Der Deliktskatalog gemäss Variante 2 enthält neben den schweren Delikten, die in der neuen Verfassungsbestimmung ausdrücklich erwähnt sind (Tötungsdelikte, Raub, Menschenhandel und Vergewaltigung), weitere *schwere Verbrechen*. Als Massstab für die abstrakte Schwere dieser Verbrechen dienen die Grundtatbestände der Vergewaltigung (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren) und des Raubes (Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen), wie dies in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV vorgegeben wird («wegen einer Vergewaltigung oder eines anderen schweren Sexualdelikts, wegen eines anderen Gewaltdelikts wie Raub»). Die Delikte, welche diesen Vorgaben entsprechen, werden nicht im Einzelnen aufgelistet, sondern mit einer Auffangklausel erfasst (E-Art. 73a Abs. 1 Bst. a).

Unter die Auffangklausel fallen namentlich Delikte wie Sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Schändung (Art. 191 StGB), Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB), Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 StGB), Geiselnahme (Art. 185 StGB), Brandstiftung (Art. 221 StGB), Verursachen einer Explosion (Art. 223 StGB), Gefährdung durch Sprengstoffe und Giftige Gase in verbrecherischer Absicht (Art. 224 StGB), Völkermord (264 StGB) und Kriegsverbrechen (Art. 264c–264h StGB), die als schwere Sexualdelikte respektive schwere Gewaltdelikte nach Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV eingestuft werden können. Mit der Auffangklausel werden aber auch weitere schwere Verbrechen des StGB und des Nebenstrafrechts erfasst, die aufgrund von Art. 121 Abs. 4 Satz 2 BV in den Deliktskatalog aufgenommen werden können. Zu erwähnen sind im StGB namentlich Verbrechen gegen die öffentliche Gesundheit (Art. 230^{bis}, Art. 231 Abs. 2, Art. 232 Ziff. 1 Abs. 2 und Art. 233 Ziff. 1 Abs. 2 StGB), Verbrechen gegen den öffentlichen Verkehr (Art. 237 Ziff. 1 Abs. 2

und Art. 238 Abs. 1 StGB) oder Geldfälschung (Art. 240 StGB); im Nebenstrafrecht Widerhandlungen gegen das Kriegsmaterialgesetz¹⁶¹ (Art. 34 Abs. 1 und 2 und Art. 35 Abs. 2 und 3) oder Widerhandlungen gegen das Kernenergiegesetz¹⁶² (Art. 88 Abs. 2 und Art. 89 Abs. 2).

Neben den schweren Verbrechen enthält der Deliktskatalog nur mehr die weniger schweren Straftaten, die in der neuen Verfassungsbestimmung ausdrücklich erwähnt werden: Einbruchsdelikte, Betrug und Missbrauch im Bereich der Sozialversicherung oder Sozialhilfe sowie Betäubungsmitteldelikte im Sinne von Art. 19 BetmG. Sowohl die Einbruchsdelikte (E-Art. 73a Abs. 1 Bst. b StGB) als auch der Sozialmissbrauch werden abweichend von Variante 1 definiert (E-Art. 151^{bis} StGB).

6.9.2.2 Mindeststrafe

Die Landesverweisung nach Variante 2 setzt nicht nur die Begehung eines Deliktes voraus, das sich durch seine abstrakte Schwere auszeichnet. Vielmehr muss die Tat auch im konkreten Einzelfall eine gewisse Mindestschwere aufweisen (E-Art. 73a Abs. 2 Bst. a StGB) oder der Täter muss durch die wiederholte Begehung von einschlägigen Straftaten ein bestimmtes Strafmass erreichen (E-Art. 73a Abs. 2 Bst. b StGB). Zur Thematik der Mindeststrafe vgl. oben, Ziff. 6.7.

Auf die Voraussetzung der Mindeststrafe soll jedoch in den Fällen verzichtet werden, in denen die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz deutlich überwiegen (E-Art. 73a Abs. 3 StGB). Damit wird für Straftaten des Deliktskatalogs eine fakultative Landesverweisung vorgesehen.

6.9.2.3 Fakultative Landesverweisung

Zusätzlich zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung über die zwingende Landesverweisung sieht Variante 2 auch eine fakultative Landesverweisung vor (E-Art. 73b StGB)¹⁶³.

Sie soll bewusst machen, dass auch Ausländer, die eine Straftat begehen, welche nicht im Deliktskatalog enthalten ist, des Landes verwiesen werden können und für diese Anordnung ebenfalls das Strafgericht zuständig ist. Die Bestimmung entspricht im Ausgangspunkt einem Vorschlag, den der Bundesrat am 30. Juni 2010 in die Vernehmlassung geschickt hat.¹⁶⁴ In Analogie zu E-Art. 73a Abs. 2 StGB wird jedoch auch bei der fakultativen Landesverweisung ein Mindeststrafmass von sechs Monaten vorausgesetzt, welches durch eine einzelne oder durch mehrere Taten erfüllt werden kann.

¹⁶¹ Bundesgesetz vom 13.12.1996 über das Kriegsmaterial (KMG; SR 514.51).

¹⁶² Kernenergiegesetz vom 21.3.2003 (KEG; SR 731.1).

¹⁶³ Die fakultative Landesverweisung nach E-Art. 73a Abs. 3 StGB knüpft an die verfassungsrechtlichen Vorgaben an: E-Art. 73a Abs. 1 StGB enthält die Straftaten, die nach der Wertung in Art. 121 Abs. 3 (und 4) BV zwingend zu einer Landesverweisung führen sollen. Begeht die ausländische Person ein solches Delikt, kann sie unter Umständen auch des Landes verwiesen werden, wenn die grundsätzlich vorausgesetzte Mindeststrafe von 6 Monaten nicht erreicht worden ist. Demgegenüber erlaubt die fakultative Landesverweisung gemäss E-Art. 73b StGB dem Gericht, auch unabhängig von den neuen Verfassungsbestimmungen gemäss Art. 121 Abs. 3–6 BV eine Landesverweisung auszusprechen.

¹⁶⁴ Vgl. Fn. 133.

6.9.2.4 Würdigung

Der Deliktskatalog erfasst zusätzlich zu den in der neuen Verfassungsbestimmung erwähnten Straftaten nur die schwersten Verbrechen des StGB und des Nebenstrafrechts. Damit wird ein deutlich höherer Massstab angesetzt als in Variante 1. Die Konkretisierung und Ergänzung des Deliktskatalogs ist zudem weniger auf eine wie immer geartete Ausländerkriminalität ausgerichtet als vielmehr auf eine gewisse innere Konsequenz bedacht. Dadurch werden zwar auch zahlreiche Delikte vom Deliktskatalog erfasst, die in der Praxis eher selten vorkommen, jedoch eine zwingende Landesverweisung ebenso zu rechtfertigen vermögen, wie bestimmte Alltagsdelikte. Mit der Mindeststrafe und der Erfassung der Wiederholungstäter wird namentlich im Bereich der Alltagskriminalität dem Verhältnismässigkeit Rechnung getragen.

6.9.3 Variante 3 (Alternativer Vorschlag der Arbeitsgruppe)

6.9.3.1 Deliktskatalog im engeren Sinne

Im Unterschied zu den Varianten 1 und 2 wird die neue Verfassungsbestimmung nicht in erster Linie mit weiteren *Sexual- und Gewaltstraftaten* (Variante 1) und nicht generell mit *schweren Verbrechen* (Variante 2) konkretisiert und ergänzt, sondern gezielt mit *Verbrechen gegen bestimmte Rechtsgüter* (E-Art. 67c Abs. 1 Bst. a StGB). Es handelt sich dabei um die von der Verfassungsbestimmung vorrangig erfassten Rechtsgüter «Leib und Leben», «Freiheit» und «sexuelle Integrität». Zudem werden im Gegensatz zu den Varianten 1 und 2 auch Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden in den Deliktskatalog aufgenommen. Darunter fallen strafbare Vorbereitungshandlungen (Art. 260^{bis} StGB), kriminelle Organisation (Art. 260^{ter} StGB), Gefährdung der öffentlichen Sicherheit mit Waffen (Art. 260^{quater} StGB) und Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinquies} StGB).

In Variante 3 wird bewusst darauf verzichtet, zusätzlich zu den in der Verfassung genannten Straftaten (Einbruch und Raub), weitere Straftaten gegen das Vermögen in den Deliktskatalog aufzunehmen.

Ein weiteres Merkmal von Variante 3 ist, dass die Verfassungsbestimmung grundsätzlich mit «Verbrechen» ergänzt und konkretisiert wird. Dieser Massstab ist weniger hoch als in Variante 2 (mit *schweren Verbrechen*), jedoch immer noch hoch, indem die schwerste der drei Kategorien von Straftaten (Verbrechen, Vergehen, Übertretungen) erfasst wird. Damit erfasst der Deliktskatalog im Gegensatz zu Variante 2 bei bestimmten Rechtsgütern auch die Verbrechen, die nicht mit einer Mindeststrafe von einem Jahr und nur mit einer Höchststrafe von 5 Jahren bedroht sind.

Konkret bedeutet dies, dass im Gegensatz zu Variante 2 auch Delikte wie Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115 StGB), Strafbarer Schwangerschaftsabbruch mit Einwilligung der schwangeren Frau (Art. 118 StGB), Aussetzung (Art. 127 StGB), Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB), Angriff (Art. 134 StGB), einfacher Betrug (Art. 146 StGB), Freiheitsberaubung und Entführung (ohne erschwerende Umstände, Art. 183 StGB), sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB) sowie die oben erwähnten Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden erfasst werden. Allerdings gibt es bei diesen Delikten nur wenige Fälle, in denen die Mindeststrafe von sechs Monaten erreicht wird, welche Variante 3 für eine Ausschaffung generell verlangt (vgl. sogleich Ziff. 6.9.3.2). Von praktischer Relevanz ist vor allem der Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Kindern, der bei grossem Altersunterschied ein schweres Delikt sein kann, während es im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs kaum je Fälle mit Verurteilungen zu mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe geben wird.

6.9.3.2 Mindeststrafe

Die Regelung in Variante 3 ist zwar redaktionell anders aufgebaut, stimmt aber in Bezug auf die Voraussetzungen der Mindeststrafe mit Variante 2 weitgehend überein (vgl. oben, Ziff. 6.7). Der Unterschied zu Variante 2 besteht darin, dass nicht eine Strafe von mindestens sechs Monaten, sondern von mehr als sechs Monaten verlangt wird, damit es zu einer Landesverweisung kommt. Damit wird unter anderem erreicht, dass in der Regel bei Ersttättern Fälle ausgeschlossen bleiben, die mit Strafbefehlsverfahren erledigt werden können. Variante 3 sieht im Gegensatz zu Variante 2 keine Möglichkeit für den Richter vor, auch bei Ersttättern, die eine Straftat gemäss Deliktskatalog begangen haben und mit einer Strafe von sechs Monaten oder weniger bestraft wurden, eine Landesverweisung zu verhängen. Es wäre jedoch denkbar, die entsprechende Regelung von Variante 2 (E-Art. 73a Abs. 3 StGB) in Variante 3 zu übernehmen.

6.9.3.3 Fakultative Landesverweisung

Variante 3 sieht (wie Variante 2) eine fakultative Landesverweisung für alle Delikte vor, die nicht im Deliktskatalog enthalten sind. Im Gegensatz zu Variante 2, die eine verhängte Mindeststrafe voraussetzt, ist die fakultative Landesverweisung nach Variante 3 von einem überwiegenden öffentlichen Interesse abhängig.

6.9.3.4 Würdigung

Der Deliktskatalog in Variante 3 kann als pragmatische Lösung zwischen Variante 1 (bezüglich der Konzentration auf bestimmte Delikte) und Variante 2 (bezüglich der abstrakten Schwere der Straftatbestände) bezeichnet werden. Die Verfassungsnorm wird mit schweren Straftaten gegen bestimmte Rechtsgüter konkretisiert und ergänzt. Dabei stehen Straftaten, die sich gegen Personen richten, im Vordergrund. Obwohl der Deliktskatalog in bestimmten Bereichen auch weniger schwere Verbrechen erfasst, ist er weniger umfangreich, als der Katalog nach Variante 2. Bis auf die Brandstiftung fehlen jedoch keine schweren Straftaten, die in der Praxis häufig vorkommen. Mit der Mindeststrafe und der Erfassung der Wiederholungstäter namentlich im Bereich der Alltagskriminalität wird auch in Variante 3 dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen.

6.9.4 Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht)

6.9.4.1 Zwingender Widerruf von Bewilligungen

Die Arbeitsgruppe hat sich dafür entschieden, auch eine Umsetzungsvariante im Ausländerrecht auszuarbeiten. Statt einer *zwingenden Landesverweisung* als strafrechtliche Massnahme gemäss den Varianten 1–3 sind bei der Variante 4 ein zwingender Widerruf von Bewilligungen und ein zwingendes Einreiseverbot im Ausländerrecht vorgesehen. Der Deliktskatalog und die weiteren Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen entsprechen der Variante 2 (E-Art. 73a StGB).

Das AuG sieht bereits nach geltendem Recht einen *fakultativen Widerruf* von Bewilligungen vor bei Ausländerinnen und Ausländern, die gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen haben.¹⁶⁵ Eine analoge Regelung zur fakultativen Landesverweisung

¹⁶⁵ Vgl. die «Kann-Bestimmungen» in Art. 62 Bst. b und c und Art. 63 Abs. 1 Bst. a und b AuG.

gemäss Variante 2 (E-Art. 73a Abs. 3 und E-Art. 73b StGB) und Variante 3 (E-Art. 67c Abs. 3 StGB) ist bei einer Umsetzung im Ausländerrecht somit nicht erforderlich. Dies gilt auch für den Erlass eines fakultativen Einreiseverbots (Art. 67 AuG).

In E-Art. 63a AuG wird der *zwingende Widerruf* aller Bewilligungen geregelt. Er umfasst auch alle Bewilligungen, auf die ein gesetzlicher Anspruch besteht, wie er sich vor allem aus den Art. 42, 43, 50 und 59 AuG sowie aus Art. 60 AsylG ergibt. Ein zwingender Widerruf der Bewilligungen ist nur ausgeschlossen, wenn er zu einer Verletzung des FZA führen würde (E-Art. 63b AuG; analog zu Variante 2 [E-Art. 73c StGB]).

6.9.4.2 Zwingendes Einreiseverbot

Die strafrechtliche Landesverweisung gemäss den Varianten 1–3 führt zum Erlöschen der ausländerrechtlichen Bewilligung und umfasst ein Einreiseverbot. Bei einer Umsetzung im Ausländerrecht muss in Ausführung der neuen Verfassungsbestimmungen zusätzlich zum zwingenden Widerruf der Bewilligungen auch ein zwingendes Einreiseverbot von einer bestimmten Dauer verfügt werden (vgl. E-Art. 67 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3^{bis} AuG; analog zu Variante 2 [E-Art. 73a Abs. 1 Einleitungssatz]).

Zudem wird auch die Unterbrechung und Aufhebung des zwingenden Einreiseverbots geregelt (E-Art. 67 Abs. 6 und 7 AuG; analog zu Variante 2 [E-Art. 73f StGB]). Die Voraussetzungen für die Unterbrechung und Aufhebung sind beim zwingenden Einreiseverbot strenger als beim bisherigen fakultativen Einreiseverbot (Art. 67 Abs. 5 AuG). Dies ergibt sich aus der neuen Verfassungsbestimmung, wonach bei gewissen Straftaten alle Aufenthaltsrechte entzogen werden und ein Einreiseverbot angeordnet werden muss. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur sehr eingeschränkt zu gewähren.¹⁶⁶

6.9.4.3 Würdigung

Die Tatbestände, die zu einem zwingenden Widerruf von Bewilligungen und zu einem zwingenden Einreiseverbot führen, entsprechen den Voraussetzungen für die Anordnung einer zwingenden Landesverweisung gemäss Variante 2. Im Unterschied zur Variante 2 werden die zwingenden Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen nicht durch den Strafrichter, sondern durch die Migrationsbehörden gestützt auf das AuG angeordnet. Dies führt insbesondere dazu, dass der gleiche Fall durch den Strafrichter im Rahmen des Strafverfahrens und zusätzlich durch die Migrationsbehörden behandelt werden muss. Dies führt zu einem komplizierteren Verfahren als bei der Variante 2. Die Migrationsbehörden haben bei der Anordnung der Massnahmen je nach Urteil des Strafrichters keinerlei Ermessensspielraum.

¹⁶⁶ Variante 2 macht bei diesen Voraussetzungen keinen Unterschied zwischen der fakultativen und der zwingenden Landesverweisung (vgl. E-Art. 73f StGB).

7. Vollzugsfragen, Änderungen bisherigen Rechts und statistische Angaben

7.1 Einleitung

Antworten auf die sich stellenden Vollzugsfragen variieren je nach Umsetzungsvariante. Die von der Mehrheit der Arbeitsgruppe entwickelten Varianten 2 (vgl. E-Art. 73a–73h StGB) und 3 (E-Art. 67c–67i StGB) sehen die Umsetzung im StGB vor und stimmen in zahlreichen Punkten auch inhaltlich überein (vgl. für Formulierungsvorschläge den Anhang). Die Erörterungen zu den Vollzugsnormen in den nachfolgenden Ziff. 7.2–7.6 beziehen sich auf die Variante 2 und weisen, wo es sie gibt, auf Abweichungen bei der Variante 3 hin.

Die Vertreter des Initiativkomitees haben in ihren Umsetzungsvorschlag (Variante 1) mit E-Art. 73^{quater} StGB ebenfalls eine Vollzugsnorm aufgenommen (vgl. unten, Ziff. 7.7). Bei einer Umsetzung im AuG gemäss Variante 4 kann im Wesentlichen an die bestehende Vollzugsordnung angeknüpft werden (vgl. unten, Ziff. 7.8).

7.2 Aufgaben des Strafgerichts

7.2.1 Prüfungsbefugnis

Um den verfassungsrechtlich vorgegebenen Ausweisungsautomatismus zu befolgen, ist dem Strafgericht die Prüfung von völkerrechtlichen Ausschaffungshindernissen bei der Anwendung von E-Art. 73a Abs. 1 und 2 StGB (Variante 2) grundsätzlich untersagt.¹⁶⁷ Sind die strafrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen gegeben, muss es die Landesverweisung anordnen.

Ausgenommen sind Fälle, in denen im Zeitpunkt der Ausfällung des Strafurteils feststeht, dass die Anordnung der (zwingenden) Landesverweisung einem offenkundigen Verstoß gegen ein Ausschaffungshindernis (insb. Non-Refoulement-Gebot) gleichkommt bzw. offensichtlich undurchführbar ist. Denn nach der sog. *Evidenztheorie* des Bundesgerichts sind Verfügungen nichtig, die schwerste inhaltliche Mängel aufweisen.¹⁶⁸ Die Evidenztheorie entspricht ständiger Praxis des Bundesgerichts und muss nicht normativ verankert werden. Die eingeschränkte Prüfungsbefugnis des Strafgerichts geht aus dem Einleitungssatz von E-Art. 73a Abs. 1 StGB hinreichend deutlich hervor («Das Gericht verweist einen Ausländer für 5 bis 15 Jahre des Landes, wenn [...]»).

E-Art. 73c StGB überträgt aber dem Strafgericht die Pflicht, auf die Landesverweisung zu verzichten, wenn sich deren Anordnung als FZA-widrig erweist. Die Notwendigkeit, bereits das Strafgericht – und nicht erst die Vollzugsbehörde – mit dieser Prüfung zu betrauen, ergibt sich aus dem Freizügigkeitsabkommen (vgl. oben, Ziff. 3.4.4 und 3.4.5).

Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Varianten 2 und 3 besteht darin, dass letztere dem Strafgericht auch die Prüfung weiterer völkerrechtlicher Ausschaffungshindernisse auferlegt und gegebenenfalls der Vollzug der Landesverweisung vorläufig *gerichtlich* auf-

¹⁶⁷ Mit dem verfassungsrechtlichen Ausweisungsautomatismus vereinbar ist indessen die in den E-Art. 73a Abs. 3 sowie E-Art. 73b StGB dem Strafrichter auferlegte Pflicht zur Interessenabwägung bzw. Prüfung der Verhältnismässigkeit bei der «fakultativen Landesverweisung».

¹⁶⁸ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 N. 16 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

geschoben werden muss (vgl. E-Art. 67d Abs. 2 StGB [Variante 3]). Darin mag der Vorteil erblickt werden, dass die Prüfung von Ausschaffungshindernissen in der Hand der StrafrichterIn bzw. des Strafrichters konzentriert wird, und danach nicht ein zweites Verfahren unter Einschluss von Rechtsmitteln zur Frage von Ausschaffungshindernissen durchgeführt werden muss (so demgegenüber die Variante 2; vgl. unten, Ziff. 7.5). Kehrseite dieser Lösung ist der nicht zu unterschätzende Zusatzaufwand für die Strafgerichte vor allem bei ausländischen Personen, die eine längere Freiheitsstrafe zu verbüssen haben. Den allenfalls geänderten Sachverhalt müssen die Strafgerichte in der Vollzugsphase nämlich nochmals würdigen. Ausserdem steht die von der Variante 3 vorgesehene Prüfung der Völkerrechtskonformität durch das Strafgericht im Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlichen «Ausweisungsautomatismus». Dieser ist indessen auch bei Variante 2 nur in der ersten Phase der Anordnung der Landesverweisung so weit wie möglich umgesetzt, während in der zweiten Phase eine – völkerrechtlich gebotene – Einzelfallprüfung durch die Vollzugsbehörde erfolgt.

7.2.2 Strafrechtlicher Instanzenzug

Das Strafurteil mit Einschluss der Landesverweisung untersteht dem ordentlichen Instanzenzug in Strafsachen. Innerkantonale ist das Berufungsgericht zuständig (vgl. Art. 21 und 398 ff. StPO). Dessen Urteil kann mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 78 ff. BGG). Als allgemeiner prozessualer Grundsatz gilt, dass die Prüfungszuständigkeit (Kognition) im Instanzenzug zwar eingeschränkt, aber nicht ausgedehnt werden kann. Demzufolge verfügen das kantonale Berufungsgericht und das Bundesgericht als Rechtsmittelinstanzen über die gleiche (eingeschränkte) Kognition wie das erstinstanzliche Strafgericht (vgl. zur unterschiedlichen Prüfungsbefugnis nach den Varianten 2 und 3 Ziff. 7.2.1 hiervor).

7.2.3 Strafbefehlsverfahren

Die StPO bestimmt die Zuständigkeit zur Beurteilung von Delikten nach Massgabe der im konkreten Fall auszufällenden Sanktion: Übertretungen, d.h. mit Busse bedrohte Widerhandlungen, können durch Verwaltungsbehörden geahndet werden (Art. 17 und 357 StPO); soweit eine Sanktion bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe (oder das Äquivalent in Geldstrafe oder gemeinnütziger Arbeit) ausgesprochen wird, kann die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl erlassen (Art. 352 StPO); für Strafen bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe kann ein Einzelgericht vorgesehen werden (Art. 19 StPO); schwerere Sanktionen sind zwingend von einem Kollegialgericht auszusprechen. Art. 352 StPO legt die Voraussetzungen für ein Strafbefehlsverfahren wie folgt fest:

Art. 352 Voraussetzungen

¹ Hat die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden oder ist dieser anderweitig ausreichend geklärt, so erlässt die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl, wenn sie, unter Einrechnung einer allfällig zu widerrufenden bedingten Strafe oder bedingten Entlassung, eine der folgenden Strafen für ausreichend hält:

- a. eine Busse;
- b. eine Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen;
- c. eine gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden;
- d. eine Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten.

² Jede dieser Strafen kann mit einer Massnahme nach den Artikeln 66–73 StGB verbunden werden.

³ Strafen nach Absatz 1 Buchstaben b–d können miteinander verbunden werden, sofern die insgesamt ausgesprochene Strafe einer Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten entspricht. Eine Verbindung mit Busse ist immer möglich.

Daraus ergibt sich, dass das Strafbefehlsverfahren von zwei Prämissen ausgeht:

- Der Fall muss in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einfach und klar sein und
- es darf nur eine relativ geringe Sanktion in Betracht kommen.

Nur unter diesen Voraussetzungen erscheint es überhaupt angängig, dass die beschuldigte Person auf eine Beurteilung durch ein unabhängiges Gericht in einer öffentlichen Verhandlung verzichten kann, indem sie den Strafbefehl akzeptiert und auf eine Einsprache verzichtet. In Fällen, bei denen eine Landesverweisung ausgesprochen wird, mag das erste Kriterium in bestimmten Fällen erfüllt sein, nicht aber das zweite.

Gerade bei den Strafen unter sechs Monaten soll gemäss Variante 2 (E-Art. 73a Abs. 3 StGB) eine Interessenabwägung vorgenommen werden, eine Aufgabe für die ein rasches und schriftliches Verfahren wenig geeignet erscheint – mit anderen Worten: Viele dieser Fälle sind weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht einfach und klar; eine Ausnahme sind hier gegebenenfalls die Kriminaltouristen.

Eine Landesverweisung von fünf Jahren oder mehr stellt zudem keine geringfügige Sanktion dar. Dies zeigt auch ein Blick auf die Kompetenzordnung des Einzelgerichts: Ein solches ist ausgeschlossen, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren auszusprechen ist, und zwar auch dann, wenn der bedingte Strafvollzug gewährt wird (Art. 19 Abs. 2 Bst. b StPO). Was für das Einzelgericht – immerhin ein unabhängiges Gericht – gilt, muss umso stärker für die den Strafbefehl erlassende Staatsanwaltschaft Gültigkeit haben.

Es kommt hinzu, dass das Strafbefehlsverfahren gewisse rechtsstaatliche Schwachstellen aufweist: So kann mangels Öffentlichkeit des Verfahrens anders als im ordentlichen Verfahren keine Kontrolle der Rechtsprechung durch die Öffentlichkeit erfolgen. In der Phase des Strafbefehlsverfahrens besteht kein Anspruch auf Verteidigung und Strafbefehle werden allein in der Verfahrenssprache ausgestellt, ungeachtet davon, ob die beschuldigte Person diese Sprache überhaupt versteht. Schliesslich brauchen Strafbefehle hinsichtlich der Sanktion nicht begründet zu werden und eine Einvernahme der beschuldigten Person ist nicht erforderlich.

All dies führt zum Schluss, dass im Strafbefehlsverfahren nur relativ geringfügige Sanktionen sollen ausgesprochen werden können. Für eine lang dauernde Landesverweisung zwischen 5 und 15 Jahren bzw. von 20 Jahren trifft dies nicht zu.¹⁶⁹

In den einzelnen Varianten zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen kommt das Strafbefehlsverfahren ganz unterschiedlich zum Zug:

- Die Vertreter des Initiativkomitees gehen davon aus, dass die Landesverweisung grundsätzlich auch im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens verhängt werden kann, weil es in der Hand des Verurteilten liegt, durch eine Einsprache gegen den Strafbefehl ein ordentliches gerichtliches Verfahren einzuleiten. In diesem Fall müsste Art. 352 Abs. 2 StPO entsprechend angepasst werden.

¹⁶⁹ Nach Variante 3 kann im Rahmen der fakultativen Landesverweisung das Gericht einen Ausländer für 3 bis 15 Jahre des Landes verweisen (E-Art. 67c Abs. 2 StGB).

Die Mehrheit der Arbeitsgruppe weist auf damit verbundene mögliche Verzögerungen hin.

- In Variante 2 wird aufgrund der oben dargestellten Überlegungen davon abgesehen, dass eine Landesverweisung im Strafbefehlsverfahren verhängt werden kann.
- In Variante 3 wird eine Landesverweisung im Strafbefehlsverfahren ausdrücklich in den Fällen erlaubt, in denen eine Person die Schweiz aufgrund des fehlenden Anwesenheitsrechts so oder so verlassen müsste (E-Art. 67c Abs. 3 StGB). Eine Änderung der StPO ist nicht notwendig, da E-Art. 67c StGB durch Art. 352 Abs. 2 StPO erfasst wird.

Der Vertreter des BJ hat gegenüber dieser Lösung verfassungsrechtliche Bedenken geäussert: Angesichts der Schwere der in Frage stehenden Sanktion (Landesverweisung und mehrjähriges Einreiseverbot) erscheine fraglich, ob den verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 ff. BV hinreichend Rechnung getragen werden kann. Auf diese Garantien können sich alle ausländischen Personen berufen, unabhängig davon, ob ihre Anwesenheit in der Schweiz rechtmässig ist. Ferner könne ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darin erblickt werden, dass nur über Personen *ohne Anwesenheitsrecht* im Strafbefehlsverfahren ein Urteil gefällt wird.

- Für Variante 4, welche die neue Verfassungsbestimmung im AuG umsetzt, ist die Frage des Strafbefehlsverfahrens ohne Bedeutung.

7.3 Beginn und Dauer der Landesverweisung und Verhältnis zur Hauptsanktion

7.3.1 Einleitung

Jede Landesverweisung ist grundsätzlich ab Rechtskraft des Urteils vollziehbar, unabhängig von der Art der neben der Landesverweisung ausgesprochenen Sanktion. Die Rechtskraft wird gemäss Art. 437 Abs. 2 StPO auf den Tag zurückbezogen, an dem der Entscheid gefällt wurde. Bei den ehemaligen Nebenstrafen und den heutigen «anderen Massnahmen» ist teilweise festgehalten, dass ein bestimmtes Verbot oder eine Massnahme mit Rechtskraft des Urteils «wirksam» wird.¹⁷⁰ Die Wirksamkeit bzw. Vollziehbarkeit bedarf jedoch nach Ansicht der Arbeitsgruppe keiner ausdrücklichen Erwähnung. Wichtiger scheint, den eigentlichen Beginn der Dauer der Landesverweisung klar zu regeln.

Theoretisch könnte die Landesverweisung in jedem Fall nach Feststellung des Eintritts der Rechtskraft sofort vollzogen werden. Allerdings kann es nicht sein, dass der Täter bereits vor dem Vollzug einer gleichzeitig verhängten unbedingten Strafe oder Massnahme ausgewiesen wird. Dies wäre namentlich mit dem Prinzip der Rechtsgleichheit und der staatlichen Pflicht zu bestrafen nicht vereinbar. Eine solche Lösung wäre zudem insbesondere mit Blick auf die Spezial- und Generalprävention kontraproduktiv. Daher ist vor dem Vollzug der Landesverweisung grundsätzlich zuerst die gegen den Verurteilten verhängte Hauptsanktion zu vollziehen. Bereits bei der altrechtlichen Landesverweisung nach Art. 55 aStGB¹⁷¹ ging man davon aus, dass vor dem Vollzug der Landesverweisung

¹⁷⁰ Vgl. Art. 51 Ziff. 3, Art. 54 Abs. 2 oder Art. 56 Abs. 3 aStGB (StGB in der bis 31.12.2006 in Kraft stehenden Fassung); Art. 67a Abs. 1 StGB.

¹⁷¹ StGB in der bis 31.12.2007 in Kraft stehenden Fassung.

die freiheitsentziehende Strafe oder Massnahme ganz oder teilweise verbüsst wird.¹⁷² Dies ist auch bei der vom Bundesrat neu vorgeschlagenen fakultativen Landesverweisung¹⁷³ so vorgesehen.

E-Art. 73e StGB regelt einerseits den grundsätzlichen Vorrang des Straf- und Massnahrnenvollzugs vor der Landesverweisung (Abs. 1) und andererseits, ab wann die Dauer des Einreiseverbots zu laufen beginnt (Abs. 2). Beide Fragen betreffen letztlich den Zeitpunkt des Vollzugs der Landesverweisung bzw. des Einreiseverbots. Als Marginalie von E-Art. 73e StGB wurde deshalb die Bezeichnung «Zeitpunkt des Vollzugs» gewählt. Dieser Bestimmung in Variante 2 entspricht E-Art. 67f StGB in Variante 3.

7.3.2 Zum Vorrang der einzelnen Sanktionen

Die Landesverweisung soll bei bestimmten Verbrechen oder Vergehen verhängt werden. Als Strafen für Verbrechen und Vergehen sind die Freiheitsstrafe, die Geldstrafe und die gemeinnützige Arbeit vorgesehen. Diese können je entweder unbedingt, bedingt oder teilbedingt ausgesprochen werden. Im Zusammenhang mit der Landesverweisung kommen zudem freiheitsentziehende Massnahmen in Frage, das heisst eine stationäre therapeutische Massnahme nach den Art. 59–61 StGB oder die Verwahrung nach Art. 64 StGB.

Im Falle einer unbedingten Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme greift die Landesverweisung ab dem Zeitpunkt der Entlassung aus dem Vollzug. Die Probezeit im Zusammenhang mit der bedingten Entlassung soll der Landesverweisung nicht entgegenstehen.

Auch eine unbedingte Geldstrafe ist vor der Landesverweisung zu vollziehen. Die Ausschöpfung aller Vollzugsmöglichkeiten, welche das Strafgesetzbuch zur Verfügung stellt (Art. 35 f. StGB), ist nicht in jedem Falle mit dem Sinn und Zweck einer Landesverweisung vereinbar. Besteht jedoch der begründete Verdacht, der Verurteilte werde sich der Vollstreckung der Geldstrafe entziehen, kann die Vollzugsbehörde nach Art. 35 Abs. 2 StGB deren sofortige Bezahlung oder eine Sicherheitsleistung verlangen.

Die Strafart der gemeinnützigen Arbeit bezweckt die Wiedergutmachung zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft und die Erhaltung des sozialen Netzes des Verurteilten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt sich deren Anordnung daher nur, solange die Aussicht besteht, dass der Verurteilte nach dem Strafvollzug für sein Fortkommen in der Schweiz bleiben darf.¹⁷⁴ Als Hauptstrafe neben einer Landesverweisung wird das Gericht somit keine gemeinnützige Arbeit ausfällen, da diese hier als unzweckmässige Sanktion erscheint.

Bei einer bedingten Strafe scheint angemessen, die Landesverweisung bereits ab Feststellung der Rechtskraft des Urteils zu vollziehen. Dass die Probezeit diesfalls nicht in der Schweiz überwacht werden kann, steht dem nicht entgegen.¹⁷⁵

¹⁷² KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 57.

¹⁷³ Vgl. Art. 67c Abs. 2 VE-StGB in der Gesetzesvorlage zur Revision des Sanktionensystems, die am 30.6.2010 in die Vernehmlassung geschickt wurde; einsehbar unter: <http://www.bj.admin.ch> (Rubriken «Themen», «Sicherheit», «Gesetzgebung», «Änderung des Sanktionensystems»).

¹⁷⁴ BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4.

¹⁷⁵ Schon unter altem Recht ging man davon aus, dass die Landesverweisung sogleich vollzogen wird: KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 57.

Der Vollzug einer Geldstrafe, gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe zwischen einem und 3 Jahren kann nach Art. 43 StGB auch lediglich teilweise aufgeschoben werden. Im Hinblick auf den unbedingt vollziehbaren Teil der Strafe ergeben sich die bereits oben angeführten Vollzugsfragen. Was den aufgeschobenen Strafteil betrifft, kann die Probezeit wiederum nicht in der Schweiz überwacht werden, was aber auch hier hinzunehmen ist.

Anzufügen bleibt, dass die während des Verfahrens bereits ausgestandene Untersuchungshaft auf die Freiheits- oder Geldstrafe bzw. auf die gemeinnützige Arbeit angerechnet wird (Art. 51 StGB). Es kann somit vorkommen, dass der ausländische Verurteilte die Strafe nicht antreten bzw. bezahlen muss, da diese bereits abgegolten ist. In diesem Falle muss die Strafe als verbüsst gelten und die Landesverweisung kann mit Rechtskraft des Urteils vollzogen werden.

7.3.3 Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung und der vorangehenden Sanktionen

7.3.3.1 Einleitung

Die Landesverweisung wird mit Rechtskraft des Urteils vollziehbar (vgl. oben, Ziff. 7.3.1). Das Urteil ist nicht sofort wirksam, wenn ein Rechtsmittel ergriffen werden kann. Die Wirksamkeit tritt erst ein, wenn die Rechtsmittelfrist unbenützt abgelaufen ist, auf das Rechtsmittel verzichtet oder dieses zurückgezogen wird bzw. wenn die Rechtsmittelinstanz auf das Rechtsmittel nicht eintritt oder es abweist. Wird das Urteil wirksam, wird die Rechtskraft auf den Tag zurückbezogen, an dem der Entscheid gefällt wurde (Art. 437 Abs. 1 und 2 StPO).

Bevor die Landesverweisung bzw. die Strafe vollzogen werden kann, muss folglich die Rechtsmittelfrist abgewartet werden. Diese kann zwischen 10 und 30 Tagen betragen. Ferner kann sich vor Antritt des Strafvollzugs, beispielsweise mangels freier Vollzugsplätze, eine Übergangsphase ergeben. Es stellt sich daher die Frage, welche Sicherheitsmassnahmen bestehen, um den Vollzug der Strafen und Massnahmen sicherzustellen und ob entsprechende Sicherheitsmassnahmen notwendig sind, um den Vollzug der Landesverweisung zu gewährleisten.

7.3.3.2 Bestehende Massnahmen zur Sicherstellung des Vollzugs der vorangehenden Sanktionen

Rechtskräftige unbedingte Freiheitsstrafen und freiheitsentziehende Massnahmen werden sofort vollzogen, wenn Fluchtgefahr oder eine erhebliche Gefährdung der Öffentlichkeit besteht (Art. 439 Abs. 3 StPO). Zur Durchsetzung des Vollzugsbefehls kann die verurteilte Person zudem verhaftet werden (Art. 439 Abs. 4 StPO). In dringenden Fällen kann Sicherheitshaft angeordnet werden (Art. 221 und 440 StPO). Diese bezweckt namentlich, den Vollzug der freiheitsentziehenden Sanktion sicher zu stellen.¹⁷⁶ Sie kann nicht nur für die Zeit der Rechtsmittelfrist und die Zeit danach, sondern bereits nach Eingang der Anklageschrift beim erstinstanzlichen Gericht angeordnet werden (vgl. für Zuständigkeiten das Verfahren Art. 229 ff. StPO).

Die Sicherheitshaft steht auch zur Sicherstellung des Vollzugs von unbedingten und teilbedingten Geldstrafen zur Verfügung (Art. 220 und 440 StPO). Im Prinzip gilt dies auch in

¹⁷⁶ BBL 2006 1228; vgl. zum Begriff der Sicherheitshaft Art. 220 Abs. 2 StPO.

Bezug auf die gemeinnützige Arbeit. Diese Straftat kommt im Falle einer Landesverweisung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch nicht in Betracht (vgl. Ziff. 7.3.2 hiavor).

7.3.3.3 Bestehende Massnahmen zur Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung

Geht es nicht um den vorangehenden Vollzug einer Strafe oder Massnahme, sondern allein um den Vollzug der Landesverweisung (z.B. bei einer Landesverweisung in Verbindung mit einer bedingten Strafe), könnte die analoge Anwendung der ausländerrechtlichen Haftbestimmungen in Frage kommen: Erstens (und als mildere Variante) die *Eingrenzung* (Art. 74 AuG); zweitens (wenn der Eingrenzung zuwider gehandelt wurde, wenn eine qualifizierte Straftat begangen worden ist oder evtl. generell bei Personen ohne Aufenthaltstitel) die *Ausschaffungshaft* (Art. 76 AuG).

Mit der Eingrenzung nach Art. 74 AuG kann der betroffenen Person die Auflage gemacht werden, ein ihr zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen. Dies namentlich, wenn ein rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt und konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass die Person nicht innerhalb der Ausreisefrist ausreisen wird oder sie die ihr angesetzte Ausreisefrist nicht eingehalten hat (Bst. b) oder wenn die Ausschaffung aufgeschoben wurde (Bst. c). Die analoge Anwendung dieser Zwangsmassnahme könnte insbesondere bei Personen zur Anwendung kommen, von denen keine grosse Gefahr der Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgeht.

Die Ausschaffungshaft gemäss Art. 76 AuG dient der Sicherstellung des Vollzugs, wenn ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid eröffnet wurde. Die betroffene Person kann in Haft genommen werden, wenn besondere Haftgründe vorliegen. Ausschaffungshaft kommt damit in Frage, wenn der Betroffene wegen eines Verbrechens oder wegen ernsthafter Bedrohung oder erheblicher Gefährdung an Leib und Leben verurteilt worden ist oder wenn der Betroffene das ihm zugewiesene Gebiet verlässt (Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 AuG).

7.3.3.4 Regelungsbedarf

Die geltenden Bestimmungen zur Sicherstellung des Vollzugs der Strafe oder Massnahme bzw. der Landesverweisung sind grundsätzlich genügend, sofern die ausländerrechtlichen Massnahmen auch für den Vollzug der strafrechtlichen Landesverweisung herangezogen werden. Eine diesbezügliche Klarstellung im AuG wäre indessen angezeigt.

Eine andere Möglichkeit würde darin bestehen, die Bestimmungen der StPO so zu präzisieren, dass die Sicherheitshaft ausdrücklich auch zur Sicherstellung der Landesverweisung angeordnet werden kann. Damit könnte auf eine analoge Anwendung der ausländerrechtlichen Massnahmen für eine strafrechtliche Sanktion verzichtet werden. – Die Arbeitsgruppe hat keiner der beiden Varianten den Vorzug gegeben.

7.3.4 Beginn, Dauer und Ende der Landesverweisung

7.3.4.1 Beginn

Theoretisch könnte die Dauer der Landesverweisung in jedem Fall nach Feststellung des Eintritts der Rechtskraft sofort zu laufen beginnen. Dies wäre indessen angesichts der

freiheitsentziehenden Sanktionen, die vollzogen werden, bevor die verurteilte Person ausgewiesen wird, nicht sinnvoll. Zudem kann eine des Landes verwiesene Person z.B. aus familiären oder gesundheitlichen Gründen noch eine gewisse Zeit in der Schweiz verbleiben, bevor sie ausgeschafft wird. Andere Personen können nicht ausgeschafft werden, weil ihre Identität nicht festgestellt werden kann oder weil sie keine Ausweispapiere besitzen. Schliesslich gibt es Personen, beispielsweise Kriminaltouristen, deren Personalien feststehen und die gültige Papiere besitzen, die innerhalb kürzester Zeit ausgeschafft werden können.¹⁷⁷ Die Dauer der Landesverweisung soll daher an dem Tag zu laufen beginnen, an dem die verurteilte Person aus der Schweiz ausreist (E-Art. 73e Abs. 2 StGB).¹⁷⁸ Nicht diskutiert worden ist die Frage was gilt, wenn der Vollzug – gegebenenfalls auch während mehreren Jahren – aufgeschoben ist.

7.3.4.2 Dauer

Die Landesverweisung dauert grundsätzlich während der im Urteil festgelegten Zeitspanne. Es stellt sich die Frage, ob ein widerrechtlicher Aufenthalt der verurteilten Person in der Schweiz einen Einfluss auf die Dauer haben soll. Eine Möglichkeit wäre, die Zeit von der widerrechtlichen Einreise bis zur erneuten Ausreise nicht anzurechnen (d.h. das Ende der Landesverweisung um diese Zeitspanne nach hinten zu verschieben). Dieses Vorgehen wäre jedoch mit Aufwand und Unsicherheiten verbunden. So müsste eine Behörde die relevante Zeitspanne ermitteln und ein neues Enddatum für die Landesverweisung festlegen. In vielen Fällen wäre es jedoch schwierig, das genaue Datum der illegalen Einreise festzustellen. Nach Meinung der Arbeitsgruppe soll deshalb in diesen Fällen auf das «Ruhen» der Landesverweisung verzichtet werden.

Im Weiteren stellt sich die Frage, wie die Dauer berechnet werden soll, wenn der Täter vor Ablauf der Landesverweisung widerrechtlich in die Schweiz einreist, neue Delikte begeht und wiederum zu einer Landesverweisung verurteilt wird. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 55 aStGB werden in mehreren Urteilen verhängte Landesverweisungen nicht kumulativ, sondern nach Absorptionsprinzip vollzogen.¹⁷⁹ Das heisst, dass die im Zeitpunkt des neuen Urteils weniger lange dauernde Landesverweisung in der längeren Landesverweisung aufgeht.

Dieses Prinzip wurde vom Bundesgericht zwar gestützt auf die Regelung zur altrechtlichen Landesverweisung statuiert. Denkbar wäre jedoch auch, dass der Gesetzgeber ausdrücklich eine Kumulation der Dauern von mehreren Landesverweisungen vorschreibt. So werden im Strafrecht die Strafen kumuliert, weil diese auf dem Verschulden des Täters basieren und eine schuldausgleichende Aufgabe haben.¹⁸⁰ Bei den Massnahmen sollte hingegen im Zeitpunkt eines späteren Urteils eine Gesamtbeurteilung der Situation vorgenommen werden und die in diesem Zeitpunkt als notwendig erachtetete Massnahme verhängt werden. Eine zeitliche Kumulation von gleichartigen Massnahmen wird daher nicht vorgenommen.¹⁸¹ Dies soll auch für die Landesverweisung so gehandhabt werden.

¹⁷⁷ Vgl. dazu die Ausreisefrist und die sofortige Vollstreckung nach Art. 64d AuG.

¹⁷⁸ So im Ansatz bereits in Art. 55 Abs. 3 Satz 2 aStGB vorgesehen; vgl. auch KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 56 f.

¹⁷⁹ Vgl. KELLER BÉATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 55 StGB Rz. 55 mit Hinweis auf BGE 117 IV 229.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 4 f. der Verordnung vom 19.9.2006 zum Strafgesetzbuch und zum Militärstrafgesetz (V-StGB-MStG; SR 311.01).

¹⁸¹ Vgl. Art. 6 Abs. 1 V-StGB-MStG.

7.3.4.3 Ende der Landesverweisung

Die Landesverweisung endet mit dem Ablauf der ausgesprochenen Dauer. Die altrechtliche Landesverweisung war als Nebenstrafe ausgestaltet und unterlag daher der Verjährung. Für Massnahmen (und andere Massnahmen) gelten hingegen keine Verjährungsfristen. Sie gelten so lange als ihre Voraussetzungen gegeben sind. Die altrechtliche Landesverweisung als Nebenstrafe konnte zudem durch eine Begnadigung beendet werden.¹⁸² Die Begnadigung ist jedoch bei Massnahmen (und anderen Massnahmen) nicht möglich (vgl. Art. 383 StGB).

Die Landesverweisung wird im Rahmen des Urteils im Strafregister eingetragen. Es erscheint zudem sinnvoll, wenn die Vollzugsbehörde das Datum, an dem die Landesverweisung zu laufen beginnt, und das Datum, an dem sie endet, in das Strafregister einträgt. Ein Rückfall innerhalb der Dauer der Landesverweisung führt zu einer Landesverweisung von 20 Jahren. Die Dauer der Landesverweisung ist daher mit einer Probezeit vergleichbar, die ebenfalls in das Strafregister eingetragen wird. Zudem stellt die Landesverweisung nach den Varianten 1–3 eine Massnahme dar, bei der die Vollzugsentscheide in der Regel in das Strafregister eingetragen werden.¹⁸³ Gerade für die Strafverfolgungsbehörden, welche für die Strafzumessung auf die Informationen im Strafregister zugreifen, wäre es dienlich, wenn sie sehen würde, ob ein neues Delikt in die Dauer einer Landesverweisung fällt oder nicht. – Ein formeller Entscheid über das Ende der Landesverweisung ist nicht notwendig.

7.4 Unterbrechung und Aufhebung der Landesverweisung

7.4.1 Folgerungen aus dem Massnahmencharakter der Landesverweisung

Die Ausgestaltung der Landesverweisung als Massnahme bringt mit sich, dass diese grundsätzlich nur solange aufrecht erhalten werden darf, als ihr Zweck es erfordert.¹⁸⁴ Art. 121 Abs. 5 BV verlangt allerdings, dass die Landesverweisung mit einem Einreiseverbot von mindestens 5 Jahren zu verbinden ist und statuiert somit eine bestimmte Frist, innert welcher das Prinzip der Zweckbindung nicht spielen kann. Dies erlaubt es nur beschränkt, dem Wesen der Landesverweisung als Massnahme Rechnung zu tragen. Gleichwohl scheint es angezeigt, im Rahmen des verfassungsmässig Zulässigen eine Unterbrechung oder Aufhebung der Landesverweisung zu ermöglichen.

Die nachstehenden Ausführungen über die Folgen davon, dass die Landesverweisung als Massnahme ausgestaltet ist, gelten nicht für die Variante 1. Danach ist nach Auffassung der Vertreter des Initiativkomitees die Landesverweisung eine Sanktionsart sui generis.

7.4.2 Unterbrechung durch die Vollzugsbehörde

Die Unterbrechung der Landesverweisung stellt eine vorübergehende und eher auf kurze Fristen angelegte Möglichkeit dar, um einerseits Interessen der verurteilten ausländischen

¹⁸² BGE 104 Ib 275 E. 1a S. 278.

¹⁸³ Vgl. Art. 5 f. der Verordnung vom 29.9.2006 über das Strafregister (VOSTRA-Verordnung; SR 331).

¹⁸⁴ STRATENWERTH, § 8 N. 34.

Person, andererseits aber auch Interessen der schweizerischen Strafverfolgung und Rechtspflege Rechnung zu tragen. Dieser Zweck sowie Gesichtspunkte der Praktikabilität und Verfahrensökonomie legen es nahe, die Anordnungskompetenz zur Unterbrechung in die Hand der kantonalen Vollzugsbehörde zu legen. Die richterliche Festsetzung der Dauer des Einreiseverbots ist durch dessen (kurzzeitige) Unterbrechung nicht tangiert.

Es dürften vorab humanitäre, familiäre, aber auch etwa medizinisch indizierte Gründe nahelegen, einer von einer Landesverweisung betroffenen ausländischen Person die Einreise in die Schweiz zu erlauben: Nur so würde ihr beispielsweise ermöglicht, an der Trauerfeier eines nahen Familienmitglieds in der Schweiz teilzunehmen. Andererseits kann die Unterbrechung auch im öffentlichen Interesse sein. Stehen beispielsweise die Straftaten, die zur Landesverweisung geführt haben, im Zusammenhang mit der deliktischen Tätigkeit einer anderen Person, kann der ausgeschafften Person eine Zeugenpflicht obliegen. Hier erscheint es angemessen, das Einreiseverbot auszusetzen. Da die Unterbrechung somit nicht zwingend im Interesse des Verurteilten liegen muss, wird darauf verzichtet, einen Antrag des Verurteilten vorauszusetzen. Diese Erwägungen sollen durch die gewählten Formulierungen in den E-Art. 73f Abs. 1 und E-Art. 67g Abs. 1 StGB zum Ausdruck kommen.

Die in Art. 121 Abs. 5 BV vorgesehene fünfjährige Mindestdauer des Einreiseverbots steht einer Unterbrechung bereits vor Ablauf von 5 Jahren nicht entgegen. Denn bei der Unterbrechung handelt es sich um eine Vollzugsmassnahme, welche die (richterliche) Festsetzung bzw. die Bemessung der Dauer des Einreiseverbots nicht berührt.

Schliesslich sind die Auswirkungen eines Vollzugsunterbruchs auf die Gesamtdauer des Einreiseverbots zu untersuchen. Eine Möglichkeit wäre, vorzusehen, dass das Einreiseverbot während der Unterbrechung *ruht*; das heisst, die bereits laufende Frist würde für eine bestimmte Zeit angehalten, um anschliessend weiter zu laufen.¹⁸⁵ Dieses Vorgehen wäre jedoch mit grossem Aufwand verbunden: Die Vollzugsbehörde müsste ein neues Enddatum des Einreiseverbots festsetzen und würde insofern den richterlichen Entscheid korrigieren. Auch müsste eine Änderung des Strafregistereintrags erfolgen. Deshalb sollte die Unterbrechung keine Auswirkung auf die Gesamtdauer des Einreiseverbots bzw. dessen Enddatum haben. Die Vollzugsbehörde wird die – oft nur wenige Tage dauernde und bisweilen auch vom öffentlichen Interesse gebotene – Unterbrechung jeweils nur für die konkret erforderliche Zeitspanne anordnen und im Rahmen ihres Ermessens bei der Anordnung weiterer Vollzugsunterbrüche einer allfälligen Gefahr des Missbrauchs Rechnung tragen.

7.4.3 Aufhebung durch das Gericht

Das Strafgericht darf gegenüber der straffälligen freizügigkeitsberechtigten Person die Landesverweisung nicht aussprechen (das Aufenthaltsrecht nicht aberkennen), wenn keine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne des FZA vorliegt (vgl. E-Art. 73c StGB sowie oben, Ziff. 7.2.1). Wenn das Strafgericht im Zeitpunkt der Anordnung der Landesverweisung keine FZA-Widrigkeit erkennt, kann sich in der Vollzugsphase infolge seither ergangener Änderungen des freizügigkeitsrechtlich relevanten Sachverhalts die Notwendigkeit zur erneuten Überprüfung

¹⁸⁵ Art. 75 aStGB unterschied im Zusammenhang mit der Vollstreckungsverjährung die *Unterbrechung* (die Verjährungsfrist beginnt nach der Unterbrechung von Neuem zu laufen) und das *Ruhen* (die laufende Verjährungsfrist wird angehalten, um nachher weiter zu laufen). Zum Ganzen MÜLLER, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, Art. 75 StGB Rz. 1.

ergeben. Namentlich erscheint nicht ausgeschlossen, dass bei Straftätern nach Verbüsung ihrer Freiheitsstrafe nachträglich ein Ausschlussgrund im Sinne von E-Art. 73c StGB eintritt. In einem solchen Fall hebt das Gericht – nicht die Vollzugsbehörde – die Landesverweisung auf Gesuch hin auf (vgl. E-Art. 73f Abs. 2 StGB).

7.5 Vollzugsverfahren

7.5.1 Kantonale Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug

Gemäss Art. 123 Abs. 2 BV sind für die Organisation der Gerichte, die Rechtsprechung in Strafsachen sowie den *Straf- und Massnahmenvollzug* die Kantone zuständig, soweit das (Bundes-)Gesetz nichts anderes vorsieht. Diese Bestimmung hat in erster Linie die Funktion, den Bundesgesetzgeber in den genannten Sachbereichen zur Zurückhaltung bei seiner Rechtsetzungstätigkeit zu mahnen.¹⁸⁶ Seit dem 1. Januar 2008 sieht zwar Art. 123 Abs. 3 BV ausdrücklich vor, dass der Bund Vorschriften zum Straf- und Massnahmenvollzug erlassen kann. Von dieser Kompetenz wird allerdings nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht. Wie bisher beschränkt sich der Bundesgesetzgeber im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs auf eine Rahmengesetzgebung, die insbesondere dazu dient, den einzelnen strafrechtlichen Sanktionen Konturen und Gehalt zu geben. Insoweit können diese Vollzugsregelungen auch als materielles Strafrecht angesehen werden.

Ferner verankert Art. 372 StGB auf Gesetzesebene die allgemeine kantonale Pflicht, die von Strafgerichten aufgrund des StGB ausgefallten Urteile zu vollziehen (Pflicht zum Straf- und Massnahmenvollzug).

Vor dem Hintergrund dieses «Zurückhaltungsgebots» sollen sich zusätzliche eidgenössische Regeln für den Vollzug der Landesverweisung auf das Notwendige beschränken. Wo immer möglich, erscheint bei einer Umsetzung im Strafgesetzbuch die Anknüpfung an die bestehende eidgenössische (StPO) und kantonale Vollzugsordnung naheliegend. Allgemein gilt, dass sich die mit dem Erlass einer Vollstreckungsverfügung verbundenen Verfahrensfragen (z.B. aufschiebende Wirkung, Rechtsmittelfristen usw.) nach kantonalem Recht richten; einschlägig ist in der Regel das kantonale Verwaltungsverfahrenrecht.¹⁸⁷

7.5.2 Zuständige kantonale Vollzugsbehörde und gebotene Handlungsform

Als Ausfluss des hiervor erwähnten Zurückhaltungsgebots überlassen es E-Art. 73g Abs. 1 und E-Art. 67h Abs. 1 StGB der kantonalen Gesetzgebung, die zuständige Vollzugsbehörde zu bezeichnen. Wie bereits bei der Landesverweisung nach Art. 55 aStGB regeln die Kantone, wie und in Zusammenarbeit mit welchen Stellen (Polizei-, Ausländer- und Strafvollzugsbehörde) sie die strafrechtliche Landesverweisung vollziehen. Immerhin

¹⁸⁶ BIAGGINI, Art. 123 N. 5.

¹⁸⁷ Vgl. BRÄGGER BENJAMIN F., BaKomm, Strafprozessordnung, Art. 439 StPO, Rz. 4 f., 22. Vgl. konkret bspw. für den Kanton Bern Art. 81a des Gesetzes vom 25.6.2003 über den Straf- und Massnahmenvollzug (SMVG; BSG 341.1): «Gegen Verfügungen und Beschwerdeentscheide der Polizei- und Militärdirektion kann beim Obergericht Beschwerde geführt werden.» Gemäss Art. 82 SMVG richtet sich das Verfahren nach dem Gesetz vom 23.5.1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

weisen die vorgeschlagenen Normen die Kantone zur «unverzöglichen» Vollstreckung der Landesverweisung an.

Die vom Strafgericht ausgesprochene Landesverweisung kann als *Sachverfügung* qualifiziert werden. Der Verwaltungsakt, mit welchem die kantonale Vollzugsbehörde diese Anordnung vollzieht, regelt die Vollzugsmodalitäten, insbesondere den Zeitpunkt sowie die Art und Weise der Ausschaffung. Dieser Verwaltungsakt weist die Merkmale einer anfechtbaren *Vollstreckungsverfügung* auf und muss sich namentlich zur Vereinbarkeit mit den völkerrechtlichen Vollzugshindernissen äussern (vgl. sogleich Ziff. 7.5.3). Bei freiwilliger Ausreise der von einer Landesverweisung betroffenen ausländischen Person kann die kantonale Vollzugsbehörde vom Erlass einer Vollstreckungsverfügung absehen.

7.5.3 Gründe für den Aufschub der Landesverweisung

Einig ist sich die Arbeitsgruppe, dass die Landesverweisung grundsätzlich vom Strafgericht anzuordnen ist. Unterschiedliche Meinungen bestehen hinsichtlich der Frage, ob die Vollzugshindernisse ebenfalls durch das Strafgericht (so die Variante 3; vgl. auch oben, Ziff. 7.2.1) oder durch die Vollzugsbehörde geprüft werden sollen (so die Variante 2).

Werden Vollzugshindernisse erkannt, sei es von Amtes wegen oder gestützt auf Hinweise der betroffenen ausländischen Person, bleiben zwar die vom Strafgericht angeordnete materielle Verpflichtung zur Ausreise aus der Schweiz und damit der Entzug des Aufenthaltsrechts bestehen; nur auf die zwangsweise Vollstreckung (Ausschaffung) wird vorläufig verzichtet. Ohne diese «Offenheit» in der Vollzugsphase hätte die Ausschaffungsinitiative wegen Verstosses gegen die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts für ungültig erklärt werden müssen (vgl. zum Ganzen ausführlich oben, Ziff. 3.2.2.2).

Im Ausländerrecht sind die Ausschaffungs- bzw. Wegweisungsvollzugshindernisse¹⁸⁸ in Art. 83 Abs. 1–4 AuG geregelt. Es sind dies die Unmöglichkeit, die Unzulässigkeit und die Unzumutbarkeit der Weg- oder Ausweisung.¹⁸⁹ Die in E-Art. 73g Abs. 2 Bst. a–c StGB aufgeführten Aufschubgründe sind zwar in den Grundzügen an die Wegweisungsvollzugshindernisse gemäss Art. 83 Abs. 1–4 AuG angelehnt, weisen aber einen eigenständigen Gehalt auf:

- Unter die *Unzulässigkeit* des Vollzugs gemäss Art. 80 Abs. 3 AuG werden das flüchtlings- und menschenrechtliche Non-Refoulement-Prinzip subsumiert. Der Klarheit halber verzichtet indessen der Formulierungsvorschlag in E-Art. 73g Abs. 2 Bst. a StGB auf den Begriff der Unzulässigkeit und benennt direkt das Verbot der Rückschiebung als Aufschubgrund.
- Die *Unmöglichkeit* des Vollzugs bezieht sich auf technische Hindernisse im weitesten Sinn und hat – im Gegensatz zur Unzulässigkeit – keine Schutzfunktion für die betroffene Person. Die Gründe für die Unmöglichkeit müssen sodann ausserhalb des Einflussbereichs der betroffenen Person liegen. Bei der Dauer der Unmöglichkeit geht die Rechtsprechung zu Art. 83 Abs. 2 AuG davon aus, dass diese mindestens ein Jahr andauern muss und auch in Zukunft mit grosser Wahrscheinlichkeit weiterbestehen wird.¹⁹⁰ Wichtigster praktischer Unmöglichkeit Grund ist die Weigerung der Heimatbehörde, Reisepapiere auszustellen. Art. 121 Abs. 3 und 5 BV lassen Raum für

¹⁸⁸ So die Terminologie bei BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Vorbemerkungen zu Art. 83–88 AuG, N. 1.

¹⁸⁹ Vgl. für eine ausführliche Kommentierung ILLES, Kommentar AuG, Art. 83 N. 4 ff.

¹⁹⁰ Vgl. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung ILLES, Kommentar AuG, Art. 83 N. 10.

eine entsprechende Prüfung durch die Strafvollzugsbehörde, was letztlich auch einem zwingenden Gebot der Praktikabilität entspricht. Der Formulierungsvorschlag in E-Art. 73g Abs. 2 Bst. b StGB soll die zu Art. 83 Abs. 2 AuG ergangene Rechtsprechung zum Ausdruck bringen.

- Gemäss beispielhafter Aufzählung in Art. 83 Abs. 4 AuG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer *unzumutbar* sein, wenn sie «in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind.» E-Art. 73g Abs. 2 Bst. c (Variante 2) und E-Art. 67d Abs. 2 Bst. c StGB (Variante 3) übernehmen diese Aufzählung und zwar abschliessend, nicht bloss beispielhaft. Sie nennen aber zusätzlich die Unzumutbarkeit der Ausschaffung infolge schwerwiegender persönlicher Gründe als Aufschubgrund. Mit diesem Zusatz wird die Vollzugsbehörde (Variante 2) bzw. das Gericht (Variante 3) angehalten, im Einzelfall zu untersuchen, ob Anforderungen, wie sie sich aus der EMRK, dem UNO-Pakt II und der KRK ergeben, einer Ausschaffung (vorübergehend) entgegenstehen. Der Zusatz bildet schliesslich den normativen Anknüpfungspunkt für die Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall.

In Zweifelsfällen können die Behörden beim BFM einen Amtsbericht zu den Aufschubgründen einholen. Wird der Aufschub gewährt, verfügt das BFM die vorläufige Aufnahme. Im Vergleich mit ausländischen Personen, die eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung haben, ergeben sich aus dem Status der vorläufigen Aufnahme insbesondere in den Bereichen der Erwerbstätigkeit, des Familiennachzugs und des Kantonswechsels wesentliche Schlechterstellungen (vgl. dazu auch hinten, Ziff. 7.9.2.6; Vorläufige Aufnahme bei Vollzugshindernissen).

Die Nichtdurchführbarkeit der Ausschaffung beruht auf den in E-Art. 73g Abs. 2 (Variante 2) bzw. E-Art. 67d Abs. 2 StGB (Variante 3) aufgeführten Aufschubgründen. Ob diese noch vorliegen, soll von der Vollzugsbehörde (Variante 2) bzw. vom Gericht (Variante 3) regelmässig überprüft werden. Die Überprüfung dürfte in der Regel jährlich und anlässlich der Verlängerung des Ausweises für vorläufig aufgenommene Personen erfolgen (vgl. Art. 41 Abs. 2 AuG). Je nach Ausschaffungshindernis fällt aber auch ein anderer Überprüfungszeitpunkt in Betracht. Deshalb wird – in Anlehnung an die Formulierung in Art. 84 Abs. 1 AuG – die Vollzugsbehörde durch E-Art. 73g Abs. 3 StGB zur «periodischen» Überprüfung verpflichtet.

7.6 Rechtsmittelverfahren

7.6.1 Verfassungsrechtliche Rechtsschutzanforderungen

Art. 121 Abs. 3–6 BV enthalten die Idee des «Ausweisungsautomatismus». Verfahrensrechtliche Konsequenz muss die Errichtung eines raschen Verfahrens vor der verfügenden und der Rechtsmittelbehörde sein. Dabei sind insbesondere die folgenden verfassungsrechtlichen Vorgaben wegleitend:

- Eine von der kantonalen Vollzugsbehörde erlassene Vollstreckungsverfügung muss von einer Rechtsmittelbehörde überprüft werden können. Ein gesetzlicher Ausschluss der Anfechtbarkeit dieser Vollstreckungsverfügung, sei er im eidgenössischen oder im kantonalen Recht vorgesehen, ist mit Art. 29a BV nicht vereinbar. Zwar weist der Wortlaut von Art. 29a BV auf mögliche gesetzliche Ausnahmen vom Anspruch auf eine richterliche Beurteilung hin. Solche halten indessen nur vor der Verfassung stand

bei mangelnder Justiziabilität des betreffenden Rechtsakts oder wenn dieser einen überwiegend politischen Charakter aufweist (sog. *actes de gouvernement*). Solche Eigenschaften liegen bei den hier fraglichen Vollstreckungsverfügungen offenkundig nicht vor.

- Art. 29a BV verlangt weiter, dass die Vollstreckungsverfügung durch mindestens eine *gerichtliche Instanz* beurteilt wird. Ein Rechtsmittelzug ans Bundesgericht ist indes-
sen verfassungsrechtlich nicht vorgegeben.¹⁹¹
- Die betroffene ausländische Person kann sich nur gegen die verfügte Zwangsmass-
nahme, also gegen den eigenständigen Gehalt der Vollstreckungsverfügung zur
Wehr setzen. Rügen gegen die der Vollstreckungsverfügung zugrunde liegende
Sachverfügung und damit gegen die strafrichterliche Landesverweisung an sich sind
nicht mehr möglich; sie können nur im (strafrechtlichen) Rechtsmittelverfahren vorge-
bracht werden.

7.6.2 Oberes kantonales Gericht als endgültig entscheidende Rechtsmit- telinstanz

Die Mehrheit der Arbeitsgruppe favorisiert einen *einstufigen Instanzenzug* und möchte *keine Zuständigkeit von Gerichten des Bundes* vorsehen. Dies mit dem Ziel, Konkordanz herzustellen mit dem geltenden Rechtsmittelsystem. Demnach liegt es grundsätzlich in der Kompetenz der kantonalen Behörden und Gerichte, bei illegal anwesenden Ausländerinnen und Ausländern und solchen, deren Bewilligung nicht verlängert oder widerrufen wird, über die Wegweisung zu befinden.

Der Vertreter des BJ hat Einwände geäussert und dabei allgemeine Grundsätze für die Rechtsetzung im Bereich der Bundesrechtspflege dargelegt:

- Wo der Vollzug von Bundesrecht in Frage steht, sollte mindestens eine gerichtliche Beschwerdeinstanz des Bundes eingesetzt werden. Andernfalls hat der Bund kaum mehr Einflussmöglichkeiten auf Vollzugsfragen, obwohl er beispielsweise gegenüber dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in der Verantwortung steht. Bei einer StGB-Umsetzung wäre folglich konsequent, das *Bundesstrafgericht*¹⁹² als (letztinstanzliche) Beschwerdeinstanz vorzusehen. Die nötigen Ressourcen vorausgesetzt, ist das Bundesstrafgericht ohne weiteres auch in der Lage einen raschen Entscheid zu treffen.¹⁹³
- Wo Vollzugsfragen abschliessend in der (Gerichts-)Zuständigkeit der Kantone liegen, bestehen Risiken einer uneinheitlichen Rechtsanwendung. Hier umso mehr, als das materielle Recht zwangsläufig auf allgemeine Rechtsbegriffe abstellt.

¹⁹¹ Vgl. indessen Art. 78 Abs. 2 Bst. b BGG: Nach dieser Norm beurteilt das Bundesgericht auf Beschwerde in Strafsachen hin auch Entscheide über den Vollzug von Strafen und Massnahmen. Ferner beurteilt das Bundesgericht nach Art. 113 BGG («subsidiäre») Verfassungsbeschwerden gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen, soweit keine Beschwerde nach den Art. 72–89 BGG zulässig ist (vgl. dazu auch unten, Ziff. 7.9.1).

¹⁹² Alternative: Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts mit der Begründung, es stünden überwiegend ausländerrechtliche (nicht: strafrechtliche) Rechtsfragen zur Beurteilung an.

¹⁹³ Vgl. auch die bundesgerichtliche Zuständigkeit bei der Überprüfung der Anordnung der ausländerrechtlichen Ausschaffungshaft: Das Bundesgericht urteilt in aller Regel innerhalb weniger Tage. Diese Rechtsprechung hat erheblich zur Rechtssicherheit hinsichtlich der Haftvoraussetzungen geführt und erleichtert damit auch den kantonalen Behörden den Vollzug.

In den Varianten 2 (E-Art. 73h Abs. 1 StGB) und 3 (E-Art. 67i Abs. 1 StGB) wird in Anlehnung an Art. 86 Abs. 2 BGG die Einsetzung eines – erstinstanzlich und endgültig urteilenden – «oberen Gerichts» vorgeschlagen. Die Kantone sind damit namentlich frei, ob sie als Rechtsmittelinstanz die strafrechtliche oder die verwaltungsrechtliche Abteilung ihres Kantons- oder Obergerichts einsetzen wollen. Ausgeschlossen ist indessen, dass der Kanton einen Rechtsweg zunächst an eine verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz vorsieht.¹⁹⁴

7.6.3 Beschwerde- und Behandlungsfristen

Die normale Beschwerdefrist beträgt 30 Tage. Vorliegend erscheint es vor dem Hintergrund der Verfassungsbestimmung angezeigt und für die Beschwerdeführenden zumutbar, gegen Entscheide der Vollzugsbehörde eine *Rechtsmittelfrist* von 10 Tagen vorzusehen (vgl. auch Art. 100 Abs. 2 BGG).

Gesetzliche *Behandlungsfristen* sind in aller Regel kein taugliches Instrument zur Verfahrensbeschleunigung, weil sie zu wenig auf die verschiedenen möglichen Fallkonstellationen abgestimmt werden können. Ausserdem kann die Überschreitung solcher Behandlungsfristen meistens nicht mit wirksamen Rechtsfolgen verbunden werden. Eine Behandlungsfrist kann ausnahmsweise angebracht sein, wenn die Verfahrensdauer aus übergeordneten Interessen zwingend limitiert werden muss.¹⁹⁵

Weil vorliegend die Fallkonstellationen und der behördliche Abklärungsaufwand sehr unterschiedlich sein können, ist von einer taggenauen Behandlungsfrist abzusehen. Vorgeschlagen wird, in E-Art. 73g Abs. 1 und E-Art. 67h Abs. 1 StGB lediglich die Vollzugsbehörde zu einem «unverzüglichen» Entscheid zu verpflichten (vgl. oben, Ziff. 7.5.2). Gründe für die Zurückhaltung bei Eingriffen in die kantonale Gerichtshoheit gebieten es, auf eine entsprechende Vorschrift bei der Rechtsmittelinstanz zu verzichten. Aus den Vollzugsbestimmungen insgesamt (unverzüglicher Entscheid der Vollzugsbehörde, abgekürzte Rechtsmittelfrist) wird aber hinreichend deutlich, dass das obere Gericht die Vollzugsverfügungen ebenfalls in einem raschen Verfahren und gegebenenfalls ausserhalb der Reihe zu beurteilen hat.

7.6.4 Beschwerdegründe und weitere Verfahrensbestimmungen

Bundesrechtlich soll vorgegeben sein, dass im Rechtsmittelverfahren gegen die Vollstreckungsverfügung grundsätzlich nur die Verletzung von Aufschubgründen gerügt werden kann, wie sie für die Varianten 2 und 3 entwickelt wurden.¹⁹⁶ Ferner können sich Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer auf Verfahrensgarantien berufen, die sich direkt aus der Bundesverfassung ergeben (z.B. Gehörsansprüche).

¹⁹⁴ Vgl. etwa Art. 80 Abs. 2 SMVG-BE (Fn. 187), wonach im Strafvollzugsbereich Verfügungen des Amts für Freiheitsentzug und Betreuung und der Leitungen der Vollzugsinstitutionen (vor dem Gang an das Obergericht) bei der Polizei- und Militärdirektion angefochten werden können.

¹⁹⁵ Art. 226 Abs. 1 StPO (Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts innerhalb von 48 Stunden); Art. 109 Abs. 3 AsylG («unverzüglicher» Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts).

¹⁹⁶ Vgl. E-Art. 73h Abs. 2 bzw. E-Art. 67i Abs. 2 StGB i.V.m. E-Art. 73g Abs. 2 bzw. E-Art. 67d Abs. 2 StGB.

Zahlreiche weitere Festlegungen, wie das Verfahren vor der gerichtlichen Rechtsmittelinstanz auszugestalten ist, sollen vor dem Hintergrund des Art. 123 Abs. 2 BV in der kantonalen Regelungskompetenz verbleiben. Das betrifft etwa die folgenden Punkte: Beschwerdebefugnis, (Nicht-)Gewährung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde, Mündlichkeit bzw. Schriftlichkeit des Verfahrens, Begründungsdichte des Rechtsmittelentscheids, Verfahrenskosten und Regelung der unentgeltlichen Prozessführung usw. Selbstverständlich sind die Kantone dabei an die – teilweise relativ engmaschigen – Verfassungsvorgaben im Bereich der Verfahrensgarantien gebunden (Art. 29 ff. BV).

7.7 Abweichende Vollzugsbestimmungen zur Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees)

Mit E-Art. 73^{quater} StGB haben auch die Vertreter des Initiativkomitees einen Vorschlag für eine Vollzugsnorm unterbreitet. Demzufolge sollen – übereinstimmend mit den Vorschlägen gemäss den Varianten 2 und 3 – kantonale Behörden den Vollzug der Landesverweisung sicherstellen und ein kantonales Gericht erstinstanzlich und endgültig über Beschwerden urteilen.

Abweichend von den Vorschlägen gemäss den Varianten 2 und 3 können die Vollzugsbehörden (und das kantonale Gericht als Rechtsmittelinstanz) nur das Verbot der Rückschiebung als Aufschubgrund anerkennen (E-Art. 73^{quater} Abs. 2 StGB). Zudem sollen die Vollzugsbehörden und die kantonalen Gerichte mit der in E-Art. 73^{quater} Abs. 4 StGB verankerten 30-tägigen Behandlungsfrist zu besonders raschem Vorgehen verpflichtet werden. Schliesslich hat die kantonale Vollzugsbehörde nach Art. 73^{quater} Abs. 3 StGB von der Vermutung auszugehen, dass die Ausweisung in ein Land, das der Bundesrat gemäss Art. 6a Abs. 2 AsylG als sicher bezeichnet, nicht gegen das Verbot der Rückschiebung verstösst.

Die verfahrensrechtliche Konsequenz dieser Bestimmung dürfte analog sein zur Regelung in Art. 34 Abs. 1 AsylG.¹⁹⁷ Auf ein entsprechendes Gesuch bzw. Rechtsmittel braucht nicht eingetreten zu werden, ausser es lägen im Einzelfall konkrete Hinweise vor, welche die Richtigkeit der gesetzlichen Vermutung in Frage stellen. In einem solchen Fall wären das Gesuch bzw. das Rechtsmittel auch materiell zu behandeln.

Schliesslich wird aus den Formulierungsvorschlägen der Variante 1 deutlich, dass auch in der Vollzugsphase die Prüfung des Einzelfalls, namentlich die Prüfung der Verhältnismässigkeit der Ausweisung, ausgeschlossen sein soll.

7.8 Abweichende Vollzugsbestimmungen zur Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht)

7.8.1 Anpassungen im Ausländerrecht

Die Anordnung des zwingenden Bewilligungsentzugs und des zwingenden Einreiseverbots sind in Ziff. 6.9.4 hiervoor erläutert. Bei Variante 4 sind die Migrationsbehörden sowohl für die Anordnung also auch für den Vollzug dieser Massnahmen zuständig.

¹⁹⁷ Vgl. dazu ILLES / SCHREPPER / SCHERTENLEIB, S. 134 ff.

Ausländerinnen und Ausländer, die sich illegal in der Schweiz aufhalten oder deren Bewilligung nicht verlängert oder widerrufen wurde, müssen umgehend aus der Schweiz ausgewiesen werden (Art. 64 ff. AuG). Eine besondere Vollzugsbestimmung ist nach einem zwingenden Widerruf einer Bewilligung nicht erforderlich (anders in Variante 2: E-Art. 73g Abs. 1 StGB).

Bei Personen, welche die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf einer Bewilligung erfüllen (E-Art. 63a AuG), gelten *erhöhte Anforderungen* an die Vollzugshindernisse, die zu einer vorläufigen Aufnahme führen (E-Art. 83 Abs. 7^{bis} AuG; analog zu Variante 2 [E-Art. 73g Abs. 2 StGB]). Dies ergibt sich aus der neuen Verfassungsbestimmung, wonach bei gewissen Straftaten alle Aufenthaltsrechte entzogen werden und ein Einreiseverbot angeordnet werden muss. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur sehr eingeschränkt zu gewähren. In Variante 2 gelten demgegenüber bei der zwingenden als auch bei der fakultativen Landesverweisung die gleichen Anforderungen.

Sind die Voraussetzungen für die vorläufige Aufnahme nicht mehr erfüllt, hebt sie das BFM auf (Art. 84 Abs. 2 AuG). Dies gilt auch bei vorläufig aufgenommenen Personen, die wegen einer Straftat erst nachträglich die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf der Bewilligung nach Art. 63a AuG erfüllen. Vorbehalten bleibt auch in diesen Fällen E-Art. 83 Abs. 7^{bis} AuG (vgl. dazu auch hinten, Ziff. 7.9.2.6; Vorläufige Aufnahme bei Vollzugshindernissen).

Die Variante 4 sieht keine besonderen Bestimmungen für eine Beschleunigung des Beschwerdeverfahrens vor (anders in Variante 2: E-Art. 73h StGB). Vielmehr gelten die allgemeinen Bestimmungen des AuG, die bereits Beschleunigungsmassnahmen in bestimmten Fällen vorsehen. Demnach kann eine erstinstanzliche Wegweisung sofort vollstreckt werden, wenn die betroffene Person insbesondere eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt oder konkrete Anzeichen befürchten lassen, dass sie sich der Ausschaffung entziehen will (Art. 64d Abs. 2 AuG). Bei Ausländerinnen und Ausländern, die sich illegal in der Schweiz aufgehalten haben, besteht zudem eine verkürzte Beschwerdefrist von 5 Tagen; die Wegweisungsverfügung hat keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeinstanz entscheidet innerhalb von zehn Tagen über deren Wiederherstellung (Art. 64 Abs. 3 AuG).

7.8.2 Anpassungen im Asylrecht

Sind die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen erfüllt (E-Art. 63a AuG) und ist ein Asylverfahren hängig, muss es möglichst rasch rechtskräftig abgeschlossen werden. Es wird daher eine Bestimmung vorgeschlagen, wonach sowohl das BFM als auch das Bundesverwaltungsgericht mit besonderer Beförderungsfähigkeit entscheiden, wenn die asylsuchende Person straffällig geworden ist (E-Art. 37 Abs. 4 und 109 Abs. 5 AsylG). Dies ist in der Praxis bereits heute der Fall.

Sind die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen erfüllt (E-Art. 63a AuG) und wird das Asylgesuch abgelehnt, erfolgt wie üblich eine Wegweisung (Art. 44 Abs. 2 AsylG). Auch in diesen Fällen sind die Vollzugshindernisse eingeschränkt, die zur Anordnung einer vorläufigen Aufnahme führen (E-Art. 83 Abs. 7^{bis} AuG).

Die strafrechtliche Verurteilung nach E-Art. 63a AuG stellt einen neuen Asylausschlussgrund dar (E-Art. 53 Bst. c AsylG). Das anerkannten Flüchtlingen gewährte Asyl und auch das damit verbundene Aufenthaltsrecht gemäss Art. 60 AsylG erlischt, wenn eine strafrechtliche Verurteilung nach E-Art. 63a AuG vorliegt (E-Art. 64 Abs. 1 Bst. e AsylG). Dies entspricht der neuen Verfassungsbestimmung, wonach bei bestimmten Straftaten alle

Aufenthaltsrechte erlöschen (Art. 123 Abs. 3 BV). Dazu gehört auch die Asylgewährung, die den anerkannten Flüchtlingen eine besondere Rechtsstellung gewährt.

Anerkannte Flüchtlinge ohne Asyl werden vorläufig aufgenommen (E-Art. 83 Abs. 8 AuG). Sie dürfen nur ausgewiesen werden, wenn sie die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden oder die öffentliche Ordnung in schwerwiegender Weise verletzt haben. Dieser Grundsatz ergibt sich aus Art. 32 Ziff. 1 der Flüchtlingskonvention¹⁹⁸ (vgl. auch Art. 65 AsylG). Festzuhalten ist, dass auch in diesen Fällen immer das Non-Refoulement-Gebot beachtet werden muss (Art. 25 Abs. 3 BV, Art. 3 EMRK). Sollen anerkannte Flüchtlinge weggewiesen werden, weil sie die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen erfüllen, ist in der Regel ein Amtsbericht des BFM erforderlich.

7.9 Hinweise auf Änderungen anderer Bundesgesetze

7.9.1 Auswirkungen auf Strafgesetze und Prozessordnungen

Die Vorschläge zur Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im StGB gemäss den Varianten 1–3 ziehen Anpassungen der StPO nach sich. Aufgrund der jeweiligen Lösung werden z.B. die Bestimmungen über die Voraussetzungen des Strafbefehlsverfahrens angepasst werden müssen (vgl. oben, Ziff. 7.2.3) oder Präzisierungen sind vorzunehmen, wenn die Sicherheitshaft ausdrücklich auch zur Sicherstellung des Vollzugs der Landesverweisung dienen soll (vgl. oben, Ziff. 7.3.3.4).

Indem die Varianten 1–3 eine Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen im StGB vorschlagen, sind sie nur auf Personen anwendbar, die das 18. Altersjahr erreicht haben und deren Taten nicht nach dem Militärstrafrecht zu beurteilen sind (Art. 9 StGB). Die neuen Verfassungsbestimmungen sind jedoch grundsätzlich auf alle ausländischen Personen anwendbar, unabhängig ihres Alters und unabhängig davon, nach welchem Strafgesetz sie beurteilt werden. Dasselbe gilt bereits heute für die Verhängung von ausländerrechtlichen Fernhaltemassnahmen nach dem AuG. Es wird daher zu prüfen sein, inwieweit auch für jugendliche Täter und für Täter, die dem Militärstrafrecht unterstehen, eine zwingende Landesverweisung vorzusehen ist. Aufgrund der getroffenen Regelungen wird zudem zu prüfen sein, welche Anpassungen der jeweiligen Prozessordnungen vorzunehmen sind. Die Varianten 1–3 werden somit allenfalls mit Änderungen des Jugendstrafgesetzes (JStG)¹⁹⁹, des Militärstrafgesetzes (MStG)²⁰⁰, der Jugendstrafprozessordnung (JStPO)²⁰¹ und des Militärstrafprozesses (MStP)²⁰² ergänzt werden müssen.

Schliesslich sind zur Umsetzung des in den Varianten 1–3 vorgesehenen Instanzenzugs Anpassungen im BGG notwendig. Namentlich wäre die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten bzw. die Beschwerde in Strafsachen gegen Vollzugsentscheide auszuschliessen. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach den Art. 113 ff. BGG bliebe aber zulässig. Eine abgekürzte Rechtsmittelfrist in solchen Beschwerdever-

¹⁹⁸ Abkommen vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK; SR 0.142.30).

¹⁹⁹ Bundesgesetz vom 20.6.2003 über das Jugendstrafrecht (SR 311.1).

²⁰⁰ Militärstrafgesetz vom 13.6.1927 (SR 321.0).

²⁰¹ Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20.3.2009 (SR 312.1).

²⁰² Militärstrafprozess vom 23.3.1979 (SR 322.1).

fahren müsste beispielsweise durch Einfügen eines neuen Art. 118a BGG ausdrücklich statuiert werden.

7.9.2 Auswirkungen im Ausländergesetz (AuG)

7.9.2.1 Verhältnis der ausländerrechtlichen Massnahmen zur Landesverweisung

Auch mit der Einführung der neuen strafrechtlichen Landesverweisung gemäss den Varianten 1–3 sind weiterhin ausländerrechtliche Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahmen notwendig, namentlich der Widerruf der Bewilligungen (Art. 62 und 63 AuG), die Wegweisung (Art. 64 ff AuG), Einreiseverbote (Art. 67 AuG), die Ausweisung (Art. 68 AuG) und die Anordnung der Ausschaffung (Art. 69 AuG).

Die vorgeschlagene zwingende oder fakultative Landesverweisung deckt nicht alle Sachverhalte ab, welche zu einem Widerruf der Bewilligung oder zu einem Einreiseverbot führen können. So sind ausländerrechtliche Massnahmen insbesondere auch bei strafrechtlich nicht erfassten Sachverhalten möglich, beispielsweise bei Sozialhilfeabhängigkeit (Art. 62 Bst. e und Art. 63 Abs. 1 Bst. c AuG) oder bei falschen Angaben im Bewilligungsverfahren (Art. 62 Bst. a AuG).

In Variante 1 werden die Delikte, die zwingend zur Anordnung der Landesverweisung führen, abschliessend im Strafgesetzbuch aufgeführt. Eine fakultative Landesverweisung ist nicht vorgesehen. Es muss den zuständigen kantonalen Ausländerbehörden möglich sein, einen Widerruf der Bewilligungen zu verfügen, wenn ein Delikt begangen wurde, das nicht im Deliktskatalog der Variante 1 enthalten ist.

Bei den Varianten 2 und 3 ist zusätzlich eine fakultative Landesverweisung vorgesehen. Es liegt hier im Ermessen des Strafrichters, ob eine solche strafrechtliche Massnahme angeordnet werden soll. Die Migrationsbehörden können unabhängig vom Entscheid des Strafrichters darüber befinden, ob ausländerrechtliche Massnahmen angeordnet werden sollen. Die fakultative Landesverweisung und der im AuG vorgesehene Widerruf von Bewilligungen verfolgen nicht die gleichen Ziele. Eine Koordination der von den verschiedenen Behörden getroffenen Massnahmen ist jedoch anzustreben. Die gleiche Problematik ergab sich bei der altrechtlichen Landesverweisung.²⁰³

7.9.2.2 Wirkungen der Landesverweisung

Die strafrechtliche Landesverweisung umfasst bei den Varianten 1–3 das Erlöschen von ausländerrechtlichen Bewilligungen (sofern vorhanden), die Wegweisung aus der Schweiz und ein Einreiseverbot.

7.9.2.3 Erlöschen der Bewilligungen und der vorläufigen Aufnahme

Im AuG ist eine Bestimmung erforderlich, wonach die Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligungen mit der Anordnung der (zwingenden oder fakultativen) Landesverweisung erlöschen. Dies gilt auch dann, wenn ein gesetzlicher Anspruch besteht (z.B. Staatenlose: Art. 31 AuG; Familiennachzug: Art. 42 ff. AuG; bei Asylgewährung: Art. 60 AsylG).

²⁰³ Vgl. dazu ausführlich ZÜND, S. 73 ff.

Die vorläufige Aufnahme soll mit dem *Vollzug* der Landesverweisung erlöschen. Ein Erlöschen bereits mit der *Anordnung* könnte bei gewissen Vollzugshindernissen dazu führen, dass die vorläufige Aufnahme umgehend wieder erteilt werden müsste.

7.9.2.4 Wegweisung

In den Varianten 1–3 können die Kantone die für den Vollzug der Landesverweisung zuständige Behörde selber bestimmen (Strafvollzugs- oder Migrationsbehörde).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die für die Schweiz anwendbare EG-Rückführungsrichtlinie (2008/115/EG). Die Vertragsstaaten können allerdings beschliessen, diese *nicht* auf Angehörige von Drittstaaten anzuwenden, die auf Grund einer strafrechtlichen Sanktion oder in Folge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind oder gegen die Auslieferungsverfahren anhängig sind (Art. 2 Abs. 2 Bst. b und Art. 4 Abs. 4 Bst. a Rückführungsrichtlinie).

Setzen die Kantone die Strafvollzugsbehörden für den Vollzug der Landesverweisung ein, können sie somit das Vollstreckungsverfahren unabhängig von der Rückführungsrichtlinie ausgestalten. Beschliessen die Kantone, dass die Migrationsbehörden für den Vollzug der Landesverweisung zuständig sind, gelten die Bestimmungen des AuG zum Wegweisungsverfahren (Art. 64 ff. AuG). Diese Bestimmungen entsprechen den Anforderungen der Rückführungsrichtlinie.

Die Ausreisefrist soll in der Regel von der Vollzugsbehörde auf den Zeitpunkt der Haftentlassung festgelegt werden. Handelt es sich um eine bedingte Strafe oder eine Geldstrafe, ist die Landesverweisung sofort vollziehbar.

7.9.2.5 Einreiseverbot

Art. 121 Abs. 5 BV sieht zusätzlich vor, dass Ausländerinnen und Ausländer von der zuständigen Behörde mit einem Einreiseverbot von 5–15 Jahren zu belegen sind. Im Wiederholungsfall ist das Einreiseverbot auf 20 Jahre anzusetzen.

Ausländerinnen und Ausländer mit einer Landesverweisung dürfen die Schweiz während deren Dauer nicht mehr betreten. Der Erlass eines zusätzlichen ausländerrechtlichen Einreiseverbotes (Art. 67 AuG) ist in diesen Fällen nicht erforderlich. Mit der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) ist die Einreise in den ganzen Schengenraum untersagt.

7.9.2.6 Vorläufige Aufnahme bei Vollzugshindernissen

Liegt ein Vollzugshindernis gemäss den Varianten 1–3 vor, erfolgt eine vorläufige Aufnahme durch das BFM. Art. 83 AuG muss entsprechend ergänzt werden.²⁰⁴ Bei Variante 1 darf der Vollzug der Landesverweisung lediglich aufgeschoben werden, wenn dadurch

²⁰⁴ Art. 83 Abs. 7 AuG sieht vor, dass in gewissen Fällen keine vorläufige Aufnahme erteilt werden kann, wenn die betroffene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder wenn sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen hat. Die Arbeitsgruppe hat sich nicht zur Frage geäussert, ob diese Regelung auch nach der automatischen Anordnung einer Landesverweisung gemäss der neuen Verfassungsbestimmung zur Anwendung gelangen soll.

gegen zwingendes Völkerrecht verstossen würde. Bei den Varianten 2–3 werden die möglichen Vollzugshindernisse aufgeführt; dabei wird auch nicht zwingendes Völkerrecht berücksichtigt.

Entscheiden die zuständigen kantonalen Behörden über den Vollzug der Landesverweisung, können sie bei Bedarf beim BFM einen Amtsbericht einholen.

Die Möglichkeit der späteren Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an vorläufig aufgenommene Personen, gegen die eine Landesverweisung besteht, soll für deren Dauer ausgeschlossen werden. Die Arbeitsgruppe hat sich nicht zur Frage geäussert, ob vorläufig Aufgenommene mit einer Landesverweisung die gleiche Rechtsstellung erhalten sollen wie andere vorläufig Aufgenommene. Dies betrifft zum Beispiel die Möglichkeit des Familiennachzugs, des Zugangs zur Erwerbstätigkeit sowie Integrationsmassnahmen.

7.9.3 Auswirkungen im Asylgesetz (AsylG)

7.9.3.1 Landesverweisung bei hängigem Asylverfahren

Die Landesverweisung (Varianten 1–3) ist auch dann anzuordnen, wenn ein Asylverfahren hängig ist. Allfällige Vollzugshindernisse sind beim Entscheid über den Vollzug zu prüfen.

Es ist sinnvoll, im Asylverfahren ein generelles Beschleunigungsgebot einzuführen, wenn der Gesuchsteller eine Straftat begangen hat. Dies entspricht der heutigen Praxis.

Die Landesverweisung soll als zusätzlicher Asylausschlussgrund aufgenommen werden (Art. 53 AsylG). Damit verlieren die betroffenen Personen die mit der Asylgewährung verbundenen Rechte (z.B. Anspruch auf Erteilung der Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung nach Art. 60 AsylG), auch wenn sie als Flüchtlinge anerkannt werden.

7.9.3.2 Hängiges Asylverfahren beim Vollzug der Landesverweisung

Ist im Zeitpunkt des Vollzugs der Landesverweisung ein Asylgesuch hängig, soll der Vollzug durch die kantonalen Behörden bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Asylgesuch sistiert werden. Ein vorfrageweiser Entscheid über das Asylgesuch durch die kantonalen Vollzugsbehörden ist nicht sinnvoll.

7.9.3.3 Erlöschen des Asyls

Das anerkannten Flüchtlingen gewährte Asyl und auch das damit verbundene Aufenthaltsrecht (Art. 60 AsylG) soll mit der Anordnung der Landesverweisung erlöschen. – Anerkannte Flüchtlinge ohne Asyl werden vorläufig aufgenommen.

7.9.3.4 Ausweisung von anerkannten Flüchtlingen

Nach Art. 65 AsylG dürfen anerkannte Flüchtlinge nur ausgewiesen werden, wenn sie die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden oder die öffentliche Ordnung in schwerwiegender Weise verletzt haben. Diese «Ausweisung» umfasst gemäss Botschaft des Bundesrates zum AsylG vom 31. August 1977 auch die Landesverweisung. Der Grundsatz von Art. 65 AsylG ergibt sich aus Art. 32 Ziff. 1 der Flüchtlingskonvention. Fest-

zuhalten ist, dass im Rahmen der Vollzugsverfügung immer das Non-Refoulement-Gebot beachtet werden muss, das einen hohen Schutz gewährt.

Die Landesverweisung ist unabhängig von Art. 65 AsylG auszusprechen; sie soll zum Erlöschen des Asyls führen. Wird die Landesverweisung gegen einen anerkannten Flüchtling ausgesprochen, müssen die Vollzugsbehörden in der Regel einen Amtsbericht beim BFM einholen.

7.9.4 Schlussbestimmungen

Im Strafrecht gilt grundsätzlich das *Rückwirkungsverbot*: Art. 2 Abs. 1 StGB verbietet die Anwendung des Gesetzes auf Taten, welche vor seinem Inkrafttreten begangen wurden.²⁰⁵ Eine Ausnahme gilt, wenn das Gesetz zwischen Tat und Urteil ändert. Nach Art. 2 Abs. 2 StGB gilt in diesem Fall der Grundsatz des milderer Rechts (*lex mitior*): Das neue Recht ist auf Taten anwendbar, die vor dessen Inkrafttreten begangen wurden, sofern es für den Betroffenen milder ist als das Recht zur Zeit der Tat.

Das Rückwirkungsverbot gilt grundsätzlich auch für partielle Revisionen des Gesetzes, wie beispielsweise die Einführung einer neuen Landesverweisung im StGB, jedoch nicht für Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften. Gemäss den Varianten 2 und 3 stellt die neue Landesverweisung eine «andere Massnahme» dar. In der Lehre ist zwar umstritten, inwieweit der Grundsatz des milderer Rechts (Art. 2 Abs. 2 StGB) auch für Massnahmen gilt.²⁰⁶ Dieser Aspekt dürfte jedoch im vorliegenden Zusammenhang unerheblich sein, da die neue, zwingende Landesverweisung eine Verschärfung gegenüber dem bisherigen Recht darstellt.

Im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, die am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, hat der Bundesgesetzgeber entgegen der oben genannten Grundsätze die rückwirkende Anwendung der neuen Bestimmungen über die Massnahmen (Art. 59–65 StGB) vorgesehen.²⁰⁷ Für die anderen Massnahmen (Art. 66 ff. StGB) galt indessen das Rückwirkungsverbot nach Art. 2 StGB.

Im Zusammenhang mit dem Rückwirkungsverbot stellt sich schliesslich die Frage nach dem massgebenden Datum. Zwei Möglichkeiten fallen in Betracht: Das Datum des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen des StGB über die Landesverweisung oder das Datum des Inkrafttretens der neuen Verfassungsbestimmungen (28. November 2010). Im Rahmen der Umsetzung von Art. 123b BV über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät wird für das Rückwirkungsverbot auf das Datum des Inkrafttretens der neuen Verfassungsbestimmung abgestellt.²⁰⁸

Die hier angesprochenen Fragen sind bei der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative in der Form von Schlussbestimmungen zu regeln.

²⁰⁵ POPP PETER / LEVANTE PATRIZIA, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2007 Art. 2 StGB Rz. 1.

²⁰⁶ POPP PETER / LEVANTE PATRIZIA, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2007, Art. 2 StGB Rz. 12.

²⁰⁷ Vgl. Ziff. 2 der Schlussbestimmungen der Änderungen vom 13.12.2002.

²⁰⁸ Erläuternder Bericht zur Umsetzung von Artikel 123b der Bundesverfassung über die Unverjährbarkeit sexueller und pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät, Bundesamt für Justiz, Bern, Mai 2010; einsehbar unter <http://www.bj.admin.ch> (Rubriken «Themen», «Kriminalität», «Gesetzgebung», «Unverjährbarkeit»).

7.10 Statistische Angaben

7.10.1 Erhebungen des Bundesamtes für Statistik²⁰⁹ zu den einzelnen Varianten

7.10.1.1 Variante 1

2009 verurteilte Personen	Total	Nationalität						
		Schweizer	Ausländer					
			Total	Aufenthaltsstatus ²¹⁰				
				Wohnbevölkerung (Ausweis B/C)	Asylbereich (Ausweis N/F)	Temporär (Ausweis G/L)	Ohne Aufenthalts- bewilligung	Unbe- kannter Status
	N	N	N	N	N	N	N	N
Total	24'192	7'784	16'408	4'452	2'469	297	8'013	1'177
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	-	-	3'183	1'631	6	255	873	418

7.10.1.2 Variante 2 (und 4)

2009 verurteilte Personen	Total	Nationalität						
		Schweizer	Ausländer					
			Total	Aufenthalts- status ²¹⁰				
				Wohnbevölke- rung (Ausweis B/C)	Asylbereich (Ausweis N/F)	Temporär (Ausweis G/L)	Ohne Aufent- haltsbewilli- gung	Unbe- kannter Status
	N	N	N	N	N	N	N	N
Total	10'041	4'163	5'878	2'316	911	106	1'895	650
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	1'532	-	1'532	854	1	100	330	247
Strafdauer ²¹² von 180 Tagen oder mehr (Ersttäter) ²¹³	4'078	1'409	2'669	971	249	38	1'067	344
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	612	-	612	308	0	36	166	102
Strafdauer ²¹² von 180 Tagen oder mehr innerhalb von 10 Jahren (nur Wiederholungstäter) ²¹⁴	1'376	653	723	334	87	4	234	64
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	174	-	174	132	0	3	19	20
Strafdauer ²¹² von weniger als 180 Tagen (nur Ersttäter) ²¹⁵	4'587	2101	2486	1'011	575	64	594	242
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	746	-	746	414	1	61	145	125

²⁰⁹ Einsehbar unter <http://www.bfs.admin.ch> (Rubriken «19 Kriminalität, Strafrecht», «Querschnittsthemen», «Ausländer und Strafrecht», «Daten, Indikatoren»).

²¹⁰ Zum Aufenthaltsstatus (Ausweise B, C, N, F, G und L), vgl. oben, Ziff. 3.2.1 hiervor. Ohne Aufenthaltsbewilligung: Bewilligungsfreier Aufenthalt (bis 3 Mte. ohne Erwerbstätigkeit; für Personen ausserhalb EU/EFTA ist i.d.R. Visum erforderlich) oder rechtswidriger Aufenthalt.

²¹¹ EU-Staaten sowie Norwegen und Island.

²¹² Die Strafdauer ist eine Summe der Dauer des Freiheitsentzugs, der Geldstrafen und der gemeinnützigen Arbeit (GA).

²¹³ E-Art. 73a Abs. 2 Bst. a StGB; E-Art. 63a Abs. 2 Bst. a AuG.

²¹⁴ E-Art. 73a Abs. 2 Bst. b StGB; E-Art. 63a Abs. 2 Bst. b AuG.

²¹⁵ E-Art. 73a Abs. 3 StGB.

7.10.1.3 Variante 3

2009 verurteilte Personen	Total	Nationalität						
		Schweizer	Ausländer					
			Total	Aufenthaltsstatus ¹				
				Wohnbevölke- rung	Asylbereich	Temporär	Ohne Aufent- haltsbewilli- gung	Unbekann- ter Status
				(Ausweis B/C)	(Ausweis N/F)	(Ausweis G/L)		
	N	N	N	N	N	N	N	N
Total Strafdauer ²¹² von mehr als 180 Tagen	5'373	2'037	3'336	1'316	329	47	1'259	385
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	766	-	766	430	0	44	174	118
Strafdauer ²¹² von mehr als 180 Tagen (Ersttäter) ²¹⁶	3'898	1'324	2'574	951	242	41	1'021	319
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	583	-	583	292	0	39	154	98
Strafdauer ²¹² von mehr als 180 Tagen ²¹⁵ innerhalb von 10 Jahren (nur Wiederholungstäter)	1'475	713	762	365	87	6	238	66
davon mit EU-Staatsangehörigkeit ²¹¹	183	-	183	138	0	5	20	20

7.10.2 Allgemeine Bemerkungen

Die Zahlen in Ziff. 7.10.1 hiervor erfassen nur die Personen, welche aufgrund einer Straftat, die in einem der Deliktskataloge enthalten ist, verurteilt worden sind. Die Gründe, die im Einzelfall einer Landesverweisung entgegenstehen könnten, werden nicht berücksichtigt. Die Zahlen sind daher nicht gleichzusetzen mit der Anzahl Personen, die effektiv des Landes verwiesen werden müssten.

Werden bei den einzelnen Varianten die Straftaten unabhängig von der Staatsangehörigkeit erhoben, ergibt sich ein Ausländeranteil von jeweils rund zwei Dritteln.

Von den verurteilten Ausländern besitzt bei allen Varianten jeweils nur rund ein Drittel ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht in der Schweiz (Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung). Die übrigen zwei Drittel haben keine Bewilligung oder befinden sich im Rahmen eines Asylverfahrens oder einer vorläufigen Aufnahme in der Schweiz. Nur ein kleiner Teil besitzt eine Grenzgänger- oder Kurzaufenthaltsbewilligung.

Ausländerinnen und Ausländer ohne Bewilligung (d.h. mit rechtswidrigem Aufenthalt: illegale Einreise, abgelaufene Bewilligung oder abgelaufenes Visum, abgelehntes Asylgesuch mit abgelaufener Ausreisefrist) müssen die Schweiz gemäss geltendem Recht unabhängig von einer strafrechtlichen Verurteilung verlassen (Wegweisung nach dem AuG).

In den Statistiken nicht erfasst sind die Fälle des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe (Art. 121 Abs. 3 Bst. b BV). Die entsprechende Strafbestimmung im StGB soll im Rahmen der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen geschaffen werden (vgl. E-Art. 151^{bis} StGB in den verschiedenen Varianten im Anhang).

²¹⁶

E- Art. 67c Abs. 1 StGB.

7.10.3 Bemerkungen zu den einzelnen Varianten

7.10.3.1 Variante 1

Im Jahr 2009 wären von Variante 1 insgesamt 16'408 Ausländerinnen und Ausländer erfasst worden. Davon sind 3'183 EU-Bürger (rund 20%), für welche das FZA gilt. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich nicht nur EU-Bürger auf das FZA berufen können, sondern auch deren Familienangehörige, unabhängig ihrer Nationalität, also etwa der palästinensische Ehegatte einer Spanierin. Statistische Angaben dazu bestehen nicht.

Von den 16'408 im Jahr 2009 verurteilten Ausländerinnen und Ausländern hatten 4'452 eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung. 10'779 Ausländerinnen und Ausländer stammten aus dem Asylbereich, hatten keine Bewilligung oder waren als Grenzgänger oder Kurzaufenthalter zugelassen. Bei 1'177 Personen wurde der aufenthaltsrechtliche Status nicht erhoben.

Ein Widerruf oder eine Nichtverlängerung einer ausländerrechtlichen Bewilligung müsste somit bei dieser Variante jährlich bei rund 4'500 Personen angeordnet werden. Bei rund 2'500 Personen müsste vorfrageweise das Asylgesuch oder die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme geprüft werden (sofern dies nicht bereits vor der Verurteilung erfolgt ist). In den übrigen rund 9'500 Fällen ist davon auszugehen, dass in der Regel kein Anwesenheitsrecht besteht und die betroffenen Personen die Schweiz bereits deshalb und unabhängig von einer Straftat verlassen müssen.

Im Vergleich zu den Varianten 2 und 3 werden bei Variante 1 deutlich mehr Ausländerinnen und Ausländer erfasst. Dies erklärt sich insbesondere dadurch, dass Variante 1 nur auf das begangene Delikt abstellt und die Varianten 2 und 3 neben der Art des Delikts auch dessen Schwere mitberücksichtigen (Mindeststrafe von 6 Monaten bzw. von mehr als 6 Monaten; vgl. oben, Ziff. 6.7 und sogleich Ziff. 7.10.3.2).

7.10.3.2 Varianten 2 und 3

Die Varianten 2 und 3 unterscheiden sich kaum in der Anzahl der statistisch erfassten Fälle. Der Hauptunterschied besteht vor allem darin, dass in Variante 2 zusätzlich die Personen erfasst sind, welche zu einer Strafe von weniger als 180 Tagen verurteilt worden sind (und fakultativ des Landes verwiesen werden können). Unterschiede ergeben sich auch durch die unterschiedlichen Mindeststrafen (Variante 2: Strafe von 180 Tagen oder mehr; Variante 3: Strafe von mehr als 180 Tagen).

Die Wiederholungstäter, die innerhalb von 10 Jahren zu mehreren Strafen von insgesamt 180 Tagen oder mehr bzw. von insgesamt mehr als 180 Tagen verurteilt wurden, fallen weniger stark ins Gewicht, als man annehmen könnte. Sie betrugen im Bezugsjahr 2009 nur 723 (Variante 2) bzw. 762 (Variante 3) Personen.

Da die Zahlen der Varianten 2 und 3 sehr ähnlich sind, wird im Folgenden nur Variante 2 näher kommentiert. Im Jahr 2009 wären von der *zwingenden* Landesverweisung gemäss Variante 2 insgesamt 3'392 Ausländerinnen und Ausländer erfasst worden. Davon sind rund 23% EU-Bürger (vgl. dazu die Ausführungen oben, Ziff. 7.10.3.1). 2'669 Personen sind Ersttäter (mit einer Strafe von mindestens 180 Tagen) und 723 sind Wiederholungstäter (mit kumulierten Strafen von insgesamt mindestens 180 Tagen innerhalb von 10 Jahren).

Von den 3'392 Personen, die von der Regelung über die zwingende Landesverweisung erfasst werden, hatten 1'305 eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung. 1'679 Ausländerinnen und Ausländer stammen entweder aus dem Asylbereich, hatten keine

Bewilligung oder waren als Grenzgänger oder Kurzaufenthalter zugelassen. Bei 408 Personen wurde der aufenthaltsrechtliche Status nicht erhoben.

Die zwingende Landesverweisung müsste somit bei dieser Variante jährlich bei rund 1'305 Personen mit einem gefestigten Aufenthaltsrecht angeordnet werden. Bei 336 Personen müsste vorfrageweise das Asylgesuch oder die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme geprüft werden (sofern dies nicht bereits vor der Verurteilung erfolgt ist). In den übrigen 1'751 Fällen ist davon auszugehen, dass in der Regel kein Anwesenheitsrecht besteht und die betroffenen Personen die Schweiz bereits deshalb und unabhängig von einer Straftat verlassen müssen.

Bei Variante 2 ist zusätzlich die *fakultative* Landesverweisung im Strafbereich unter 180 Tagen zu berücksichtigen. Sie erfasste im Jahr 2009 2'486 Personen. Diese können des Landes verwiesen werden, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen der betroffenen Person am Verbleib in der Schweiz deutlich überwiegen. Von dieser fakultativen Landesverweisung dürften vor allem Kriminaltouristen, im weitesten Sinne straffällige Personen ohne Anwesenheitsrecht, betroffen sein (d.h. rund 1'800 Personen). Es kann jedoch nicht abgeschätzt werden, wie viele Personen gestützt auf E-Art. 73a Abs. 3 StGB wirklich des Landes verwiesen würden.

7.10.3.3 Variante 4

Inhaltlich entspricht die Variante 4 der Variante 2; es sind daher gleich viele Fälle betroffen. Die Ausländerbehörden haben aber im Gegensatz zu den Varianten 2 und 3 bei den fakultativen Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahmen grundsätzlich keine Einschränkungen bezüglich der Schwere der Straftat im Einzelfall (Art. 62, 63, 67 und 68 AuG).

7.10.4 Vergleichszahlen

Bereits im Vorfeld zur Abstimmung über die Ausschaffungsinitiative wurden beim Bundesamt für Statistik Untersuchungen darüber angestellt, wie viele ausländische Personen aufgrund der *Ausschaffungsinitiative* ausgewiesen werden müssten. Folgende Zahlen wurden veröffentlicht:²¹⁷

- 2007: 4'072 verurteilte Personen, die zwingend des Landes verwiesen werden müssten (davon 1'852 Personen ohne Aufenthaltsrecht).
- 2008: 4'200 verurteilte Personen, die zwingend des Landes verwiesen werden müssten (davon 1'894 Personen ohne Aufenthaltsrecht).

Zum *direkten Gegenentwurf des National- und Ständerates* wurden folgende Zahlen veröffentlicht:²¹⁸

²¹⁷ Berücksichtigt wurden folgende Straftaten der Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)»: Art. 111–113, 140, 182, 189, 190 StGB, Kombination Art. 139 StGB mit Art. 144 StGB und Art. 186 StGB, Art. 19 BetmG; ohne Fälle des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen der Sozialversicherungen oder der Sozialhilfe. Einsehbar unter <http://www.bfs.admin.ch> (Rubriken «19 Kriminalität, Strafrecht», «Querschnittsthemen», «Ausländer und Strafrecht», «Daten, Indikatoren»).

²¹⁸ Berücksichtigt wurden folgende Straftaten gemäss direktem Gegenentwurf des National- und Ständerates: Art. 111–113, 118 Abs. 2, Art. 122, 140 Ziff. 2, 3 und 4, Art. 146 (Freiheitsstrafen von mindestens 18 Monaten), 156 Ziff. 2, 3 und 4, Art. 189 Abs. 3, Art. 190, 221, 223, 224, 227 Ziff. 1, Art. 228 Ziff. 1, Art. 240 Abs. 1 StGB, Art. 19 Ziff. 2 BetmG. Einsehbar unter

- 2007: 2'169 verurteilte Personen, die zwingend des Landes verwiesen werden müssten (davon 1'045 Personen ohne Aufenthaltsrecht).
- 2008: 2'128 verurteilte Personen, die zwingend des Landes verwiesen werden müssten (davon 1'049 Personen ohne Aufenthaltsrecht).

Variante 1 würde das Vierfache der im Vorfeld der Abstimmung für die Umsetzung der Initiative publizierten Anzahl an verurteilten Personen erfassen. Die Varianten 2, 3 und 4 erreichen die vor der Abstimmung getroffenen Annahmen für die Initiative knapp nicht (insgesamt zu 80%; in Bezug auf die Personen mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung zu 90%). Variante 2 übersteigt die Annahmen, wenn die fakultative Landesverweisung aufgrund von Taten des Deliktskatalogs mitberücksichtigt wird. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass die Varianten 2 bis 4 die Zahlen, die für die Umsetzung des Gegenentwurfes angenommen wurden, deutlich übertreffen (um rund 60%).

7.10.5 Strafbereich unter 6 Monaten

Die Varianten 2 bis 4 stellen für die zwingende Landesverweisung nicht nur auf die Verurteilung wegen eines bestimmten Deliktes ab, sondern auch auf die im Einzelfall ausgefallte Strafe. Damit soll dem Verhältnismässigkeitsprinzip bis zu einem gewissen Grad Rechnung getragen werden.

In der Regel wird eine Mindeststrafe von 6 Monaten Freiheitsstrafe oder von 180 Tagessätzen Geldstrafe (bzw. von mehr als 6 Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafe gemäss Variante 3) vorausgesetzt. Da der grösste Teil der Straftaten mit Strafen im Bereich unter 6 Monaten bestraft wird, könnte die Annahme entstehen, die Varianten 2 bis 4 würden nur einen marginalen Teil der Straftäter erfassen. Dies trifft jedoch nicht zu.

Im Jahr 2009 lagen zwar 84% aller Strafen, die wegen Verbrechen und Vergehen des StGB verhängt wurden, im Bereich unter 6 Monaten (bzw. nicht über 6 Monaten).²¹⁹ Die Deliktskataloge der Varianten 2 bis 4 umfassen jedoch zum grossen Teil schwere Straftaten (insbesondere Straftaten mit einer Mindeststrafe von 1 Jahr oder mehr), bei denen eine Strafe unter 6 Monaten praktisch ausgeschlossen werden kann oder nur bei Vorliegen von Strafmilderungsgründen möglich ist. Bei zahlreichen dieser Straftaten liegt daher der Anteil an Strafen unter 6 Monaten weit unter den oben genannten 84%. Tendenziell gilt: je tiefer die für die Tat angedrohte Strafe, desto höher der Prozentsatz von Strafen, die nicht mehr als 6 Monate betragen.²²⁰ Dies kann anhand folgender Beispiele illustriert werden:

Strafen unter 6 Monaten bei schweren Verbrechen durch Ausländer (die erste Kolonne enthält das Total der Verurteilungen, die zweite den Prozentsatz der Strafen unter 6 Monaten):

<http://www.bfs.admin.ch> (Rubriken «19 Kriminalität, Strafrecht», «Querschnittsthemen», «Ausländer und Strafrecht», «Daten, Indikatoren»).

²¹⁹ 2009 wurden wegen Verbrechen und Vergehen nach dem Strafgesetzbuch 28'635 Strafen verhängt (5'012 Freiheitsstrafen, 21'531 Geldstrafen und in 2'092 Fällen gemeinnützige Arbeit). 24'248 dieser Strafen lagen im Bereich unter 6 Monaten (resp. nicht über 6 Monaten).

²²⁰ Dabei ist zu berücksichtigen, dass mehr Personen wegen Delikten verurteilt werden, die mit einer geringen Strafe bedroht sind. Das heisst, dass 10% bei einem schweren Verbrechen weniger Urteile umfassen, als 10% bei einem Vergehen.

– Vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB):	43	0%
– Mord (Art. 112 StGB):	5	0%
– Schwere Körperverletzung:	66	10%
– Einfacher Raub (Art. 140 Ziff. 1 StGB):	221	12%
– Raub mit Waffe (Art. 140 Ziff. 2 StGB):	18	5%
– Bandenmässiger Raub (Art. 140 Ziff. 3 StGB):	28	0%
– Raub mit Lebensgefährdung (Art. 140 Ziff. 4 StGB):	8	0%

Strafen unter 6 Monaten bei leichteren Verbrechen (Strafandrohung: Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahre oder Geldstrafe) durch Ausländer (die erste Kolonne enthält das Total der Verurteilungen, die zweite den Prozentsatz der Strafen unter 6 Monaten):

– Strafbare Schwangerschaftsabbruch mit Einwilligung der Frau (Art. 118 Abs. 1 StGB):	2	50%
– Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB):	61	29%
– Angriff (Art. 134 StGB):	149	75%
– Einfache Erpressung (Art. 156 Ziff. 1 StGB):	34	52%
– Einbruch (Art. 186 i.V.m. Art. 139 StGB):	1'525	60%
– Sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB):	77	67%

Strafen unter 6 Monaten bei Vergehen durch Ausländer (die erste Kolonne enthält das Total der Verurteilungen, die zweite den Prozentsatz der Strafen unter 6 Monaten):

– Einfache Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 1 StGB):	882	92%
– Einfache Körperverletzung mit gefährlichen Mitteln etc. (Art. 123 Ziff. 2 StGB):	391	80%
– Raufhandel (Art. 133 Abs. 1 StGB):	253	93%
– Einbruch (Art. 186 in Verb. mit Art. 144 StGB):	1'289	55%

8. Völkerrechtskonformität der Deliktskataloge und der Vorschläge zur Vollzugsregelung

Die Anforderungen, die sich aus den einschlägigen völkerrechtlichen Verträgen zum Schutz der Menschenrechte sowie aus dem FZA ergeben, wurden in den Ziff. 3.4.2–3.4.5 hiavor dargelegt. Auf die Folgen einer völkerrechtswidrigen Umsetzung geht die Ziff. 3.5 hiavor ein.

8.1 Variante 1

Mit Bezug auf die EMRK folgt daraus, dass ein Abstellen allein auf das begangene Delikt den Anforderungen von Art. 8 EMRK nicht genügt. Insofern widerspricht die *Variante 1* bereits in Ihrem Ansatz den Anforderungen der Konvention. Dies gilt umso mehr, als nach Variante 1 auch in der Vollzugsphase die Prüfung der Verhältnismässigkeit zu unterblei-

ben hat (E-Art. 73^{quater} Abs. 1 und 2 StGB). Analoges gilt für die Vereinbarkeit der Variante 1 mit Art. 17 UNO-Pakt II, welcher ebenfalls eine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall verlangt. Was die verfahrensrechtlichen Garantien betrifft, wird bei Anwendbarkeit von Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK und von Art. 13 UNO-Pakt II auch eine Verletzung dieser Bestimmungen vorliegen, da mit dem Automatismus der Ausweisung nicht alle dagegen sprechenden Gründe mehr in das Verfahren eingebracht werden können. Sind Kinder von der Ausweisung betroffen, verstösst der vorgesehene Automatismus in Variante 1 auch gegen die Kinderrechtskonvention, welche verlangt, dass dem Kindeswohl in Ausweisungsentscheiden eine grosse Bedeutung beizumessen ist.

Unter dem FZA ist zudem bereits der Entzug der Aufenthaltsbewilligung und die Landesverweisung im Urteilszeitpunkt problematisch. Das FZA schliesst grundsätzlich aus, dass der Entzug einer Aufenthaltsbewilligung oder eine Landesverweisung als strafrechtliche Sanktion ausgesprochen werden. Beides ist nur dann zulässig, wenn im Urteils- und Vollzugszeitpunkt eine aktuelle Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegt.

Der Begriff der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts ist ein autonomer Begriff des Landesrechts (vgl. Art. 139 Abs. 3 BV).²²¹ Er umfasst das zwingende Völkerrecht (*ius cogens*) und namentlich gewisse im Völkerrecht verankerten notstandsfesten Garantien (vgl. oben, Ziff. 2.3.1). Die Legaldefinition gemäss E-Art. 73^{quinquies} StGB ist folglich problematisch, weil sie zum einen den Begriff des zwingenden Völkerrechts zu eng fasst und zum anderen den Inhalt des *ius cogens* nicht vollständig wiedergibt.

Die Vertreter des Initiativkomitees sind der Ansicht, dass Variante 1 mit dem Wortlaut der EMRK und des FZA vereinbar ist. Sie zielen darauf ab, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, die sich weit vom Vertragswortlaut entfernt hat, anzupassen. Bezüglich FZA gibt es keine Gerichtsbarkeit, die schweizerische Urteile aufheben könnte. Allfällige Differenzen wären gemäss den Vertretern der Initianten im vom FZA vorgesehenen Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten im Gemischten Ausschuss zu klären.

8.2 Variante 2

Bei der *Variante 2* wird mit der Schwere der verhängten Sanktion ein zusätzliches Kriterium eingeführt. Auch hier werden indes weitere – gleichwertige – Kriterien, die der EGMR in seine Interessenabwägung einbezieht, ausgeblendet. Dazu kommt, dass die vorgesehenen Mindeststrafen angesichts der Rechtsprechung des EGMR tendenziell zu tief angesetzt sind. So betraf der Fall *Boultif gegen die Schweiz* einen Erwachsenen, der wegen Raubs zu zwei Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden war, und im Fall *Emre gegen die Schweiz* ging es um mehrere Delikte eines jungen Erwachsenen, für die Freiheitsstrafen von insgesamt 18,5 Monaten ausgefällt worden waren.²²² Auch die Variante 2 ist demzufolge im Lichte von Art. 8 EMRK problematisch. Anders als bei Variante 1 erlaubt sie jedoch, im Vollzugsstadium die konventionsrechtlich gebotene Abwägung aller auf dem Spiele stehenden Interessen vorzunehmen (E-Art. 73g Abs. 2 StGB), sofern bei der Auslegung des Begriffs «schwerwiegende persönliche Gründe» (E-Art. 73g Abs. 2 Bst. c StGB) auch die familiäre (Kinder, Partner), soziale (kein Beziehungsnetz im Heimatstaat)

²²¹ Vgl. Zusatzbericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 32), Ziff. 2.4.1.

²²² Vgl. die Hinweise in Fn. 73; in beiden Fällen qualifizierte der EGMR die Landesverweisung auf Grund aller Umstände als unverhältnismässig.

und kulturelle Situation (kein Bezug zum Heimstaat) der betroffenen Person Berücksichtigung finden. Analoges gilt in Bezug auf die Vereinbarkeit der Variante 2 mit Art. 17 UNO-Pakt II, welcher ebenfalls eine Verhältnismässigkeitsprüfung verlangt. Da die Gründe gegen eine Ausweisung erst im Vollzugsstadium vorgebracht werden können, dürfte die Variante 2 auch in Bezug auf Art. 1 des 7. Zusatzprotokolls und Art. 13 UNO-Pakt II problematisch sein. Mit der Kinderrechtskonvention ist die Variante 2 vereinbar, sofern bei der Auslegung der schwerwiegenden persönlichen Gründe gemäss E-Art. 73g Abs. 2 Bst. c StGB) dem Kindeswohl genügend Rechnung getragen wird.

Den spezifischen Anforderungen des FZA trägt die Variante 2 Rechnung. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof der EU in Bezug auf die menschenrechtlichen Aspekte die Praxis des EGMR berücksichtigt.

8.3 Varianten 3 und 4

Die Bemerkungen zur Variante 2 gelten auch für die Variante 3 (E-Art. 67d Abs. 2 StGB) und die Variante 4 (E-Art. 83 Abs. 7^{bis} AuG).

9. Gesamtwürdigung

9.1 Würdigung der verfassungs- und völkerrechtlichen Ausgangslage

1. Die schon im Vorfeld der Abstimmung über die «Ausschaffungsinitiative» geführte Diskussion über die Vereinbarkeit der neuen Verfassungsbestimmung mit dem Völkerrecht und dem übrigen Verfassungsrecht beruht auf zwei Gegebenheiten, die es hier in Erinnerung zu rufen gilt: Erstens kann eine Volksinitiative nur für ungültig erklärt werden, wenn sie gegen *zwingende Bestimmungen des Völkerrechts* verstösst (Art. 139 Abs. 3 BV). In der Volksabstimmung gutgeheissene Verfassungsinitiativen, die gegen *übrige Bestimmungen des Völkerrechts* verstossen, sind hingegen zulässig (durchführbar) und umzusetzen. Lehre und Praxis haben dafür entsprechende Instrumentarien entwickelt (völkerrechtskonforme Auslegung, Neuverhandlung oder allenfalls Kündigung des völkerrechtlichen Abkommens). Zweitens kann einer Volksinitiative grundsätzlich auch bestehendes Verfassungsrecht nicht entgegengehalten werden. Die Funktion der Verfassungsinitiative besteht ja gerade darin, das geltende Verfassungsrecht zu ergänzen, abzuändern oder aufzuheben. Eine solche Schranke könnte es nur geben, wenn (wie zum Beispiel in Deutschland) zwischen übergeordneten Kernbestimmungen und gewöhnlichen Verfassungsnormen unterschieden würde. Die schweizerische Praxis folgt solchen Überlegungen nicht und geht von der Gleichrangigkeit der Normen aus, auch wenn in der Lehre immer wieder über *materielle* Schranken der Verfassungsrevision nachgedacht wurde und wird.
2. Die Schwierigkeiten der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländer und Ausländerinnen (Art. 121 Abs. 3–6 BV) sind eine Folge dieser rechtlichen Ausgangslage. Der Gesetzgeber hat in den vergangenen zwei Jahrzehnten lernen müssen, mit Initiativtexten und neuen verfassungsrecht-

lichen Bestimmungen umzugehen, die mit Völkerrecht und bestehendem Verfassungsrecht im Widerspruch stehen oder damit nur schwer vereinbar sind. Die Bundesbehörden waren dabei stets bemüht, diese Bestimmungen in völkerrechtskonformer Weise umzusetzen. Die Diskussionen drehten sich in diesen Fällen meistens um die Frage, welches genau die verfassungsrechtlichen Vorgaben der neuen Bestimmungen sind, wie sie sich zu den übrigen Normen und Werten der Verfassung verhalten und in die Gesamtrechtsordnung (einschliesslich des Völkerrechts) einfügen lassen. Die Umsetzung des vom Verfassungsgeber Gewollten hängt dabei wesentlich von der Auslegung ab, die der Gesetzgeber vornimmt, wenn er sich an die Ausführungsgesetzgebung macht.

3. Jeder Rechtssatz ist auslegungsbedürftig. Das gilt in besonderer Weise für die Verfassung und ihre Bestimmungen, die häufig abstrakt gehalten und offen formuliert sind und in der Regel der Ergänzung durch den Gesetzgeber bedürfen. Auch die neuen Verfassungsbestimmungen über die Ausweisung straffälliger Ausländer und Ausländerinnen bedürfen der Auslegung, der Präzisierung und der Ergänzung (vgl. insb. Art. 121 Abs. 4 BV). Dabei hat der Gesetzgeber vorab vom Wortlaut der neuen Norm auszugehen. Rechtliche Regelungen sind jedoch stets auch im Kontext der Rechtsordnung und des betroffenen Regelungsbereichs bzw. eines bestimmten Erlasses auszulegen. Im Verfassungsrecht gilt der Grundsatz der «Herstellung praktischer Konkordanz» (auch integrale, integrierende oder harmonisierende Auslegung genannt), der darauf ausgerichtet ist, die Verfassung im Gesamtzusammenhang zu betrachten und als Sinneinheit zu deuten, Widersprüche möglichst zu vermeiden und eine in spezifischer Weise rationale, logisch überzeugende und verlässliche rechtliche Grundordnung herzustellen.
4. Der Bundesgesetzgeber ist auf Grund der von Lehre und Praxis anerkannten Auslegungsregeln somit befugt *und* verpflichtet, die neuen Bestimmungen von Art. 121 Abs. 3–6 BV so auszulegen und umzusetzen, dass die grundlegenden Werte und Entscheide der geltenden Bundesverfassung sowie die im vorliegenden Zusammenhang relevanten verfassungsrechtlichen Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Verhältnismässigkeitsgrundsatz und Beachtung des Völkerrechts; vgl. Art. 5 BV) respektiert werden.²²³ Darüber ist sich die für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen eingesetzte Arbeitsgruppe grundsätzlich einig. Diametral auseinander gehen die Meinungen hingegen hinsichtlich der Frage, ob und inwiefern der Verfassungs- und der Gesetzgeber vom allgemeinen Grundsatz der Verhältnismässigkeit des staatlichen Handelns abweichen dürfen und wie mit allfälligen Verstössen gegen nicht zwingendes Völkerrecht umzugehen ist. Die von der Arbeitsgruppe vorgelegten Varianten der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen auf der Gesetzesstufe beruhen auf diesen unterschiedlichen Auffassungen.
5. Der rechtsstaatliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns durchzieht als machthemmender Leitgedanke die gesamte Verfassungs- und Rechtsordnung – zum Schutz der Bürger gegen übermässige Eingriffe des Staates. Er ist von Lehre und Praxis in erster Linie im Zusammenhang mit den Voraussetzungen von Grundrechtseingriffen entwickelt worden (vgl. Art. 36 BV) und beansprucht Geltung sowohl in der Rechtsetzung als auch in der Rechtsanwendung. Verhältnismässiges Handeln setzt allemal eine Interessenabwägung voraus zwischen dem angestrebten,

²²³ Dazu ausführlich HANGARTNER, S. 473 ff. und oben, Ziff. 2.2.

durch das öffentliche Interesse gedeckten Ziel und der mit der staatlichen Massnahme konkret erzielten Eingriffswirkung. Die staatliche Massnahme muss geeignet und zur Erreichung des Zieles erforderlich sein und in einem angemessenen Verhältnis zur Freiheitsbeschränkung stehen.

6. Die Vertreter des Initiativkomitees vertreten nun die Auffassung, der Verfassungsgeber selbst habe diese Interessenabwägung vorgenommen, in dem er den allgemeinen Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 5 Abs. 2 BV in Art. 121 Abs. 3 BV konkretisiert habe, und zwar durch die Auswahl ausgewählter (auf die sog. Ausländerkriminalität fokussierter) Straftatbestände und durch das Abstellen auf eine blosser Verurteilung (unabhängig von der ausgefallenen Strafe). Die Verfassungsnorm sei diesbezüglich klar, gehe als jüngere (zudem speziellere) Norm dem allgemeinen Grundsatz vor und lasse keinen Handlungsspielraum offen bezüglich einer verschuldensabhängigen Mindeststrafe als Voraussetzung der Ausschaffung oder einer Abwägung der Zulässigkeit, Möglichkeit und Zumutbarkeit der Vollstreckung im Einzelfall (ausser beim völkerrechtlich zwingend gebotenen Rückschiebungsverbot). Diese Eckpunkte bilden die Grundlage des von den Vertretern des Initiativkomitees vorgelegten Vorschlags (Variante 1). Diese Argumentation verstösst nach Auffassung der Mehrheit der Mitglieder der Arbeitsgruppe gegen anerkannte, von Lehre und Praxis entwickelte rechtsstaatliche Prinzipien. Sie konnten sich deshalb dieser Meinung nicht anschliessen. Aus diesem Grund hat die Arbeitsgruppe verschiedene Vorschläge erarbeitet (Varianten 2 bis 4), die dem verfassungsrechtlichen Gebot der Verhältnismässigkeit, der Beachtung der Grundrechte und der Kohärenz der Rechtsordnung nach Auffassung der Mehrheit besser Rechnung tragen.
7. Eine ähnliche Situation hat sich bezüglich der Geltung und Beachtung des nicht zwingenden Völkerrechts (Vertragsrecht, Gewohnheitsrecht, anerkannte Rechtsgrundsätze) sowie bezüglich des Umgangs mit allfälligen Verstössen ergeben. Bundesrat und Parlament haben die Ausschaffungsinitiative in mehreren Punkten als völkerrechtswidrig bezeichnet und Verstösse insb. gegen die EMRK, den UNO-Pakt II, die KRK und das FZA geortet. Volk und Stände haben der Initiative dennoch zugestimmt und zur Verfassungsbestimmung erhoben. Die Arbeitsgruppe hat sich deshalb intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, wie der Konflikt zwischen der neuen Verfassungsnorm und dem Völkerrecht zu lösen ist. Lehre und Praxis sind sich darin einig, dass Art. 5 Abs. 4, der den (prinzipiellen) Vorrang des Völkerrechts verankert, nur als Grundsatz, nicht als Kollisionsnorm verstanden werden kann. Als Regel gilt, dass nationales und internationales Recht auf dem Wege der Auslegung miteinander in Einklang gebracht werden (Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung). Auch die Praxis der Bundesversammlung zielt deshalb darauf ab, «Volksinitiativen völkerrechtskonform umzusetzen und dabei den Willen der Initiantinnen und Initianten möglichst weitgehend zu berücksichtigen.»²²⁴
8. Solange eine landesrechtliche Norm (Verfassungs- oder Gesetzbestimmung) völkerrechtskonform ausgelegt werden kann, besteht kein Konflikt. Lässt sich eine Norm nicht mehr völkerrechtskonform auslegen, braucht es Konfliktregeln. Lehre und Praxis haben dazu verschiedene Möglichkeiten diskutiert und erprobt, ohne zu einer gefes-

²²⁴ Bericht des Bundesrats vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBI 2010 2263, 2315.

tigten Behördenpraxis zu gelangen.²²⁵ Immerhin hat der Bundesrat wiederholt betont, dass der Gesetzgeber gehalten ist, Verfassungsbestimmungen (auch völkerrechtswidrige) «getreulich und vollständig» umzusetzen.²²⁶ Lässt sich dies völkerrechtskonform nicht bewerkstelligen, müssen entgegenstehende Verträge – soweit möglich – neu ausgehandelt oder gekündigt werden.

9. Nach Auffassung der Vertreter des Initiativkomitees verstösst der von ihnen vorgelegte Umsetzungsvorschlag im StGB (Variante 1) nicht gegen den Wortlaut der von der Schweiz abgeschlossenen internationalen Verträge, sondern allenfalls gegen die von den einschlägigen internationalen Gerichts- und Kontrollorganen (EGMR, EuGH, MRA usw.) entwickelte Anwendungspraxis. Vor allem die Rechtsprechung des EGMR habe im Verlaufe der Zeit die Tragweite der internationalen Verpflichtungen in einer Art und Weise weiterentwickelt, die zum Zeitpunkt der Genehmigung der EMRK nicht absehbar war. Dieser Rechtsprechung fehle deshalb eine der neuen Verfassungsbestimmung auch nur annähernd vergleichbare demokratische Legitimation. Die Schweiz habe deswegen eine Verurteilung notfalls in Kauf zu nehmen und gezielt auf eine Änderung der Rechtsprechung hinzuarbeiten. Eine Kündigung der Verträge (etwa der EMRK oder des FZA) sei aus den genannten Gründen nicht erforderlich; allenfalls seien Neuverhandlungen aufzunehmen.
10. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe kann sich dieser Auffassung nicht anschliessen, weil sie mit der herkömmlichen Praxis der Schweiz unvereinbar ist und im Widerspruch steht zu anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts. Danach hat der Schweizer Richter auf die Auslegung abzustellen, welche die anzuwendende Konventionsbestimmung von der obersten Konventionsbehörde erfahren hat.²²⁷ Der völkerrechtskonformen Auslegung sind jedoch dort Grenzen gesetzt, wo ein unüberbrückbarer Widerspruch zwischen dem schweizerischen Recht und dem Völkerrecht besteht. Wollte man in diesen Fällen die zur Lösung von Konflikten zwischen *Völkerrecht* und *Bundesgesetzen* entwickelte sog. «Schubert-Praxis» für den hier bestehenden Konflikt zwischen *Völkerrecht* und *Verfassungsrecht* analog zur Anwendung bringen, ginge das Völkerrecht, umfassend die völkerrechtlichen Verträge, Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze vor, seien diese jünger oder älter.²²⁸ Davon ausgenommen ist der Fall, dass die Bundesversammlung bzw. Volk und Stände einen Verstoß gegen das Völkerrecht bewusst in Kauf genommen haben. Ein solcher Vorbehalt der bewussten Völkerrechtsverletzung kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts allerdings dann nicht zum Tragen, wenn es um einen Verstoß gegen eine internationale Menschenrechtsgarantie geht.²²⁹ Ähnlich argumentiert HANGARTNER,²³⁰ der von den Initianten bei schwerwiegenden Abweichungen von einem verfassungsrechtlichen Grundprinzip und einschlägigen völkerrechtlichen Verpflichtungen (wie etwa dem Verhältnismässigkeitsprinzip und daraus folgend der Einzelfallbeurteilung) einen ausdrücklichen Vorbehalt im Initiativ- bzw. Verfassungstext verlangt.

²²⁵ Vgl. Bericht des Bundesrats (Fn. 224), S. 2307 ff.

²²⁶ Vgl. Bericht des Bundesrats (Fn. 224), S. 2310.

²²⁷ BGE 122 II 464 E. 3b.

²²⁸ Vgl. Zusatzbericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (Fn. 32), Ziff. 5.2.

²²⁹ BGE 125 II 417 E. 4c und 4d.

²³⁰ HANGARTNER, S. 473 ff.

11. Diesen Überlegungen folgend hat die Mehrheit der Arbeitsgruppe auf der Erarbeitung von Umsetzungsvarianten bestanden, die mit dem Völkerrecht und den bestehenden Abkommen im Einklang stehen (Varianten 2 bis 4). Dabei war sich die Arbeitsgruppe bewusst, dass die völkerrechtskonforme Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung möglicherweise mit Abstrichen an den von der Initiative verfolgten Zielen verbunden sein könnte. Es galt also den schmalen Weg zu finden zwischen den verfassungsrechtlichen Vorgaben der neuen Bestimmung einerseits und den völkerrechtlichen Verpflichtungen bzw. anerkannten Verfassungsgrundsätzen andererseits. Ausgangspunkt war dabei der *lege artis* auszulegende Verfassungstext bzw. die sich daraus ergebenden Zwänge und Handlungsspielräume. In Befolgung des verfassungs- und völkerrechtlich gebotenen Grundsatzes der Verhältnismässigkeit in Rechtsetzung und Rechtsanwendung und der notwendigen Einzelfallbeurteilung sehen diese Varianten nicht nur eine Verurteilung, sondern eine Mindeststrafe als Voraussetzung der Ausschaffung (bzw. neu der Landesverweisung) vor. Kein Entschliessungsermessen lässt der Verfassungstext bezüglich der Rechtsfolgen einer solchen «Verurteilung» zu (Verlust des Aufenthaltsrechts und allfälliger Rechtsansprüche, Ausweisung und Einreiseverbot). Insofern besteht ein «Ausweisungsautomatismus». Hingegen ist es mit dem Verfassungswortlaut vereinbar, in der Vollzugsphase (nach Vollstreckung der richterlich angeordneten Sanktion) verfassungs- oder völkerrechtliche Vollzugshindernisse zu berücksichtigen. Die Varianten 2 bis 4 tragen diesen Anforderungen durch die Aufnahme von Bestimmungen über den Ausschluss bzw. den Aufschub der Landesverweisung Rechnung.

9.2 Unterschiede und Auswirkungen der vier Varianten

12. Die unterschiedlichen Auffassungen über die Einordnung der neuen Verfassungsnormen in die geltende Rechtsordnung und über die Tragweite verfassungsrechtlicher Grundsätze und völkerrechtlicher Vorgaben blieben verständlicherweise nicht ohne Auswirkungen auf die von der Arbeitsgruppe verlangten «Vorschläge für die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen [...] auf der Gesetzesstufe» und der damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen. Die Varianten 1 bis 4 unterscheiden sich sowohl hinsichtlich des Umfangs und der Dichte der Deliktskataloge (Art und Schwere der Delikte, Auffangklauseln usw.) als auch hinsichtlich der geforderten Voraussetzungen der Anordnung einer Landesverweisung (Erfordernisses einer Mindeststrafe, Ausschlussgründe beim FZA). Klare Unterschiede bestehen schliesslich auch bezüglich der Vollzugsphase, die in Berücksichtigung allfälliger verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Vollzugshindernisse bei den Varianten 2 bis 4 eine besondere Ausgestaltung erfährt.
- Die nachfolgenden Gegenüberstellungen machen die wichtigsten Merkmale der vier Varianten nochmals deutlich:
13. Die *Deliktskataloge* der vier Varianten stimmen insoweit überein, als sie sämtliche in der neuen Verfassungsbestimmung ausdrücklich erwähnten Tatbestände enthalten. Sie unterscheiden sich hauptsächlich dadurch, wie sie die Vorgaben der neuen Verfassungsbestimmungen in Bezug auf die schweren Sexualdelikte und die Gewaltdelikte, die zu einer zwingenden Landesverweisung führen sollen, konkretisieren. Sie unterscheiden sich zudem durch das Ausmass, in welchem sie mit zusätzlichen Tatbeständen ergänzt werden.

- Im Deliktskatalog der Variante 1 bilden die Sexual- und Gewaltstraftaten den Schwerpunkt. Diese Straftaten werden bereits aufgrund der Art der Rechtsgutverletzung als schwer eingestuft. Die Schwere der Straftaten, die sich im StGB nach der angedrohten Strafe bemisst, wird demgegenüber als zweitrangig erachtet. Der Deliktskatalog umfasst daher schwerste Verbrechen wie Mord, als auch leichte Vergehen wie die einfache Körperverletzung, die im Grundtatbestand ein Antragsdelikt ist. Allerdings können die leichteren Delikte in diesen Bereichen auch als Ergänzung im Sinne von Art. 121 Abs. 4 BV eingestuft werden. Dem Deliktskatalog haftet eine gewisse Unstimmigkeit an, indem die schwersten Verbrechen mit denselben einschneidenden Konsequenzen verbunden sind wie sehr leichte Vergehen. Diese Unstimmigkeit ist indessen im Grundsatz bereits in der Verfassungsnorm angelegt.
 - Die Deliktskataloge der Varianten 2 und 4 sind identisch. Sie enthalten im Bereich der Sexual- und Gewaltdelikte nur Tatbestände, die als *schwere Verbrechen* einzustufen sind. Als Massstab für die abstrakte Schwere der Delikte dienen die in Art. 121 Abs. 3 Bst. a BV genannten Grundtatbestände der Vergewaltigung und des Raubes. Im Gegensatz zu den Varianten 1 und 3 enthalten die Varianten 2 und 4 eine *Auffangklausel*, welche zahlreiche weitere Delikte des StGB und des Nebenstrafrechts erfasst, deren Schwere mit dem Raub und der Vergewaltigung vergleichbar ist und eine zwingende Landesverweisung ebenso zu rechtfertigen vermag. Die Varianten 2 und 4 enthalten dadurch einen umfangreichen Deliktskatalog, der keine bestimmte Deliktskategorie in den Mittelpunkt stellt. Sie versuchen vielmehr eine innere Logik und Ausgewogenheit herzustellen und mit der vorausgesetzten abstrakten Schwere der Delikte dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.
 - Der Deliktskatalog in Variante 3 setzt den Massstab bezüglich der Deliktsschwere etwas tiefer als die Varianten 2 und 4. Er erfasst im Bereich der Sexual- und Gewaltdelikte neben der Vergewaltigung und dem Raub die Taten bestimmter Titel des StGB, die als *Verbrechen* eingestuft sind. Bei diesem Deliktskatalog stehen Straftaten, die sich gegen Personen richten, im Vordergrund. Er enthält keine Auffangklausel und ist daher weniger umfangreich, als der Katalog nach Variante 2. Dieser Deliktskatalog stellt eine pragmatische, eher zurückhaltende Lösung zwischen den Varianten 1 und 2 (bzw. der Variante 4) dar und legt den Akzent auf das durch die Verfassungsnorm ausgedrückte Ziel der Bekämpfung der Ausländerkriminalität.
14. Neben dem Umfang der Deliktskataloge unterscheiden sich die vier Varianten durch *weitere Voraussetzungen* der zwingenden Landesverweisung.
- Gemäss Variante 1 soll für eine zwingende Landesverweisung genügen, dass ein Ausländer wegen einer der im Deliktskatalog aufgeführten Taten verurteilt wird. Welche Strafe das Gericht im konkreten Fall verhängt, ob es sie aufgrund einer Notwehrsituation mildert oder wegen fehlendem Strafbedürfnis auf eine Bestrafung gar verzichtet, ist dabei unerheblich. Indem Variante 1 die zwingende Landesverweisung namentlich auch für Bagatellfälle vorsieht, führt sie nach Auffassung der Mehrheit der Arbeitsgruppe zu unverhältnismässigen Massnahmen des Staates.
 - Die Varianten 2 bis 4 tragen dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung, indem sie vorsehen, dass eine Landesverweisung grundsätzlich nur dann zwingend erfolgen muss, wenn gegen die Ausländerin oder den Ausländer eine Strafe von mindestens 6 Monaten (bzw. mehr als sechs Monaten in Variante 3) verhängt

wird. Diese Mindestgrenze soll mit Blick auf Wiederholungstäter nicht absolut gelten. Auch wer wiederholt wegen Straftaten des Deliktskatalogs zu leichten Strafen verurteilt wird und dadurch innerhalb von 10 Jahren die Strafgrenze von 6 Monaten erreicht bzw. überschreitet, soll zwingend des Landes verwiesen werden.

Variante 2 sieht insbesondere mit Blick auf Kriminaltouristen zudem vor, dass eine ausländische Person auch aufgrund einer einmaligen Strafe unter sechs Monaten, die aufgrund einer Straftat des Deliktskatalogs verhängt wurde, des Landes verwiesen werden kann. Vorausgesetzt wird in diesem Fall, dass die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen der betroffenen Person am Verbleib in der Schweiz deutlich überwiegen. Variante 2 erfasst somit grundsätzlich – wie die Variante 1 – alle Täter, die Straftaten des Deliktskatalogs begangen haben und relativiert damit die Voraussetzung der Mindeststrafe. Im Gegensatz zu Variante 1 enthält sie eine abgestufte Lösung, welche dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung trägt. Die Variante 3 enthält keine solche Möglichkeit der Relativierung der Mindeststrafe bei der zwingenden Landesverweisung.

15. Hinsichtlich der *Behördenzuständigkeit*, der Prüfungsbefugnis von *Vollzugshindernissen* sowie dem anwendbaren *Verfahren* unterscheiden sich die vier Varianten wie folgt:

- Variante 1: Zuständig zur Anordnung der Landesverweisung und zur Festlegung der konkreten Dauer des Einreiseverbots ist das Strafgericht bzw. die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren. Die Strafbehörden prüfen keine Vollzugshindernisse und ordnen in diesem Sinne – bei gegebenem Straftatbestand – die Ausweisung «automatisch» an.

Die «zuständige kantonale Behörde» vollzieht die Landesverweisung unverzüglich. Macht die betroffene ausländische Person geltend, die Ausschaffung verletze das Non-Refoulement-Gebot, schiebt die Vollzugsbehörde, wenn sie dem Einwand stattgibt, die Landesverweisung vorübergehend auf. Weitere Vollzugshindernisse können nicht geprüft werden; für eine Unterbrechung oder eine spätere Aufhebung der Landesverweisung besteht keine Handhabe. Selbst für Fälle, wo als Folge fehlender Reisepapiere oder mangelnder Kooperation der Behörden im Zielstaat die Ausschaffung rein faktisch (vorübergehend) unmöglich ist, sieht die Variante 1 keinen Aufschubgrund vor. Welchen Status die betreffenden ausländischen Personen haben, lässt die Variante 1 offen.

Die betroffene ausländische Person kann den Ausschaffungsentscheid der Vollzugsbehörde dem kantonalen Gericht zur Prüfung unterbreiten. Die auf das Non-Refoulement-Gebot beschränkte Prüfungsbefugnis gilt auch für das kantonale Gericht, das innerhalb von 30 Tagen endgültig entscheidet.

Die Variante 1 setzt den verfassungsrechtlichen «Ausweisungsautomatismus» vollständig um, steht aber nach Auffassung der Mehrheit der Arbeitsgruppe im Widerspruch zu den nicht zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (EMRK, FZA, UNO-Pakt II, KRK) und lässt für eine Einzelfallprüfung unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips keinen Raum. Das für bestimmte Fälle vorgesehene Strafbefehlsverfahren erscheint angesichts der Schwere des Eingriffs, den eine Landesverweisung darstellt, in mehrfacher Hinsicht ungeeignet und verfassungsrechtlich problematisch.

- Variante 2: Zuständig zur Anordnung der Landesverweisung und zur Festlegung der konkreten Dauer des Einreiseverbots ist ausschliesslich das Strafgericht. Das Strafbefehlsverfahren findet keine Anwendung. Bei gegebenen Straftatbeständen

folgt die Anordnung der Landesverweisung grundsätzlich «automatisch» und das bestehende Aufenthaltsrecht wird entzogen. Von diesen Anordnungen sieht das Strafgericht einzig ab, wenn Rechtsansprüche des FZA entgegenstehen.

Die kantonale Vollzugsbehörde vollstreckt die Landesverweisung unverzüglich bzw. nach dem Vollzug einer gegen die verurteilte ausländische Person verhängten (unbedingten) Strafe. Die Vollzugsbehörde prüft dabei von Amtes wegen, ob völkerrechtliche Hindernisse, wie sie sich namentlich aus der EMRK, dem UNO-Pakt II oder der KRK ergeben können, der Ausschaffung entgegenstehen. Gegebenenfalls schiebt sie den Vollzug der Landesverweisung auf.

Gegen Vollstreckungsentscheide steht der Rechtsmittelweg an das obere kantonale Gericht offen. Das Bundesgericht kann nur im subsidiären Verfassungsbeschwerdeverfahren über die Streitsache urteilen.

Die Variante 2 lässt in der Vollzugsphase Raum für eine Prüfung völkerrechtlicher Ausschaffungshindernisse (Einzelfallprüfung mit Einschluss einer Verhältnismässigkeitsprüfung) und nimmt damit einen gewissen Konflikt mit dem Willen des Verfassungsgebers in Kauf. Die Variante 2 geht davon aus, dass der Strafrichter anders als die Vollzugsbehörde nur bei offensichtlichem Vorliegen von Hinderungsgründen in der Lage ist, diese tendenziell «funktionsfremde» Prüfung vorzunehmen.

- Variante 3: Bei ausländischen Personen, die eine Straftat des Deliktskatalogs begangen haben und zu einer Strafe von (insgesamt) über 6 Monaten verurteilt werden, ordnet die Strafbehörde – das Strafgericht und bei Personen mit illegalem Aufenthalt in der Schweiz die Staatsanwaltschaft im Strafbefehlsverfahren – die Landesverweisung an. Personen, die erstmals wegen einer *Straftat des Deliktskatalogs* zu einer Strafe von 6 Monaten oder weniger verurteilt werden, können jedoch nicht durch Strafbehörden des Landes verwiesen werden. Hier müssen allenfalls die Migrationsbehörden in einem separaten Verfahren ausländerrechtliche Massnahmen treffen. Demgegenüber wird bei einem Täter, der eine Tat begeht, die *nicht* im Deliktskatalog nach Variante 3 aufgeführt ist, in jedem Fall wieder eine Strafbehörde über die Landesverweisung befinden – auch dann, wenn die Strafe unter sechs Monaten liegt.

Wenn Rechtsansprüche des FZA entgegenstehen, sehen die Strafbehörden von der Anordnung der Landesverweisung ab. Ferner prüft das Strafgericht, ob völkerrechtliche Hindernisse, wie sie sich namentlich aus der EMRK, dem UNO-Pakt II oder der KRK ergeben können, der Ausschaffung entgegenstehen.

Die kantonale Vollzugsbehörde vollstreckt die Landesverweisung unverzüglich bzw. nach dem Vollzug einer gegen die verurteilte ausländische Person verhängten (unbedingten) Strafe. Die Vollzugsbehörden haben in Bezug auf völkerrechtliche Hindernisse keine Entscheidkompetenzen. Wenn sich seit der strafgerichtlichen Verurteilung – etwa infolge einer längeren Freiheitsstrafe – Änderungen der massgebenden Verhältnisse ergeben haben, befindet das Strafgericht auf Antrag der Vollzugsbehörde bzw. der betroffenen ausländischen Person, ob am allfälligen Aufschub der Landesverweisung noch festzuhalten ist bzw. ob neue Vollzugshindernisse bestehen.

Gegen Vollzugsentscheide des Gerichts steht der Rechtsmittelweg an das obere kantonale Gericht offen. Das Bundesgericht kann nur im subsidiären Verfassungsbeschwerdeverfahren über die Streitsache urteilen.

Die Variante 3 überträgt die Anordnung der Landesverweisung und die Prüfung allfälliger Vollzugshindernisse dem Strafrichter (bzw. der Staatsanwaltschaft beim

Strafbefehlsverfahren). Sie verzichtet auf die Unterscheidung zwischen der Anordnungsphase (Verurteilung und Anordnung der Landesverweisung) und der Vollzugsphase. Es kommt nur dann zu einem besonderen Vollstreckungsverfahren, wenn sich die Verhältnisse zwischen der Anordnung und dem Vollzug der Landesverweisung wesentlich geändert haben. Auf Antrag der betroffenen Person oder der Vollzugsbehörde wäre in diesem Fall wiederum der Strafrichter bzw. die Staatsanwaltschaft zur Neuurteilung zuständig, was gegebenenfalls zu Verfahrensverzögerungen führen könnte. Im Unterschied dazu sieht die Variante 2 vor, dass die Prüfung allfälliger Vollzugshindernisse in jedem Fall von der Vollzugsbehörde (allenfalls nach Einholung eines Amtsberichts beim BFM) vorzunehmen ist.

- Variante 4 knüpft an die bestehende Behördenorganisation und deren Zuständigkeiten an. Zuständig für die Anordnung und den Vollzug des «zwingenden Bewilligungsentzugs» und des «zwingenden Einreiseverbots» sind die Migrationsbehörden. Die Variante 4 ist bezüglich der Möglichkeit, völkerrechtliche Vollzugshindernisse zu berücksichtigen und eine Einzelfallprüfung zu ermöglichen, der Variante 2 nachgebildet.

Mit der Umsetzung im AuG wären sämtliche Aus- und Wegweisungstatbestände im Ausländerrecht verankert. Für diese Lösung sprechen aus Verfassungsoptik die Verortung der neuen Verfassungsbestimmung (anschliessend an die Art. 121 Abs. 1 und 2 BV) sowie die in den Art. 121 Abs. 3–6 BV gewählte ausländerrechtliche Terminologie. Erfolgt die Prüfung von allfälligen Vollzugshindernissen ebenfalls durch den Richter, bleibt das Dossier grundsätzlich in den Händen der Strafbehörden (auch wenn später allfällige neue Hindernisse geltend gemacht werden sollten). Deshalb scheint eine Verortung der Landesverweisung im StGB insbesondere dann als konsequent, wenn die betroffenen Personen zu einer Geldstrafe oder einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden sind und die Schweiz sofort verlassen können. Es wäre auch folgerichtig, die zwingende Landesverweisung gemäss der neuen Verfassungsbestimmung im StGB aufzunehmen, wenn der Bundesrat die in einem früheren Vernehmlassungsverfahren vorgeschlagene Wiedereinführung der fakultativen Landesverweisung erneut aufgreifen sollte. Vgl. zu den Vor- und Nachteilen der Umsetzung im StGB bzw. AuG generell vorne Ziff. 5.2.

16. Die mit der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative verbundene Zunahme von Ausweisungen und der neue Straftatbestand des Sozialmissbrauchs führen – unabhängig von der gewählten Variante – bei den Behörden vor allem der Kantone aber auch des Bundes (namentlich BFM) zu Mehrbelastungen mit den entsprechenden personellen und finanziellen Konsequenzen. Freilich können diese Konsequenzen im jetzigen Stadium der Umsetzung noch nicht präzise festgelegt werden. Im Einzelnen:
 - Bei Variante 1 obliegt die Anordnung der Landesverweisung dem Strafgericht; die kantonale Behörde ist in der Vollzugsphase zuständig. Deren Prüfungszuständigkeit ist zwar auf die Einhaltung des Non-Refoulement-Gebots (und die faktische Möglichkeit der Ausschaffung) beschränkt. Wie aber die statistischen Angaben zeigen, ist bei Variante 1 mit rund vier- bis fünfmal mehr Ausweisungen zu rechnen als bei den übrigen Varianten. Die kantonalen Vollzugsbehörden müssten ihre personellen und finanziellen Ressourcen entsprechend anpassen.
 - Auch bei Variante 2 sind es die Strafgerichte, welche die Landesverweisung anordnen. Strafverfahren gegenüber ausländischen Personen werden aufwändiger. Zum einen infolge der Handhabung der neuen Strafnormen zur zwingenden und

fakultativen Landesverweisung. Zum anderen weil E-Art. 73c und 73f Abs. 2 StGB bei freizügigkeitsberechtigten Ausländerinnen und Ausländern dem Strafgericht die (fremd-, weil ausländerrechtliche) Prüfung der FZA-Konformität abverlangen. Die Belastung dürfte auch bei den strafrechtlichen Rechtsmittelinstanzen (kantonales Berufungsgericht und Bundesgericht) zunehmen. Weil bei Variante 2 das Strafbefehlsverfahren ausgeschlossen ist, sollte bei den Staatsanwaltschaften kein direkter Zusatzaufwand anfallen. In der Vollzugsphase sind die kantonalen Migrationsämter bzw. Justiz- oder Strafvollzugsbehörden zuständig. Vor allem bei diesen Behörden und tendenziell auch bei den oberen kantonalen Gerichten fällt erheblicher Zusatzaufwand an, weil sie die – in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht anspruchsvolle – Prüfung der Aufschubgründe vornehmen müssen.

- Auch für die Variante 3 gelten die zur Variante 2 gemachten Ausführungen zur Mehrbelastung der Strafgerichte und der Rechtsmittelinstanzen in der Anordnungsphase. Weil in gewissen Fällen die Landesverweisung im Strafbefehlsverfahren angeordnet wird, fällt Aufwand auch bei den Staatsanwaltschaften an, der indessen in diesem Umfang die Strafgerichte entlastet. Nach Variante 3 sind in der Vollzugsphase erneut die Strafgerichte zuständig. Sie prüfen die Aufschubgründe und damit Rechtsfragen ausserhalb des Strafrechts. Das bedeutet entsprechend hohen zusätzlichen Ressourcenbedarf. Auch nach Variante 3 sind die kantonalen Migrationsämter bzw. die Justiz- und Strafvollzugsbehörden für die Vollstreckung zuständig. Entscheidkompetenz hinsichtlich der Aufschubgründe haben sie indessen keine. Vielmehr müssen sie gegebenenfalls das Dossier dem Strafgericht zu erneuter Prüfung und Entscheidung unterbreiten und auf entsprechende Fachfragen der Strafbehörden antworten. Damit wird deutlich, dass bei Variante 3 vor allem bei den Strafbehörden der grösste Teil des Zusatzaufwands anfällt. Die Strafgerichte mit der Prüfung von Aufschubgründen zu betrauen ist in Fällen effizient, in denen keine oder nur eine kurze Freiheitsstrafe ausgefällt wird und die Ausweisung rasch vollzogen werden kann.
- Variante 4 knüpft an die bestehende Behördenorganisation und deren Zuständigkeiten an. Der allgemein durch die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative bedingte behördliche Zusatzaufwand trifft demnach in erster Linie die kantonalen Migrationsbehörden und die entsprechenden Rechtsmittelinstanzen.

Bei allen Varianten ist die Zahl der ausländischen Personen nicht zu unterschätzen, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht ausgeschafft und daher vorläufig aufgenommen werden müssen. Die mit diesem Status verbundenen Einschränkungen namentlich in Bezug auf die Möglichkeiten zur Erwerbstätigkeit ziehen finanziellen Aufwand der kantonalen und kommunalen Sozialbehörden nach sich.

17. Gemäss den vom Bundesamt für Statistik erarbeiteten Zahlen würde die Variante 1 mit Abstand die meisten Personen erfassen: insgesamt rund 16'400 pro Jahr (unabhängig vom Aufenthaltsstatus und ohne Berücksichtigung der möglichen Ausschaffungshindernisse). Die Varianten 2, 3 und 4 erfassen demgegenüber rund 3'400 Personen pro Jahr. Die hohe Zahl in Variante 1 ist nicht in erster Linie auf einen umfangreicheren Deliktskatalog zurückzuführen, sondern darauf, dass diese Variante keine Mindeststrafe voraussetzt und so im Bereich der Alltagskriminalität eine sehr grosse Zahl von eher leichten Delikten oder sogar Bagatelldelikten erfasst.

Das Bundesamt für Statistik publizierte im Vorfeld der Abstimmung zur Ausschaffungsinitiative Zahlen zu den Auswirkungen der Initiative und zu den Auswirkungen des Gegenentwurfs. Variante 1 würde das Vierfache der im Vorfeld der Abstimmung

für die Umsetzung der *Initiative* publizierten Anzahl an verurteilten Personen erfassen. Die Varianten 2, 3 und 4 erreichen die vor der Abstimmung getroffenen Annahmen für die *Initiative* knapp nicht (insgesamt zu 80%; in Bezug auf die Personen mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung zu 90%). Variante 2 übersteigt sie, wenn die *fakultative* Landesverweisung aufgrund von Taten des Deliktskatalogs mitberücksichtigt wird. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass die Varianten 2 bis 4 die Zahlen, die für die Umsetzung des *Gegenentwurfs* angenommen wurden, deutlich übertreffen (um rund 60%).

9.3 Ergebnisse und Empfehlungen

Die Arbeitsgruppe hat sich in ihren elf Sitzungen ausführlich mit den Grundsatzfragen der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung über den Umgang mit straffälligen Ausländerinnen und Ausländern auseinandergesetzt und auftragsgemäss verschiedene Möglichkeiten der Umsetzung geprüft. Sie hat vier Varianten erarbeitet und die rechtlichen Konsequenzen dieser Vorschläge analysiert. Dabei ist sie zu folgenden Erkenntnissen gelangt:

1. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe befürwortet eine Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung im Strafrecht (Varianten 1–3). Sie erkennt aber nicht, dass eine rechtskonforme Lösung auch im Ausländerrecht möglich wäre (Variante 4, die auf der Basis der Variante 2 erarbeitet worden ist).
2. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe lehnt die von den Vertretern des Initiativkomitees an der ersten Sitzung vorgelegte Variante 1 ab, weil sie gegen Grundprinzipien des Verfassungsrechts verstösst und im Widerspruch steht zu nicht zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (EMRK, FZA, UNO-Pakt II und KRK). Sie würde zu einer Verurteilung der Schweiz durch die internationalen Kontrollorgane führen bzw. zur Neuverhandlung oder allenfalls Kündigung der einschlägigen Konventionen und Abkommen.
3. Die Mehrheit der Arbeitsgruppe empfiehlt dem EJPD die Fortführung der Arbeiten auf der Basis der Varianten 2 und 3. Diese halten sich grundsätzlich an die völkerrechtlichen Vorgaben und versuchen, die neue Verfassungsbestimmung in Einklang zu bringen mit den tradierten Grundsätzen der Verfassungsauslegung, mit dem Verfassungsrecht und der Praxis der Bundesbehörden. Daraus ergibt sich unausweichlich ein gewisser Widerspruch zur neuen Verfassungsbestimmung.
4. Falls eine Umsetzung im Ausländerrecht (Variante 4) als richtig erachtet werden sollte, wäre ein Verzicht auf die Wiedereinführung der fakultativen Landesverweisung im StGB folgerichtig.
5. Die Vertreter des Initiativkomitees lehnen die Varianten 2–4 ab. Sie werten diese als Abschwächung der vom Verfassungsgeber angestrebten Verschärfung der Ausschaffungspraxis. Sie bestehen auf dem Vorrang des jüngeren Verfassungsrechts und nehmen Verstösse gegen das nicht zwingende Völkerrecht bewusst in Kauf. Sie befürworten eine Aufnahme ihres Vorschlages in die Vernehmlassungsvorlage.

Anhang: Formulierungsvorschläge

Variante 1 (Vorschlag der Vertreter des Initiativkomitees)

Erstes Buch: Allgemeine Bestimmungen

Erster Teil: Verbrechen und Vergehen

Dritter Titel: Strafen, Massnahmen und Landesverweisung [neue Fassung]

neu: Drittes Kapitel: Landesverweisung

Art. 73^{bis} Landesverweisung

¹ Das Gericht oder die Staatsanwaltschaft verweist Ausländerinnen und Ausländer, die wegen einer oder mehrerer der folgenden strafbaren Handlungen verurteilt werden, unabhängig von der Höhe der Strafe aus dem Gebiete der Schweiz:

- a. vorsätzliche Tötung (Art. 111 StGB), Mord (Art. 112 StGB), Totschlag (Art. 113 StGB);
- b. schwere Körpverletzung (Art. 122 StGB), einfache Körpverletzung (Art. 123 StGB), Aussetzung (Art. 127 StGB), Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB), Raufhandel (Art. 133 StGB), Angriff (Art. 134 StGB), Raub (Art. 140 StGB), Erpressung (Art. 156 StGB), Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183 f. StGB), Geiselnahme (Art. 185 StGB);
- c. sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB), sexuelle Handlungen mit Abhängigen (Art. 188 StGB), sexuelle Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB), Schändung (Art. 191 StGB), sexuelle Handlungen mit Anstaltspfleglingen, Gefangenen, Beschuldigten (Art. 192 StGB), Ausnützung der Notlage (Art. 193 StGB), Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB), Pornographie (Art. 197 StGB);
- d. Menschenhandel (Art. 182 StGB);
- e. Zuwiderhandlung gegen Art. 19 BetmG;
- f. Einbruchsdelikt (Art. 186 StGB i.V.m. Art. 139 StGB oder 144 StGB), gewerbsmässiger oder bandenmässiger Diebstahl (Art. 139 Ziff. 2 und 3 StGB), gewerbsmässige Hehlerei (Art. 160 Ziff. 2 StGB);
- g. Brandstiftung (Art. 221 StGB), Verursachung einer Explosion (Art. 223 StGB), Gefährdung durch Sprengstoffe und giftige Gase in verbrecherischer Absicht (Art. 224 StGB); Herstellen, Verbergen, Weiterschaffen von Sprengstoffen und giftigen Gasen (Art. 226 StGB);
- h. öffentliche Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB);
- i. Völkermord (Art. 264 StGB) sowie Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 264a StGB);
- j. Verweisungsbruch (Art. 291 StGB) und vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen Art. 115 AuG;
- k. Betrug (Art. 146 StGB) im Bereich der Sozialhilfe und der Sozialversicherungen sowie Sozialmissbrauch (Art. 151^{bis} Abs. 1 StGB).

² Die zu einer Landesverweisung verurteilte Person verliert, da sie die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet, unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Verbleib in der Schweiz und Wiedereinreise in die Schweiz.

Art. 73^{ter} Ausreisefrist und Einreiseverbot

¹ Spricht das Gericht oder die Staatsanwaltschaft eine Landesverweisung aus, setzt es oder sie der ausgewiesenen Person eine Ausreisefrist und belegt sie gleichzeitig für die Dauer von 5 bis 15 Jahren mit einem Einreiseverbot.

² Bei einer Verurteilung gemäss Art. 73^{bis} Abs. 1 lit. a, b, c, d und e StGB ist die Dauer auf mindestens 10 Jahre anzusetzen.

³ Im Wiederholungsfall beträgt die Dauer des Einreiseverbots 20 Jahre.

Art. 73^{quater} Vollzug

¹ Die Landesverweisung ist durch die zuständige kantonale Behörde im Anschluss an die Verurteilung bzw. nach Verbüssung der Strafe unverzüglich zu vollziehen.

² Die Landesverweisung kann nur vorübergehend aufgeschoben werden, wenn zwingende Gründe gemäss Art. 25 Abs. 2 und 3 BV entgegenstehen.

³ Bei ihrem Entscheid hat die kantonale Vollzugsbehörde von der Vermutung auszugehen, dass die Ausweisung in ein Land, das der Bundesrat gemäss Art. 6a Abs. 2 AsylG als sicher bezeichnet, nicht gegen Art. 25 Abs. 2 und 3 BV verstösst.

⁴ Werden Gründe nach Art. 25 Abs. 2 und 3 BV geltend gemacht, entscheidet die kantonale Vollzugsbehörde innerhalb von 30 Tagen. Der Entscheid kann an das zuständige kantonale Gericht weitergezogen werden, welches innerhalb von 30 Tagen nach Eingang des Rechtsmittels endgültig entscheidet.

Art. 73^{quinquies} Massgebendes Recht

Die Artikel 73^{bis}–73^{quater} StGB gehen nicht zwingendem Völkerrecht vor. Als zwingendes Völkerrecht gelten ausschliesslich das Verbot der Folter, des Völkermords, des Angriffskrieges, der Sklaverei sowie das Verbot der Rückschiebung in einen Staat, in welchem Tod oder Folter drohen.

Zweites Buch: Besondere Bestimmungen

Zweiter Titel: Strafbare Handlungen gegen das Vermögen

Art. 151^{bis} Sozialmissbrauch

¹ Wer für sich oder andere durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von veränderten Verhältnissen oder in anderer Weise Leistungen der Sozialhilfe oder der Sozialversicherungen unrechtmässig erwirkt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² In leichten Fällen kann auf Busse erkannt werden.

Variante 2 (Vorschlag der Mehrheit der Arbeitsgruppe)

Erstes Buch: Allgemeine Bestimmungen

Erster Teil: Verbrechen und Vergehen

Dritter Titel: Strafen und Massnahmen

Zweites Kapitel: Massnahmen

neu: Dritter Abschnitt: Landesverweisung

Art. 73a Zwingende Landesverweisung

¹ Das Gericht verweist einen Ausländer für 5 bis 15 Jahre des Landes, wenn er eine der folgenden Straftaten begangen hat und zu einer Strafe nach Absatz 2 verurteilt wird:

- a. ein vorsätzliches Tötungsdelikt (nach den Art. 111–113), einen Raub (Art. 140), Menschenhandel (Art. 182), eine Vergewaltigung (Art. 190) oder ein anderes schweres Verbrechen, das mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht ist;
- b. einen Diebstahl (Art. 139) in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 186);
- c. einen Betrug (Art. 146 Abs. 1) im Bereich der Sozialversicherung oder Sozialhilfe, einen missbräuchlichen Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe (Art. 151^{bis});
- d. eine Widerhandlung nach Artikel 19 des Betäubungsmittelgesetzes²³¹.

² Die Landesverweisung setzt voraus, dass das Gericht den Ausländer:

- a. in einem Urteil, das eine Straftat nach Absatz 1 enthält, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt oder
- b. innerhalb von zehn Jahren in mehreren Urteilen, die eine Straftat nach Absatz 1 enthalten, zu Freiheitsstrafen, Geldstrafen oder zu gemeinnütziger Arbeit von mindestens 180 Tagen oder Tagessätzen oder 720 Stunden verurteilt.

³ Verhängt das Gericht in einem Urteil, das eine Straftat nach Absatz 1 enthält, eine Strafe von weniger als 6 Monaten Freiheitsstrafe, 180 Tagessätzen Geldstrafe oder 720 Stunden gemeinnütziger Arbeit, so kann es den Täter des Landes verweisen, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz deutlich überwiegen.

Art. 73b Fakultative Landesverweisung

Das Gericht kann einen Ausländer für 3 bis 15 Jahre des Landes verweisen, wenn es ihn wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das nicht von Artikel 73a erfasst wird, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder innerhalb von zehn Jahren zu mehreren Strafen im Masse von mindestens 6 Monaten verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme im Sinne der Artikel 59–61 oder 64 anordnet.

Art. 73c Ausschluss der Landesverweisung

Bei freizügigkeitsberechtigten Ausländern oder bei einem Familienangehörigen, welcher diese Person begleitet oder ihr nachzieht, ist die Landesverweisung ausgeschlossen, wenn keine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne des Freizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999²³² und des Abkommens zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001²³³ vorliegt.

Art. 73d Wiederholungsfall

Begeht jemand in der Zeit, in der er mit einer Landesverweisung nach Artikel 73a Absätze 1 und 2 belegt ist, eine neue Straftat, welche die Voraussetzungen für eine zwingende Landesverweisung erfüllt, so ist diese auf 20 Jahre auszusprechen. In anderen Wiederholungsfällen kann die Landesverweisung auch auf 20 Jahre ausgesprochen werden.

Art. 73e Zeitpunkt des Vollzugs

¹ Vor dem Vollzug der Landesverweisung sind die gegen die verurteilte Person verhängten unbedingten Strafen oder Strafteile sowie die stationären Massnahmen zu vollziehen. Die Landesverweisung wird vollzogen, sobald die verurteilte Person bedingt oder endgültig aus dem Vollzug entlassen oder die Massnahme ersatzlos aufgehoben wird.

² Die Dauer der Landesverweisung wird von dem Tag an berechnet, an welchem die verurteilte Person die Schweiz verlassen hat.

Art. 73f Unterbrechung und Aufhebung

¹ Die Vollzugsbehörde kann aus wichtigen humanitären oder prozessualen Gründen den Vollzug der Landesverweisung unterbrechen.

² Das Gericht hebt auf Gesuch hin die Landesverweisung auf, wenn nachträglich ein Ausschlussgrund gemäss Artikel 73c eintritt.

Art. 73g Vollzugsverfahren

¹ Die Vollzugsbehörde vollstreckt die Landesverweisung unverzüglich.

² Sie schiebt den Vollzug der Landesverweisung auf, wenn

- a. Gründe für ein Verbot der Rückschiebung vorliegen;
- b. aus Gründen, welche die verurteilte Person nicht beeinflussen kann, die Ausreise unmöglich ist;
- c. dieser infolge Krieg, Bürgerkrieg oder allgemeiner Gewalt, einer medizinischen Notlage oder schwerwiegender persönlicher Gründe unzumutbar ist.

³ Die Vollzugsbehörde überprüft periodisch, ob die Voraussetzungen für den Aufschub des Vollzugs der Landesverweisung noch gegeben sind.

²³² Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR **0.142.112.681**).

²³³ AS **2003 2685**; SR **0.632.31**.

Art. 73h Beschwerdeverfahren

¹ Gegen Entscheide der Vollzugsbehörde kann innerhalb von 10 Tagen beim oberen kantonalen Gericht Beschwerde geführt werden. Dieses entscheidet endgültig.

² Mit Beschwerde kann nur eine Verletzung der Gründe gemäss Artikel 73g Absatz 2 gerügt werden.

Zweites Buch: Besondere Bestimmungen

Zweiter Titel: Strafbare Handlungen gegen das Vermögen

Art. 151^{bis} Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe

¹ Wer jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, so dass er oder ein anderer unrechtmässig Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe bezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² In leichten Fällen ist die Strafe Busse.

Änderung anderer Bundesgesetze

Bei der Umsetzung ist die Prüfung erforderlich, ob und inwiefern Änderungen namentlich der folgenden Erlasse erforderlich sind:

- Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005²³⁴ über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG);
- Asylgesetz vom 26. Juni 1998²³⁵ (AsylG);
- Bundesgesetz vom 17. Juni 2005²³⁶ über das Bundesgericht (BGG);
- Bundesgesetz vom 20. Juni 2003²³⁷ über das Jugendstrafrecht (JStG);
- Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007²³⁸ (StPO);
- Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009²³⁹ (JStPO);
- Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927²⁴⁰ (MStG);
- Militärstrafprozess vom 23. März 1979²⁴¹ (MStP);

²³⁴ SR **142.20**

²³⁵ SR **142.31**

²³⁶ SR **173.110**

²³⁷ SR **311.1**

²³⁸ SR **312.0**

²³⁹ SR **312.1**

²⁴⁰ SR **321.0**

²⁴¹ SR **322.1**

Variante 3 (Alternativer Vorschlag der Arbeitsgruppe)

Erstes Buch: Allgemeine Bestimmungen

Erster Teil: Verbrechen und Vergehen

Dritter Titel: Strafen und Massnahmen

Zweites Kapitel: Massnahmen

Zweiter Abschnitt: Andere Massnahmen

Art. 67c Landesverweisung

¹ Das Gericht verweist einen Ausländer für 5 bis 15 Jahre des Landes, wenn er zu einer Freiheitsstrafe oder Geldstrafe von mehr als 180 Tagen oder Tagessätzen oder innert zehn Jahren zu mehreren Freiheitsstrafen, Geldstrafen oder zu gemeinnütziger Arbeit von insgesamt mehr als 180 Tagen, Tagessätzen oder 720 Stunden verurteilt wird und das Urteil jeweils eine der folgenden Straftaten enthält:

- a. Verbrechen gegen Leib und Leben, gegen die Freiheit, gegen die sexuelle Integrität oder gegen den öffentlichen Frieden;
- b. Hausfriedensbruch (Art. 186) in Verbindung mit Diebstahl (Art. 139);
- c. Raub nach Artikel 140;
- d. Betrug nach Artikel 146 Absatz 1 und 2;
- e. missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe nach Artikel 151^{bis};
- f. Widerhandlung nach Artikel 19 des Betäubungsmittelgesetzes²⁴².

² Das Gericht kann einen Ausländer zudem für 3 bis 15 Jahre des Landes verweisen, wenn er wegen eines anderen Delikts verurteilt wurde und das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz überwiegt.

³ Wenn die betroffene Person über kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt, kann die Landesverweisung im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens ausgesprochen werden.

Art. 67d Ausschluss und vorläufiger Aufschub der Landesverweisung

¹ Bei freizügigkeitsberechtigten Ausländern oder bei einem Familienangehörigen, welcher diese Person begleitet oder ihr nachzieht, ist die Landesverweisung ausgeschlossen, wenn keine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne des Freizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999²⁴³ und des Abkommens zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001²⁴⁴ vorliegt.

² Das Gericht schiebt den Vollzug der Landesverweisung vorläufig auf, wenn:

- a. Gründe für ein Verbot der Rückschiebung vorliegen;
- b. aus Gründen, welche die verurteilte Person nicht beeinflussen kann, die Ausreise unmöglich ist;

²⁴² SR 812.121

²⁴³ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

²⁴⁴ AS 2003 2685; SR 0.632.31.

- c. dieser infolge Krieg, Bürgerkrieg oder allgemeiner Gewalt, einer medizinischen Notlage oder schwerwiegender persönlicher Gründe unzumutbar ist.

Art. 67e Wiederholungsfall

Begeht jemand in der Zeit, in der er mit einer Landesverweisung nach Artikel 73a Absätze 1 und 2 belegt ist, eine neue Straftat, welche die Voraussetzungen für eine zwingende Landesverweisung erfüllt, so ist diese auf 20 Jahre auszusprechen. In anderen Wiederholungsfällen kann die Landesverweisung auch auf 20 Jahre ausgesprochen werden.

Art. 67f Zeitpunkt des Vollzugs

¹ Vor dem Vollzug der Landesverweisung sind die gegen die verurteilte Person verhängten unbedingten Strafen oder Strafteile sowie die stationären Massnahmen zu vollziehen. Die Landesverweisung wird vollzogen, sobald die verurteilte Person bedingt oder endgültig aus dem Vollzug entlassen oder die Massnahme ersatzlos aufgehoben wird.

² Die Dauer der Landesverweisung wird von dem Tag an berechnet, an welchem die verurteilte Person die Schweiz verlassen hat.

Art. 67g Unterbrechung und Aufhebung

¹ Die Vollzugsbehörde kann aus wichtigen humanitären oder prozessualen Gründen den Vollzug der Landesverweisung unterbrechen.

² Das Gericht hebt auf Gesuch hin die Landesverweisung auf, wenn nachträglich ein Ausschlussgrund gemäss Artikel 67d Absatz 1 eintritt.

Art. 67h Vollzugsverfahren

¹ Die Vollzugsbehörde vollstreckt die Landesverweisung unverzüglich.

² Das Gericht entscheidet auf Antrag, ob die Voraussetzungen für den Aufschub des Vollzugs der Landesverweisung noch gegeben sind und ob neue Vollzugshindernisse bestehen.

Art. 67i Beschwerdeverfahren

¹ Gegen Vollzugsentscheide des Gerichts kann innerhalb von 10 Tagen beim oberen kantonalen Gericht Beschwerde geführt werden. Dieses entscheidet endgültig.

² Mit Beschwerde kann nur eine Verletzung der Gründe gemäss Artikel 67d Absatz 2 gerügt werden.

Zweites Buch: Besondere Bestimmungen

Zweiter Titel: Strafbare Handlungen gegen das Vermögen

Art. 151^{bis} Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe

¹ Wer jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, so dass er oder ein anderer unrechtmässig Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe bezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² In leichten Fällen ist die Strafe Busse.

Änderung anderer Bundesgesetze

Bei der Umsetzung ist die Prüfung erforderlich, ob und inwiefern Änderungen namentlich der folgenden Erlasse erforderlich sind:

- Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005²⁴⁵ über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG);
- Asylgesetz vom 26. Juni 1998²⁴⁶ (AsylG);
- Bundesgesetz vom 17. Juni 2005²⁴⁷ über das Bundesgericht (BGG);
- Bundesgesetz vom 20. Juni 2003²⁴⁸ über das Jugendstrafrecht (JStG);
- Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007²⁴⁹ (StPO);
- Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009²⁵⁰ (JStPO);
- Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927²⁵¹ (MStG);
- Militärstrafprozess vom 23. März 1979²⁵² (MStP);

245	SR 142.20
246	SR 142.31
247	SR 173.110
248	SR 311.1
249	SR 312.0
250	SR 312.1
251	SR 321.0
252	SR 322.1

Variante 4 (Umsetzung im Ausländerrecht)

Ausländergesetz (Änderungen *kursiv*)

10. Kapitel: Beendigung des Aufenthalts

2. Abschnitt: Erlöschen und Widerruf der Bewilligungen

Art. 62 Widerruf von Bewilligungen und anderen Verfügungen

Die zuständige Behörde kann Bewilligungen, ausgenommen die Niederlassungsbewilligung, und andere Verfügungen nach diesem Gesetz widerrufen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer:

- a. oder ihr oder sein Vertreter im Bewilligungsverfahren falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat;
- b. zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Artikel 64 oder Artikel 61 des Strafgesetzbuches²⁵³ angeordnet wurde;
- c. erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet;
- d. eine mit der Verfügung verbundene Bedingung nicht einhält;
- e. oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, auf Sozialhilfe angewiesen ist.

Art. 63 Widerruf der Niederlassungsbewilligung

¹ Die Niederlassungsbewilligung kann nur widerrufen werden, wenn:

- a. die Voraussetzungen nach Artikel 62 Buchstabe a oder b erfüllt sind;
- b. die Ausländerin oder der Ausländer in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet;
- c. die Ausländerin oder der Ausländer oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, dauerhaft und in erheblichem Mass auf Sozialhilfe angewiesen ist.

² Die Niederlassungsbewilligung von Ausländerinnen und Ausländern, die sich seit mehr als 15 Jahren ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufhalten, kann nur aus Gründen von Absatz 1 Buchstabe b und Artikel 62 Buchstabe b widerrufen werden.

³ Vorbehalten bleibt der zwingende Widerruf (Art. 63a).

Art. 63a Zwingender Widerruf von Bewilligungen

¹ Die zuständige Behörde widerruft alle Bewilligungen, wenn die Ausländerin oder der Ausländer eine der folgenden Straftaten begangen hat und zu einer Strafe nach Absatz 2 verurteilt wird:

- a. ein vorsätzliches Tötungsdelikt (nach den Art. 111–113 StGB), einen Raub (Art. 140 StGB), Menschenhandel (Art. 182 StGB), eine Vergewaltigung (Art. 190 StGB) oder ein anderes schweres Verbrechen, das mit einer Min-

destrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe oder mehr oder mit einer Höchststrafe von 10 Jahren Freiheitsstrafe oder mehr bedroht ist;

- b. einen Diebstahl (Art. 139 StGB) in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB);*
- c. einen Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB) im Bereich der Sozialversicherung oder Sozialhilfe, einen missbräuchlichen Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe (Art. 151^{bis} StGB);*
- d. eine Widerhandlung nach Artikel 19 des Betäubungsmittelgesetzes²⁵⁴.*

² Der Widerruf nach Absatz 1 setzt voraus, dass das Gericht die Ausländerin oder den Ausländer:

- a. in einem Urteil, das eine Straftat nach Absatz 1 enthält, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen oder*
- b. innerhalb von zehn Jahren in mehreren Urteilen, die eine Straftat nach Absatz 1 enthalten, zu Freiheitsstrafen, Geldstrafen oder zu gemeinnütziger Arbeit von mindestens 180 Tagen oder Tagessätzen oder 720 Stunden verurteilt.*

Art. 63b *Ausschluss des Widerrufs von Bewilligungen*

Bei Ausländerinnen und Ausländern, auf die das Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999²⁵⁵ und das Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001²⁵⁶ Anwendung finden, ist der Widerruf von Bewilligungen (Art. 62–63a) ausgeschlossen, wenn keine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt.

Art. 67 *Einreiseverbot*

¹ Das BFM verfügt unter Vorbehalt der Absätze 5 bis 7 Einreiseverbote gegenüber weggewiesenen Ausländerinnen und Ausländern, wenn:

- a. die Wegweisung nach Artikel 64d Absatz 2 Buchstaben a–c sofort vollstreckt wird;*
- b. diese nicht innerhalb der angesetzten Frist ausgereist sind;*
- c. sie die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen nach Art. 63a erfüllen.*

² Das Bundesamt kann Einreiseverbote gegenüber Ausländerinnen und Ausländern verfügen, die:

- a. gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden;*
- b. Sozialhilfekosten verursacht haben;*
- c. in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft (Art. 75–78) genommen worden sind.*

²⁵⁴ **SR 812.121**

²⁵⁵ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (**SR 0.142.112.681**).

²⁵⁶ **AS 2003 2685; SR 0.632.31.**

³ Das Einreiseverbot wird für eine Dauer von höchstens fünf Jahren verfügt. Es kann für eine längere Dauer verfügt werden, wenn die betroffene Person eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt.

^{3bis} *Das Einreiseverbot nach Absatz 1 Buchstabe c wird für eine Dauer von 5 bis 15 Jahren verfügt. Im Wiederholungsfall beträgt die Dauer des Einreiseverbots 20 Jahre.*

⁴ Das Bundesamt für Polizei (fedpol) kann zur Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz gegenüber Ausländerinnen und Ausländern ein Einreiseverbot verfügen; es hört den Nachrichtendienst des Bundes (NDB) vorgängig an. Das fedpol kann Einreiseverbote für eine Dauer von mehr als fünf Jahren und in schwerwiegenden Fällen unbefristet verfügen.

⁵ Die verfügende Behörde kann aus humanitären oder anderen wichtigen Gründen von der Verhängung eines Einreiseverbots absehen oder ein Einreiseverbot vollständig oder vorübergehend aufheben.

⁶ *Das Einreiseverbot nach Absatz 1 Buchstabe c kann aus wichtigen humanitären oder prozessualen Gründen vorübergehend aufgehoben werden.*

⁷ *Das Einreiseverbot wird nicht verfügt oder aufgehoben, wenn ein Ausschlussgrund nach Artikel 63b besteht.*

11. Kapitel: Vorläufige Aufnahme

Art. 83 Anordnung der vorläufigen Aufnahme

¹ Ist der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar, so verfügt das BFM die vorläufige Aufnahme.

² Der Vollzug ist nicht möglich, wenn die Ausländerin oder der Ausländer weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann.

³ Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen.

⁴ Der Vollzug kann für Ausländerinnen oder Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind.

⁵ ...²⁵⁷

⁶ Die vorläufige Aufnahme kann von kantonalen Behörden beantragt werden.

⁷ Die vorläufige Aufnahme nach den Absätzen 2 und 4 wird nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person:

- a. zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Artikel 64 oder 61 des Strafgesetzbuches²⁵⁸ angeordnet wurde;
- b. erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet; oder

²⁵⁷ Aufgehoben durch Ziff. IV 2 des BG vom 16. Dez. 2005, mit Wirkung seit 1. Jan. 2008 (AS 2006 4745, 2007 5573; BBl 2002 3709).

²⁵⁸ SR 311.0

- c. die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verursacht hat.

^{7bis} *Betrifft die Wegweisung Ausländerinnen oder Ausländer, die die Voraussetzungen von Artikel 63a für einen zwingenden Widerruf einer Bewilligung erfüllen, verfügt das BFM eine vorläufige Aufnahme, wenn:*

- a. *Gründe für ein Verbot der Rückschiebung vorliegen und der Vollzug deshalb unzulässig ist;*
- b. *aus Gründen, welche die verurteilte Person nicht beeinflussen kann, der Vollzug unmöglich ist;*
- c. *der Vollzug infolge Krieg, Bürgerkrieg oder allgemeiner Gewalt, einer medizinischen Notlage oder schwerwiegender persönlicher Gründe unzumutbar oder unzulässig ist.*

⁸ Flüchtlinge, bei denen Asylausschlussgründe nach Artikel 53 und 54 AsylG²⁵⁹ vorliegen, werden vorläufig aufgenommen.

Asylgesetz (Änderungen kursiv)

2. Kapitel: Asylsuchende

3. Abschnitt: Das erstinstanzliche Verfahren

Art. 37 Erstinstanzliche Verfahrensfristen

¹⁻³ [...]

⁴ Das Bundesamt entscheidet mit besonderer Beförderlichkeit, wenn die asylsuchende Person in Auslieferungshaft ist oder wenn sie in der Schweiz straffällig geworden ist.

3. Kapitel: Asylgewährung und Rechtsstellung der Flüchtlinge

1. Abschnitt: Asylgewährung

Art. 53 Asylunwürdigkeit

Flüchtlingen wird kein Asyl gewährt, wenn sie:

- a. sie wegen verwerflicher Handlungen dessen unwürdig sind;
- b. sie die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz verletzt haben oder gefährden;
- c. *die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen nach Artikel 63a des Ausländergesetzes²⁶⁰ erfüllen.*

4. Abschnitt: Beendigung des Asyls

Art. 64 Erlöschen

¹ Das Asyl in der Schweiz erlischt, wenn:

- a.–c. [...]
- d. *die Ausweisung vollzogen worden ist;*

²⁵⁹ SR 142.31

²⁶⁰ SR 142.20

- e. die Voraussetzungen für einen zwingenden Widerruf von Bewilligungen nach Artikel 63a des Ausländergesetzes²⁶¹ erfüllt sind.

8. Kapitel: Rechtsschutz

2. Abschnitt: Beschwerdeverfahren auf Bundesebene

Art. 109 Behandlungsfrist

¹⁻⁴ [...]

⁵ Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet mit besonderer Beförderlichkeit, wenn die asylsuchende Person in Auslieferungshaft ist *oder wenn sie in der Schweiz straffällig geworden ist*.

Strafgesetzbuch (neu)

Zweites Buch: Besondere Bestimmungen

Zweiter Titel: Strafbare Handlungen gegen das Vermögen

Art. 151^{bis} Missbräuchlicher Bezug von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe

¹ Wer jemanden durch unwahre oder unvollständige Angaben, durch Verschweigen von Tatsachen oder in anderer Weise irreführt oder in einem Irrtum bestärkt, so dass er oder ein anderer unrechtmässig Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe bezieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

² In leichten Fällen ist die Strafe Busse.

Verwendete Literatur

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003
- BAUMANN ROBERT, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBI 2010, S. 241 ff.
- BESSON SAMANTHA, Les effets et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Le cas de la Suisse, in: Breitenmoser / Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 125 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007
- CARONI MARTINA / GÄCHTER THOMAS / THURNHERR DANIELA (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010
- EHRENZELLER BERNHARD / MASTRONARDI PHILIPPE / SCHWEIZER RAINER J. / VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, 2. Auflage, Zürich 2008
- EPINEY ASTRID, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBI 1994, S. 537 ff.
- FINGERHUTH THOMAS / TSCHURR CHRISTOF (Hrsg.), Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007
- FORSTER MARC, Lebenslange Verwahrung: zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123a BV, AJP 2004, S. 418 ff.
- FORMOSER PETER / VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 4. Auflage, Bern 2008
- FROWEIN JOCHEN ABRAHAM / PEUKERT WOLFGANG, EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl 2009
- GÄCHTER THOMAS / KRADOLFER MATTHIAS, Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, ASYL 1/08, S. 12 ff.
- HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008
- HANGARTNER YVO, Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), AJP 2011, S. 471 ff.
- KELLER HELEN, Rezeption des Völkerrechts, Berlin 2003
- KIENER REGINA / KRÜSI MELANIE, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBI 2009, S. 237 ff.
- ILLES RUEDI / SCHREPFFER NINA / SCHERTENLEIB JÜRGE, Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren (hrsg. von der Schweiz. Flüchtlingshilfe SFH), Bern 2009
- JAAG TOBIAS / PRIULI VALERIO, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, Jusletter vom 8. November 2010
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 3. Auflage, Bern 2010

- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / HEER MARIANNE / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1–110 StGB, Basel 2003
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Auflage, Basel 2007
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 111–392 StGB, 2. Auflage, Basel 2007
- NOWAK MANFRED, CCPR Commentary, 2. Auflage, Kehl 2005.
- PETERS ANNE / PAGOTTO ISABELLA, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz, ius.full 2/2004, S. 54 ff.
- REICH JOHANNES, Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?. Zur Frage der Gültigkeit der eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» im Lichte von Art. 139 Abs. 2 BV, ZSR 127 (2008) I S. 499 ff.
- RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Basel 2009
- RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Basel 2009
- SCHEIDEGGER ADRIAN, La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et ses implications pratiques, in: Breitenmoser / Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 295 ff.
- SCHÜRMANN FRANK, Der Begriff der Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, Basel 1986
- SEILER HANSJÖRG, Praktische Rechtsanwendung. Was leistet die juristische Methodenlehre?, Bern 2009
- SPESCHA MARC / KERLAND ANTONIA / BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010
- SPESCHA MARC / THÜR HANSPETER / ZÜND ANDREAS / BOLZLI PETER, Kommentar zum Migrationsrecht, 2. Auflage, Zürich 2009
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Auflage, Bern 2006
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Bern 2007
- TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009
- TSCHANNEN PIERRE, Verfassungsauslegung, in: Thürer / Aubert / Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 149 ff.
- UNICEF, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 3. Auflage, Genf 2007.
- ZÜND ANDREAS, Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen, ZBJV 1993, S. 73 ff.

Rapport

**du groupe de travail
pour la mise en œuvre
des nouvelles dispositions constitutionnelles
sur l'expulsion des étrangers criminels**

**à l'intention du
Département fédéral de justice et police**

Berne, le 21 juin 2011

Table des matières

Préface.....	8
1. Introduction.....	12
1.1 Genèse de l'« initiative sur le renvoi ».....	12
1.2 Constitution et mandat du groupe de travail.....	14
1.3 Composition et fonctionnement du groupe de travail	16
2. Principes d'interprétation des (nouvelles) normes constitutionnelles	18
2.1 Méthode et particularités de l'interprétation constitutionnelle.....	18
2.1.1 Principe de la validité des règles générales d'interprétation.....	18
2.1.2 Les différents éléments de l'interprétation	18
2.1.3 Caractère général et principe de l'égalité des normes constitutionnelles, éléments d'interprétation spécifiques du droit constitutionnel.....	19
2.2 Portée du principe de proportionnalité.....	20
2.3 Compatibilité de normes constitutionnelles avec le droit international	22
2.3.1 Primauté des normes impératives du droit international.....	22
2.3.2 Contradiction avec des normes non impératives du droit international	22
3. Interprétation de l'art. 121 Cst.	24
3.1 Aperçu de l'organisation et de la structure de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.	24
3.2 Interprétation des conséquences juridiques.....	25
3.2.1 Privation du titre de séjour et de tous les droits à séjourner en Suisse	25
3.2.2 Expulsion et renvoi de Suisse.....	26
3.2.2.1 Terminologie et théorie des trois niveaux.....	26
3.2.2.2 Portée de « l'expulsion automatique » et prise en compte des obstacles à l'exécution relevant du droit international public.....	27
3.2.3 Statut de séjour en cas de report temporaire de l'exécution du renvoi	28
3.2.4 Interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans ; en cas de récidive, interdiction d'entrer sur le territoire fixée à 20 ans.....	29
3.2.5 Sanctions encourues en cas de violation de l'interdiction d'entrée.....	29
3.3 Interprétation des faits constitutifs des infractions et des mandats législatifs.....	30
3.3.1 Lignes directrices pour l'élaboration de la législation d'exécution	30
3.3.2 Infractions entraînant l'expulsion	31
3.3.2.1 Regroupement des infractions.....	31
3.3.2.2 Description précise des infractions et infractions complémentaires	31
3.3.2.3 Condamnations à l'étranger et prise en compte de toutes les formes de culpabilité et de participation à un délit ainsi que des tentatives de délit	32

3.3.3	L'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale en tant que motif d'expulsion.....	33
3.3.3.1	Prestations des assurances sociales.....	33
3.3.3.2	Prestations de l'aide sociale	33
3.3.3.3	La notion de l'abus.....	33
3.3.4	Compétence législative générale d'établir d'autres faits constitutifs d'infractions entraînant l'expulsion.....	34
3.4	Interprétation à la lumière du droit international public.....	34
3.4.1	Position du Conseil fédéral	34
3.4.2	Idées directrices de la CEDH et du Pacte II de l'ONU	35
3.4.2.1	Garanties procédurales	35
3.4.2.2	Garanties matérielles.....	35
3.4.3	Garanties conférées par la Convention relative aux droits de l'enfant	38
3.4.4	Exigences découlant de l'ALCP et de la Convention AELE.....	38
3.4.5	Conclusion : examen au cas par cas et prise en compte du principe de la proportionnalité.....	41
3.5	Conséquences d'une mise en œuvre contraire au droit international	42
3.5.1	Accord sur la libre circulation des personnes	42
3.5.2	Convention européenne des droits de l'homme	42
3.5.3	Pacte II de l'ONU et Convention relative aux droits de l'enfant	44
4.	Point de vue des représentants du comité d'initiative concernant l'interprétation de normes constitutionnelles.....	44
4.1	Remarques générales	44
4.2	Compléments des représentants du comité d'initiative concernant la relation entre droit international et droit interne	46
4.2.1	Primauté des nouvelles normes constitutionnelles sur des règles non impératives du droit international	46
4.2.2	Conclusion : le droit constitutionnel prime les règles non impératives du droit international	48
5.	Dans quel acte intégrer les dispositions d'exécution ?.....	49
5.1	Cadre constitutionnel et nature juridique des mesures d'éloignement	49
5.2	Avantages et inconvénients respectifs d'une mise en œuvre dans le droit pénal ou dans la législation sur les étrangers	50
5.3	Conclusion.....	52
6.	Conditions de l'expulsion	52
6.1	Introduction : quatre variantes de mise en œuvre	52
6.2	Éléments de référence	53
6.2.1	Prescriptions constitutionnelles.....	53
6.2.1.1	Art. 121, al. 3 et 4, Cst.	53
6.2.1.2	Principe de proportionnalité	53
6.2.2	Conclusions	54
6.2.2.1	Formes de criminalité visées	54
6.2.2.2	Gravité des infractions	55
6.3	Infractions graves	56

6.3.1	Meurtre.....	56
6.3.2	Viol ou autres délits sexuels grave	56
6.3.3	Actes de violence d'une autre nature tels que le brigandage	57
6.3.4	Prise en compte par les différentes variantes de la gravité des infractions en cas de meurtre, de délit sexuel et d'acte de violence.....	60
6.3.5	Traite d'êtres humains	60
6.3.6	Compléter la liste avec d'autres infractions graves ?.....	60
6.3.7	Mise en œuvre selon les différentes variantes	61
6.4	Autres infractions.....	62
6.4.1	Trafic de drogue.....	62
6.4.2	Effraction.....	63
6.4.3	Autres infractions possibles selon la proposition des représentants du comité d'initiative.....	64
6.5	Problématique des chauffards.....	64
6.5.1	Efforts visant à empêcher et à sanctionner les infractions commises par des chauffards	64
6.5.2	Définition du « chauffard »	65
6.5.3	Le comportement de chauffard sous l'angle du droit	66
6.5.4	Inscription des infractions commises par des chauffards dans les listes d'infractions pour la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi	66
6.5.4.1	Selon le droit en vigueur	66
6.5.4.2	Selon les modifications prévues de la loi	67
6.5.5	Possibilités d'extension des listes d'infractions dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6 Cst.	68
6.5.6	Conclusion	68
6.6	Nouvelle infraction d'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales.....	69
6.6.1	Prescriptions selon l'art. 121, al. 3, let. b, Cst.....	69
6.6.2	Proposition des représentants du comité d'initiative (variante 1).....	69
6.6.3	Proposition de la majorité du groupe de travail (variantes 2 à 4).....	69
6.6.3.1	Rattachement de la réglementation et note marginale	69
6.6.3.2	Rapport aux faits constitutifs de l'escroquerie	70
6.6.3.3	Faits constitutifs objectifs.....	70
6.6.3.4	Éléments subjectifs de l'infraction.....	71
6.6.3.5	Peine encourue.....	71
6.6.3.6	Rapport aux actuelles infractions d'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales.....	72
6.7	Peine minimale	72
6.7.1	Introduction	72
6.7.2	Conditions d'une peine légère	72
6.7.3	Conditions minimales possibles pour une expulsion	74
6.7.4	Proposition du groupe de travail	75
6.8	Explications relatives à d'autres conditions et notions	76
6.8.1	Condamnation (exécutoire).....	76
6.8.2	Types de peine et d'exécution, formes d'infraction et de participation.....	76
6.8.3	Lieu et moment de commission de l'acte.....	77

6.8.4	Notion d'expulsion.....	77
6.9	Explications relatives aux diverses variantes des listes d'infractions	78
6.9.1	Variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)	78
6.9.1.1	Liste des infractions au sens étroit	78
6.9.1.2	Peine minimale	79
6.9.1.3	Appréciation.....	79
6.9.2	Variante 2 (proposition de la majorité du groupe de travail)	79
6.9.2.2	Peine minimale	80
6.9.2.3	Expulsion facultative	80
6.9.2.4	Appréciation.....	81
6.9.3	Variante 3 (autre proposition du groupe de travail).....	81
6.9.3.1	Liste d'infractions au sens étroit	81
6.9.3.2	Peine minimale	82
6.9.3.3	Expulsion facultative	82
6.9.3.4	Appréciation.....	82
6.9.4	Variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers).....	83
6.9.4.1	Révocation obligatoire des autorisations	83
6.9.4.2	Interdiction d'entrée obligatoire.....	83
6.9.4.3	Appréciation.....	83

7.	Questions liées à l'exécution, modifications du droit en vigueur et données statistiques	84
7.1	Introduction.....	84
7.2	Tâches du tribunal pénal	84
7.2.1	Pouvoir d'examen	84
7.2.2	Voies de recours de droit pénal	85
7.2.3	Procédure de l'ordonnance pénale	85
7.3	Début et durée de l'expulsion ; rapport avec la sanction principale	87
7.3.1	Introduction	87
7.3.2	Priorité des diverses sanctions	88
7.3.3	Garantie d'exécution de l'expulsion et des sanctions précédentes	89
7.3.3.1	Introduction	89
7.3.3.2	Mesures existantes pour garantir l'exécution de sanctions précédentes.....	90
7.3.3.3	Mesures existantes pour garantir l'exécution de l'expulsion.....	90
7.3.3.4	Besoin de réglementation	91
7.3.4	Début, durée et fin de l'expulsion.....	91
7.3.4.1	Début	91
7.3.4.2	Durée	91
7.3.4.3	Fin de l'expulsion	92
7.4	Interruption et annulation de l'expulsion	93
7.4.1	Conséquences du caractère de mesure de l'expulsion	93
7.4.2	Interruption par l'autorité d'exécution.....	93
7.4.3	Annulation par le juge	94
7.5	Procédure d'exécution.....	94
7.5.1	Compétences cantonales dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures.....	94

7.5.2	Autorité cantonale compétente en matière d'exécution et forme d'intervention requise.....	95
7.5.3	Motifs de report de l'expulsion judiciaire	95
7.6	Procédure de recours	97
7.6.1	Exigences constitutionnelles en matière de protection juridique	97
7.6.2	Le tribunal cantonal supérieur comme dernière instance de recours	97
7.6.3	Délais de recours et de traitement	98
7.6.4	Motifs de recours et autres dispositions procédurales	99
7.7	Dispositions d'exécution de la variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)	99
7.8	Dispositions d'exécution de la variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers).....	100
7.8.1	Adaptation du droit des étrangers	100
7.8.2	Adaptation du droit d'asile	101
7.9	Renvois à des modifications d'autres lois fédérales	101
7.9.1	Incidences sur les lois pénales et les codes de procédure	101
7.9.2	Incidences sur la loi fédérale sur les étrangers (LEtr).....	102
7.9.2.1	Relation entre mesures de droit des étrangers et expulsion.....	102
7.9.2.2	Effets de l'expulsion	103
7.9.2.3	Extinction des autorisations et de l'admission provisoire.....	103
7.9.2.4	Renvoi.....	103
7.9.2.5	Interdiction d'entrée	103
7.9.2.6	Admission provisoire en cas d'obstacles à l'exécution du renvoi	104
7.9.3	Incidences sur la loi sur l'asile (LAsi)	104
7.9.3.1	Expulsion en cas de procédure d'asile en cours	104
7.9.3.2	Procédure d'asile ouverte lors de l'exécution de l'expulsion du territoire suisse.....	104
7.9.3.3	Extinction de l'asile	105
7.9.3.4	Expulsion de réfugiés reconnus.....	105
7.9.4	Dispositions finales	105
7.10	Indications statistiques	107
7.10.1	Relevés de l'Office fédéral de la statistique concernant les différentes variantes.....	107
7.10.1.1	Variante 1	107
7.10.1.2	Variante 2 (et 4)	107
7.10.1.3	Variante 3	108
7.10.2	Remarques générales.....	108
7.10.3	Remarques concernant les différentes variantes.....	109
7.10.3.1	Variante 1	109
7.10.3.2	Variantes 2 et 3.....	109
7.10.3.3	Variante 4	110
7.10.4	Chiffres comparatifs	110
7.10.5	Peines de moins de six mois	111

8.	Conformité au droit international des listes d'infractions et des propositions de réglementation de l'exécution	113
-----------	--	------------

8.1	Variante 1	113
8.2	Variante 2	114
8.3	Variantes 3 et 4	114
9.	Appréciation globale	115
9.1	Appréciation de la situation initiale sur le plan du droit constitutionnel et du droit international	115
9.2	9.2 Quatre variantes : différences et effets.....	119
9.3	Conclusions et recommandation	125
	Annexe : propositions de formulation	126
	Variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)	126
	Variante 2 (proposition de la majorité du groupe de travail)	128
	Variante 3 (autre proposition du groupe de travail)	131
13.4	Variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers)	134
	Bibliographie.....	139

Préface

L'État de droit, le fédéralisme et l'État social, ainsi que la forme typiquement suisse de participation démocratique, sont autant d'éléments qui caractérisent la Confédération suisse en tant que collectivité politique. Ces principes structurels, qui sont aussi évoqués dans le but de l'État et sur lesquels se fondent la Constitution, sont d'importance équivalente ; ils se complètent l'un l'autre et se réfèrent l'un à l'autre. Les rapports entre ces principes structurant peuvent toutefois aussi être la source de tensions. Le quotidien constitutionnel connaît de fréquents conflits de buts. On le voit particulièrement avec les initiatives populaires acceptées par le constituant (le peuple et les cantons) alors qu'elles sont difficilement compatibles avec des principes de l'État de droit, avec les droits fondamentaux ou avec des accords internationaux.

La résolution de ces conflits de buts est d'abord l'affaire du législateur, mais elle concerne aussi les autres organes de l'État qui, à l'heure de prendre une décision concrète, doivent trouver une voie médiane entre tous les avis en présence et faire un choix. Ce choix ne peut consister à accorder au principe démocratique, traditionnellement tenu en haute estime en Suisse, la priorité absolue sur tous les autres principes. La démocratie directe doit, elle aussi, s'inscrire dans le cadre de l'État de droit, faute de quoi elle n'est plus qu'une forme de gouvernement qui menace les libertés et exclut les minorités. Cette considération reste valable même si, en Suisse, seules les normes impératives du droit international peuvent être opposées à la volonté du constituant, mais pas le reste du droit international, ni même le droit constitutionnel existant.

Pour surmonter ces divergences et résoudre ces contradictions – en tant que système rationnel, l'ordre juridique devrait être fiable, prévisible et exempt de contradictions – la doctrine et la pratique ont développé différents outils (interprétation conforme au droit international, renégociation ou dénonciation de traités en cas de violations d'obligations du droit international, interprétation constitutionnelle harmonisante, primauté du droit le plus récent ou le plus spécialisé, etc.). En appliquant ces principes éprouvés, les autorités fédérales se sont toujours efforcées d'interpréter les dispositions problématiques de manière aussi conforme que possible au droit international, de lever les contradictions en respectant les prescriptions du droit constitutionnel et de ne rogner les buts visés par les auteurs d'une initiative que pour des raisons juridiques impératives.

L'initiative populaire dont il est question ici, pour le renvoi des étrangers criminels, en est une excellente illustration. Le Conseil fédéral et le Parlement ont considéré que cette initiative était contraire, sur plusieurs points, au droit international et qu'elle contrevenait à des principes fondamentaux de la Constitution fédérale (en particulier le principe de la proportionnalité), à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), au Pacte II de l'ONU, à la Convention relative aux droits de l'enfant et à l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). Le peuple et les cantons ont cependant accepté l'initiative, l'érigeant ainsi au rang de droit constitutionnel. Le groupe de travail institué par le Département fédéral de justice et police (DFJP) pour examiner la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions s'est ainsi trouvé face à une mission difficile.

Le mandat du groupe de travail était d'élaborer des propositions pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles et de montrer les conséquences juridiques de ces propositions. Les représentants du comité d'initiative ont présenté, dès la première séance, une proposition de mise en œuvre approuvée par la direction de l'Union démocratique du centre (UDC), proposition qu'ils ont maintenue jusqu'au terme des réunions.

La majorité du groupe de travail estime cependant que ce projet n'est pas de nature à résoudre les conflits et les contradictions évoqués ici, qu'il contrevient à des principes constitutionnels fondamentaux et à des accords internationaux, et qu'il est aussi en contradiction avec les conceptions développées par la doctrine et la pratique. Le groupe de travail a dès lors élaboré d'autres propositions, dont le législateur pourra s'inspirer pour une mise en œuvre au niveau de la loi qui soit conforme au droit.

Bâle, juin 2011

Heinrich Koller

Condensé

L'acceptation de l'initiative sur le renvoi par le peuple et les cantons en votation populaire, le 28 novembre 2010, a entraîné l'intégration, dans le droit constitutionnel en vigueur, des al. 3 à 6 de l'art. 121 Cst. ainsi que du ch. 8 de l'art. 197 Cst. Partant, les étrangers condamnés pour avoir commis certaines infractions ou ayant perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale sont privés de tous leurs droits à séjourner en Suisse et doivent être expulsés. Les personnes concernées doivent en outre être frappées d'une interdiction d'entrer sur le territoire. Le législateur est tenu d'édicter les lois d'exécution nécessaires dans un délai de cinq ans. Aussi le groupe de travail institué le 22 décembre 2010 par la cheffe du Département fédéral de justice et police soumet-il, dans le présent rapport, les propositions qu'il a élaborées, en exposant leurs conséquences juridiques. Dirigé par le professeur Heinrich Koller, le groupe de travail réunissait également deux représentants du comité d'initiative, deux représentants des cantons, ainsi que deux représentants de l'administration.

Après l'introduction qui porte sur la chronologie de l'initiative sur le renvoi, au premier chapitre, les chapitres 2 et 3 traitent de l'interprétation de l'art. 121 Cst. Une disposition constitutionnelle doit en principe être interprétée selon la même méthode que le droit contenu dans des lois et des ordonnances. Sont ainsi déterminants l'énoncé, la systématique, le but et la genèse d'une telle norme juridique. De plus, la Constitution doit être interprétée de manière conforme au droit international et dans l'optique d'une harmonie de l'ordre juridique. Le principe de la proportionnalité requiert dans chaque cas une pondération des intérêts privés et des intérêts publics concernés, en dépit de « l'expulsion automatique » prévue par le droit constitutionnel. Il en va de même des règles (non impératives) de droit international public figurant dans l'Accord sur la libre circulation des personnes, la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte II de l'ONU et la Convention relative aux droits de l'enfant. Ces obligations de droit international contiennent qui plus est des prescriptions matérielles concernant l'examen de chaque cas. Le chapitre 3 se termine par des explications sur les conséquences qu'entraînerait une mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi contrevenant au droit international public.

Sur des points essentiels, les représentants du comité d'initiative ne parviennent pas à se rallier à l'avis de la majorité des membres du groupe de travail, notamment s'agissant de l'interprétation constitutionnelle et des rapports entre l'art. 121 Cst. et le droit international public ; ils s'en expliquent dans le chapitre 4. Les représentants du comité d'initiative contestent, par ailleurs, qu'il y ait contradiction de normes entre les nouvelles dispositions constitutionnelles et les traités internationaux mentionnés. Ils estiment que, même en admettant qu'une telle contradiction existe, les nouvelles dispositions du droit constitutionnel, plus récentes, priment les règles non impératives du droit international ; selon eux, cette primauté s'impose donc également pour la législation d'exécution.

La législation d'exécution peut s'inscrire dans le code pénal (expulsion judiciaire) aussi bien que dans la loi sur les étrangers (renvoi relevant du droit des étrangers). Le chapitre 5 met en lumière les avantages et les inconvénients de l'une et l'autre de ces solutions. La majorité du groupe de travail marque une préférence pour une mise en œuvre dans le code pénal.

Le chapitre 6 aborde les conditions de l'expulsion judiciaire, dont l'élément-clé est la liste des infractions, qui énumère les faits constitutifs devant entraîner le renvoi ou l'expulsion des délinquants étrangers. La liste des infractions doit également inclure, comme nouvel énoncé de fait légal, l'abus de prestations sociales. En ce qui concerne les conditions de l'expulsion judiciaire, le groupe de travail a élaboré quatre variantes, jointes en annexe,

comprenant des propositions de formulation des dispositions législatives. La variante 1 est proposée par les représentants du comité d'initiative ; la majorité du groupe de travail a élaboré les variantes 2 à 4. Les variantes 1 à 3 prévoient une mise en œuvre au niveau du code pénal ; la variante 4 comporte la même liste d'infractions que la variante 2, mais prévoit une mise en œuvre dans la loi fédérale sur les étrangers. Les variantes 2 à 4 imposent une peine minimale comme condition à l'expulsion. Dans la variante 1, par contre, l'expulsion est indépendante de l'importance de la peine prononcée.

Les quatre variantes se distinguent non seulement par les conditions de l'expulsion, mais également par leur réglementation d'exécution. Le chapitre 7 fournit pour chaque variante des réponses aux différents éléments de la question suivante : quelle autorité (autorité compétente en matière d'étrangers, autorité pénale, autorité judiciaire) rend quelle décision dans quelle procédure (procédure administrative, procédure judiciaire, procédure de l'ordonnance pénale) ? Chacune des variantes distingue la procédure de décision de la procédure d'exécution, contient des prescriptions visant à accélérer la procédure et prévoit des moyens de droit limités. Les principales différences concernent la compétence des autorités, notamment pour ce qui est de l'examen d'éventuels obstacles (liés au droit international) à l'exécution du renvoi. D'autres questions relatives à l'exécution concernent la fixation du début et de la durée de l'expulsion et la possibilité de la révoquer ou, pour le moins, de la suspendre. Le chapitre 7 se termine par des renvois aux modifications d'autres lois fédérales et par des données statistiques qui, en dépit de quelques imprécisions, apportent de premières indications sur le « degré d'efficacité » de chacune des quatre variantes.

Les chapitres 8 et 9 analysent la conformité des quatre variantes avec le droit international public et leur concordance avec la volonté du législateur. Tandis que la variante 1 met fidèlement en œuvre les intentions du constituant dans une approche très littérale, mais s'accommode de certaines violations du droit international public, les variantes 2 à 4 sont compatibles avec les obligations de la Suisse en matière de droit international, mais ne tiennent pas compte à tous les égards de la volonté du constituant. Enfin, le chapitre 9 compare les quatre variantes en les soumettant à une évaluation critique et esquisse les répercussions possibles de leur mise en œuvre sur la charge de travail des autorités ainsi que les conséquences qui y sont liées sur le plan des finances et du personnel.

1. Introduction

1.1 Genèse de l'« initiative sur le renvoi »

Le 19 juin 2007, une liste pour la récolte de signatures a été présentée à l'appui de l'initiative populaire fédérale « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) ». La Chancellerie fédérale a procédé à l'examen préliminaire de cette liste le 26 juin 2007¹. Le comité a déposé l'initiative munie des signatures requises le 15 février 2008. Par décision du 7 mars 2008², la Chancellerie a constaté l'aboutissement de l'initiative, qui a recueilli 210 919 signatures valables.

« L'initiative vise à ce que les étrangers qui ont été condamnés pour certaines infractions ou qui ont perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale soient privés des tous leurs droits à séjourner en Suisse et soient expulsés. Par ailleurs, les personnes concernées doivent être frappées d'une interdiction d'entrer sur le territoire et punies si elles contreviennent à l'interdiction d'entrée et entrent illégalement en Suisse. La marge d'appréciation des autorités pour ordonner de telles mesures doit disparaître.³ ».

Le texte de l'initiative figure à la page suivante.

Dans son message du 24 juin 2009 aux Chambres fédérales, le Conseil fédéral a proposé de soumettre l'initiative sur le renvoi au peuple et aux cantons en leur recommandant de la rejeter. Parallèlement, il a soumis un *contre-projet indirect*⁴ au Parlement. Ce contre-projet prévoyait des modifications de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)⁵, qui visaient la révocation systématique des autorisations délivrées en vertu du droit des étrangers en cas d'infractions pénales graves. Ce faisant, le respect du principe constitutionnel de la proportionnalité et des dispositions du droit international public devait être garanti⁶.

La Commission des institutions politiques du Conseil des États (CIP-E) a opté pour un *contre-projet direct*, qui a reçu l'aval des deux chambres et a été complété par un projet d'article constitutionnel sur l'intégration⁷. Le 18 juin 2010, l'Assemblée fédérale a déclaré l'initiative valable et décidé de la soumettre au peuple et aux cantons en lui opposant le contre-projet direct⁸. Le contre-projet direct prévoyait d'inscrire dans la Constitution fédérale (Cst.)⁹ un art. 121b, lequel disposait à l'al. 3 que la décision relative au retrait du droit de séjour, à l'expulsion ou au renvoi devait être prise dans le respect des droits fondamentaux et des principes de base de la Constitution¹⁰.

¹ FF 2007 4725.

² FF 2008 1745.

³ Message du Conseil fédéral 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. 3.

⁴ FF 2009 4571.

⁵ Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20).

⁶ Cf. FF 2009 4571, ch. 5 (Grandes lignes du contre-projet indirect) et FF 2009 4601 (propositions de modification).

⁷ Cf. synthèse de la procédure parlementaire : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20090060 (sous « Synthèse message / rapport et délibérations »)

⁸ Arrêté fédéral du 18.10.2010, FF 2010 3853.

⁹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

¹⁰ Cf. FF 2010 3855 et, sur la même page, le texte de l'art. 121a Cst. (Intégration).

Lors de la votation populaire du 28 novembre 2010, l'*initiative sur le renvoi* a été acceptée par le peuple, par 1 397 923 voix pour et 1 243 942 voix contre, ainsi que par les cantons, par 17½ oui contre 5½ non. Le contre-projet direct a quant à lui été rejeté par le peuple, par 1 407 830 voix contre et 1 189 269 voix pour, et par tous les cantons¹¹.

L'art. 121 Cst. de la section 9 « Séjour et établissement des étrangers » a désormais la teneur ci-après (les modifications faisant suite à l'acceptation de l'initiative sur le renvoi figurent en italique)¹² :

Art. 121

¹ La législation sur l'entrée en Suisse, la sortie, le séjour et l'établissement des étrangers et sur l'octroi de l'asile relève de la compétence de la Confédération.

² Les étrangers qui menacent la sécurité du pays peuvent être expulsés de Suisse.

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.*

Les dispositions transitoires de la Constitution sont modifiées comme suit¹³ :

Art. 197, ch. 8

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.

¹¹ Arrêté du Conseil fédéral du 17 mars 2011 constatant le résultat de la votation populaire du 28 novembre 2010, FF 2011 2593. Pour davantage de renseignements, voir également la page thématique du Conseil fédéral sur l'initiative sur le renvoi : <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/abstimmungen/2010-11-28.html>

¹² RO 2011 1199.

¹³ RO 2011 1200.

1.2 Constitution et mandat du groupe de travail

Par décision du 22 décembre 2010, la cheffe du Département fédéral de justice et police a décidé de constituer un groupe de travail composé de spécialistes internes et externes à l'administration fédérale pour étudier la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion et le renvoi des étrangers criminels. La décision instituant ce groupe de travail a la teneur suivante :

Berne, le 22 décembre 2010

Décision instituant le groupe de travail pour la mise en œuvre du nouvel article constitutionnel sur l'expulsion et le renvoi des étrangers criminels.

1. Mandant et teneur du mandat

Le Département fédéral de justice et police (DFJP) est chargé de soumettre au Conseil fédéral un projet de loi pour la mise en œuvre de l'initiative populaire « Pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi) », acceptée par le peuple et les cantons le 28 novembre 2010.

La cheffe du DFJP institue un groupe de travail. Celui-ci a pour mission de présenter un rapport contenant des propositions pour concrétiser dans la loi les nouvelles dispositions constitutionnelles (art. 121, al. 3 à 6, et art. 197, ch. 8, Cst.) et passant en revue les effets juridiques des différentes propositions.

Le groupe de travail s'attachera plus particulièrement à :

- a) définir les autres délits sexuels graves et les actes de violence qui entraîneront la révocation du droit de séjour (art. 121, al. 3, let. a, Cst. en relation avec l'art. 197, ch. 8, Cst.) ;
- b) préciser les faits constitutifs des infractions qui entraîneront la révocation du droit de séjour et examiner la nécessité de compléter éventuellement la liste des infractions (art. 121, al. 3, let. a, et 4, Cst. en relation avec l'art. 197, ch. 8, Cst.) ;
- c) définir la notion de « perception abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale » au sens de l'art. 121, al. 3, let. b, Cst. et, plus particulièrement, déterminer si une infraction doit avoir été commise pour que le droit de séjour soit révoqué ;
- d) définir la marche à suivre dans les cas de peu de gravité (art. 121, al. 3, let. a, et 4, Cst. en relation avec l'art. 197, ch. 8, Cst.) ;
- e) adapter, au besoin, les dispositions de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) concernant l'extinction et la révocation des autorisations (art. 61 ss LEtr), les mesures d'éloignement (art. 64 ss LEtr) et la sanction punissant le non-respect d'une interdiction d'entrée (art. 115, LEtr) au sens de l'art. 121, al. 5 et 6, Cst.
- f) déterminer l'autorité compétente pour décider de la révocation du droit de séjour (autorités pénales ou autorités compétentes en matière de migration) ;
- g) déterminer le statut juridique des personnes visées par les nouvelles réglementations en cas d'obstacles à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion (principalement respect du principe de non-refoulement, identité inconnue, absence de documents de voyage, retour dans le pays de provenance possible uniquement en cas de départ volontaire) ;
- h) examiner la relation des nouvelles réglementations avec les autres dispositions constitutionnelles pertinentes (par ex. art. 5, al. 2, Cst., principe de la proportionnalité ; art. 14 Cst., droit au mariage et à la famille) ;

- i) examiner la relation des nouvelles réglementations avec les règles non impératives du droit international, par ex. Pacte II de l'ONU, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), Convention relative aux droits de l'enfant, Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP).

2. Lignes directrices

- 2.1 Le groupe de travail analyse les questions énumérées au chiffre 1, élabore des propositions pour concrétiser dans la loi les nouvelles dispositions constitutionnelles et met en lumière les effets juridiques de chacune de ces propositions.
- 2.2. Il recherche des solutions consensuelles, sans passer par des votes en cas de divergences. Dans son rapport, il présente les éventuelles divergences de vues et les raisons pour lesquelles il n'a pas été possible d'aboutir à un consensus.

3. Composition

- 3.1 Présidence : professeur Heinrich Koller
- 3.2 Membres :
 - 2 représentants du comité d'initiative
 - 1 représentant de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP)
 - 1 représentant de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS)
 - 1 représentant de l'Office fédéral de la justice (OFJ)
 - 1 représentant de l'Office fédéral des migrations (ODM)

4. Organisation

- 4.1 Le président établit le calendrier pour la rédaction du rapport et veille à la remise du rapport au département dans les délais impartis. Il informe régulièrement la cheffe du département de l'avancement des travaux et lui soumet, au besoin, des propositions.
- 4.2 Le président est habilité à commander des expertises, des analyses et des avis à des membres du groupe de travail ou à des tiers. Le cas échéant, il formule, en collaboration avec les membres du groupe de travail, les mandats y afférents et fixe les délais pour leur exécution.
- 4.3 Le groupe de travail peut inviter à ses séances des représentants de services fédéraux et des experts extérieurs à l'administration fédérale ou se référer à leurs expertises, analyses et avis selon le ch. 4.2.
- 4.4 Les offices et les services du DFJP sont tenus de fournir au groupe de travail les informations dont il a besoin pour exécuter sa mission.
- 4.5 Un procès-verbal de décision étendu est établi concernant les séances du groupe de travail.
- 4.6 Le groupe de travail siège à Berne. Le président fixe la fréquence des séances. Au besoin, des séances spéciales peuvent être organisées.

5. Aspects financiers

- 5.1 Les membres extérieurs à l'administration fédérale touchent une indemnité journalière de Fr. 300.--. L'indemnité journalière du président est de Fr. 375.--.
- 5.2 Pour leurs déplacements, les membres se voient rembourser le prix du trajet en train en première classe. Le remboursement des frais de repas et d'hébergement se fait conformément aux dispositions s'appliquant aux employés fédéraux.
- 5.3 Une indemnité supplémentaire pourra être versée en cas de prestations extraordinaires.

6. Confidentialité et information

- 6.1 Les délibérations du groupe de travail sont confidentielles. Les membres du groupe de travail sont néanmoins autorisés à discuter de questions de fond avec des membres de leurs organisations respectives et avec des tiers concernés et, au besoin, à se faire conseiller par des experts.
- 6.2 Le DFJP informe le public de la teneur du mandat et de la composition du groupe de travail.
- 6.3 Le groupe de travail peut, avec l'accord de la cheffe du DFJP, informer régulièrement le public de l'avancement des travaux.

7. Délais

Le groupe de travail a jusqu'au 15 juin 2011 pour remettre son rapport à la cheffe du DFJP.

8. Bases légales

L'institution de ce groupe de travail se fonde sur l'art. 57 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010).

9. Entrée en vigueur

La présente décision entre en vigueur immédiatement.

Département fédéral de justice et police DFJP

Simonetta Sommaruga

Conseillère fédérale

1.3 Composition et fonctionnement du groupe de travail

Le groupe de travail était dirigé par le professeur Heinrich Koller, ancien directeur de l'Office fédéral de la justice (OFJ). En faisaient également partie : Manuel Brandenburg et Gregor Rutz, représentants du comité d'initiative ; Margrith Hanselmann et Roger Schneeberger, représentants respectivement de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) et de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) ; Albrecht Dieffenbacher, de l'Office fédéral des migrations (ODM), et Ridha Fraoua, de l'OFJ, qui représentaient l'administration fédérale. Le secrétariat était assuré par Dirk Olschewski, de l'ODM.

Le groupe de travail a consulté à plusieurs reprises, lors de ses séances, des experts du droit pénal et du droit relatif à l'exécution des peines, des assurances sociales et du droit international public¹⁴.

Ces personnes et les collaborateurs de l'OFJ et de l'ODM ont rédigé de nombreux documents de travail, rapports intermédiaires et propositions pour transposer les nouvelles dispositions constitutionnelles dans la loi. Le contenu de ces différents documents est intégré dans le présent rapport final. Conformément au ch. 2.2 de la décision instituant le groupe de travail, ce dernier a recherché des solutions consensuelles. Les principales divergences de vues sont exposées dans le présent rapport. Le groupe de travail s'est réuni pour la première fois le 26 janvier 2011 et a ensuite tenu xx séances d'une demi-journée à Berne.

Les représentants du comité d'initiative ont présenté, lors de la première séance déjà, un projet de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles, élaboré en collaboration avec la direction de l'Union démocratique du centre (UDC). Ce projet prévoit d'introduire dans le code pénal (CP¹⁵) les normes relatives à l'expulsion du territoire suisse (projet relatif à l'art. 73^{bis} ss CP).

Le groupe de travail a néanmoins estimé qu'il était nécessaire de commencer par clarifier un certain nombre de questions fondamentales et de mener une réflexion sur des questions générales touchant à la mise en œuvre des initiatives populaires, à l'interprétation des dispositions constitutionnelles et à la hiérarchie des normes de droit (notamment la relation avec le droit international public), pour se pencher ensuite sur les autres sujets (liste des infractions, définition de la gravité des infractions pertinentes et autres conditions pour l'expulsion, question de l'obtention abusive de prestations sociales, problématique de l'exécution des renvois et des expulsions, mise en œuvre dans le droit pénal ou le droit des étrangers, compatibilité des propositions avec les principes de la Constitution et du droit international public). La structure du présent rapport suit cette manière de procéder.

¹⁴ Ont pris part aux séances du groupe de travail en tant qu'experts de l'administration fédérale : Peter Häfliger et Gabriella D'Addario Di Paolo (domaine de direction Droit pénal et procédure pénale, OFJ), Reto Feller (unité Accompagnement législatif I, OFJ), Daniel Wüger et Adrian Scheidegger (unité Droit européen et protection internationale des droits de l'homme, OBJ). Ces personnes ont également apporté une contribution essentielle à la rédaction du présent rapport final. Les personnes suivantes ont été entendues en tant qu'experts extérieurs à l'administration fédérale : Martin Gabl, directeur du service des affaires sociales de la ville de Berne, et Joe Keel, directeur de l'office chargé de l'exécution des décisions de justice du canton de Saint-Gall.

¹⁵ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

2. Principes d'interprétation des (nouvelles) normes constitutionnelles

2.1 Méthode et particularités de l'interprétation constitutionnelle

2.1.1 Principe de la validité des règles générales d'interprétation

L'interprétation de la Constitution suit, pour l'essentiel, les mêmes règles méthodiques que l'interprétation des lois et des ordonnances¹⁶. Si le point de départ est le libellé de la norme (élément de l'interprétation grammaticale), il ne peut toutefois s'agir là du seul élément déterminant. Cela est d'autant plus vrai lorsque le libellé n'est pas absolument clair ou que plusieurs interprétations sont possibles. Dans ce cas, il y a lieu de rechercher la véritable portée du texte en se fondant sur d'autres éléments d'interprétation, comme la genèse de la norme (élément de l'interprétation historique) et son but (élément de l'interprétation téléologique). Il convient également de tenir compte du sens qui se dégage de la norme dès lors qu'elle est placée en contexte avec d'autres dispositions (élément de l'interprétation systématique).

Qu'il s'agisse d'interpréter des dispositions législatives ou des dispositions constitutionnelles, *il n'existe pas de hiérarchie des éléments d'interprétation*. De même, aucune méthode d'interprétation ne saurait primer les autres approches, ni s'appliquer de manière exclusive. Il faut au contraire tenir compte simultanément des différents éléments d'interprétation et déterminer, dans chaque cas, quelle méthode (ou combinaison de méthodes) est la mieux à même de restituer le sens véritable de la norme constitutionnelle qu'il s'agit d'interpréter (*pluralisme des méthodes*)¹⁷.

2.1.2 Les différents éléments de l'interprétation

Traditionnellement, l'interprétation constitutionnelle se fonde aussi sur les différents éléments suivants¹⁸ :

- *l'interprétation grammaticale* permet de déterminer le sens de la norme à la lecture du texte. Cette méthode examine l'usage qui est fait des termes aussi bien dans le langage courant que dans la langue juridique. Plus une norme est rédigée en termes généraux et plus l'interprétation grammaticale touche à ses limites ;

Les représentants du comité d'initiative font valoir que le libellé de la norme est le point de départ de toutes les méthodes d'interprétation¹⁹. Le Tribunal fédéral se fonde sur ce seul élément lorsqu'il en résulte une solution manifestement juste quant au fond²⁰.

- *l'interprétation systématique* repose sur le contexte dans lequel s'inscrit la norme. Elle examine la relation matérielle de la norme constitutionnelle ou de l'alinéa qu'il s'agit d'interpréter avec d'autres normes constitutionnelles ou avec les autres alinéas de la norme concernée. Pour plus de précisions sur les aspects particuliers de l'interprétation systématique appliquée aux dispositions constitutionnelles, se référer au ch. 2.1.3 .

¹⁶ Cf. ATF 131 I 74, consid. 4.1, et 124 II 193, consid. 5a ; TSCHANNEN, *Verfassungsauslegung*, § 9 n. marg. 1.

¹⁷ HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 130.

¹⁸ Cf. entre autres TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 4 n. 17 ss ; SEILER, p. 38 ss ; KRAMER, p. 57 ss.
¹⁹ ATF 131 II 697, consid. 4.1.

²⁰ ATF 125 II 177, consid. 3, p. 179.

- l'*interprétation historique* se fonde sur l'analyse de la genèse de la norme. Le sens donné à une norme constitutionnelle doit refléter la volonté du constituant. Bien souvent toutefois, il est difficile d'identifier les intentions qui ont présidé à l'élaboration de la norme, car le constituant est un organe collectif. Les travaux préparatoires (message du Conseil fédéral, délibérations parlementaires, argumentaire du comité d'initiative) fournissent néanmoins certains éléments de réflexion ;
- l'*interprétation téléologique* tire le sens de la norme de sa finalité, sachant que chaque norme répond à un besoin particulier en matière de réglementation. Le but poursuivi doit toujours être contenu dans la norme elle-même. Il n'est pas possible d'apprécier le sens d'une norme au regard d'un but étranger à cette norme.

2.1.3 Caractère général et principe de l'égalité des normes constitutionnelles, éléments d'interprétation spécifiques du droit constitutionnel

Nonobstant les parallèles avec l'interprétation législative exposés ci-dessus, l'interprétation constitutionnelle présente certaines particularités dont il faut tenir compte.

Il s'agit tout d'abord du *caractère général des normes constitutionnelles*. Les mandats législatifs découlant de normes d'attribution de tâches, par exemple, ont fréquemment une signification relativement abstraite et ne reflètent qu'un premier consensus quant à la nécessité que l'État exécute une tâche et quant au domaine et à la finalité de cette tâche. Bien souvent, l'interprétation de ce type de norme consiste davantage en une concrétisation qu'en une interprétation proprement dite : il s'agit moins d'identifier la volonté normative préexistante, ayant une validité générale, que de construire un sens qui est adapté au problème que l'on veut résoudre²¹.

Ensuite, il faut tenir compte du *principe de l'égalité des normes constitutionnelles*, qui ne s'applique toutefois que dans la mesure où le constituant n'a pas lui-même expressément soumis certaines normes à une hiérarchie déterminée. Ce principe est sujet à deux restrictions²² :

- Les règles impératives du droit international priment la Constitution fédérale. Toute révision partielle ou totale de la Constitution doit respecter ces dispositions (art. 193, al. 4, et 194, al. 2, Cst.). Les normes impératives du droit international qui sont expressément transposées dans la Constitution – par ex. à l'art. 10, al. 3 (interdiction de la torture), et à l'art. 25, al. 2 et 3 (interdiction de refouler une personne sur le territoire d'un État où elle est persécutée ou risque la torture) – prévalent sur les autres normes constitutionnelles « usuelles ».
- Dans un cas déterminé, une évaluation mettant en balance tous les aspects constitutionnels concernés par le problème dont il est question peut conclure à la primauté de telle ou telle norme constitutionnelle. On signalera toutefois que les principes développés pour l'interprétation législative – selon lesquels la loi postérieure déroge à la loi antérieure (*lex posterior derogat legi priori*) et les dispositions spéciales l'emportent sur la loi générale (*lex specialis derogat legi generali*) – ne sauraient être appliqués sans autre réflexion à l'interprétation constitutionnelle.

À la lumière de ces deux particularités (caractère général et principe de l'égalité des normes constitutionnelles), deux éléments d'interprétation spécifiques des normes constitu-

²¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 n° 10.

²² TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 n° 16.

tionnelles doivent être pris en considération en complément des méthodes d'interprétation générales :

- la mise en concordance pratique (ou *interprétation « harmonisante »*)²³ s'impose lorsque, dans le cadre d'un projet législatif, le législateur non seulement doit examiner la norme d'attribution de tâches, mais doit aussi intégrer dans sa réflexion tous les objectifs constitutionnel concernés par cette problématique. Les normes constitutionnelles doivent être interprétées de manière à éviter, dans la mesure du possible, des conflits de normes à l'intérieur de la Constitution. Si le conflit de normes ne peut être évité, il y a lieu de rechercher une optimisation permettant aux deux normes de déployer leurs effets. Cette manière de procéder est la seule à même de garantir que l'ordre juridique suisse soit, autant que faire se peut, exempt de contradictions.
- l'*interprétation conforme au droit international* consacre la prééminence des règles impératives du droit international sur la Constitution, les autres normes du droit international public devant être « respectées » (art. 5, al. 4, Cst.). Par conséquent, tous les organes de l'État sont tenus, dans le cadre de leur activité normative ou d'application du droit, d'interpréter – dans la mesure où cela est nécessaire et possible – les normes constitutionnelles de manière conforme au droit international (cf. ch. 2.3).

2.2 Portée du principe de proportionnalité

Le *principe de proportionnalité* revêt une importance particulière dans l'interprétation de normes constitutionnelles. Dans la Constitution fédérale, il est défini expressément à l'art. 5, al. 2, comme un « principe de l'activité de l'État régi par le droit », tandis que l'art. 36, al. 3, en fait une condition à la « restriction des droits fondamentaux ». On trouve aussi dans la Constitution d'autres renvois implicites au principe de proportionnalité, par exemple en matière de garanties de procédure (art. 29 ss Cst.), de collaboration entre la Confédération et les cantons (art. 44 ss Cst.) et de droit fiscal (cf. notamment l'art. 127, al. 2, Cst.). Le principe de la proportionnalité des mesures prises par l'État se retrouve en filigrane en tant qu'idée directrice limitant le pouvoir de l'État dans tout l'ordre constitutionnel et juridique. C'est le cas, par exemple, dans le droit administratif, en ce qui concerne les atteintes de l'État, dans le droit pénal, dans la forme particulière du principe de la responsabilité pour faute, ou encore dans le droit privé, sous la forme de l'interdiction du formalisme excessif. Dans le contexte qui nous occupe, ce sont avant tout les principes relatifs à l'activité de l'État régi par le droit et les conditions à la restriction des droits fondamentaux qui sont pertinents.

Le principe de proportionnalité de l'activité de l'État est dérivé, de diverses manières, de l'« idée » supérieure qui conçoit le droit comme un système « juste », qui garantit, au moyen de la loi générale, l'égalité, la liberté et de la sécurité. Une pondération intérêts en présence est indispensable, dans tous les cas, pour trouver un équilibre entre des intérêts divergents (liberté et limitation de la liberté, égalité ou inégalité de traitement, intérêts publics ou privés). Certains voient dans le principe de proportionnalité l'expression de réflexions sur l'adéquation d'une mesure. Pour Forstmoser et Vogt²⁴, il existe plusieurs moyens d'atteindre un but, aussi le législateur doit-il s'abstenir de toujours recourir à la sanction la plus rigoureuse et privilé-

²³ RHINOW / SCHEFER, n° 524, 529; HANGARTNER, p. 473.

²⁴ FORSTMOSER / VOGT, § 12 n° 229.

gier une approche différenciée, l'arsenal des mesures les plus sévères devant être réservé aux cas graves. Ces principes de l'interdiction du formalisme excessif, de la recherche de la juste mesure dans l'activité de l'État de manière à protéger l'individu, sont intrinsèquement liés à la notion de justice.

L'origine de ces principes remonte au Moyen-âge (protection contre les détentions arbitraires dans la Magna Charta de 1215 et dans la règle de l'Habeas Corpus de 1679) et au XVIII^e siècle, à l'époque où les principes généraux du droit et de la structure de l'État ont progressivement vu le jour (légalité, proportionnalité, séparation des pouvoirs). En 1789 enfin, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a consacré, au côté des libertés fondamentales, ces principes relatifs à l'activité de l'État. En Suisse, c'est au XIX^e siècle que le principe de proportionnalité a fait son apparition dans le droit administratif général en tant que principe directeur de la législation en matière de police. Le Tribunal fédéral l'a ensuite érigé, au XX^e siècle, en principe général de rang constitutionnel (dans le cadre de sa jurisprudence relative à la liberté de commerce et d'industrie, à la garantie de la propriété et à la liberté personnelle).

Conformément à la doctrine et à la pratique, le Tribunal fédéral a vu 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 législative*²⁵. 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'État disproportionnées²⁶. Comme l'a indiqué le Conseil fédéral dans son message relatif à une nouvelle constitution fédérale²⁷, cette définition vaut pour tous les principes de l'activité de l'État régi par le droit, qui sont fixés à l'art. 5 Cst. : ces principes sont destinés à limiter le pouvoir de l'État dans l'État de droit.

Le principe de la proportionnalité de l'activité de l'État est, avec les autres principes définis à l'art. 5 Cst. (principe de la légalité, nécessité pour l'activité de l'État de répondre à un intérêt public, conformité aux règles de la bonne foi, respect du droit international), un pilier fondateur de l'État de droit suisse. Et vu qu'il dirige tous les aspects de l'activité de l'État, il déploie aussi ses effets dans l'*interprétation des normes constitutionnelles* (interprétation « harmonisante » ; cf. ch. 2.1.3). L'art. 36 Cst. fait de la proportionnalité d'une mesure – aux côtés de l'existence d'une base légale, de la protection d'un intérêt public et de l'inviolabilité de l'essence des droits fondamentaux – une condition à la restriction des droits fondamentaux. Il s'ensuit qu'une *pesée minutieuse des intérêts en présence* est impérative à chaque fois qu'il s'agit de restreindre un droit fondamental. Un automatisme aveugle, qui ne tiendrait compte ni de l'adéquation, ni de la nécessité, ni de la proportionnalité au sens strict d'une mesure, serait manifestement en contradiction avec l'ordre juridique fondamental²⁸.

²⁵ Cf. ATF 96 I 234, consid. 5.

²⁶ ATF 102 Ia 234, consid. 5c.

²⁷ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 133.

²⁸ Cf. ATF 130 I 16, consid. 5.4 ; 117 Ia 472, consid. 3 ; 110 Ib 201, consid. 2c.

2.3 Compatibilité de normes constitutionnelles avec le droit international

2.3.1 Primauté des normes impératives du droit international

L'art. 139, al. 3, Cst. pose trois limites au droit d'initiative : le non-respect du principe de l'unité de la forme, de celui de l'unité de la matière ou des règles impératives du droit international. Lorsque l'Assemblée fédérale, en sa qualité d'organe de contrôle, identifie une contradiction entre l'objet d'une initiative et les limites inscrites à l'art. 139, al. 3, Cst., elle la déclare nulle (ou partiellement nulle).

La notion (de droit interne) de « règles impératives » du droit international se rattache d'abord à celle de *droit international impératif (jus cogens)*, dont l'art. 53, 2^e phrase, de la Convention de Vienne sur le droit des traités²⁹ donne une définition générale. Il n'existe pas de liste faisant autorité des normes du jus cogens. Dans la pratique des États, on reconnaît néanmoins que les garanties et interdictions suivantes ont le caractère de normes impératives du droit international : l'égalité souveraine des États, l'interdiction du recours à la force, l'interdiction de la torture, du génocide et de l'esclavage, les principes fondamentaux du droit international humanitaire (« jus in bello »), de même que l'interdiction d'expulser un réfugié dans un État où sa vie ou sa liberté seraient en danger en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social déterminé ou de ses opinions politiques (principe du non-refoulement). Le Conseil fédéral a aussi exprimé à plusieurs reprises l'opinion que la notion de « règles impératives du droit international » inclut également les garanties de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)³⁰ auxquelles on ne peut déroger même en état de nécessité, ainsi que certaines garanties du Pacte II de l'ONU³¹ auxquelles il est également impossible de déroger même en état de nécessité³².

Dans son message concernant l'initiative sur le renvoi, le Conseil fédéral a constaté que le texte de l'initiative pouvait être interprété de telle sorte que le principe du non-refoulement soit respecté et que les autres normes du droit international impératif n'étaient pas touchées par l'initiative³³. L'Assemblée fédérale s'est ralliée à cette opinion et les propositions visant à déclarer nulle (ou partiellement nulle) l'initiative sur le renvoi ont été rejetées tant par le Conseil national que par le Conseil des États³⁴.

2.3.2 Contradiction avec des normes non impératives du droit international

Si une initiative populaire n'est contraire qu'aux « autres » normes du droit international, c'est-à-dire à celles qui ne sont pas impératives, elle doit être déclarée valable et soumise au vote du peuple et des cantons.

²⁹ Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111).

³⁰ Convention du 4.11.1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101).

³¹ Pacte international du 16.12.1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

³² Pour plus de détails sur cette question, cf. le Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, du 30.3.2011, FF 2011 3401, en part. ch. 2.4.1.

³³ FF 2009 4571, ch. 1.3.2. L'opinion a aussi été exprimée, dans des ouvrages de doctrine, qu'une mise en œuvre de l'initiative respectant les normes impératives du droit international semblait possible : cf. GÄCHTER / KRADOLFER, p. 19 ; REICH, p. 509 ss, 518.

³⁴ BO 2010 E 328 (28 voix contre 13) et BO 2010 N 711 (118 voix contre 69).

Dans son rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, le Conseil fédéral a démontré que jusqu'à lors, douze initiatives populaires avaient été soumises au vote alors qu'elles posaient des problèmes de compatibilité avec des dispositions non impératives du droit international. Parmi ces initiatives, trois seulement – l'initiative « pour la protection des régions alpines contre le trafic de transit », l'initiative « internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents très dangereux et non amendables » et l'initiative « contre la construction de minarets » – ont été acceptées par le peuple et les cantons. Les autorités fédérales se sont efforcées de proposer une mise en œuvre conforme au droit international pertinent même si, ce faisant, les intentions des auteurs desdites initiatives ne pouvaient pas être entièrement respectées³⁵.

Le droit international n'occupe pas une place unique dans la hiérarchie des normes du droit interne. Le jus cogens se situe au dessus de la Constitution. Parmi les autres normes du droit international, certaines ont sans doute un rang constitutionnel, mais pour la plupart d'entre elles, ce n'est pas le cas³⁶. Mais quelle que soit sa place dans la hiérarchie des normes, une norme concrète de droit international doit être « respectée » par la Confédération et les cantons (art. 5, al. 4, Cst.). De cette disposition constitutionnelle et de l'art. 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités découle *l'obligation d'interpréter le droit interne – et en particulier le droit constitutionnel – de manière conforme au droit international*³⁷.

L'interprétation conforme au droit international n'est cependant pas une panacée et elle atteint ses limites lorsqu'il existe une contradiction insurmontable entre le droit interne et le droit international. On se trouve dans pareil cas face à un conflit de normes, qui doit être résolu par l'application d'une règle de conflit. En vertu de la jurisprudence « Schubert » développée par le Tribunal fédéral, certaines règles de primauté se dégagent néanmoins pour la résolution de conflits entre les lois internes et le droit international³⁸. S'agissant des conflits entre le droit de rang constitutionnel et le droit international, les choses sont moins claires. Une partie de la doctrine est d'avis qu'on peut parler, dans ce cas, d'une *primauté conditionnelle*³⁹ du droit international, qui doit cependant être motivée de manière plus détaillée dans un cas concret (concernant l'importance du principe de proportionnalité en général, cf. ch. 2.2)⁴⁰.

Pour les représentants du comité d'initiative, il n'existe pas de primauté conditionnelle des règles non impératives du droit international. Ils estiment au contraire que la Constitution prime le droit international non impératif.

³⁵ FF 2010 2067, ch. 8.7.2.

³⁶ TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 n° 39 et § 9 n° 20 ss ; cf. également le Rapport du Conseil fédéral du 5.3.2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, ch. 8.4.

³⁷ Cf. Message du Conseil fédéral du 20.11.1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 137 ; RHINOW / SCHEFER, n° 562 ; cf. également ATF 125 II 417, consid. 4d, p. 425 et, récemment, ATF 136 III 168. Cf. aussi art. 27, 1^{re} phrase, de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. »

³⁸ Cf. Rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne (note 32), ch. 5.2 et 5.3.

³⁹ *Bedingter Vorrang*, selon la terminologie que l'on trouve chez RHINOW / SCHEFER, n° 3644.

⁴⁰ Cf. aussi la vue d'ensemble dans le rapport sur la relation entre droit international et droit interne (note 36), ch. 8.6.1.

Si l'interprétation conforme au droit international ne permet pas d'atteindre le but visé et que les normes de droit international concernées ne priment pas la norme constitutionnelle, la dénonciation du traité international doit être considérée. Tous les traités internationaux ne peuvent cependant pas être dénoncés, que ce soit pour des raisons juridiques (absence d'une clause de dénonciation) ou effectives (intérêts politiques prépondérants). Dans ce cas, la Suisse doit assumer ses obligations internationales et s'attendre à des conséquences⁴¹.

Les représentants du comité d'initiative sont quant à eux d'avis que les « raisons effectives » évoquées ci-dessus ne peuvent pas avoir pour effet qu'un traité international non impératif prime une norme constitutionnelle.

Il devient ainsi clair qu'avec l'acceptation d'une initiative populaire contraire au droit international, les problèmes ne sont que reportés à la phase de mise en œuvre⁴² :

« Si une initiative contraire au droit international non impératif est acceptée, les autorités s'efforceront de la mettre en œuvre conformément au droit international. Dans ce contexte, il n'est pas toujours facile de décider à partir de quel point une mise en œuvre conforme n'est plus justifiable, si bien qu'il faut envisager la renégociation ou la dénonciation du traité, ou encore la violation des obligations internationales de la Suisse. Si les autorités choisissent la voie de la mise en œuvre conforme au droit international, elles ne pourront peut-être pas concrétiser l'ensemble des objectifs poursuivis par l'initiative et risquent de décevoir les attentes des citoyens ayant voté en faveur de cette dernière. »

3. Interprétation de l'art. 121 Cst.

3.1 Aperçu de l'organisation et de la structure de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

Au cas où les éléments contenus à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. devraient être intégrés dans une structure, il paraîtrait tout naturel de les organiser en faits constitutifs de l'infraction, conséquences juridiques et mandats législatifs, comme suit :

- conditions expressément citées (*faits constitutifs d'une infraction*) entraînant les conséquences juridiques prévues dans le texte de la Cst. :
 - condamnation par un jugement entré en force pour une infraction (al. 3, let. a) ;
 - obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale (al. 3, let. b).
- *conséquences juridiques* entraînées par les faits constitutifs d'une infraction avérée :
 - privation du titre de séjour (al. 3, phrase introductive) ;
 - privation de tous les droits à séjourner en Suisse (al. 3, phrase introductive) ;
 - expulsion de Suisse (al. 5) ;

⁴¹ Décrites dans le rapport sur la relation entre droit international et droit interne (note 36), ch. 6.2. Une estimation des conséquences d'une dénonciation de la CEDH se trouve chez FORSTER, p. 424.

⁴² Rapport sur la relation entre droit international et droit interne (note 36), ch. 9.6.

- interdiction d'entrée d'une durée de 5 à 15 ans ; en cas de récidive, interdiction d'entrer sur le territoire fixée à 20 ans (al. 5) ;
 - sanctions en cas de violation de l'interdiction d'entrer sur le territoire ou d'entrée en Suisse de quelque manière que ce soit (al. 6).
- *mandats exprès au législateur* d'édicter, dans un délai de cinq ans à compter de la date d'acceptation de l'article constitutionnel (art. 197, ch. 8, Cst.), des dispositions d'exécution concrétisant et complétant les normes constitutionnelles :
- En vertu de la première phrase de l'al. 4, le législateur doit « préciser » les faits constitutifs des infractions visées à l'art. 121, al. 3, Cst. Il s'agit donc de définir dans la loi quelles formes de trafic de drogue et d'effraction et quel « autre délit sexuel grave » ou « acte de violence d'une autre nature » entraînent les conséquences juridiques prévues par la Cst. De plus, il convient de désigner les comportements qualifiant l'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale au sens de l'al. 3, let. b.
 - La formulation potestative de la deuxième phrase de l'al. 4 indique clairement qu'il appartient au législateur de déterminer si les faits constitutifs des infractions visées à l'al. 3 doivent être complétés par d'autres faits constitutifs d'une infraction.
 - La deuxième phrase de l'al. 6 demande que soient édictées des dispositions pénales applicables en cas de contravention à l'interdiction d'entrer sur le territoire ou d'entrée illégale en Suisse de quelque manière que ce soit.

3.2 Interprétation des conséquences juridiques

3.2.1 Privation du titre de séjour et de tous les droits à séjourner en Suisse

Le « titre de séjour » est le droit de séjourner en Suisse accordé aux étrangers conformément aux art. 32 ss LEtr. Aussi la « privation du titre de séjour » entraîne-t-elle la perte des titres de séjour ci-après :

- autorisation de séjour (permis B ; art. 33 LEtr) ;
- autorisation d'établissement (permis C ; art. 34 LEtr) ;
- autorisation de courte durée (permis L ; art. 32 LEtr) ;
- autorisation frontalière (permis G ; art. 35 LEtr) ;
- statut des étrangers admis à titre provisoire (permis F ; art. 41, al. 2, et 83 ss LEtr) ;
- requérants d'asile (permis N ; art. 42 ss LAsi⁴³).

À ce titre, les permis F et N *ne sont pas* des autorisations relevant du droit des étrangers, mais ne font qu'attester un droit de résider en Suisse⁴⁴.

Les autorisations susmentionnées sont également délivrées à des citoyens de l'UE et de l'AELE, auquel cas elles portent une mention qui le précise. Les bases légales déterminantes figurent dans les accords pertinents⁴⁵.

⁴³ Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (RS 142.31).

⁴⁴ SPESCHA / KERLAND / BOLZLI, p. 117, 310.

⁴⁵ Cf. annexe I 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

Actuellement, près de deux tiers des ressortissants étrangers qui résident en permanence en Suisse proviennent d'États membres de l'UE ou de l'AELE.⁴⁶

De plus, le texte constitutionnel prescrit que, dans certaines conditions, des étrangers peuvent également être privés de « tous leurs droits à séjourner en Suisse ». Cette disposition inclut les situations dans lesquelles un étranger remplirait bien les conditions juridiques ou de droit international fixées pour l'octroi d'un titre de séjour. On songe ici, par exemple, au cas où un étranger remplit les conditions visées à l'art. 42, al. 2, LEtr (droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa validité pour les membres de la famille d'un ressortissant suisse), mais commet une infraction visée à l'art. 123, al. 3, Cst. Le cas échéant, le droit légal prévu à l'art. 42, al. 2, LEtr s'éteint alors.

3.2.2 Expulsion et renvoi de Suisse

3.2.2.1 Terminologie et théorie des trois niveaux

Au préalable, il convient de définir le terme *expulsion*. Sur le plan constitutionnel, ce terme est employé à l'art. 25, al. 1, Cst., ainsi qu'à l'art. 121, al. 2, Cst. Il signifie que l'État impose de manière contraignante à une personne (sous menace d'exécution sous contrainte) de quitter le territoire. L'expulsion est généralement complétée par une interdiction de retour⁴⁷.

Outre la révocation des autorisations, la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), restée en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, prévoyait expressément l'expulsion d'étrangers (art. 10 LSEE). Cette expulsion concernait des étrangers *établis* et n'était possible qu'à certaines conditions (notamment en cas de condamnation pour un crime ou un délit ; en cas d'absence de volonté ou de faculté de s'intégrer dans l'ordre en vigueur en Suisse ; en cas de dépendance considérable et répétée de l'assistance publique). Cette expulsion comprenait aussi bien le renvoi de Suisse qu'une interdiction d'entrée en Suisse. Par souci de systématisation et de simplification, cette expulsion a été remplacée par la révocation de l'autorisation d'établissement, prévue à l'art. 63 LEtr, lors de l'entrée en vigueur de la LEtr.

Au niveau de la loi, le terme *expulsion* n'est plus utilisé aujourd'hui qu'en relation avec les expulsions pour raisons de sécurité intérieure et extérieure (cf. art. 68 LEtr). Dans la LEtr, en revanche, une « expulsion » prononcée faute de titre de séjour, au sens du terme allemand « Wegweisung », est qualifiée de « renvoi » (cf. art. 64, al. 1, LEtr). Dans la terminologie constitutionnelle, le renvoi au sens de la loi est cependant une forme d'expulsion. Si la personne expulsée n'obéit pas de son propre gré à son devoir de quitter la Suisse, l'expulsion a lieu sous contrainte, c'est-à-dire que l'étranger est renvoyé⁴⁸. Le *renvoi* (ou « refoulement », « Rückschiebung ») signifie donc l'exécution sous contrainte d'une expulsion. Au niveau de la loi, le « renvoi ou l'expulsion » (qui correspondent au terme allemand *Ausschaffung*) sont traités aux art. 69 ss LEtr.

personnes (RS 0.142.112.681) ainsi que la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE ; RS 0.632.31) ou l'annexe K de l'accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange (RO 2003 2685).

⁴⁶ Cf. SPESCHA / KERLAND / BOLZLI, p. 57.

⁴⁷ Cf. Message relatif à une nouvelle constitution fédérale (note 37), p. 171; REICH, p. 513.

⁴⁸ RHINOW / SCHEFER, n° 1766; REICH, p. 513.

De ces notions, il y a lieu de retenir que la question de savoir si un étranger doit quitter la Suisse touche trois niveaux :

- Le *premier niveau* a trait à la privation du titre de séjour accordé par une autorisation ou du droit à séjourner en Suisse en vertu d'une disposition légale ou du droit international public.
- Le *deuxième niveau* porte sur l'obligation matérielle de quitter le pays (renvoi).
- Le *troisième niveau* se rapporte à l'exécution du renvoi, dans la mesure où un départ volontaire n'a pas eu lieu (expulsion).

3.2.2.2 Portée de « l'expulsion automatique » et prise en compte des obstacles à l'exécution relevant du droit international public

La disposition-clé de l'initiative sur le renvoi exige, à l'art. 121, al. 5, Cst., que dans certaines conditions les étrangers soient « expulsés du pays ». Conformément au texte constitutionnel, les autorités chargées de l'application des lois ne disposent d'aucune marge d'appréciation pour les décisions à rendre aux deux premiers niveaux. Sur ce point, les al. 3 et 5 de l'art. 121 Cst. requièrent une « expulsion automatique ». En revanche, l'initiative ne se prononce pas explicitement au sujet du troisième niveau, c'est-à-dire sur la question de savoir si l'expulsion doit aussi obligatoirement être exécutée (renvoi) lorsque l'un des faits constitutifs prévus est avéré. Partant, l'énoncé de l'article constitutionnel n'exclut pas de tenir compte des obstacles à l'exécution du renvoi, du moins dans la mesure où ces derniers découlent de règles impératives du droit international public ou d'une vraie impossibilité d'exécuter le renvoi. Le cas échéant, la décision de ne pas exécuter le renvoi ou celle de le reporter peuvent être justifiées⁴⁹.

Autrement dit :

- Les autorités chargées de l'application des lois doivent examiner la *licéité* de l'exécution d'un renvoi et s'y opposer si elle s'avère contraire au principe de non-refoulement⁵⁰, selon lequel personne ne doit être expulsé dans un État dans lequel il risque d'être torturé ou de subir un autre type de peine ou de traitement cruel et inhumain, et qui relève du droit international impératif (cf. également l'art. 25, al. 3, Cst. et le ch. 2.3.1 ci-dessus). Vu sa validité absolue, le principe de non-refoulement tient uniquement compte de ce qui pourrait arriver à la personne à renvoyer dans l'État de destination, peu importe pour quels motifs elle est renvoyée. Cette interprétation qui, dans certains cas, permet de vérifier la licéité d'une expulsion, est en adéquation avec la position adoptée par le Conseil fédéral dans son message aux Chambres fédérales. Le Conseil fédéral a en effet expliqué que le texte constitutionnel n'interdisait pas aux autorités de « considérer le principe de non-refoulement comme une interdiction provisoire ou durable de l'exécution de l'expulsion »⁵¹. Du reste, même les auteurs de l'initiative ne contestent pas la possibilité d'examiner le principe de non-refoulement⁵².

⁴⁹ Cf. également REICH, p. 513 ss, donc également GÄCHTER / KRADOLFER, p. 18 ss.

⁵⁰ Au niveau du droit international public, inscrit à l'art. 33 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30), à l'art. 3 CEDH et à l'art. 7 du Pacte II de l'ONU.

⁵¹ FF 2009 4577

⁵² Cf. en particulier p. 23 de l'argumentaire du 1^{er} septembre 2010 relatif à la votation du 28 novembre 2010 :

- L'examen doit également porter sur la *possibilité* (technique) de procéder au renvoi⁵³. Toute impossibilité d'exécuter un renvoi doit résulter d'une circonstance extérieure sur laquelle ni la personne renvoyée et tenue de coopérer, ni les autorités chargées de l'exécution du renvoi n'ont une quelconque influence. On pense ici, par exemple, à un refus des autorités étrangères de délivrer à la personne expulsée les documents nécessaires pour entrer dans son pays ou à l'impossibilité de la renvoyer dans un pays tiers en raison d'un conflit armé.

Le ch. 3.4 ci-après expose en détail dans quelle mesure le droit international public impose la prise en compte d'autres obstacles à l'exécution en tant que découlant de la CEDH, de l'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁵⁴, de la Convention relative aux droits de l'enfant⁵⁵ ou du Pacte II de l'ONU⁵⁶. Une prise en compte intégrale de tous les obstacles à l'exécution du renvoi relevant des règles non impératives du droit international public serait, à cet égard, incompatible avec la volonté présumée du législateur (cf. ci-dessous, ch. 3.4.5).

Les représentants du comité d'initiative estiment qu'aucun autre obstacle à l'exécution découlant des règles du droit international public ne doit être pris en compte du fait que l'initiative sur le renvoi, qui relève du droit constitutionnel, prévaut sur les règles non impératives du droit international public.

3.2.3 Statut de séjour en cas de report temporaire de l'exécution du renvoi

Selon le droit en vigueur, l'ODM prononce l'admission provisoire lorsque « l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée » (art. 83, al. 1, LEtr). Ces personnes, auxquelles une autorisation F est délivrée, sont soumises à des règles particulières en matière d'octroi d'une autorisation de séjour, d'accès au marché du travail, de regroupement familial et de mesures d'intégration.

Le texte constitutionnel ne répond pas expressément à la question du statut réservé aux étrangers qui demeurent (temporairement) en Suisse à la suite du caractère illicite ou de l'impossibilité de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion. Du fait que ces personnes sont également privées de « tous leurs droits à séjourner en Suisse », la conversion du permis F en permis B, actuellement possible en vertu de l'art. 84, al. 5, LEtr, c'est-à-dire la possibilité de déposer une demande d'octroi d'une autorisation de séjour après cinq ans de présence sur le territoire suisse, semble exclue. Du reste, s'agissant du statut de séjour, il semble aller de soi de se référer à la réglementation prévue au chap. 11 (art. 83 ss) LEtr. L'admission provisoire maintient l'obligation de quitter la Suisse et ne confère pas de droit de séjour, puisqu'elle dépend uniquement de circonstances factuelles, donc susceptibles

<http://www.initiative-pour-le-renvoi.ch> (rubrique « Arguments »).

Se référer aussi à BRANDENBERG MANUEL / RUTZ GREGOR A., Eine Verfassungsnorm im Lichte der Verfassung, document de travail concernant la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi du 27 avril 2011, ch. 3.2.

⁵³ Indications sur de tels « véritables obstacles à l'exécution », cf. également REICH, p. 518.

⁵⁴ 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 (RS 0.142.112.681).

⁵⁵ Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

⁵⁶ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

d'évoluer en tout temps⁵⁷. Au besoin, le législateur peut édicter des modifications ponctuelles.

3.2.4 Interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans ; en cas de récidive, interdiction d'entrer sur le territoire fixée à 20 ans

Le droit en vigueur prévoit la possibilité de prononcer, à certaines conditions, une interdiction d'entrer sur le territoire en vertu de l'art. 67 LEtr. De plus, l'art. 68, al. 3, LEtr lie l'expulsion d'un étranger pour maintenir la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse à une interdiction d'entrée. Cette dernière n'a pas de caractère pénal ; au contraire, il s'agit d'une mesure (de droit administratif) visant à maintenir éloigné l'étranger dont la présence en Suisse n'est pas souhaitée ; il lui est dès lors interdit d'entrer (légalement) en Suisse. Selon le droit en vigueur, l'interdiction d'entrée est en règle générale prononcée pour une durée maximale de cinq ans ; elle peut néanmoins être prononcée « pour une durée plus longue » lorsque la personne concernée constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics (art. 67, al. 3, LEtr), voire pour une durée illimitée dans des cas graves (cf. art. 67, al. 4, et art. 68, al. 3, LEtr).

L'art. 121, al. 5, première phrase, Cst. impose aux autorités compétentes de frapper les étrangers expulsés du pays d'une interdiction d'entrer sur le territoire et ce, pour une durée allant de cinq à quinze ans. La Cst. permet ainsi au législateur de fixer au cas par cas, dans le respect du principe de la proportionnalité, les critères relatifs à la durée de l'interdiction d'entrer sur le territoire (par ex. pour tenir compte de la gravité de l'infraction ou de l'abus, de l'intégration professionnelle et sociale, de la situation familiale, etc.). La loi d'exécution peut cependant également laisser le soin de fixer la durée de l'interdiction d'entrée à l'autorité chargée de l'application de la loi appelée à rendre une décision conformément au pouvoir d'appréciation qui lui est conféré.

En cas de récidive, la durée de l'interdiction d'entrée s'élève obligatoirement à vingt ans (art. 121, al. 5, deuxième phrase, Cst.). Il y a lieu de parler de récidive lorsque l'étranger concerné – déjà privé une fois de son titre de séjour, de tous ses droits à séjourner en Suisse et expulsé du pays conformément à l'art. 121, al. 3 et 4, Cst. – remplit les conditions posées pour les faits constitutifs d'une infraction entraînant son expulsion au sens de l'art. 121, al. 3 et 4, Cst. après être une nouvelle fois entré soit légalement soit illégalement en Suisse. Si l'exécution de l'expulsion a été reportée, un cas de récidive peut survenir même sans nouvelle entrée en Suisse.

3.2.5 Sanctions encourues en cas de violation de l'interdiction d'entrée

Entrer sur le territoire suisse au mépris d'une interdiction d'entrée en vigueur est illégal et déjà punissable selon le droit en vigueur (cf. art. 115, al. 1, let. a, en relation avec l'art. 5, al. 1, let. d, LEtr : peine privative de liberté d'un an au plus ou peine pécuniaire). En principe, l'art. 121, al. 6, première phrase, Cst. ne prévoit certes pas d'exceptions à la punissabilité. Des dispositions telles que l'art. 115, al. 5, LEtr, qui répondent à un besoin pratique, devraient cependant continuer à être licites (« En cas d'exécution immédiate du renvoi ou de l'expulsion, le juge peut renoncer à poursuivre l'étranger sorti ou entré illégalement, à le renvoyer devant le tribunal ou à lui infliger une peine »).

⁵⁷ Cf. REICH, p. 515 et renvois indiqués.

En outre, il convient également de citer l'art. 291 CP (rupture de ban). Selon cette norme pénale, celui qui contrevient à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération ou d'un canton prononcée par une autorité compétente est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Dans l'ancien droit, l'art. 291 CP s'appliquait en cas de non-respect d'un renvoi ou d'une expulsion (art. 10 de la LSEE aujourd'hui abrogée ; cf. ch. 3.2.2.1 ci-dessus)⁵⁸. L'expulsion judiciaire visée par l'art. 55 aCP ayant été supprimée, de même que l'expulsion du territoire d'un canton lors de l'introduction de la LEtr, le champ d'application de cet élément constitutif est limité : l'art. 291 CP n'est plus applicable qu'en cas de violation d'un ordre d'expulsion en vertu de l'art. 68 LEtr et de l'art. 121, al. 2, Cst. (expulsion prononcée par fedpol ou par le Conseil fédéral). Selon le droit en vigueur, les violations d'une interdiction d'entrée valable sont évaluées conformément aux art. 115 ss LEtr. Le groupe de travail n'a pas tranché la question de savoir dans quelle mesure l'art. 291 CP ou les art. 115 ss LEtr sont applicables en cas de violation d'une expulsion judiciaire.

Si un étranger expulsé du pays et frappé d'une interdiction d'entrer sur le territoire au sens de l'art. 121, al. 3 et 4, Cst. entre en Suisse, son entrée est illégale. La portée de la précision, apportée à l'art. 121, al. 6, Cst., selon laquelle sont punissables les étrangers « qui entrent illégalement de quelque manière que ce soit » sur le territoire suisse ne tombe pas sous le sens et nécessite des éclaircissements. L'interprétation la plus naturelle serait que l'étranger frappé d'une interdiction d'entrer sur le territoire est susceptible de contrevenir encore à d'autres conditions d'entrée (cf., pour le droit en vigueur, l'art. 5, al. 1, let. a à c, LEtr). À cet égard, il ne saurait être attribué une signification propre aux termes « qui y entrent illégalement de quelque manière que ce soit ».

3.3 Interprétation des faits constitutifs des infractions et des mandats législatifs

3.3.1 Lignes directrices pour l'élaboration de la législation d'exécution

En vertu de l'art. 121, al. 4, Cst., le législateur peut *préciser* les faits constitutifs des infractions visées à l'art. 121, al. 3, Cst. ou les *compléter* par d'autres faits constitutifs (deuxième phrase). S'agissant de décider si et comment les faits constitutifs des infractions doivent être complétés, la Cst. accorde une marge d'appréciation importante au législateur.

Les *lignes directrices générales* concernant la conception de la législation d'exécution s'appuient, en particulier, sur les principes de l'activité de l'État régi par le droit (principe de la proportionnalité et respect du droit international public) ainsi que sur la réalisation des droits fondamentaux (cf. art. 5, 35 et 36 Cst.). Le texte constitutionnel ne contient en tout cas aucun élément indiquant la possibilité de légiférer en dehors de ces lignes directrices générales. En outre, il semble impératif de tenir compte du principe de la proportionnalité non seulement dans l'élaboration de la liste des infractions, mais également dans l'évaluation de chaque cas d'espèce⁵⁹.

⁵⁸ Cf. ATF 100 IV 244 consid. 1.

⁵⁹ Le respect du principe de la proportionnalité dans la législation d'exécution (et dans l'évaluation de chaque cas) est également postulé par HANGARTNER, p. 473 ss et (avec une certaine retenue) par GÄCHTER / KRADOLFER, p. 18 ss. Cf. également ch. 2.2 ci-dessus.

Comme *lignes directrices spécifiques* applicables en cas d'extension des faits constitutifs d'une infraction, le législateur peut a priori s'appuyer sur deux critères dont sont imprégnés les faits constitutifs expressément cités à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. : il s'agit en effet, primo, d'infractions – pour la plupart graves ou moyennement graves – que la collectivité (et les médias) associent le plus fréquemment aux étrangers et secundo, essentiellement, d'états de fait visant à protéger l'intégrité physique, psychique ou sexuelle.

3.3.2 Infractions entraînant l'expulsion

3.3.2.1 Regroupement des infractions

Les infractions pénales figurant à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. peuvent être regroupées de la manière suivante :

- infractions ayant une correspondance directe dans le CP :
 - homicide intentionnel (art. 111 ss CP) ;
 - viol (art. 190 CP) ;
 - brigandage (art. 140 CP) ; et
 - traite d'êtres humains (art. 182 CP).
- faits constitutifs d'infractions se rattachant à des (plusieurs) dispositions pénales existantes :
 - trafic de drogue : cf. art. 19 ss de la loi sur les stupéfiants (LStup)⁶⁰ ;
 - effraction : cf. en particulier les art. 139 CP (vol), 144 CP (dommages à la propriété) et 186 CP (violation de domicile).
- catégories de délits relativement ouvertes :
 - autres délits sexuels graves et
 - actes de violence d'une autre nature.

3.3.2.2 Description précise des infractions et infractions complémentaires

Les mandats législatifs relatifs au regroupement des infractions pénales présentées ci-dessus doivent se voir attribuer les importances suivantes :

- Les infractions appartenant au groupe ayant une correspondance directe dans le CP doivent être converties en normes légales et précisées. L'homicide intentionnel doit notamment inclure les faits constitutifs du meurtre, de l'assassinat et du meurtre passionnel (cf. art. 111 à 113 CP)⁶¹.
- Une description précise est également nécessaire pour le groupe d'infractions se rattachant à des (plusieurs) dispositions pénales existantes : recourir aux normes pénales de la LStup permettra ainsi de concrétiser le trafic de drogue comme motif d'expulsion. Les condamnations légères pour trafic de drogue ne devraient pas entraîner l'expulsion. Cette interprétation de la Cst. découle de la prise en compte du

⁶⁰ Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (RS 812.121).

⁶¹ Cf. également l'argumentaire des auteurs de l'initiative (note 52), p. 15.

principe de la proportionnalité ainsi que de l'élément d'interprétation systématique, c'est-à-dire de la comparaison avec les autres infractions graves énumérées à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. Le même genre de réflexions vaut pour la description précise de l'effraction.

- Le législateur doit aussi concrétiser le groupe des catégories de délits relativement ouvertes dans un « mandat législatif de description » : l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. impose en effet que seules doivent figurer comme motif d'expulsion dans une disposition légale les infractions contre l'intégrité sexuelle d'une gravité comparable aux faits constitutifs du viol. Le point de départ de la description précise des « autres délits sexuels graves » est le titre 5 du livre 2 du code pénal (art. 187 à 200). Conformément au texte constitutionnel, qui cite par exemple les faits constitutifs du brigandage (art. 140 CP), il convient de préciser également la nature des « actes de violence d'une autre nature ». L'art. 140 CP est certes classé parmi les infractions contre le patrimoine. À cet égard, le principal critère de qualification du brigandage, qui le distingue des faits constitutifs du vol, est l'usage de violence à l'égard d'une personne ou le recours à la menace d'un danger imminent pour sa vie ou son intégrité corporelle. Du point de vue constitutionnel, ce critère de qualification ouvre la voie vers la description précise des « actes de violence d'une autre nature ». En d'autres termes, la description précise doit être axée principalement sur les faits constitutifs des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle (cf. art. 122 à 136 CP).

Pour chaque forme de « description précise » de l'infraction, le législateur doit considérer des critères supplémentaires concernant la gravité d'un acte (par ex. peine minimale prononcée dans un cas d'espèce). Cette considération est nécessaire pour respecter le principe de la proportionnalité et le postulat de droit constitutionnel qui impose que la liste des motifs d'expulsion soit cohérente en elle-même.

Enfin, le législateur peut, en se fondant sur la deuxième phrase de l'art. 121, al. 4, Cst., compléter les trois groupes d'infractions évoqués par d'autres éléments constitutifs d'une infraction – y c. ceux relevant du droit pénal accessoire. Les lignes directrices générales et spécifiques pour l'élaboration de la législation d'exécution doivent servir, là aussi, de fil conducteur (cf. ch. 3.3.1).

3.3.2.3 Condamnations à l'étranger et prise en compte de toutes les formes de culpabilité et de participation à un délit ainsi que des tentatives de délit

Le texte constitutionnel de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst., fait référence à une condamnation par jugement entré en force ; il ne se limite aucunement aux seuls jugements exécutoires prononcés par des tribunaux suisses. En conséquence, vu la formulation ouverte de sa teneur, des condamnations prononcées à l'étranger, pour autant que les autorités suisses en aient connaissance, se prêtent en principe aussi à la définition d'un motif d'expulsion. Le législateur n'est par contre soumis à *aucune obligation constitutionnelle* de tenir compte des condamnations prononcées à l'étranger.

En outre, la référence générale à des éléments constitutifs d'infractions se traduit par l'ouverture de la Constitution à prendre en compte toutes les formes de culpabilité et de participation à un délit (culpabilité principale et complicité, de même qu'instigation et complicité) s'agissant non seulement d'infractions effectivement consommées, mais aussi de tentatives.

3.3.3 L'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale en tant que motif d'expulsion

3.3.3.1 Prestations des assurances sociales

Le terme *assurances sociales* employé à l'art. 121, al. 3, let. b, Cst. doit en premier lieu être dissocié des prestations fournies par des assureurs privés, auxquelles le texte constitutionnel ne se rapporte nullement. En clair, les assurances sociales auxquelles se réfère le texte constitutionnel sont les (dix) branches d'assurance considérées comme telles dans le recueil systématique du droit fédéral⁶². Il s'agit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS), de l'assurance-invalidité (AI), des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, de la prévoyance professionnelle, de l'assurance-maladie, de l'assurance-accidents, de l'assurance militaire, des allocations pour perte de gain, des allocations familiales et de l'assurance-chômage. Partant de la différenciation, usuelle en droit des assurances sociales, entre prestations en nature et prestations en espèces, le terme « prestations des assurances sociales » comprend, en particulier, les indemnités journalières, les rentes, les prestations complémentaires annuelles, les allocations pour impotent et leurs compléments, de même que les traitements ou les soins, les moyens auxiliaires, les mesures individuelles de prévention et de réadaptation, les frais de transport et les prestations analogues⁶³.

3.3.3.2 Prestations de l'aide sociale

Si le *droit de l'aide sociale* est cantonal, il n'en demeure pas moins que les normes de la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS), que la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) recommande d'appliquer, apportent des réponses circonstanciées aux questions se rapportant à l'organisation de l'aide sociale⁶⁴. Ces normes peuvent également être exploitées pour traiter les questions ici soulevées. L'art. 121, al. 3, let. b, Cst. ne définit pas de restriction à certains genres de prestations d'aide sociale. Il convient de partir du principe que les prestations évoquées ici ont une portée générale de droit constitutionnel. Selon la position officielle des normes CSIAS, elles comprennent aussi bien la couverture des besoins vitaux (frais de logement, soins médicaux de base, aide sociale de base) que les prestations spécifiques et les suppléments d'intégration⁶⁵.

3.3.3.3 La notion de l'abus

La Cst. s'abstient de préciser le sens exact de l'abus. L'interdiction de l'abus de droit inscrite à l'art. 2, al. 2, du code civil (CC)⁶⁶, est cependant applicable à l'ordre juridique dans son intégralité ; elle engage les autorités aussi bien que les particuliers. On parle d'abus de droit lorsqu'une institution juridique est utilisée pour réaliser des intérêts contraires à

⁶² Cf. RS 83.

⁶³ Cf. art. 14 ss de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).

⁶⁴ Cf. version de janvier 2011, qui peut être consultée sous <http://www.skos.ch/fr> (rubriques « Normes CSIAS », « Consulter les normes »).

⁶⁵ Cf. notamment les normes CSIAS (note 64), ch. A.6.

⁶⁶ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210).

son but et que cette institution juridique ne veut pas protéger⁶⁷. Partant, l'obtention de prestations de l'aide sociale est abusive si, en toute objectivité, elle ne vise pas à garantir à la personne dans le besoin le minimum vital (social) lui permettant d'assurer son existence. Le même principe s'applique, par analogie, à l'obtention abusive de prestations des assurances sociales, le but de la branche de l'assurance sociale concernée devant toutefois être pris en compte dans l'examen de chaque cas.

L'art. 121, al. 3, let. b, Cst. laisse le législateur décider s'il entend organiser les éléments constitutifs de l'abus comme des sanctions administratives ou pénales. Ce choix résulte de l'absence de l'exigence d'une *condamnation* par un jugement entré en force (cf. à cet égard l'art. 121, al. 3, let. a, Cst.). L'on ne saurait toutefois en conclure que l'obtention abusive de prestations, déjà établie par l'autorité – par jugement ou sous la forme d'une décision – mais n'ayant pas encore *force de chose jugée* remplisse les faits constitutifs d'une infraction entraînant l'expulsion. Fût-elle souhaitée par le législateur, une telle exclusion de droits juridiques aurait dû être expressément précisée dans le texte constitutionnel.

3.3.4 Compétence législative générale d'établir d'autres faits constitutifs d'infractions entraînant l'expulsion

Le législateur peut, de manière générale, compléter les faits constitutifs (motifs d'expulsion) visés à l'art. 121, al. 3, Cst. par d'autres faits constitutifs d'infractions, en vertu de l'art. 121, al. 4, deuxième phrase, Cst. Le cas échéant, la législation d'exécution devra respecter les lignes directrices mentionnées au ch. 3.3.1. Pour le reste, le législateur dispose d'une large marge d'appréciation politique ; la formulation potestative fait clairement apparaître que le législateur peut sans autre s'abstenir de compléter les faits constitutifs d'une infraction ou ne les compléter qu'ultérieurement. Une interprétation littérale de cette compétence législative ferait apparaître la Constitution comme très ouverte. L'élément d'interprétation historique lui confère pourtant une autre image : l'argumentaire des auteurs de l'initiative met en effet en lumière la préoccupation essentielle de l'initiative sur le renvoi⁶⁸ : « Moins de criminalité étrangère égale plus de sécurité » et « Combattre les abus pour renforcer nos institutions sociales ». Ces objectifs sont déjà repris aux let. a et b de l'art. 121, al. 3, Cst ; les actes de violence, les délits sexuels ainsi que l'abus de prestations sociales, cités une fois encore par les auteurs de l'initiative, y figurent déjà. En cas d'interprétation fondée sur le contexte historique, la marge de manœuvre autorisée par le cadre constitutionnel sur le plan juridique devrait par conséquent s'avérer extrêmement ténue.

3.4 Interprétation à la lumière du droit international public

3.4.1 Position du Conseil fédéral

Dans le condensé de son message concernant l'initiative sur le renvoi, le Conseil fédéral avait déjà averti qu'en cas d'acceptation de l'initiative populaire, outre des conflits majeurs

⁶⁷ ATF 131 I 185 consid. 3.2.4. Illustration : l'étranger qui maintient un mariage de complaisance dans l'intention d'obtenir la prolongation d'une autorisation de séjour délivrée par la police des étrangers commet un abus de droit (cf. art. 51, al. 1, let. a, LETr).

⁶⁸ Argumentaire des auteurs de l'initiative (note 52), p. 2.

avec des garanties de l'État de droit inscrites dans la Constitution fédérale, « d'importantes dispositions du droit international public non impératif ne pourraient plus être respectées, par exemple certaines clauses de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne ». Cette affirmation est motivée en détail dans le message lui-même et documentée par un examen sous l'angle de la CEDH, du Pacte de l'ONU II, de la Convention relative aux droits de l'enfant et de l'ALCP⁶⁹. Aucun élément ne justifie qu'il faille s'écarter des explications déjà données dans le message. Le condensé ci-après récapitule les exigences découlant des traités internationaux évoqués, auxquels notre pays a souscrit.

3.4.2 Idées directrices de la CEDH et du Pacte II de l'ONU

3.4.2.1 Garanties procédurales

L'art. 1 du protocole additionnel n° 7 à la CEDH⁷⁰ et l'art. 13 du Pacte II de l'ONU prévoient plusieurs garanties procédurales concernant l'expulsion des étrangers. En particulier, l'intéressé doit avoir la possibilité, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner la décision rendue concernant son cas. Ces garanties ne sont applicables qu'aux personnes qui se trouvent légalement sur le territoire d'un État partie au Pacte. Elles ne se rapportent directement qu'à la seule procédure, non au contenu des motifs de l'expulsion ; ces garanties ont cependant pour but de prévenir les expulsions arbitraires⁷¹.

3.4.2.2 Garanties matérielles

Dans un cas d'espèce, l'expulsion d'un étranger peut contrevenir à l'art. 8 CEDH, qui protège, outre le respect de la vie privée, le droit à l'unité familiale. En effet, l'expulsion d'un membre de la famille rend impossible la poursuite de la vie familiale dans l'État qui a prononcé la mesure ; à l'inverse, 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 famille⁷². L'art. 8 CEDH a la teneur suivante :

Art. 8 Droit au respect de la vie privée et familiale

(1) Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

(2) Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

⁶⁹ FF 2009 4571, 4579 ss

⁷⁰ Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} novembre 1988 (RS 0.101.07).

⁷¹ D'après le Comité des droits de l'homme dans sa remarque générale n° 15 [27] (1996) ch. 9 ss concernant l'art. 13 du Pacte II de l'ONU.

⁷² FF 2009 4571, 4581.

Conformément à la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, la CEDH ne confère pas de droit à l'entrée et au séjour dans un État contractant. Cependant, si un étranger réside légalement dans un État contractant, son expulsion porte atteinte à son droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH).

La Cour européenne des droits de l'homme statue sur la licéité de l'atteinte, au sens de l'art. 8, al. 2, CEDH, en vertu des critères équivalents ci-après :

- nature et gravité de l'infraction (ou des infractions) ;
- durée du séjour, temps écoulé depuis que l'infraction a été commise (ou depuis que les infractions ont été commises) et comportement de l'intéressé depuis cette date ;
- durée d'une éventuelle interdiction d'entrée ;
- situation familiale de l'intéressé (durée du mariage, vie de famille effective, niveau de connaissance du partenaire à la date du mariage, enfants et âge des enfants) ;
- gravité des problèmes auxquels serait confronté le partenaire de la personne visée par l'expulsion dans l'État de destination, intérêts et intérêt supérieur de l'enfant ou des enfants, en particulier eu égard aux difficultés dans l'État de destination ;
- comparaison des liens sociaux, culturels et familiaux dans le pays d'accueil et dans l'État de destination ;
- s'agissant des délinquants ayant immigré dans le pays d'accueil alors qu'ils étaient encore très jeunes ou qui y sont nés et y ont suivi toute leur formation scolaire, la Cour européenne des droits de l'homme tient en outre compte des éléments suivants : connaissances linguistiques des intéressés ; âge lors de l'expulsion ; parenté dans l'État de destination ; comparaison des chances d'intégration dans le pays d'accueil et dans l'État de destination.

Ces critères *ne sont pas pondérés de manière fixe*, mais en appréciant les conditions propres à chaque cas⁷³. Partant, ne tenir compte que d'un seul critère fixe (par ex. faits constitutifs d'une infraction avérée) constituerait une violation de l'art. 8 CEDH. Aussi une mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi conforme à la CEDH présuppose-t-elle que la législation d'exécution prévoit l'examen de chaque cas d'espèce par une pesée des intérêts dont le résultat doit être ouvert.

L'art. 17 du Pacte II de l'ONU pose d'ailleurs les mêmes exigences concernant l'appréciation détaillée et appropriée des circonstances propres à chaque cas d'espèce :

Art. 17

(1) Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

(2) Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

Cette disposition est en grande partie appliquée de manière identique à l'art. 8 CEDH : le Comité des droits de l'homme examine s'il y a atteinte au droit au respect de la vie privée

⁷³ Cf. par exemple le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 août 2001 dans l'affaire *Boultif* contre la Suisse et celui du 22 mai 2008 dans l'affaire *Emre* contre la Suisse, tirées de la bibliographie, cf. GÄCHTER / KRADOLFER, p. 15.

et familiale et, le cas échéant, si l'atteinte est compatible et proportionnée avec les objectifs du Pacte.⁷⁴ Selon la pratique du Comité des droits de l'homme, l'expulsion d'un membre de la famille ne porte pas systématiquement atteinte à des droits protégés ; il y a cependant lieu de conclure à une telle atteinte si l'expulsion modifie considérablement une vie de famille établie depuis longtemps⁷⁵.

Dans les décisions rendues jusqu'à ce jour, le Comité des droits de l'homme a examiné la proportionnalité des expulsions sur la base des critères suivants (tout en accordant une certaine marge d'appréciation à chaque État concerné) :

- gravité des infractions ;
- liens familiaux dans l'État de résidence ;
- liens familiaux dans l'État de destination ;
- possibilités de maintenir des contacts avec la famille dans l'État de résidence ;
- possibilité de faire valoir tous les motifs s'opposant à l'expulsion au cours de la procédure et de les faire examiner de manière exhaustive par l'autorité compétente (et éventuellement par une autorité de recours).

La pratique du Comité des droits de l'homme concernant l'art. 17 du Pacte II de l'ONU ne diffère pas beaucoup de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au sujet de l'art. 8 CEDH⁷⁶. En particulier, la conclusion sur le caractère licite ou illicite d'une atteinte à des droits protégés découle toujours d'une pondération de l'ensemble des circonstances pertinentes de chaque cas d'espèce.

L'art. 23 du Pacte II de l'ONU garantit la protection de la famille. Dans sa jurisprudence actuelle concernant les cas d'expulsion, le Comité a examiné cette disposition en même temps que l'art. 17 du Pacte II de l'ONU ; dans le contexte qui nous intéresse, elle ne revêt pas une importance qui lui soit propre⁷⁷.

Enfin, il convient de mentionner l'art. 12, al. 4, du Pacte II de l'ONU. Cette disposition prévoit que nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays. Peuvent en principe se prévaloir de cette garantie, en vertu de la pratique du Comité, non seulement les ressortissants du pays concerné, mais également les étrangers qui y ont vécu depuis leur prime jeunesse et n'ont plus guère de liens avec le pays dont ils ont la nationalité, s'ils n'ont pas eu, jusque-là, la possibilité de devenir citoyens de leur pays de séjour⁷⁸. Selon la pratique du Comité, à vrai dire, le fait que l'intéressé n'ait pas eu l'occasion de se naturaliser ne vaut pas (et ce dernier ne saurait donc, dans ce cas, invoquer l'art. 12, al. 4, du Pacte II de l'ONU) si la naturalisation n'a pas pu lui être accordée pour des raisons qui lui sont imputables, par exemple en raison de sa délinquance⁷⁹. Aussi la portée de l'art. 12

⁷⁴ Comité des droits de l'homme *Canepa v. Canada*, 558/1993 (1997), ch. 11.4.

⁷⁵ Comité des droits de l'homme *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), ch. 9.7.

⁷⁶ Cf. GÄCHTER / KRADOLFER, p. 15.

⁷⁷ Comité des droits de l'homme *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), ch. 12.10; *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), ch. 10.

⁷⁸ Comité des droits de l'homme *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), cf. 12.3 ss ; *Canepa v. Canada*, 558/1993 (1997), ch. 11.3 ; *Madafferi and Family v. Australia*, 1011/2001 (2004), ch. 9.6 ; remarque générale 15 [27] (1996), ch. 20.

⁷⁹ Comité des droits de l'homme *Stewart v. Canada*, 538/1993 (1996), ch. 12.8. La doctrine a parfois une interprétation plus large selon laquelle les personnes qui séjournent longtemps dans un pays peuvent invoquer ces dispositions si elles ont établi avec l'État concerné un lien personnel et émotionnel si fort qu'elles s'y identifient comme s'il s'agissait de leur « propre pays », cf. NOWAK, art. 12, point 58.

du Pacte II de l'ONU ne va-t-elle, dans la pratique du Comité des droits de l'homme, pas au-delà de celle de l'art. 17 du Pacte II de l'ONU.

3.4.3 Garanties conférées par la Convention relative aux droits de l'enfant

L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale tant du point de vue de la situation de l'enfant qui s'est rendu pénalement responsable et devrait, de ce fait, être expulsé, que de celle d'une expulsion des parents ou des personnes qui détiennent l'autorité parentale (art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant). De plus, l'art. 9 (pas de séparation de l'enfant contre le gré de ses parents), l'art. 10, par. 2 (droit d'entretenir des relations personnelles et des contacts directs réguliers avec les deux parents) et l'art. 40 de la Convention relative aux droits de l'enfant (garanties en cas d'infraction à la loi pénale) accordent d'autres droits qu'il convient d'examiner et de pondérer au cas par cas⁸⁰. S'agissant de l'expulsion de parents à la suite d'une condamnation pénale, le comité relève que la décision en matière d'expulsion doit accorder une importance majeure à l'intérêt supérieur de l'enfant⁸¹.

3.4.4 Exigences découlant de l'ALCP et de la Convention AELE

L'ALCP octroie aux personnes qui peuvent se prévaloir de cet accord (les citoyens de l'UE et les membres de leur famille au sens de l'art. 3 de l'annexe I ALCP) des droits individuels relevant du droit des étrangers qui sont directement applicables. Il accorde notamment, à des conditions qui varient en fonction de la catégorie de personnes concernées, des droits individuels en matière d'entrée et de sortie, de séjour, d'exercice d'une activité lucrative et de poursuite du séjour en Suisse (cf. en particulier les art. 1 à 4 de l'annexe I ALCP). Ces droits sont valables immédiatement et ne requièrent aucun acte administratif supplémentaire. Des droits analogues sont accordés par les dispositions correspondantes de la convention instituant l'AELE⁸².

Les droits liés à l'ALCP ne sont pas inconditionnels ; ils peuvent être limités par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique. De telles restrictions incluent toutes les mesures ayant une incidence sur le droit d'entrer librement et de séjourner dans le pays, dont font notamment partie le renvoi, l'expulsion ou l'interdiction d'entrée. À cet égard, l'art. 5 de l'annexe I ALCP prévoit les dispositions suivantes⁸³ :

⁸⁰ Cf. explications apportées dans le message du Conseil fédéral, FF 2009 4571, 4583. Cf. également, pour l'importance de la Convention relative aux droits de l'enfant, le récent ATF 135 I 153 consid. 2.2.

⁸¹ Cf. *Norway* CRC/C/15/Add.263, ch. 21 ss et *Norway* CRC/C/15/Add.126, ch. 30 ss, citation d'après: IMPLEMENTATION HANDBOOK ON CRC, p. 126 et 137.

⁸² Cf. Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE ; RS 0.632.31) et accord du 21 juin 2001 amendant la Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (RO 2003 2685).

⁸³ Cf. pour la teneur de la réglementation des directives de la CEE et de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne JAAG / PRIULI, n° 14 ss.

Art. 5 Ordre public

(1) Les droits octroyés par les dispositions du présent accord ne peuvent être limités que par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

(2) Conformément à l'art. 16 de l'accord, il est fait référence aux directives 64/221/CEE [...], 72/194/CEE [...] et 75/35/CEE [...].

L'application de cette disposition doit tenir compte, comme précisé à l'al. 2, des directives 64/221/CEE⁸⁴, 72/194/CEE⁸⁵ et 75/35/CEE⁸⁶, de même que de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne publiée avant la signature de l'ALCP (jour de référence : le 21 juin 1999). Lorsque l'accord renvoie à des notions de droit communautaire, le Tribunal fédéral tient également compte de modifications ultérieures de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne afin de ne pas compromettre l'objectif d'uniformiser l'évolution du droit.⁸⁷ Ainsi, les aspects suivants de la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi revêtent une certaine importance au regard de l'ALCP :

- 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 qualifiée de relativement étroite⁸⁸. Il doit exister une *menace réelle et suffisamment grave à l'ordre public*. Le désordre social entraîné par toute violation de l'ordre juridique ne suffit pas. Il faut que l'un au moins des *intérêts fondamentaux de la société* soit touché. Tel est le cas, en particulier, lorsque, face à un comportement donné, le pays d'accueil prend, à l'égard de ses propres ressortissants également, des mesures (pénales) de contrainte ou d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement et ce, même s'il ne saurait prononcer l'expulsion de ses propres ressortissants⁸⁹.
- 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 peuvent se justifier en vertu de l'ALCP. Interprété à la lumière de l'art. 3, al. 1, de la directive 64/221/CEE, l'art. 5, annexe I, ALCP n'autorise pas les mesures ordonnées uniquement sur la base de considérations préventives d'ordre général⁹⁰.
- Une condamnation pénale ne suffit pas, à elle seule, pour justifier une limitation des droits octroyés par l'ALCP.⁹¹ Une condamnation pénale ne peut être prise en compte que dans la mesure où *le comportement personnel sur lequel elle s'appuie constitue une menace actuelle pour la sécurité et l'ordre publics*. En conséquence, il s'agit d'évaluer le risque de récidive, les exigences posées quant au risque de récidive à

⁸⁴ JO L 56 du 4 avril 1964, p. 850.

⁸⁵ JO L 121 du 26 mai 1972, p. 32.

⁸⁶ JO L 14 du 20 janvier 1975, p. 14.

⁸⁷ ATF 136 II 5 consid. 3.4.

⁸⁸ Cf. CJUE du 4 décembre 1974, Rs 41/74, van Duyn, Rec. 1974, 1337, n° 18 ; cf. également JAAG / PRIULI, n° 18.

⁸⁹ ATF 130 II 176 consid. 3.4.1 ; 129 II 215 ; CJUE du 27 octobre 1977, Rs 30/77, Bouchereau, Rec. 1977, 1999, point 33 ss ; CJUE du 18 mai 1982, Rs 115/81 et 116/81, Adoui et Cornuaille, Rec. 1982, 1665, point 8 ; CJUE du 19 janvier 1999, Rs C-348/96, Calfa, Rec. 1999, I-11, point 21 ss.

⁹⁰ ATF 136 II 5 consid. 4.3 ; CJUE du 10 février 2000, Rs C-340/97, Nazli, Rec. 2000 I-957, point 59.

⁹¹ Cf. art. 3, al. 2, de la directive n° 64/221/CEE ; également ATF 130 II 493 consid. 3.2, p. 499.

prendre en compte étant d'autant plus faibles que les atteintes potentielles à des biens juridiques sont importantes⁹².

- Le caractère actuel de la menace doit être avéré non seulement à la date du retrait (par un tribunal pénal) d'une autorisation relevant du droit des étrangers, mais également lors de l'exécution de l'expulsion. Tout changement des états de fait survenant dans l'intervalle doit être pris en compte. De tels changements doivent aussi en tout temps pouvoir être invoqués par la suite⁹³.
- Le *principe de la proportionnalité* et les *droits fondamentaux* doivent être pris en compte lors de l'appréciation de chaque cas d'espèce. Les intérêts divergents, à savoir l'intérêt public à protéger la sécurité et l'ordre publics et les intérêts privés des personnes directement ou indirectement concernées, doivent être mis en balance. Doivent être pris en compte le genre et la gravité des faits constitutifs de l'infraction concernée, la durée du séjour, le temps écoulé depuis que l'acte délictueux a été perpétré ainsi que la situation familiale. Parmi les aspects liés aux droits fondamentaux, sont notamment pertinentes les garanties prévues par la CEDH (cf. indications figurant au ch. 3.4.2 ci-dessus). Le retrait automatique d'un droit octroyé par l'ALCP est illicite⁹⁴.

Il en résulte les *conséquences* ci-après, à prendre en compte dans la rédaction des textes de loi⁹⁵ :

- Pour que la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi soit conforme à l'ALCP, il ne faut pas qu'il soit possible d'ordonner une expulsion ou de prononcer une interdiction d'entrée en l'absence d'une menace actuelle, réelle et suffisamment grave à l'ordre public.
- Une réglementation conforme à l'ALCP engage chaque autorité compétente pour ordonner une mesure limitant la libre circulation à examiner ces critères au cas par cas. Cette obligation touche tout particulièrement l'autorité appelée à statuer dans la procédure sur la décision ou la mesure prononcée, qu'il s'agisse d'une cour pénale ou d'une autorité compétente en matière d'étrangers. Reporter l'examen individuel du cas au stade de la procédure d'exécution du renvoi ou de l'expulsion est illicite.
- Enfin, l'autorité doit avoir la possibilité de ne pas entrer en matière sur le *nouvel* examen d'une demande si de nouveaux motifs pertinents ne sont pas invoqués. L'autorité doit cependant prendre en compte le temps écoulé depuis sa dernière décision.

⁹² ATF 130 II 176 consid. 4.3.1.

⁹³ Cf. CJUE du 29 avril 2004, en rel. Rs C-482/01 et C-493/01, Orfanopoulos et Oliveri, Rec. 2004 I-5257.

⁹⁴ CJUE du 19 janvier 1999, Rs C-348/96, Calfa, Rec. 1999, I-11, points 27-28 ; CJUE du 29 avril 2004, Orfanopoulos et Oliveri, en rel. Rs C-482/01 et C-493/01, Rec. 2004 I-5257, point 68 ; CJUE du 7 juin 2007, Rs C-50/06, Commission des Communautés européennes contre Royaume des Pays-Bas, Rec. 2007, I-4383, point 44.

⁹⁵ Cf. également les projets des art. 73c et 67d, al. 1, CP, de même que de l'art. 63b LETr imprimés en annexe, conformément aux variantes 2 à 4.

3.4.5 Conclusion : examen au cas par cas et prise en compte du principe de la proportionnalité

Pour l'essentiel, les dispositions pertinentes des règles non impératives du droit international public requièrent l'*examen individuel de chaque cas d'espèce* et la prise en compte du *principe de la proportionnalité* au plus tard lors de la décision concernant l'exécution effective de l'expulsion (ou du renvoi). À cet égard, l'ALCP pose des conditions plus sévères, puisqu'il exige que l'autorité appelée à statuer procède déjà à l'examen de chaque cas d'espèce (cf. ci-dessus, ch. 3.4.4).

Si l'on privilégie une interprétation conforme aux règles du droit international public (interprétation harmonisante), il semble qu'une loi d'exécution prévoyant l'examen individuel de chaque cas au stade de l'exécution du renvoi ou de l'expulsion serait compatible avec l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

Cette interprétation est critiquée en ce sens que le contre-projet direct se distinguait de l'initiative sur le renvoi en ce qu'il se proposait de prendre en compte les règles du droit international public ainsi que les prescriptions du droit constitutionnel (cf. p-art. 121b, al. 3, Cst.⁹⁶). Le contre-projet ayant été rejeté par le peuple et les cantons, il y a tout lieu d'estimer, en insistant sur l'élément d'interprétation historique, qu'une mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi conforme au droit international public désavouerait la volonté du constituant⁹⁷.

En revanche, « l'expulsion automatique » établie par le texte constitutionnel n'est vraisemblablement plus conciliable avec l'examen au cas par cas lors de la procédure décisionnelle requis selon l'ALCP. Au cas où il faudrait en venir à concrétiser ce point de l'ALCP, il n'y aurait pas lieu d'y parvenir par le truchement d'une interprétation qui soit conforme au droit international public, mais en partant du principe que l'ALCP prévaut⁹⁸. La deuxième variante de la liste des infractions s'appuie sur cette idée. L'explication qui la sous-tend est qu'en tant qu'acte législatif d'une nature plus spécifique sur le plan tant personnel que matériel, l'ALCP l'emporte par principe sur l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.⁹⁹.

L'écartèlement déjà explicité de manière générale au précédent ch. 2.3.2 suscité en cas d'infractions à des règles non impératives du droit international public apparaît une nouvelle fois clairement après l'interprétation de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. : tandis qu'une interprétation ainsi qu'une mise en œuvre strictement axées sur l'énoncé du texte constitutionnel et le contexte dans lequel il a vu le jour placeraient la Suisse en porte-à-faux avec le droit international, une interprétation conforme au droit international public ou la reconnaissance de la primauté de plusieurs dispositions de l'ALCP sur des normes constitutionnelles plus récentes prêteraient inévitablement le flanc à la critique, vu qu'elles ne prendraient pas suffisamment en compte la volonté du constituant. Une voie médiane ne semble pas en vue. En particulier, il ne faut pas s'attendre à ce qu'une mise en œuvre contraire au droit international incite la Cour européenne des droits de l'homme ou la Commission européenne des droits de l'homme à modifier leur pratique en faveur de la Suisse (cf. également ch. 4).

⁹⁶ FF 2010 3856 et précédent ch. 1.1.

⁹⁷ Cf. JAAG / PRIULI, n° 35.

⁹⁸ Cf. en général la (difficile) frontière qu'il faut tracer avec les cas dans lesquels une interprétation conforme aux règles du droit international public se justifie, cf. 2.3.2 précédemment.

⁹⁹ REICH, p. 518.

3.5 Conséquences d'une mise en œuvre contraire au droit international

3.5.1 Accord sur la libre circulation des personnes

Les possibles conséquences juridiques et politiques d'une priorité accordée à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. sur l'ALCP ont été examinées, notamment, par JAAG / PRIULI. Les auteurs de cette étude ont esquissé les niveaux potentiels d'escalade suivants¹⁰⁰ (la majorité du groupe de travail se rallie à ces représentations et conséquences) : le Conseil fédéral pourrait tenter de renégocier l'ALCP en complétant l'art. 5 de l'annexe I ALCP d'une réserve renvoyant à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. Au vu de la pratique de la Commission de l'Union européenne et de la Cour de justice de l'Union européenne, les auteurs de l'étude estiment cependant qu'il n'y a pas lieu d'escompter que l'UE se montre très conciliante face à une solution spéciale. Les organes compétents de l'UE auront tôt fait de condamner toute mise en œuvre contraire au droit international et d'en débattre au sein du Comité mixte. La prochaine étape, s'il devait ne pas être mis fin à la violation de l'ALCP dans le délai imparti, serait une menace de dénonciation de l'accord. Quant à savoir si l'UE irait réellement jusqu'à dénoncer l'ALCP, Jaag / Priuli laissent la question ouverte. Selon eux, la violation de l'ALCP par la Suisse donnerait en tout cas le droit à l'UE de le faire¹⁰¹. En raison de la clause guillotine, visée à l'art. 25 ALCP, une dénonciation de l'ALCP entraînerait automatiquement l'extinction des autres accords bilatéraux de 1999¹⁰².

3.5.2 Convention européenne des droits de l'homme

Les personnes frappées d'expulsion qui ont épuisé les voies de recours prévues par le droit interne peuvent déposer un recours individuel auprès de la Cour européenne des droits de l'homme (art. 34 CEDH). Au premier plan figurent les réclamations invoquant une violation du principe de non-refoulement (art. 3 CEDH) ou du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH). Si la Cour conclut, dans un cas d'espèce, à la violation de la CEDH, son jugement est contraignant (art. 46, al. 1, CEDH). Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe contrôle ensuite l'application au niveau national du jugement (art. 46, al. 2, CEDH).

L'obligation d'appliquer le jugement n'est pas limitée au paiement de l'indemnité accordée par la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'art. 41 CEDH¹⁰³. Il convient en effet plutôt de remédier, autant que possible, aux conséquences réelles et juridiques de la violation constatée de la convention¹⁰⁴. En Suisse, le recourant a notamment la pos-

¹⁰⁰ JAAG / PRIULI, n° 36 ss

¹⁰¹ JAAG / PRIULI, n° 40.

¹⁰² Il s'agit des accords suivants : accord sur le transport aérien, accord sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route, accord relatif aux échanges de produits agricoles, accord sur la reconnaissance mutuelle d'évaluations de la conformité, accord sur certains aspects relatifs aux marchés publics et accord sur la coopération scientifique et technologique.

¹⁰³ Conseil de l'Europe, Surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, 4^e rapport annuel, 2010, p. 18, ch. 8 ss, qui peut être consulté à l'adresse http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM_annreport2010_fr.pdf

¹⁰⁴ FROWEIN / PEUKERT, art. 46 n° 6 ss. Dans les cas d'expulsion, il s'agit habituellement de la révocation de l'expulsion ; il n'est pas encore établi si le raccourcissement de la durée d'une interdiction d'entrée suffirait. Cf. SCHEIDEGGER, p. 303.

sibilité de demander la révision de l'arrêt du Tribunal fédéral (art. 122 de la loi sur le Tribunal fédéral [LTF]¹⁰⁵).

L'État partie intéressé est en outre tenu d'adopter des mesures générales en vue de prévenir la répétition de violations de la CEDH du même genre¹⁰⁶. Dans les cas graves qui nécessitent, par exemple, des modifications législatives, il est également tenu de démontrer, dans un plan d'action, de quelle manière et dans quel délai il entend mettre en œuvre ces mesures. Un tel plan doit être déposé dans les six mois après l'entrée en force du jugement.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe peut condamner par une résolution intérimaire (publique) tout manquement ou retard dans la mise en œuvre du jugement.¹⁰⁷ L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe peut, pour sa part, débattre du cas sur le plan politique et adresser des recommandations au Comité des Ministres. Le secrétaire général du Conseil de l'Europe peut, sur la base de l'art. 52 CEDH, demander des renseignements complémentaires auprès de l'État partie concerné. Depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 14 à la CEDH¹⁰⁸, le 1^{er} juin 2010, le Comité des Ministres peut dans ces cas charger la Cour européenne des droits de l'homme de déterminer si l'État partie concerné s'est conformé à son obligation d'exécuter le jugement. Si la Cour constate une violation de l'obligation de l'État partie à y donner suite, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres afin qu'il examine les mesures à prendre (art. 46, al. 4 et 5, CEDH). Il serait en outre possible à d'autres États de déposer une requête étatique (conformément à l'art. 33 CEDH). Enfin, si un État partie enfreint gravement *les valeurs fondatrices du Conseil de l'Europe*, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe peut lui retirer temporairement son droit de représentation ; le Comité des Ministres peut sommer cet État de retirer son adhésion et, éventuellement, l'exclure (art. 8 du statut du Conseil de l'Europe¹⁰⁹).

L'art. 3 du statut du Conseil de l'Europe décrit de la manière suivante ces *valeurs fondatrices* sur lesquelles se fonde, conformément à son préambule, « toute démocratie véritable » : « Tout Membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du Droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement à la poursuite du but défini au chapitre premier. »

¹⁰⁵ Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).

¹⁰⁶ Cf. BESSON, p. 125 ss ; RUEDIN, notamment p. 85 ss et 201 ss ; SCHEIDEGGER p. 296 ss.

¹⁰⁷ Cf. par exemple la résolution intérimaire ResDH(2006)26 relative à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 (Grande Chambre) dans l'affaire Ilașcu et autres contre la Moldavie et la Fédération de Russie, dans laquelle les États membres du Conseil de l'Europe sont explicitement invités à adopter des mesures à l'encontre de la Russie, défaillante.

¹⁰⁸ Protocole n° 14 du 13 mai 2004 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention (RS 0.101.094).

¹⁰⁹ Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949, entré en vigueur pour la Suisse le 6 mai 1963 (RS 0.192.030).

3.5.3 Pacte II de l'ONU et Convention relative aux droits de l'enfant

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 États 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. La Suisse a par ailleurs reconnu, pour une période allant jusqu'à avril 2015, la compétence du Comité des droits de l'homme s'agissant d'examiner les communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du Pacte. Le Pacte II de l'ONU *n'est pas dénonçable*¹¹⁰.

Au contraire du Pacte II de l'ONU, la Convention relative aux droits de l'enfant est *révocable*. Elle ne connaît pas de procédure de communication individuelle¹¹¹. 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 États 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 juridique.

4. Point de vue des représentants du comité d'initiative concernant l'interprétation de normes constitutionnelles

4.1 Remarques générales

Les représentants du comité d'initiative ont présenté un document de travail sur l'interprétation de normes constitutionnelles en général et, plus particulièrement, de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.¹¹². Les points de vue présentés dans ce document divergent notamment sur les points ci-après des positions de la majorité du groupe de travail exposées aux ch. 2 et 3 ci-dessus :

- Les nouvelles dispositions constitutionnelles subordonnent l'expulsion de Suisse à une condamnation pour des infractions concrètes particulièrement graves (assassinat, brigandage, viol) ou pour des infractions qui représentent une menace particulière pour l'ordre et la sécurité publics (effraction, trafic de drogue, abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales). Le libellé de la norme constitutionnelle tient déjà compte du *principe de proportionnalité*, de sorte que l'examen du respect de ce

¹¹⁰ Cf. art. 56 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (note 29).

¹¹¹ Un tel projet existe bel et bien, mais l'Assemblée générale des Nations Unies ne l'a pas encore adopté.

¹¹² Cf. document de travail BRANDENBERG / RUTZ (note 52), en particulier les ch. 2.3.2.1 (respect du principe de proportionnalité), 2.3.2.2 (droit au respect de la vie familiale), 2.4 (l'initiative sur le renvoi en tant que droit constitutionnel), 3.3.1 (droit au respect de la vie privée et familiale [art. 8 CEDH]), 3.3.2 (compatibilité avec l'accord sur la libre circulation des personnes [ALCP]).

principe est superflu lors de l'adoption de la législation d'exécution et de l'examen de cas individuels.

- L'initiative sur le renvoi n'enfreint pas le droit au respect de la vie familiale, garanti par l'art. 13, al. 1, Cst. Il n'y a pas atteinte à ce droit fondamental lorsque l'on peut raisonnablement exiger de personnes autorisées à séjourner en Suisse qu'elles suivent à l'étranger le membre de leur famille qui doit être expulsé et que ce départ est possible. Le départ de Suisse d'une personne étrangère est considéré comme étant *généralement nécessaire et raisonnablement exigible* s'il existe un motif d'expulsion au sens des nouvelles dispositions constitutionnelles.
- Une initiative constitutionnelle valable, érigée au rang de droit constitutionnel suite à son acceptation par le peuple et les cantons, ne saurait se voir opposer d'autres normes constitutionnelles. En pareil cas, le constituant serait toujours subordonné aux normes adoptées par le constituant précédemment. Les principes selon lesquels la loi postérieure déroge à la loi antérieure (*lex posterior derogat legi priori*) et les dispositions spéciales l'emportent sur la loi générale (*lex specialis derogat legi generali*) confirment d'ailleurs cette position. Par conséquent, il n'est pas possible d'atténuer la portée des réglementations prévues à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. en leur opposant des normes constitutionnelles générales ou antérieures.
- Le texte de l'initiative et le projet de mise en œuvre du comité d'initiative sont compatibles avec l'art. 8 CEDH, si tant est que l'on puisse même parler d'une atteinte au texte de la convention. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la justification d'une ingérence doit être examinée à la lumière du principe de proportionnalité. Le projet de mise en œuvre du comité d'initiative respecte ce principe puisqu'il fait dépendre la perte du droit de séjour d'une condamnation pour une infraction d'une certaine gravité ou pour une infraction représentant une menace particulière pour l'ordre et la sécurité publics.
- La confrontation de l'art. 8 CEDH et de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. ne révèle pas de divergences fondamentales. Le problème réside dans la jurisprudence ultérieure de portée très étendue de la Cour européenne des droits de l'homme, en raison de son *interprétation dynamique du texte de la convention*. Jusqu'ici, la Suisse a repris cette jurisprudence sans sourciller. Les nouvelles normes constitutionnelles devront permettre de corriger, dans une certaine mesure, la jurisprudence de la Cour.
- Dans les cas relevant de l'ALCP, une condamnation pénale ne peut être un motif d'expulsion que si les circonstances ayant prévalu au prononcé de cette mesure laissent entrevoir un comportement personnel qui représente une menace actuelle pour l'ordre public¹¹³. La Cour de justice de l'Union européenne donne une marge d'appréciation considérable aux États membres pour déterminer ce que l'on entend par trouble de l'ordre public. Cette question doit dès lors être examinée en priorité sous l'*angle politique*. Cependant, même en cas de contradiction, il serait possible de trouver une solution qui concilie les objectifs de l'initiative et ceux de l'ALCP, d'autant plus que ce dernier pose lui-même comme principe que les ordres juridiques de l'une et l'autre partie sont des ensembles dynamiques. Selon le mécanisme prévu dans l'accord pour régler les différends, le comité mixte pourrait par exemple prendre acte approbativement des nouvelles normes constitutionnelles suisses.

¹¹³ Cf. ATF 136 II 5, consid. 4.2.

4.2 Compléments des représentants du comité d'initiative concernant la relation entre droit international et droit interne

Au cas où, contrairement à l'opinion défendue par les représentants du comité d'initiative, l'initiative sur le renvoi serait incompatible avec certaines règles non impératives du droit international, il faudrait d'abord déterminer de quelle manière procéder lorsque des règles non impératives du droit international s'opposent à des normes constitutionnelles plus récentes.

4.2.1 Primauté des nouvelles normes constitutionnelles sur des règles non impératives du droit international

La relation entre droit international et droit constitutionnel est réglée, en partie, à l'art. 190 Cst., qui dispose que le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Exception faite des règles impératives du droit international, cette obligation ne vaut toutefois pas pour les nouvelles normes constitutionnelles libellées en termes suffisamment précis pour être directement mises en œuvre par les autorités chargées d'appliquer le droit¹¹⁴. Cela signifie que les règles non impératives du droit international qui sont en contradiction avec une nouvelle norme constitutionnelle ne sont plus applicables. En ce qui concerne les normes constitutionnelles qui ne sont pas directement applicables, il s'ensuit, par analogie, que les dispositions d'exécution priment le droit international plus ancien¹¹⁵. Ce principe ne saurait être contourné par l'adoption de dispositions d'exécution conformes aux normes plus anciennes du droit international, en application de l'art. 5, al. 4, Cst., mais en contradiction avec des dispositions constitutionnelles plus récentes. En pareil cas, les nouvelles normes constitutionnelles priment la disposition programmatique plus ancienne de portée générale prévue à l'art. 5, al. 4, Cst., faute de quoi le peuple et les cantons se verraient dépossédés de leur pouvoir de constituant et seraient relégués à un rôle purement folklorique.

Cinq arguments – un relevant du droit international et quatre du droit national – plaident en faveur de la primauté des nouvelles normes constitutionnelles et de dispositions d'exécution conformes à ce droit constitutionnel plus récent.

Selon le droit international, premièrement, un État peut adopter des normes contraires à des règles non impératives du droit international. Certes, il ne devrait pas le faire, mais s'il le fait quand même, cela ne signifie que ses lois sont nulles, mais qu'il doit assumer la responsabilité de ses actes et qu'il s'expose aux conséquences prévues par le droit international (interventions diplomatiques, suspension ou dénonciation de l'accord concerné)¹¹⁶. Le droit international ne contient donc pas de règle qui voudrait que les normes internationales prévalent sur les dispositions du droit interne¹¹⁷.

Sous l'angle du droit interne, deuxièmement, les articles constitutionnels relatifs à la révision de la Constitution (cf. art. 192 ss Cst.), qui ne prévoient comme restriction que les règles impératives du droit international, permettent aussi de déroger au droit international non impératif. Aucun élément ne permet de

¹¹⁴ Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2110 s. ; KIENER / KRÜSI, p. 250.

¹¹⁵ BAUMANN, p. 260.

¹¹⁶ BAUMANN, p. 261.

¹¹⁷ HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 1917.

conclure que le constituant entendait admettre des initiatives contraires au droit international et les laisser lettre morte en cas d'acceptation¹¹⁸. Hangartner souligne justement à ce propos qu'il serait désastreux pour le processus politique de soumettre une initiative au vote du peuple et des cantons, mais de ne pas la mettre en œuvre, ou en partie seulement, si elle est acceptée¹¹⁹. En d'autres termes, le principe de la démocratie directe prescrit de déroger aux règles non impératives du droit international : des dérogations sont indispensables pour ne pas vider la démocratie directe de sa substance. Le Conseil fédéral négocie et signe les accords internationaux (art. 184, al. 2, Cst.). Le pouvoir du Parlement se limite à les approuver ou les rejeter. La détermination du contenu de ces accords internationaux – c'est-à-dire le travail législatif proprement dit – échappe à la compétence du Parlement, l'organe directement et démocratiquement légitimé, et se retrouve exclusivement entre les mains du Conseil fédéral et de sa diplomatie. Le droit international devient ainsi un droit qui émane du gouvernement et de l'administration. Le législateur démocratiquement élu se voit relégué au second plan, avec comme seul pouvoir la faculté de dire oui ou non. Cette situation est problématique non seulement du point de vue démocratique, mais aussi au regard des principes de l'État de droit. Le principe de la séparation des pouvoirs est ébranlé : on observe un déplacement unilatéral du pouvoir en direction du gouvernement et de l'administration, qui assument de plus en plus également le rôle de législateur. Le peuple et les cantons sont quant à eux privés de leurs compétences de manière encore plus manifeste. Si le Parlement a au moins la possibilité d'approuver ou de rejeter la plupart des accords internationaux, les droits de participation du peuple et des cantons sont encore moindres. Seule l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales est encore soumise obligatoirement au vote du peuple et des cantons (art. 140, al. 1, Cst.). En ce qui concerne le référendum facultatif en matière de traités internationaux également, seuls certains accords sont soumis au vote du peuple et pour autant que 50 000 citoyens ayant le droit de vote en fassent la demande : il s'agit des traités internationaux d'une durée indéterminée ou qui ne sont pas dénonçables, qui prévoient une adhésion à une organisation internationale ou qui tendent à une harmonisation juridique multilatérale (art. 141, al. 1, let. d, Cst.). Les traités internationaux qui n'entrent pas dans l'une de ces catégories ne peuvent être soumis au référendum facultatif que sur décision de l'Assemblée fédérale (art. 141, al. 2, Cst.). Jusqu'au 13 mars 1977, les accords internationaux n'étaient soumis au référendum facultatif que s'ils étaient conclus pour une durée indéterminée ou pour plus de 15 ans (art. 89, al. 4, anc. Cst.). En 1974 par exemple, il n'avait pas été nécessaire de soumettre la CEDH au référendum facultatif, car la convention pouvait être dénoncée passé un délai de cinq ans¹²⁰. Après des débats enflammés, le Parlement s'est rallié à cette opinion défendue par le Conseil fédéral dans son message¹²¹ et a décidé de ne pas soumettre volontairement la convention à l'approbation du peuple. Le fait que les dispositions de la CEDH et, plus encore, la jurisprudence de la Cour, de portée très étendue, puissent aujourd'hui être opposées à toute nouvelle norme constitutionnelle est choquant, compte tenu de la faible légitimation démocratique qui caractérise la CEDH, et suscite des interrogations au regard du droit constitutionnel.

¹¹⁸ BAUMANN, p. 261.

¹¹⁹ HANGARTNER YVO, SG-Komm. BV, n° 35 ad art. 139 Cst. et n° 33 ad art. 190 Cst.

¹²⁰ KELLER, p. 300.

¹²¹ FF 1974, p. 1046 ss.

Le troisième argument qui plaide en faveur de la primauté du droit constitutionnel le plus récent tient à l'absence de hiérarchie entre les normes constitutionnelles. Le principe de l'unité de la Constitution et de l'égalité de rang de ses normes impose de concilier les dispositions constitutionnelles¹²². On pourrait toutefois objecter à cet argument que l'art. 190 Cst. constitue une loi spéciale.

Il faut cependant dire, quatrième, que l'obligation d'appliquer les normes constitutionnelles postérieures contraires au droit international découle du sens et du but de l'art. 190 Cst. Le but de cette disposition était notamment d'éviter que les tribunaux aient une position de prééminence sur le législateur, ce qui serait étranger à la conception suisse de la séparation des pouvoirs. L'art. 190 Cst., qui correspond à l'art. 113, al. 3, de l'ancienne Constitution fédérale, est l'expression de la doctrine radicale et libérale qui avait cours au 19^e siècle concernant la répartition des pouvoirs et qui conférait au Parlement une souveraineté absolue. Cette conception reflétait les intérêts politiques du radicalisme qui dominait alors le Parlement et qui ne voulait pas voir ses compétences législatives limitées par le pouvoir judiciaire¹²³. Vu que la révision totale de la Constitution fédérale a consisté en une simple mise à jour du droit constitutionnel alors en vigueur¹²⁴, le sens et le but de l'art. 190 Cst. sont les mêmes que ceux de l'art. 113, al. 3, de l'ancienne Constitution. L'interprétation historique révèle, par conséquent, que l'art. 190 Cst. ne régleme pas la position du droit international dans l'ordre juridique interne, mais qu'il définit exclusivement les compétences du Tribunal fédéral¹²⁵.

Enfin, le cinquième et dernier argument plaçant pour la primauté des nouvelles normes constitutionnelles est le fait qu'une interprétation divergente de l'art. 190 Cst. aboutirait à ce que le droit international soit perçu, de manière générale, comme une limite à la révision de la Constitution. Cette conception serait non seulement incompatible avec la fonction de la Constitution en tant que loi fondamentale susceptible d'être modifiée en tout temps par le peuple et les cantons, mais elle reviendrait à instaurer un obstacle supplémentaire à d'éventuels projets de révision¹²⁶. De plus, elle aurait pour effet de transférer, des mains du peuple et des cantons à celles du Conseil fédéral et de la diplomatie (internationale), les compétences en matière d'élaboration de normes constitutionnelles.

4.2.2 Conclusion : le droit constitutionnel prime les règles non impératives du droit international

Comme exposé ci-dessus, une contradiction avec des règles non impératives du droit international n'entraîne pas l'inapplicabilité du droit national. Le droit en vigueur protège le droit d'initiative en ce sens qu'il consacre la primauté des initiatives populaires sur le droit international non impératif. Il s'ensuit qu'une initiative populaire dérogeant à des règles non impératives du droit international qui a été acceptée par le peuple et les cantons doit être mise en œuvre sans réserves eu égard au droit international non impératif. Cela vaut aussi pour l'initiative sur le renvoi, pour le cas où, contrairement à la position défendue

¹²² KIENER / KRÜSI, p. 247.

¹²³ BAUMANN, p. 265 ; KIENER / KRÜSI, p. 248 s.

¹²⁴ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale (note 37), p. 27 ; HÄFELIN / HALLER / KELLER, n° 63.

¹²⁵ EPINEY, p. 549 ; KIENER / KRÜSI, p. 248.

¹²⁶ BAUMANN, p. 262.

par le comité d'initiative, elle contreviendrait à des règles non impératives du droit international. Il y a lieu de mettre en lumière cette conception, qui n'est d'ailleurs pas nouvelle, pour tordre le cou à l'idée, fausse, avancée parfois, qui voudrait qu'une initiative populaire contraire à des règles non impératives du droit international ne pourrait pas être mise en œuvre.

Il faut donc se féliciter que le Conseil fédéral ait pris position sur la question, dans son rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, en concluant que les autorités sont en principe tenues d'appliquer une disposition constitutionnelle contraire au droit international lorsqu'elle est plus récente que la règle internationale¹²⁷. L'ordre constitutionnel suisse va toutefois encore plus loin que le Conseil fédéral : en matière de modification de la Constitution, qui est l'échelon normatif le plus élevé de l'État, le dernier mot revient au peuple et aux cantons. Aussi le droit constitutionnel doit-il primer les règles non impératives du droit international, même si elles sont plus récentes. Dans le cas contraire, le Conseil fédéral et sa diplomatie auraient tôt fait de contourner des décisions qu'ils jugent défavorables, prises par le peuple et les cantons, en signant ultérieurement un traité international. Par conséquent, les dispositions constitutionnelles priment les règles non impératives du droit international non seulement lorsque ces dernières sont plus anciennes, mais aussi lorsqu'elles sont plus récentes.

Le cas échéant, le Conseil fédéral aurait le mandat de négocier une adaptation du traité concerné. Si les négociations devaient échouer, la seule issue serait alors la dénonciation du traité. Cette procédure pourrait aussi s'appliquer aux conventions qui ne sont pas dénonçables, comme le Pacte II de l'ONU, faute de clause à cet effet : même en l'absence de cause spécifique, un droit de dénonciation peut être déduit de la nature même du traité concerné (art. 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités)¹²⁸.

5. Dans quel acte intégrer les dispositions d'exécution ?

5.1 Cadre constitutionnel et nature juridique des mesures d'éloignement

Si l'approbation de l'initiative avait eu pour effet de compléter l'art. 123 Cst. « Droit pénal », des motifs importants plaideraient pour une mise en œuvre dans le code pénal¹²⁹. Or les nouvelles dispositions constitutionnelles sont venues compléter l'art. 121, al. 1 et 2, Cst., dans la section 9 « Séjour et établissement des étrangers ». L'art. 121, al. 1, Cst. contient une formulation impérative qui confère à la Confédération une compétence législative globale en matière d'étrangers et d'asile. Cette norme permet de réglementer toutes les questions concernant le fondement, la modification et la révocation du droit de séjour, ainsi que le statut des personnes étrangères¹³⁰. Actuellement, c'est essentiellement au travers de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) que cette compétence est mise

¹²⁷ Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 concernant la relation entre droit interne et droit international, FF 2010 2067, 2124.

¹²⁸ PETERS / PAGOTTO, p. 54 ss

¹²⁹ Cf. aussi l'endroit où sont placés l'art. 123a Cst. (initiative sur l'internement à vie) et l'art. 123b Cst. (initiative pour l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantile).

¹³⁰ BIAGGINI, art. 121 n° 6, 9 ; AUBERT / MAHON, art. 121 n° 11.

en œuvre. Les prescriptions relatives à l'extinction et à la révocation d'autorisations et aux mesures d'éloignement figurent à l'art. 60 ss LEtr. Ces prémisses amènent les conclusions suivantes :

- Conformément à l'art. 121, al. 2, Cst., les étrangers qui menacent la sécurité du pays peuvent être expulsés de Suisse (expulsion dite politique). Dans les cas politiquement très sensibles, le Conseil fédéral peut ordonner l'expulsion directement sur la base de l'art. 121, al. 2, Cst. En règle générale toutefois, les expulsions motivées par des raisons d'ordre politique sont du ressort de l'Office fédéral de la police (fedpol ; art. 68, al. 1, LEtr). Que l'expulsion soit ordonnée par le Conseil fédéral ou par fedpol, il s'agit dans les deux cas d'une *mesure de droit administratif*.
- Les nouvelles normes constitutionnelles figurant à l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. peuvent être mises en contexte, à la faveur d'une *interprétation systématique*, avec les al. 1 et 2, ce qui plaide en faveur d'une mise en œuvre dans la LEtr, sous la forme d'une mesure de droit administratif. Dans le cas contraire, deux ordres différents seraient créés, avec, d'un côté, l'expulsion dite politique, fondée sur l'art. 121, al. 2, Cst., en tant que mesure de droit administratif, et de l'autre, l'expulsion dite obligatoire, fondée sur l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. et relevant quant à elle du droit pénal. Si l'option retenue pour la mise en œuvre des nouvelles normes constitutionnelles devait être celle du droit pénal, l'on pourrait examiner, dans un souci de cohérence de l'ordre juridique, la nécessité d'intégrer dans le code pénal les dispositions relatives à l'expulsion pour cause de condamnation à « une peine privative de liberté de longue durée »¹³¹, mesure qui, sous l'empire du droit actuel, relève du droit administratif. Il convient néanmoins de signaler que l'expulsion du territoire suisse telle qu'elle figurait dans l'ancien droit prévoyait des compétences similaires tant pour les juges pénaux que pour les autorités compétentes en matière d'étrangers.
- Le sens et le but de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. consistent à lutter contre les « abus de l'hospitalité suisse » commis par des personnes étrangères¹³². Aux yeux des étrangers concernés, les conséquences juridiques du renvoi ou de l'expulsion peuvent, il est vrai, avoir (également) un caractère pénal. La Constitution n'impose pas, cependant, une mise en œuvre dans le droit pénal : on ne saurait déduire une telle obligation du libellé de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

Au final, du point de vue de la systématique, l'endroit où sont placées les nouvelles normes dans la Constitution plaide plutôt pour une conception de l'expulsion des étrangers criminels en tant que mesure de droit administratif, à mettre en œuvre dans la LEtr. En revanche, le sens et le but de l'art. 121, al. 1 à 3, Cst. ne fournissent pas d'éléments concluants à ce sujet

5.2 Avantages et inconvénients respectifs d'une mise en œuvre dans le droit pénal ou dans la législation sur les étrangers

La Constitution ne donnant pas d'instructions claires quant à l'acte dans lequel il conviendrait d'intégrer les dispositions d'exécution, il y a lieu de faire une analyse générale des avantages et des inconvénients d'une mise en œuvre dans le droit pénal ou dans la légi-

¹³¹ Cf. art. 62, let. b, en relation avec l'art. 64, al. 1, let. c, LEtr.

¹³² C'est du moins ce qui ressort de l'argumentaire des auteurs de l'initiative (note 52), p. 8 ss et 21.

slation sur les étrangers. La question du choix de l'acte dans lequel doivent figurer les dispositions d'exécution prédétermine des questions touchant à la procédure et à la protection juridique, par exemple en ce qui concerne la compétence d'ordonner et d'exécuter la mesure ou les autorités de recours. Les constatations et considérations du groupe de travail à ce sujet sont les suivantes :

- Intégrer les dispositions d'exécution dans le code pénal, avec la possibilité d'une *expulsion du territoire suisse à titre de peine accessoire prononcée par un tribunal pénal*, est susceptible d'avoir un effet dissuasif plus marqué (prévention générale et spéciale). Le fait d'opter pour des normes pénales adresse un message clair : l'expulsion de Suisse est une conséquence directe d'un comportement criminel.
- Si la condamnation pénale et l'expulsion sont prononcées à l'issue de la même procédure (pénale), cela signifie qu'une même autorité peut garder la main sur le dossier (administration rationnelle de la justice). Il ressort toutefois d'une interprétation conforme au droit international des nouvelles normes constitutionnelles que le juge pénal est tenu d'examiner la conformité de l'expulsion avec les dispositions de l'ALCP. Le cas échéant, il devra demander à cette fin un avis (rapport officiel) aux autorités compétentes en matière d'étrangers, ce qui annulera en partie les avantages résultant d'une procédure rapide.
- En incluant les dispositions d'exécution dans le code pénal, l'on consacre la compétence du tribunal pénal. Les parties jouissent de droits étendus dans le cadre de la procédure pénale (cf. également les garanties prévues à l'art. 32 Cst.)
- Lorsqu'il juge des auteurs d'infractions de nationalité étrangère, le tribunal pénal compétent est conscient du fait que la condamnation qu'il prononcera peut avoir pour conséquence l'expulsion de la personne concernée. S'il appartient à une autorité compétente en matière d'étrangers de prononcer l'expulsion, suite à l'entrée en force d'un jugement pénal, ce lien de cause à effet peut ne pas être aussi évident pour le juge pénal compétent.
- Le 30 juin 2010, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de loi qui propose, entre autres, d'inscrire dans le code pénal une nouvelle disposition sur l'expulsion facultative¹³³. Dans un souci de cohérence, il serait indiqué de mettre en œuvre également dans le code pénal les nouvelles dispositions constitutionnelles relatives à l'expulsion des étrangers criminels. Toutefois, aucune décision n'ayant encore été arrêtée quant à la suite à donner au projet mis en consultation, on ne peut ici tirer des conclusions que de manière limitée quant au choix de l'acte dans lequel devront figurer les dispositions d'exécution.
- La LEtr continuera de contenir des éléments pouvant entraîner le renvoi et dont la mise en œuvre sera du ressort des autorités compétentes en matière de migrations, par exemple les dispositions relatives à l'expulsion dite politique ou au renvoi pour cause de dépendance à l'aide sociale. Énumérer, dans le code pénal, les éléments constitutifs d'infractions justifiant l'expulsion nuirait par conséquent à la cohérence de l'ordre juridique suisse.
- Les art. 73 ss LEtr prévoient une série de mesures de contrainte spécialement adaptées pour tenir compte des faits (relevant de droit administratif) pouvant entraîner un

¹³³ Cf. art. 67c de l'avant-projet de modification du code pénal, qui peut être consulté sur le site <http://www.bj.admin.ch> (rubriques « Thèmes », « Sécurité », « Législation », « Modification du régime des sanctions »). Durant la consultation, cette proposition n'a toutefois guère recueilli d'avis favorables.

renvoi. Parmi ces mesures figure la possibilité d'ordonner une détention en phase préparatoire, une détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ou une détention pour inoumission. Ces divers instruments pourraient aussi s'appliquer directement à l'expulsion d'étrangers criminels dans le cas où les dispositions d'exécution des nouvelles normes constitutionnelles seraient intégrées dans la LEtr. En revanche, si la mise en œuvre devait se faire dans le code pénal, il conviendrait d'envisager un lien avec la mesure de la détention pour des motifs de sûreté (art. 220 ss et 440 du code de procédure pénale, CPO¹³⁴).

5.3 Conclusion

Pour la majorité des membres du groupe de travail, les avantages résultant d'une mise en œuvre dans le code pénal l'emportent. Si les autorités fédérales devaient décider de réintroduire l'expulsion facultative et que la question du choix de l'acte dans lequel devront figurer les dispositions d'exécution de l'initiative sur le renvoi ne devait être tranchée qu'une fois cette décision prise, il serait plus logique d'intégrer ces dispositions dans le code pénal.

On ne saurait toutefois contester le fait qu'une mise en œuvre dans la LEtr présente aussi des avantages. Aussi le groupe de travail a-t-il également élaboré une variante de mise en œuvre dans la législation sur les étrangers (cf. annexe). Les représentants du comité d'initiative soutiennent quant à eux que l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. prescrit une mise en œuvre dans le code pénal et qu'une mise en œuvre dans la LEtr n'est dès lors pas envisageable.

6. Conditions de l'expulsion

6.1 Introduction : quatre variantes de mise en œuvre

Le groupe de travail présente dans le présent rapport quatre variantes de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers qui se sont rendus coupables d'une infraction (cf. propositions de formulation en annexe).

La variante 1 a été soumise par les représentants du comité d'initiative lors de la première séance du groupe de travail. Elle n'a plus subi de modifications importantes suite aux discussions du groupe de travail, hormis des changements dans la liste des infractions. Les variantes 2 à 4, élaborées par une majorité du groupe de travail, constituent des alternatives pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles. Les représentants du comité d'initiative rejettent expressément les variantes 2 à 4.

Dans une certaine mesure, il est possible de combiner les diverses variantes. On pourrait par exemple intégrer la liste des infractions de la variante 2 dans les dispositions d'exécution de la variante 3.

Les *conditions* pour que l'expulsion soit ordonnée sont expliquées aux ch. 6.2 à 6.8 ci-après. L'attention est en particulier vouée à la « liste des infractions » qui entraînent né-

¹³⁴ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0).

cessairement l'expulsion. Le ch. 6.9 contient l'exposé des motifs des différentes variantes, qui font aussi l'objet d'une première appréciation.

Les dispositions relatives à l'*exécution* de l'expulsion sont ensuite commentées (cf. ch. 7). Le ch. 9 offre une appréciation globale des quatre variantes.

6.2 Éléments de référence

6.2.1 Prescriptions constitutionnelles

6.2.1.1 Art. 121, al. 3 et 4, Cst.

Le premier élément de référence pour formuler une liste d'infractions est fourni par les nouvelles dispositions constitutionnelles, notamment l'art. 121, al. 3 et 4, Cst.

Selon l'*art. 121, al. 3, let. a, Cst.*, les étrangers sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse s'ils ont été condamnés pour l'une des infractions suivantes :

- meurtre ;
- viol ou tout autre délit sexuel grave ;
- acte de violence d'une autre nature tel que le brigandage ;
- traite d'êtres humains ;
- trafic de drogue ;
- effraction.

L'art. 121, al. 4, phrase 1, Cst. invite le législateur à *préciser* les faits constitutifs de ces infractions. Une telle précision est déjà nécessaire du seul fait que les prescriptions constitutionnelles ne trouvent pas toujours leur pendant dans le CP. En effet, certains groupes d'infractions se rapportent à plusieurs dispositions pénales existantes (par ex. l'effraction). D'autres catégories d'infractions sont formulées de manière assez ouvertes (par ex. « autre délit sexuel grave » ; cf. à ce sujet ch. 3.3.2.2). En particulier, les « actes de violence », le « trafic de drogue » et l'« effraction » sont des notions qui, faute d'être définies dans le droit pénal, requièrent une interprétation.

Le législateur peut *compléter* les faits constitutifs des infractions visées à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. par d'autres faits constitutifs (art. 121, al. 4, phrase 2, Cst.). À cet égard, comme pour la précision des faits constitutifs des infractions visées à l'*art. 121, al. 3, let. a, Cst.*, le législateur dispose d'une marge d'appréciation importante (cf. ch. 3.3.1).

6.2.1.2 Principe de proportionnalité

Les principes de l'activité de l'État régi par le droit, par exemple le principe de proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst. ; cf. ch. 2.2 et 3.3.1) constituent la ligne directrice générale pour l'élaboration de la législation d'exécution. Dans l'esprit de la majorité du groupe de travail, l'objectif de la législation d'exécution est de créer une réglementation cohérente et proportionnée en soi, autrement dit qui induit dans tous les cas des solutions proportionnées au but visé, bien que (ou parce que) l'autorité chargée d'appliquer le droit ne dispose *pas* de marge d'appréciation, au moment d'ordonner l'expulsion, pour tenir compte de la situation personnelle et familiale de l'auteur de l'infraction (les obstacles à l'exécution peuvent en revanche être examinés ultérieurement, cf. ch. 7.2.1 et 7.5.3).

Les propositions de réglementation en matière de droit pénal décrites ci-après placent l'expulsion au chapitre des mesures (art. 56 ss CP ; cf. propositions de formulation en annexe). Cette attribution systématique confère une importance encore accrue au principe de proportionnalité : le droit régissant les mesures prévoit qu'une mesure ne peut être prononcée que si l'atteinte aux droits de la personnalité qui en résulte pour l'auteur n'est pas disproportionnée au regard de la vraisemblance qu'il commette de nouvelles infractions et de leur gravité (art. 56 ss, en partic. art. 56, al. 2, CP)¹³⁵.

L'expulsion a pour objectif premier d'empêcher les étrangers qui ont commis une infraction déterminée en Suisse de perpétrer d'autres délits sur le territoire national.

- Dans la plupart des cas, l'expulsion permettra d'atteindre cet objectif *de manière adéquate*.
- C'est le *caractère nécessaire* de cette mesure qui soulève des problèmes : dans certains cas, une mesure moins incisive (par ex. mesure ambulatoire ou interdiction d'exercer une profession) permettrait tout aussi bien de protéger l'intérêt public visé. En particulier, l'expulsion n'apparaîtra pas nécessaire pour certains auteurs pour lesquels le pronostic est favorable. Le tribunal peut tenir compte de cet aspect jusqu'à un certain point, mais dans une mesure insuffisante, en fixant la durée de l'expulsion.
- Enfin, dans les cas d'infractions légères (en raison de la peine dont elles sont passibles ou de la peine prononcée dans un cas d'espèce), l'expulsion ne sera pas strictement *proportionnée au but visé*. Poser la condition d'une sanction minimale de six mois (dans le cas d'espèce) revient à exiger un degré de culpabilité minimal, pertinent au sens strict quant à la proportionnalité de la mesure au but visé (cf. ch. 6.7).

Les représentants du comité d'initiative rejettent l'idée d'une sanction minimale, estimant que la formulation claire de la norme constitutionnelle ne laisse pas de marge sur ce point.

Dans le cadre de la législation d'exécution, il n'est guère possible de tenir compte des aspects de l'adéquation et de la nécessité. Il en va de même s'agissant du principe de proportionnalité au sens strict, confiné dans d'étroites limites par les nouvelles dispositions constitutionnelles.

6.2.2 Conclusions

6.2.2.1 Formes de criminalité visées

Les appréciations de la Constitution fournissent certains points de repère utiles pour préciser et compléter les faits constitutifs visés à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst.

En principe, tout fait constitutif peut être intégré à la liste des infractions s'il entre dans le cadre de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst., indépendamment du bien juridique individuel ou général à protéger. Cependant, une interprétation étroite de la Constitution s'appuie sur les faits constitutifs énumérés à la let. a. Ces faits esquissent les formes de criminalité que le public associe souvent aux personnes de nationalité étrangère ou qu'il tient pour particulièrement nuisibles socialement. Ils reflètent la criminalité que les citoyens avaient à l'esprit au moment où ils ont accepté l'initiative (cf. ch. 3.3.1).

¹³⁵ Cf. STRATENWERTH, § 8, n° 12 ss. Si l'expulsion était une peine accessoire, comme le prévoyait l'ancien droit (art. 55 aCP), il faudrait en revanche tenir compte du principe de culpabilité.

La liste de la let. a indique que la plupart des infractions visées concernent des biens juridiques individuels, soit les infractions contre la vie, l'intégrité corporelle et l'intégrité sexuelle, notamment si elles comportent des *éléments de violence*. Par ailleurs, une importance particulière est aussi accordée à certaines infractions en matière de stupéfiants et à certains actes délictueux visant la propriété et le patrimoine.

6.2.2.2 Gravité des infractions

L'appréciation de la gravité des infractions doit s'inscrire dans l'approche suivante :

- Le droit pénal suisse établit une distinction, selon la gravité des faits, entre les crimes, les délits et les contraventions. En vertu de l'art. 10 CP, le code pénal distingue les crimes des délits en fonction de la gravité de la peine dont l'infraction est passible : sont des crimes les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans. Sont des délits les infractions passibles d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire. En revanche, les contraventions sont des infractions passibles d'une amende (art. 103 CP).

La *peine encourue* et la distinction qu'elle permet entre les catégories de crimes, délits et contraventions représentent l'élément dont dispose le législateur pour « catégoriser le degré de gravité » et le degré d'illicéité fondamental d'un acte.

- Le juge concrétise cette pondération fondamentale dans le cas d'espèce. Le droit pénal suisse constitue un droit pénal basé sur la faute. Autrement dit, la *peine infligée dans le cas d'espèce* est déterminée par la gravité de la lésion ou de la mise en danger du bien juridique concerné, par le caractère répréhensible de l'acte, par les motivations et les buts de l'auteur et par la mesure dans laquelle celui-ci aurait pu éviter la mise en danger ou la lésion, compte tenu de sa situation personnelle et des circonstances extérieures (art. 47 CP).

Ainsi, la gravité d'une infraction découle, d'une part, de la peine dont elle est passible et, d'autre part, de la peine infligée ou de la mesure imposée dans le cas d'espèce compte tenu de la culpabilité de l'auteur. Par exemple, le meurtre visé à l'art. 111 CP peut être qualifié d'infraction grave si l'on considère qu'il s'agit d'une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins cinq ans et de 20 ans au plus. Mais dans un cas d'espèce, l'auteur d'un homicide intentionnel peut être acquitté, par exemple en raison de son irresponsabilité au sens de l'art. 19, al. 1, CP, et échapper de ce fait à une sanction ou être soumis à une mesure (par ex. un internement). L'homicide intentionnel peut également avoir été commis en situation de légitime défense et entraîner une sanction atténuée en vertu de l'art. 16, al. 1, CP, par exemple une peine privative de liberté de quelques semaines, assortie d'un sursis.

L'art. 121, al. 3, let. a, Cst. contient une énumération de faits constitutifs d'infractions passibles de sanctions abstraites très variées. Le meurtre, le viol, le brigandage et la traite d'êtres humains constituent des crimes, souvent même sanctionnés par une peine qualifiée (art. 111 à 113 CP, art. 190 CP). Parallèlement, le trafic de drogue et l'effraction constituent des délits selon l'interprétation de ces notions. La législation d'exécution doit être axée sur les lignes prescrites par la Constitution, compte tenu des peines (qualifiées) encourues en cas de crime, respectivement des peines prévues en cas de délit.

6.3 Infractions graves

6.3.1 Meurtre

En vertu de l'art. 121, al. 3, let. a Cst., le meurtre, entre autres infractions, doit entraîner l'expulsion. Selon la systématique de la loi, il faut entendre le *meurtre* (art. 111 CP), l'*assassinat* (art. 112 CP), le *meurtre passionnel* (art. 113 CP), le *meurtre sur la demande de la victime* (art. 114 CP), l'*incitation et l'assistance au suicide* (art. 115 CP) et l'*infanticide* (art. 116 CP). Si l'on ne se référait qu'à l'interprétation systématique, toutes ces formes d'infraction devraient figurer dans la liste.

Le meurtre (art. 111 CP), l'assassinat (art. 112 CP) et le meurtre passionnel (art. 113 CP) font partie de la catégorie des crimes en raison de la sanction dont ils sont passibles. Ils peuvent valoir à l'auteur une peine privative de liberté d'au moins cinq ans (art. 111 CP), d'au moins dix ans (art. 112 CP) ou de un à dix ans (art. 113 CP). Le meurtre sur la demande de la victime (art. 114 CP) et l'infanticide (art. 116 CP) sont en revanche passibles d'une peine privative de liberté de un à trois ans ou d'une peine pécuniaire, et doivent donc être considérés comme des délits. L'incitation et l'assistance au suicide (art. 115 CP), qui peut entraîner une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire, représente également un moindre degré d'illicéité. Si le « meurtre » figurant à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. doit être compris comme englobant le « noyau dur » des homicides que sont l'assassinat, l'homicide et le meurtre passionnel, il serait indiqué de limiter le propos à ces infractions. Les art. 114 et 115 CP ne semblent pas revêtir le potentiel de violence auquel on entend faire face. Est punie toute personne qui incite ou assiste une autre personne au suicide ou qui tue une autre personne sur la demande sérieuse et instante de celle-ci. Ce type d'infraction s'avère en pratique de peu d'importance¹³⁶.

Dans le domaine de l'interruption de grossesse également (art. 118 CP), on trouve des variantes d'infraction passibles de peines criminelles (interruption de grossesse punissable avec le consentement de la femme enceinte, art. 118, al. 1, CP, et sans le consentement de la femme enceinte, art. 118, al. 2, CP). Mais ces variantes d'infraction ne doivent pas être nécessairement intégrées à la liste des infractions, compte tenu des formes de criminalité visées.

6.3.2 Viol ou autres délits sexuels grave

Le *viol* (art. 190 CP) est passible de un à dix ans de privation de liberté et constitue donc un délit sexuel grave. Si l'auteur du viol a agi avec cruauté (art. 190, al. 3, CP), la peine encourue s'élève même à trois ans de privation de liberté au minimum.

S'agissant des autres délits sexuels graves, l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. postule que leur degré d'illicéité est comparable à celui du viol. Au titre des « infractions contre l'intégrité sexuelle », on peut qualifier les infractions suivantes de comparables au viol en raison de la peine abstraite dont elles sont passibles :

- *Contrainte sexuelle* (art. 189 CP) : peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire ; en cas de contrainte sexuelle aggravée de cruauté (al. 3), la privation de liberté prévue est d'au moins trois ans ;

¹³⁶ Entre 1984 et 2006, on ne recense que huit condamnations exclusivement au titre de l'art. 114 CP et aucune condamnation exclusivement au titre de l'art. 115 CP ; en 2009, on ne relève à ces titres aucune condamnation de personnes étrangères (selon les données de l'OFS).

- *Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP)* : peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire ;
- *Encouragement à la prostitution (art. 195 CP)* : peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire.

L'art. 187 CP (*actes d'ordre sexuel avec des enfants*) est une infraction générale qui protège le développement sexuel des mineurs¹³⁷ en couvrant tous les cas où les éléments constitutifs plus graves du viol, de la contrainte sexuelle ou des actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance ne sont pas réunis. En de pareils cas, l'infraction est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En vertu de l'art. 187, ch. 3, CP, il est possible de renoncer à infliger une peine, par exemple en présence d'une relation amoureuse, une constellation dans laquelle la perte du droit de séjour ne respecterait guère le principe de proportionnalité. Si l'auteur a agi en admettant par erreur que sa victime était majeure, la sanction encourue est la privation de liberté pendant trois ans au plus ou une peine pécuniaire (art. 187, ch. 4, CP).

Les autres infractions contre l'intégrité sexuelle (*actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes*, art. 188 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 CP) sont passibles de peines privatives de liberté de trois ans au plus et constituent donc des délits. Si l'on intégrait les infractions passibles de cette peine, presque toutes les infractions contre l'intégrité sexuelle (et non pas seulement les infractions graves) figureraient dans la liste.

6.3.3 Actes de violence d'une autre nature tels que le brigandage

Le *brigandage* (art. 140 CP) entre dans la catégorie des infractions contre le patrimoine. Il s'agit d'une « infraction bipartite » composée d'un vol et d'une contrainte qualifiée¹³⁸ : pour commettre le vol ou pour sécuriser son butin, l'auteur doit recourir à un moyen de contrainte, en usant de violence à l'égard d'une personne, en la menaçant d'un danger imminent pour la vie ou l'intégrité corporelle ou en la mettant hors d'état de résister (art. 140, ch. 1, al. 1, CP). Eu égard à la sanction dont il est passible, ce crime peut être qualifié de grave (peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins. Les variantes qualifiées de l'infraction sont très graves : si l'auteur s'est muni d'une arme à feu ou d'une autre arme dangereuse (ch. 2), s'il a agi en qualité d'affilié à une bande ou s'il apparaît particulièrement dangereux (ch. 3) et s'il a mis la victime en danger de mort, lui a fait subir une lésion corporelle grave, ou l'a traitée avec cruauté (ch. 4).

Il y a lieu de s'interroger sur les autres infractions à porter sous ce titre dans la liste des infractions. Il est très difficile de cerner la notion d'« acte de violence ». Les faits constitutifs légaux ne permettent guère de la délimiter, puisque le code pénal ne connaît pas de « délit violent » à proprement parler (contrairement aux « délits sexuels »). La littérature et la jurisprudence ne fournissent pas de définition généralement reconnue du concept de

¹³⁷ MAIER PHILIPP, BaKomm, Strafgesetzbuch II, art. 187 CP, n° 1.

¹³⁸ NIGGLI MARCEL ALEXANDER / RIEDO CHRISTOF, BaKomm, Strafgesetzbuch II, art. 140 CP, n° 8.

violence¹³⁹. La référence analogique au brigandage permet de déduire qu'il s'agit en premier lieu d'infractions impliquant une violence contre la vie et l'intégrité corporelle, apparentés, de par leur degré d'illicéité et leur gravité, aux faits visés à l'art. 140 CP. Des éléments de violence sont inhérents aux infractions suivantes, qu'il faut qualifier de graves compte tenu de la peine dont elles sont passibles.

- *Meurtre (art. 111 ss CP)* : cf. ch. 6.3.1 ci-dessus.
- *Lésions corporelles (art. 122 ss CP)* : les *lésions corporelles graves (art. 122 CP)* constituent un crime qu'il faut qualifier de grave, compte tenu de la peine encourue (peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire d'au moins 180 jours-amende). Les *lésions corporelles simples (art. 123 CP)* se caractérisent par un degré d'illicéité relativement faible et sont passibles d'une peine privative de liberté de un à trois ans ou une peine pécuniaire. Pour autant que les lésions corporelles n'aient pas été causées par un moyen dangereux ou que la victime n'ait pas été une personne hors d'état de se défendre ou une personne confiée à la garde de l'auteur (ch. 2), la poursuite n'aura lieu que sur plainte. Si le délit de lésions corporelles simples est intégré à la liste des infractions, l'expulsion de l'auteur étranger des faits dépendra de la volonté de la victime de porter plainte contre lui.
- *Exposition (art. 127 CP), mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), agression (art. 134 CP)* : ces infractions sont passibles de peines privatives de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Sous l'angle de leur gravité abstraite, elles non plus ne sont pas comparables au brigandage.
- *Omission de prêter secours (art. 128 CP), fausse alerte (art. 128^{bis} CP), rixe (art. 133 CP), représentation de la violence (art. 135 CP), remettre à des enfants des substances nocives (art. 136 CP)* : ces infractions constituent des délits (passibles de peines privatives de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire). Est punissable quiconque a pris part à une rixe (art. 133 CP) ayant entraîné la mort d'une personne ou une lésion corporelle. En revanche, celui qui a participé à une agression dirigée contre une ou plusieurs personnes sera puni en vertu des dispositions plus lourdes de l'art. 134 CP. Une condition objective de la punissabilité est que la rixe ait entraîné la mort ou la lésion corporelle d'une personne. Cette condition indique quel degré de danger la rixe doit représenter pour justifier une sanction. La mort et les lésions corporelles en soi font cependant l'objet de poursuites au titre des infractions correspondantes (art. 111 ss et art. 122 ss CP).
- *Extorsion et chantage (art. 156 CP)* : l'infraction non qualifiée d'extorsion et de chantage (ch. 1) est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Comparativement au brigandage, elle se distingue donc par un degré d'illicéité plus faible. Des peines plus lourdes sont prévues si l'auteur fait métier de l'extorsion ou s'il a poursuivi à répétées reprises ses agissements contre la victime (ch. 2 : peine privative de liberté de un à dix ans), si l'auteur a exercé des violences sur une personne ou s'il la menacée d'un danger imminent pour la vie ou l'intégrité corporelle (ch. 3 : référence à l'art. 140 CP, brigandage) et si l'auteur a menacé de mettre en danger la vie ou l'intégrité corporelle d'un grand nombre de personnes ou de causer de graves dommages à des choses d'un intérêt public important (ch. 4 : peine privative de liberté d'un an au moins). Eu égard au fait que cette infraction présuppose le recours à la « violence », il paraît indiqué d'en intégrer les variantes qualifiées dans la liste des infractions.

- *Séquestration et enlèvement (art. 183, 184 CP)* : les art. 183 et 184 CP supposent le recours à la violence, à la ruse ou à la menace. La sanction encourue est une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. Dans ce cas également, le degré d'illicéité qui découle de la lourdeur de la peine abstraite n'est donc pas comparable à celui du brigandage. En présence de circonstances aggravantes, par exemple si l'auteur a cherché à obtenir rançon, s'il a traité la victime avec cruauté, si la privation de liberté a duré plus de dix jours ou si la santé de la victime a été sérieusement mise en danger, la sanction est une peine privative de liberté d'au moins un an (art. 184 CP). Dans ce cas également, il est justifié d'intégrer au moins les formes qualifiées de l'infraction dans la liste.
- *Prise d'otage (art. 185 CP)* : cette infraction est passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an (ch. 1). La peine sera la peine privative de liberté de trois ans au moins si l'auteur a menacé de tuer la victime, de lui causer des lésions corporelles graves ou de la traiter avec cruauté (ch. 2). Dans les cas particulièrement graves, notamment lorsque l'acte a été dirigé contre un grand nombre de personnes, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté à vie (ch. 3). La gravité de la peine encourue impose d'intégrer cette infraction dans la liste.
- *Contrainte sexuelle (art. 189 CP), viol (art. 190 CP)* : cf. ch. 6.3.2 ci-dessus.
- *Organisation criminelle (art. 260^{ter} CP)* : la peine encourue (peine privative de liberté de cinq ans au plus ou peine pécuniaire) est inférieure au seuil de répression du brigandage. Il ne semble pas impératif d'intégrer cette infraction dans la liste. Mais certains arguments plaident en faveur d'une telle intégration, car cette infraction comporte des éléments de violence et elle concerne les cas les plus graves de criminalité organisée. Il s'agit toutefois d'éléments à caractère subsidiaire, puisque généralement d'autres infractions sont aussi commises, l'organisation devant poursuivre l'objectif de commettre des crimes violents ou de s'enrichir par des moyens criminels. De telles infractions (par ex. l'extorsion et le chantage ou le trafic de drogue) suffisent à entraîner obligatoirement l'expulsion.
- *Financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP)* : l'art. 260^{quinquies} CP prévoit également une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire.
- *Génocide (art. 264 CP), crimes contre l'humanité (art. 264a CP), crimes de guerre (notamment art. 264e, al. 1, let. b, CP), haute trahison (art. 265 CP), actes exécutés sans droit pour un État étranger (art. 271, ch. 2, CP)* : ces infractions ne semblent certes pas correspondre aux formes de criminalité visées par le constituant ; mais le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre représentent dans certains cas des infractions violentes extrêmement graves contre la vie, l'intégrité physique et l'intégrité sexuelle (cf. entre autres art. 264, let. a, art. 264a, al. 1, let. a, b, f et g, CP). De ce fait, ces infractions peuvent justifier l'expulsion obligatoire à l'instar de l'assassinat, de l'homicide intentionnel ou du viol qui ne sont pas commis dans ce cadre particulier.

Les représentants du comité d'initiative sont d'avis que les lésions corporelles simples, l'agression et la rixe devraient être intégrées dans la liste des infractions.

De leur point de vue, les statistiques de la criminalité montrent clairement que la criminalité des étrangers, contre laquelle l'initiative entendait lutter, est marquée concernant ces infractions, qui relèvent de l'atteinte contre la vie et l'intégrité corporelle.

6.3.4 Prise en compte par les différentes variantes de la gravité des infractions en cas de meurtre, de délit sexuel et d'acte de violence

Les quatre variantes mentionnent dans la liste des infractions les trois formes les plus graves de l'homicide, à savoir le meurtre (art. 111 CP), l'assassinat (art. 112 CP) et le meurtre passionnel (art. 113 CP).

Les variantes adoptent des approches différentes (cf. ch. 6.9) pour concrétiser l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. en matière de délits sexuels (viol ou autres délits sexuels graves) et d'infractions violentes (actes de violence tel que le brigandage).

- Selon la variante 1, c'est-à-dire la proposition des représentants du comité d'initiative, l'évaluation de la gravité d'une infraction ne repose pas principalement sur la sanction dont cette infraction est passible ni sur la peine infligée dans le cas d'espèce, mais la nature de la violation du bien juridique. C'est pourquoi, outre le viol et le brigandage, la liste des infractions de la variante 1 comprend certes des délits sexuels et des actes de violence constituant des *crimes*, mais aussi des infractions qualifiées de *délits* et passibles à ce titre d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
- Les variantes 2 à 4 ne comprennent que les délits sexuels et les actes de violence devant être considérés comme des *crimes graves*. Les faits constitutifs fondamentaux du viol (peine privative de liberté d'un an à dix ans) et du brigandage (peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire d'au moins 180 jours-amende), visés à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst., servent de référence pour évaluer la gravité abstraite des infractions.
- La variante 3 place la barre un peu plus bas que les variantes 2 et 4, mais plus haut que la variante 1. Dans le domaine des délits sexuels et des actes de violence, outre le viol et le brigandage, elle comprend les actes visés à certains titres du CP qui sont considérés comme des *crimes*.

6.3.5 Traite d'êtres humains

L'art. 121, al. 3, let. a, Cst. cite explicitement l'infraction de la traite d'êtres humains (art. 182 CP). Cette infraction est passible d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire, une peine pécuniaire devant être infligée dans tous les cas selon l'al. 3. La traite d'êtres humains tombe ainsi dans la catégorie du crime. Si la victime est mineure ou si l'auteur fait métier de la traite d'êtres humains, la peine est une peine privative de liberté d'un an au moins (al. 2).

6.3.6 Compléter la liste avec d'autres infractions graves ?

En principe, il serait possible d'intégrer d'autres infractions dans la liste (art. 121, al. 4, Cst.). Par exemple, les infractions contre le patrimoine assimilables à des crimes entraient en ligne de compte :

- *Abus de confiance* (art. 138 CP) : la sanction encourue est une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. La forme qualifiée de l'infraction (ch. 2) est passible d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire.
- *Vol* (art. 139 CP) : le vol est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Une peine supérieure est prévue si l'auteur

fait métier du vol (ch. 2 : peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire d'au moins 90 jours-amende) ou s'il a commis le vol en qualité d'affilié à une bande ou qu'il s'avère particulièrement dangereux (ch. 3 : peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire d'au moins 180 jours-amende).

- *Escroquerie (art. 146 CP)* : cette infraction est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En revanche, si l'auteur fait métier de l'escroquerie, la sanction prévue est une peine privative de liberté de dix ans au plus ou une peine pécuniaire de 90 jours-amende au moins. L'escroquerie suppose la ruse et par conséquent une certaine dissimulation. Il convient aussi de relever certaines « formes spéciales d'escroquerie » passibles de la même peine : l'utilisation frauduleuse par métier d'un ordinateur (art. 147, al. 2, CP) et l'abus par métier de cartes-chèques et cartes de crédit (art. 148, al. 2, CP).
- *Usure (art. 157 CP)* : l'usure est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ; si l'auteur fait métier de l'usure (ch. 2), la sanction prévue est une peine privative de liberté de un à dix ans. Il serait possible de justifier l'intégration de cette infraction dans la liste par le fait que l'auteur exploite la gêne, la dépendance, l'inexpérience ou la faiblesse de la capacité de jugement d'une personne.
- *Recel (art. 160 CP)* : le recel est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Si l'auteur fait métier du recel, la peine sera une peine privative de liberté de dix ans au plus ou une peine pécuniaire de 90 jours-amende au moins (ch. 2).

6.3.7 Mise en œuvre selon les différentes variantes

Il n'est pas possible d'évaluer définitivement quelles infractions se rapportent exclusivement à l'art. 121, al. 4, Cst. L'interprétation de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. est en particulier déterminante : si on interprète cette disposition étroitement quant aux types d'infraction et à la gravité des faits, de manière à ne prendre en compte par exemple que les crimes dans le domaine des actes de violence, le nombre d'infractions visées par l'art. 121, al. 4, Cst. sera plus important (en l'occurrence les actes de violence considérés comme des *délits*). En revanche, si l'interprétation est large, les infractions visées par l'art. 121, al. 4, Cst. seront moins nombreuses. En outre, il est déterminant de savoir quelles infractions sont réputées être des « actes de violence » au sens de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst.

Chacune des variantes saisit la possibilité de compléter différemment la liste des infractions, conformément à l'art. 121, al. 4, phrase 2, Cst. (cf. ch. 6.9).

- Dans la variante 1, la liste des infractions est complétée par certaines infractions graves contre le patrimoine (vol par métier, vol en bande et recel par métier) et par des crimes créant un danger pour la collectivité (pour autant qu'ils ne soient pas classés parmi les actes de violence). La rupture de ban (art. 291 CP) et les infractions intentionnelles selon l'art. 115 LEtr reposent également sur l'art. 121, al. 4, Cst. Par ailleurs, la liste contient divers délits du domaine des infractions sexuelles (par ex. actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes, abus de la détresse) et des actes de violence (par ex. exposition, rixe). Si l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. est interprété de manière à ne prendre en compte que les infractions graves (à l'aune de la sanction dont elles sont passibles), ces délits figureront dans la liste en vertu de l'art. 121, al. 4, Cst.

- Les variantes 2 et 4 englobent, par la clause générale (cf. p-art. 73a, al. 1, let. a, CP ou p-art. 63a, al. 1, let. a, LEtr), de nombreux crimes graves reposant sur l'art. 121, al. 4, Cst. Citons les infractions graves contre le patrimoine, les crimes créant un danger pour la collectivité (pour autant qu'ils ne soient pas classés parmi les actes de violence), les crimes contre la santé publique (lesquels comportent cependant aussi des éléments de violence), les crimes contre les transports publics, les crimes contre l'État et la défense nationale et les crimes graves du droit pénal accessoire (par ex. traite d'enfants par métier, violations de la loi sur le matériel de guerre ou de la loi sur l'énergie nucléaire).
- La variante 3 complète avec retenue la liste des infractions en référence à l'art. 121, al. 4, Cst. Citons comme infractions supplémentaires graves l'escroquerie et les crimes contre la paix publique (dans la mesure où ces derniers ne sont pas classés parmi les actes de violence).

6.4 Autres infractions

6.4.1 Trafic de drogue

La notion de trafic de drogue (ou de commerce de stupéfiants) ne correspond à aucun fait constitutif d'une infraction de droit pénal. Elle requiert donc une concrétisation. L'*art. 19, ch. 1*, de la loi sur les stupéfiants (LStup) prévoit les peines dont sont passibles diverses actions en lien avec le commerce des drogues au sens large. Sont ainsi couverts la « vente » proprement dite de stupéfiants, la culture de plantes destinées à la production de drogues ou l'entreposage de celles-ci. En vertu de l'art. 121, al. 4, phrase 2, Cst., on pourrait intégrer d'autres actions punissables visées à l'art. 19 LStup dans la liste des infractions entraînant la perte du droit de séjour.

Les infractions visées à l'art. 19 LStup qui ne sont commises qu'en vue d'une *consommation personnelle* ne sont passibles que de l'amende, en vertu de l'art. 19a LStup. En outre, l'art. 19a, ch. 2, LStup permet à l'autorité compétente, dans les cas bénins, de renoncer à infliger une peine (malgré une condamnation formelle).

Les actes visés à l'art. 19, ch. 1, LStup constituent des délits, puisqu'ils sont passibles d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Les actes suivants tombent sous le coup de l'art. 19, ch. 1, LStup :

- al. 1 : culture de plantes à alcaloïdes ou de chanvre en vue de la production de stupéfiants ;
- al. 2 : fabrication, extraction, transformation ou préparation de stupéfiants ;
- al. 3 : entreposage, expédition, transport, importation, exportation ou transit ;
- al. 4 : offre, distribution, vente, courtage, procuration, prescription, mise en commerce ou cession ;
- al. 5 : possession, détention, achat ou autre forme d'acquisition ;
- al. 6 : financement d'un trafic illicite de stupéfiants ou entremise en vue d'un tel financement ;
- al. 7 : provocation publique à la consommation des stupéfiants ou révélation de possibilités de s'en procurer ou d'en consommer.

Dans les cas *graves*, la sanction prévue est une peine privative de liberté d'au moins un an, une peine pécuniaire pouvant lui être associée. De tels faits consti-

tuent donc des crimes. Des exemples d'actes graves sont cités au ch. 2, lorsque l'auteur :

- let. a : sait ou ne peut ignorer que l'infraction porte sur une quantité de stupéfiants qui peut mettre en danger la santé de nombreuses personnes ;
- let. b : agit comme affilié à une bande formée pour se livrer au trafic illicite des stupéfiants ;
- let. c : se livre au trafic par métier et qu'il réalise ainsi un chiffre d'affaires ou un gain important.

Mais on peut aussi envisager d'autres cas graves, car le ch. 2 n'est pas exhaustif. La jurisprudence du Tribunal fédéral fait apparaître les cas suivants :

- récidive, dans la mesure où l'auteur écoule une quantité globale de stupéfiants susceptible de mettre en danger la santé de nombreuses personnes¹⁴⁰ ;
- utilisation d'un produit de coupage toxique¹⁴¹.

Le ch. 3 vise les cas où l'auteur agit par négligence. La sanction prévue est alors une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire.

6.4.2 Effraction

La notion d'effraction, mentionnée dans les dispositions constitutionnelles, n'est elle non plus pas prédéfinie matériellement en droit pénal. Mais la forme de l'acte visé rejoint plusieurs dispositions pénales actuelles. En langage courant, la notion d'effraction couvre les combinaisons d'actes suivantes :

- *violation de domicile (art. 186 CP) en lien avec un vol (art. 139 CP) ou avec des dommages à la propriété (art. 144 CP)* : c'est ce que préconise la variante 1, mettant ainsi l'accent sur la violation du domicile d'autrui (peine privative de liberté de trois ans au plus ou peine pécuniaire) ;
- *vol (art. 139 CP)¹⁴² en lien avec une violation de domicile (art. 186 CP)* : c'est le choix des variantes 2 à 4, qui considèrent le vol ou la tentative de vol comme l'élément central en vue duquel l'auteur pénètre dans un appartement, une maison ou un local commercial. Le vol est passible d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Généralement, le fait d'entrer dans ces locaux implique des dommages à la propriété au sens de l'art. 144 CP, mais tel n'est pas nécessairement le cas en raison de technologies toujours plus affinées. C'est pourquoi le « vol par introduction clandestine » est également concerné.

La violation de domicile et les dommages à la propriété ne sont punissables que sur plainte. Dans une situation d'effraction telle que prévue par la variante 1, l'expulsion de Suisse de l'auteur étranger de l'infraction dépend donc, en définitive, de la volonté de la victime de porter plainte contre lui.

Pour la formulation de la liste des infractions, les représentants du comité d'initiative sont d'avis qu'il n'est pas déterminant qu'une infraction soit poursuivie seulement sur plainte ; selon eux, *l'atteinte portée aux biens juridiques* qu'entraîne l'infraction est bien plus déterminante.

¹⁴⁰ FINGERHUTH / TSCHURR, art. 19 LStup, n° 199–202 avec renvoi au jugement du Tribunal fédéral 6S.190/2000 du 11.7.2001, consid. 2c.

¹⁴¹ FINGERHUTH / TSCHURR, art. 19 LStup, n° 199–202 avec renvoi à l'ATF 119 IV 186.

¹⁴² Le brigandage ne doit plus être explicitement cité sous ce titre, cf. ch. 6.3.3.

6.4.3 Autres infractions possibles selon la proposition des représentants du comité d'initiative

La *rupture de ban* (art. 291 CP) : celui qui aura contrevenu à une décision d'expulsion du territoire de la Confédération ou d'un canton prononcée par une autorité compétente est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Il s'agit d'un délit.

L'art. 115 LETr prévoit une peine privative de liberté d'un an au plus ou une peine pécuniaire en cas d'entrée, de sortie et de séjour illégaux ou si une activité lucrative est exercée sans autorisation. La peine encourue est donc très faible comparativement aux infractions plus légères mentionnées dans la Constitution.

6.5 Problématique des chauffards

Dans le cadre des discussions à propos de la liste des infractions, la question s'est posée de savoir si les infractions commises par des « chauffards » doivent être prises en compte et dans quelle mesure.

6.5.1 Efforts visant à empêcher et à sanctionner les infractions commises par des chauffards

Ces dernières années, de nombreuses interventions parlementaires ont été déposées en lien avec l'amélioration de la sécurité routière. Depuis 2009, 16 interventions parlementaires et cantonales ont été déposées sur le seul thème des « chauffards »¹⁴³.

Par le projet « Via sicura », le Conseil fédéral tient compte de ces nombreuses interventions parlementaires qui demandent une amélioration de la sécurité routière, notamment des mesures contre les graves violations des prescriptions relatives à la vitesse. C'est pourquoi Via sicura propose des mesures qui ciblent explicitement les graves violations des prescriptions relatives à la vitesse. En voici quelques exemples :

- la détermination obligatoire de l'aptitude à la conduite en cas d'infraction aux prescriptions contre les règles de la circulation routière dénotant un manque flagrant d'égard envers les autres usagers de la route ;
- l'obligation de suivre un cours d'éducation routière complémentaire après une grave infraction aux prescriptions relatives à la vitesse ;
- l'installation d'un enregistreur de données (« boîte noire ») après une grave infraction aux prescriptions relatives à la vitesse ;
- la confiscation des véhicules automobiles en cas d'infraction commise sans scrupule.¹⁴⁴

¹⁴³ Initiatives cantonales 09.326 et 09.327 du canton d'Argovie et 10.303 du canton de Soleure. Initiatives parlementaires 09.446 Amstutz, 09.447 Malama, 09.448 Segmüller, 09.449 Aeschbacher, 09.450 Teuscher, 09.451 Jositsch, 09.452 Galladé, 09.453 Moser. Motions 09.3057 Chopard-Acklin, 09.3632 Barthassat et 09.3772 Heim. Postulat 09.3518 Segmüller. Interpellation 09.3331 Flückiger-Bäni.

¹⁴⁴ Message du Conseil fédéral du 20.10.2010 concernant Via sicura, le programme d'action de la Confédération visant à renforcer la sécurité routière, FF 2010 7703.

La collecte de signatures dans le cadre de l'initiative populaire « Protection contre les chauffards », un projet rédigé visant à compléter la Constitution, a été lancée le 14 avril 2010¹⁴⁵. Les mesures complètent ou accentuent les mesures de Via sicura.

Enfin, dans le cadre du projet d'harmonisation des peines dans le code pénal, mis en consultation le 8 septembre 2010, le Conseil fédéral propose des modifications du code pénal dans le but de renforcer les sanctions dont sont passibles les infractions commises par des chauffards¹⁴⁶. Ces modifications comprennent notamment les propositions de porter à cinq ans la peine maximale en cas d'homicide par négligence (art. 117 AP-CP) et en cas de lésions corporelles graves par négligence (art. 125, al. 2, AP-CP) et d'introduire une peine minimale de six mois en cas de mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 AP-CP). De plus, en cas de simple entrave à la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 1, AP-CP), une peine privative de liberté de dix ans au plus est désormais prévue. Une grave entrave à la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 2, AP-CP) sera désormais nécessairement passible d'une peine privative de liberté de un an au moins à dix ans au plus.

Au cours de la session d'été 2011, le Conseil des États a procédé, en qualité de premier conseil, à l'examen par article du projet Via Sicura. Il a suivi la proposition de sa Commission des transports et des télécommunications (CTT-E) et décidé d'alourdir les peines et d'étendre les faits constitutifs pour les chauffards : les personnes qui, en violant intentionnellement les règles élémentaires de la circulation, prennent le risque important d'un accident entraînant des blessés graves ou des morts, que ce soit en commettant des excès de vitesse particulièrement importants, en effectuant des dépassements téméraires ou en participant à des courses de vitesse illicites avec des véhicules à moteurs, doivent désormais encourir une peine privative de liberté comprise entre un et quatre ans, au lieu d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de trois ans au plus actuellement (nouvel art. 90, al. 2^{bis}, LCR)¹⁴⁷.

6.5.2 Définition du « chauffard »

La notion de « chauffard » est utilisée dans divers contextes, mais elle est rarement définie.

Les comportements les plus divers dans la circulation routière peuvent mettre des personnes en danger, les blesser ou les tuer. Ces comportements ne sont pas liés dans chaque cas à un excès de vitesse. La notion de chauffard n'est donc pas toujours liée à un excès de vitesse. Parmi d'autres comportements possibles, citons le « dépassement téméraire » ou la participation à des « courses de vitesse illicites avec des véhicules à moteur »¹⁴⁸. Le chauffard est donc décrit selon une acception plus large comme une « personne qui, en enfreignant intentionnellement les règles élémentaires de la circulation, s'est accommodée d'un fort risque d'accident pouvant entraîner de graves blessures ou la mort »¹⁴⁹ ou qui, en utilisant un véhicule automobile, viole gravement et sans scrupules les règles de la circulation¹⁵⁰.

¹⁴⁵ FF 2010 2409, 2411 ; cf. en outre : <http://www.raserinitiative.ch>.

¹⁴⁶ Cf. la documentation relative à la procédure de consultation disponible sous : <http://www.bj.admin.ch> (rubriques « Thèmes », « Sécurité », « Législation », « Harmonisation des peines »).

¹⁴⁷ Cf. BO E 2011 (13^e séance, le 16.6.2011, objet n° 10.992).

¹⁴⁸ Cf. le libellé de l'initiative sur les chauffards, FF 2010 2409.

¹⁴⁹ Cf. le libellé de l'initiative sur les chauffards, FF 2010 2411.

¹⁵⁰ Nouvel art. 90a, al. 1, let. a, P-LCR selon le projet « Via sicura ».

Toutefois, ces descriptions ne couvrent que l'infraction de mise en danger susceptible d'entraîner une sanction en vertu de la loi sur la circulation routière (LCR)¹⁵¹. Il va de soit que l'infraction commise par le chauffard est encore plus grave si, « en enfreignant intentionnellement les règles élémentaires de la circulation » ou en violant les règles de la circulation « gravement et sans scrupules », il a entraîné la mort de tiers ou causé des lésions corporelles à ceux-ci.

6.5.3 Le comportement de chauffard sous l'angle du droit

Fondamentalement, le comportement de chauffard constitue une violation grave des règles de la circulation. En vertu de l'art. 90, al. 2, LCR, une telle infraction est passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Mais la violation grave des règles de la circulation ne constitue qu'une infraction de mise en danger. Lorsqu'une violation des règles de la circulation routière entraîne la mort d'une personne ou des lésions corporelles, seul le code pénal s'applique en règle générale. La plupart du temps, les dispositions applicables concernent les lésions corporelles par négligence (art. 125 CP) ou l'homicide par négligence (art. 117 CP). Dans certains cas, sous réserve que le dol éventuel, au minimum, soit avéré, il peut s'agir de lésions corporelles intentionnelles (art. 122 ou 123 CP) ou de meurtre (art. 111 CP).

Une situation de concours idéal entre l'art. 90 LCR et l'art. 117 ou l'art. 125 CP (et partant, une application simultanée) n'est possible que si, outre la personne blessée ou tuée, une autre personne a été concrètement mise en danger.

Il faut en outre mentionner la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) et la *simple* entrave à la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 1, AP-CP), pour lesquelles est désormais proposée une peine privative de liberté de dix ans au plus dans le cadre du projet d'harmonisation des peines. En outre, la perturbation grave de la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 2, AP-CP) devrait à l'avenir être obligatoirement passible d'une peine privative de liberté d'un an au moins à dix ans au plus¹⁵².

6.5.4 Inscription des infractions commises par des chauffards dans les listes d'infractions pour la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi

6.5.4.1 Selon le droit en vigueur

La peine maximale prévue par la LCR pour les simples infractions à la circulation routière est « une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire ». Une telle peine est notamment prévue pour les graves violations des règles de la circulation (art. 90, ch. 2, LCR), pour les conducteurs se trouvant dans l'incapacité de conduire (art. 91, al. 1 et 2 LCR), en cas d'opposition ou de dérobade aux mesures visant à déterminer l'incapacité de conduire (art. 91a LCR) ou en présence d'une grave violation des devoirs en cas d'accident (art. 92, al. 2, LCR).

¹⁵¹ Loi sur la circulation routière du 19.12.1958 (RS 741.01).

¹⁵² Les dispositions de l'art. 90, ch. 1, LCR s'appliquent à l'usager du trafic qui cause un danger abstrait simple ; si le danger, abstrait ou concret, est plus important, l'art. 90, ch. 2, LCR est applicable ; en revanche, la mise en danger concrète intentionnelle n'est régie que par l'art. 237, ch. 1, CP (SCHWAIBOLD MATTHIAS, BaKomm, Strafgesetzbuch II, 2^e édition, art. 237, n° 4).

Sur la base du droit en vigueur, les listes d'infractions ne concerneront donc un chauffard que s'il est condamné pour une infraction au code pénal. Dans les versions actuelles des listes d'infractions (cf. annexe), les faits constitutifs suivants peuvent s'appliquer à un comportement de chauffard :

- variante 1 : meurtre (art. 111 CP), lésions corporelles graves intentionnelles (art. 122 CP), lésions corporelles simples intentionnelles (art. 123 CP) et mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) ;
- variantes 2 et 4 : meurtre (art. 111 CP), lésions corporelles graves intentionnelles (art. 122 CP) et grave entrave à la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 2 CP) ;
- variante 3 : meurtre (art. 111 CP), lésions corporelles graves intentionnelles (art. 122 CP) et mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP).

S'agissant d'infractions impliquant des chauffards, les tribunaux ne prononcent qu'avec beaucoup de retenue une peine pour meurtre ou pour lésions corporelles intentionnelles : il faut au moins que le dol éventuel soit avéré, c'est-à-dire que l'auteur ait su que son comportement était susceptible d'entraîner la mort d'une personne ou de la blesser et qu'il se soit accommodé de cette éventualité. Généralement, les tribunaux infligent une sanction à titre d'homicide par négligence ou de lésions corporelles par négligence. Sur la base du droit actuellement en vigueur, ce n'est donc que dans des cas exceptionnels que les chauffards seront reconnus coupables d'une infraction figurant dans ces listes.

6.5.4.2 Selon les modifications prévues de la loi

Dans le cadre de « Via sicura », il est question de définir (en s'inspirant de l'initiative sur les chauffards) de nouveaux « faits constitutifs du comportement de chauffard », qui seraient passibles d'une peine privative de liberté de un à quatre ans (cf. ch. 6.5.1). Selon la définition de l'art. 10 CP, de tels faits constitueraient donc un crime. En outre, dans le cadre du projet d'harmonisation des peines, diverses infractions passeraient de la catégorie des délits à celle des crimes et deviendraient, pour certaines, passibles d'une peine minimale (cf. ch. 6.5.1). Les modifications prévues de la loi auront les effets suivants sur les quatre variantes (cf. propositions de formulation en annexe) :

- Variante 1 : aucun. Mais selon la volonté des représentants du comité d'initiative, les chauffards devraient être obligatoirement expulsés. Une adaptation de la liste des infractions devra donc être effectuée en temps opportun (cf. ch. 6.5.5).
- Variantes 2 et 4 : en raison de la peine privative de liberté d'au moins un an dont ils sont passibles, les nouveaux faits constitutifs du comportement de chauffard seraient couverts grâce à la clause générale des variantes 2 et 4. Même la simple entrave à la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 1, CP) serait à l'avenir couverte par la clause générale, en raison de la peine maximale encourue de dix ans.
- Variante 3 : l'homicide par négligence (art. 117 CP) et les lésions corporelles graves par négligence (art. 125, al. 2, CP) seraient désormais couverts par la variante 3, parce qu'ils constituent un crime contre la vie et l'intégrité corporelle d'autrui, compte tenu de la nouvelle sanction dont ils seraient passibles. Bien que les faits constitutifs du comportement de chauffard représentent un crime, ils ne seraient pas saisis par la variante 3 dans sa version actuelle, s'ils étaient intégrés dans la LCR.

Dans les quatre variantes, les éléments constitutifs du comportement de chauffard ne seraient ainsi couverts qu'incomplètement.

6.5.5 Possibilités d'extension des listes d'infractions dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 121, al. 3 à 6 Cst.

Le nouvel énoncé de fait légal du comportement de chauffard constitue une infraction de mise en danger et ne comprend que la constellation de base du comportement de chauffard. Outre cette infraction de mise en danger, les chauffards continueront d'être poursuivis en raison de faits constitutifs visés par le CP, par exemple dans les cas d'homicide intentionnel ou par négligence et de lésions corporelles intentionnelles ou par négligence.

Il faut en outre considérer que les nouveaux faits constitutifs du comportement de chauffard entreraient dans la catégorie des crimes, puisqu'ils seront passibles d'une peine privative de liberté comprise entre un et quatre ans. Cette infraction se situera donc au même niveau que l'homicide par négligence et les lésions corporelles graves par négligences, selon le projet d'harmonisation des peines. Ces deux infractions deviendront certes également des crimes (passibles d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus), mais la peine pécuniaire minimale prévue n'est que d'un jour-amende seulement. Il en résulte de nouvelles questions de délimitation, parce que le chauffard qui se rendrait seulement coupable d'une infraction constitutive du comportement de chauffard (soit une infraction de mise en danger) pourrait être plus sévèrement puni, selon les circonstances, que si la mise en danger se concrétisait par une lésion corporelle par négligence ou par un homicide.

Reste ouverte la question du rapport entre les nouveaux faits constitutifs du comportement de chauffard et les actuelles infractions de mise en danger figurant dans le CP (notamment « mise en danger de la vie d'autrui » ou « entrave à la circulation publique »).

Si les chauffards doivent être impérativement expulsés du territoire national, il faudrait garantir, dans les variantes 1 et 3, que les listes d'infractions couvrent les faits constitutifs du comportement de chauffard qu'il est prévu de créer (soit en les mentionnant explicitement, soit par le biais d'une clause générale). Les variantes 2 et 4 comprennent déjà une clause générale qui permettrait de couvrir cette nouvelle infraction.

En outre, il faudrait intégrer dans la liste des infractions au moins l'homicide par négligence et les lésions corporelles graves par négligence (art. 117 et art. 125, al. 2, AP-CP, selon le projet d'harmonisation des peines ; cf. ch. 6.5.1). Ces deux infractions, qui doivent désormais constituer un crime, devraient être mentionnées explicitement dans les variantes 1, 2 et 4. Dans la variante 3, elles sont déjà couvertes par le crime contre la vie et l'intégrité corporelle d'autrui. Ainsi, les infractions d'homicide par négligence et de lésions corporelles graves par négligence entraîneraient obligatoirement l'expulsion de l'auteur même commises indépendamment des éléments constitutifs d'un comportement de chauffard. Une limitation aux situations impliquant un chauffard serait difficile à régler et à justifier.

6.5.6 Conclusion

Compte tenu de l'état actuel de la législation, il n'est pas possible d'évaluer définitivement quelles infractions et, le cas échéant, quelles combinaisons de faits constitutifs devraient entrer dans les listes d'infractions afin de couvrir toutes les infractions commises par des

chauffards. Le groupe de travail estime qu'il ne lui incombe pas de résoudre cette problématique dans le cadre de la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion.

6.6 Nouvelle infraction d'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales

6.6.1 Prescriptions selon l'art. 121, al. 3, let. b, Cst.

En vertu de l'art. 121, al. 3, let. b, Cst., les étrangers sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse s'ils ont perçu abusivement des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale. La Constitution laisse au législateur le soin de décider s'il entend traiter les faits constitutifs de l'abus par une sanction administrative ou par une sanction de droit pénal (cf. ch. 3.3.3.3).

6.6.2 Proposition des représentants du comité d'initiative (variante 1)

Les représentants du comité d'initiative ont soumis, lors de la première séance du groupe de travail, une proposition de nouvelle disposition pénale visant l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales (p-art. 151^{bis} CP). Cette proposition insère la nouvelle disposition dans le titre consacré aux infractions contre le patrimoine. La note marginale est la suivante : « *Abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales* ». Est puni quiconque obtient illégalement, pour lui-même ou pour un tiers, des prestations d'aide sociale ou des assurances sociales en fournissant des indications fausses ou incomplètes, en omettant de signaler une modification des circonstances ou de toute autre manière. En ce qui concerne les faits constitutifs objectifs, on peut largement se référer aux explications suivantes relatives à la proposition de la majorité du groupe de travail (cf. ch. 6.6.3). Contrairement à la proposition de la majorité du groupe de travail, la proposition des représentants du comité d'initiative ne pose pas comme condition que l'auteur ait induit une personne en erreur ou l'ait confortée dans son erreur. Cependant, le fait constitutif subjectif présuppose également l'intention.

La sanction encourue est également une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire (al. 1) ; dans les cas de peu de gravité, le juge peut prononcer une amende (al. 2). Selon la variante 1, les cas d'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales de peu de gravité entraînent également l'expulsion.

6.6.3 Proposition de la majorité du groupe de travail (variantes 2 à 4)

Le groupe de travail a repris l'idée de base des représentants du comité d'initiative et il a décidé de proposer également une infraction permettant de sanctionner l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales. La nouvelle disposition repose sur la compétence législative de la Confédération dans le domaine du droit pénal (art. 123, al. 1, Cst.).

6.6.3.1 Rattachement de la réglementation et note marginale

La nouvelle infraction s'insérera dans le titre consacré aux *infractions contre le patrimoine* (art. 137 ss CP), après l'*atteinte astucieuse aux intérêts pécuniaires d'autrui* (art. 151 CP).

Le titre marginal proposé pour le projet d'art. 151^{bis} CP est le suivant : « *Obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale* ».

6.6.3.2 Rapport aux faits constitutifs de l'escroquerie

Alors que l'escroquerie (art. 146 CP) suppose que son auteur induise *astucieusement* en erreur une personne ou qu'il la conforte *astucieusement* dans son erreur, cet aspect est absent du projet d'art. 151^{bis} CP. Si l'énoncé de fait légal (plus grave) de l'escroquerie est réalisé, c'est celui-là qui s'appliquera. Le projet d'art. 151^{bis} CP est, en ce sens, une infraction générale, dont la formulation vise uniquement les comportements délictueux qui ne seraient pas déjà couverts par les éléments constitutifs de l'escroquerie. Cette variante correspond à la tradition du CP, à la systématique et à la logique qui lui sont inhérentes.

La représentante de la CDAS est d'avis que l'élément de l'astuce devrait aussi figurer à titre de condition dans la nouvelle infraction selon le projet d'art. 151bis CP, afin d'éviter une inégalité de traitement des différents cas d'escroquerie.

6.6.3.3 Faits constitutifs objectifs

Le projet d'art. 151^{bis}, al. 1, CP cite, comme *action matérielle*, le fait d'induire une personne en erreur ou de la conforter dans son erreur par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon. Cette description couvre d'une part le cas d'application (principal) dans lequel une personne fournit des informations *fausses* ou *incomplètes* s'agissant d'une situation financière, personnelle ou médicale par exemple. D'autre part, la mention des *faits passés sous silence*, par exemple ne pas communiquer un changement de situation, permet de couvrir aussi un comportement purement passif. Selon les lois cantonales en matière d'aide sociale, les personnes requérant de l'aide sont tenues de fournir des renseignements complets et véridiques sur leur situation personnelle et économique. Elles doivent présenter les documents nécessaires pour clarifier la situation et communiquer sans délai toute modification de leur situation. Si une personne simule une situation de détresse par des indications fausses ou incomplètes, en taisant ou en dissimulant des faits, il s'agit d'un cas d'abus classique¹⁵³. L'expression « ou de toute autre façon » permet de couvrir les autres cas éventuels de simulation d'une situation de détresse.

La punissabilité suppose toujours l'obtention illicite de prestations (cf. ci-dessous). Les faits constitutifs n'incluent pas le simple maintien d'une situation de détresse ou la simple violation de l'obligation d'améliorer la situation personnelle ou de mettre fin à la situation de détresse, s'il n'en résulte pas des prestations illicites. En outre, l'utilisation contraire au but des prestations obtenues n'est pas mentionnée : la définition d'une telle infraction pénale poserait de grands problèmes de délimitation et de nombreuses questions.

Toute personne peut être la victime d'une telle action matérielle : l'administration, une autre autorité ou institution (fédérale, cantonale ou communale) ou des tiers peuvent être abusés. Sont compris d'une part les sujets de droit privé qui remplissent directement des tâches administratives (par ex. caisses-maladie de droit privé dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire). D'autre part, la tromperie peut aussi viser le médecin,

¹⁵³ CSIAS, Contrôles et sanctions dans le cadre de l'aide sociale. Mesures d'assurance qualité et de prévention d'abus de l'aide sociale. Berne 2010, p. 3; disponible sous : http://www.skos.ch/store/pdf_f/publikationen/grundlagendokumente/Kontrollinstrumente_f.pdf.

qui établit ensuite sur cette base un faux diagnostic ou un rapport médical inexact, qui peut entraîner l'obtention illicite de prestations.

Par des déclarations fausses ou incomplètes ou en passant des faits sous silence, l'auteur doit provoquer une erreur (*induire en erreur*). Est en outre punissable quiconque conforte une personne *dans l'erreur où elle se trouve déjà*. Contrairement aux faits constitutifs de l'escroquerie, il n'est pas nécessaire d'induire en erreur ou de conforter dans l'erreur astucieusement.

Les éléments constitutifs de l'infraction supposent que l'auteur *réussit* à obtenir illicitement des prestations de l'aide sociale ou des assurances sociales. L'idée d'*obtenir* (ou de percevoir, selon l'art. 121, al. 3, let. b, Cst.) suggère que l'auteur doit avoir effectivement obtenu la prestation, c'est-à-dire qu'il doit avoir fait en sorte qu'elle lui soit versée. Si la simple allocation d'une prestation suffisait à réaliser l'infraction, des problèmes pratiques apparaîtraient : le moment précis serait difficile à identifier, car l'allocation n'est pas toujours communiquée par une décision ou une garantie de prise en charge des frais. Il en résulterait quelque incertitude et insécurité. Si la prestation a été allouée, mais non pas versée, l'auteur se rend punissable au motif de tentative d'obtention abusive des prestations de l'aide sociale ou des assurances sociales, à condition que son intention ait été d'obtenir la prestation visée. La personne bénéficiaire du versement peut être soit la personne qui a induit en erreur soit une autre personne.

6.6.3.4 Éléments subjectifs de l'infraction

L'infraction n'est réalisée que s'il y a une *intention*. L'auteur doit, volontairement et en connaissance de cause, faire des déclarations fausses ou incomplètes, afin d'induire une personne en erreur et d'obtenir de la sorte une prestation à laquelle il n'a pas droit.

Contrairement aux éléments constitutifs de l'escroquerie, un *dessein d'enrichissement illicite* n'est pas requis (à l'instar de l'art. 14 DPA¹⁵⁴ et de l'art. 87 LAVS¹⁵⁵) : qu'il faille obtenir intentionnellement une prestation illicite implique déjà la volonté de s'enrichir illicitement en touchant ladite prestation.

6.6.3.5 Peine encourue

Selon la littérature, l'astuce constitue justement l'élément qui rend une tromperie punissable dans le domaine du droit pénal relatif au patrimoine. Pour l'escroquerie, le simple mensonge, à ce jour, a été jugé non punissable. De telles différences qualitatives devraient se répercuter dans la sanction prévue. La plupart des dispositions pénales en vigueur prévoient de faibles peines. Mais le nouvel art. 121 Cst. porte à conclure que l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales doit être considéré comme plus grave. C'est pourquoi la peine encourue est une *peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire*. De ce fait, l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales représente un délit.

Le projet d'art. 151^{bis}, al. 2, CP prévoit que dans les *cas de peu de gravité*, la peine est l'amende. Un cas d'application possible serait celui où une personne, en connaissance de l'obligation qui lui incombe, ne communiquerait pas tout de suite l'augmentation de son

¹⁵⁴ Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0).

¹⁵⁵ Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10).

taux d'activité rémunérée et attendrait pour s'assurer que sa santé lui permette ce changement. Eu égard à la peine encourue, l'expulsion est exclue dans les cas de peu de gravité.

6.6.3.6 Rapport aux actuelles infractions d'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales

La nouvelle disposition interviendra en concours avec les actuelles infractions en matière d'aide sociale et d'assurances sociales. Il faut partir du principe que les normes pénales visant le même comportement que le projet d'art. 151^{bis} CP devront être modifiées ou abrogées (par ex. art. 87, al. 1, LAVS ; mais l'art. 151^{bis} CP ne couvrirait pas le cas, visé à l'art. 87, al. 2, LAVS, de celui qui élude l'obligation de payer des cotisations par des indications fausses ou incomplètes). Les dispositions cantonales correspondantes seraient également abrogées.

6.7 Peine minimale

6.7.1 Introduction

Selon la proposition de mise en œuvre des représentants du comité d'initiative (variante 1), une condamnation en raison d'une infraction déterminée doit suffire à justifier l'expulsion d'un étranger. Le type et la gravité de la sanction infligée ne doivent jouer aucun rôle à cet égard. L'expulsion serait également obligatoire lorsque le tribunal renonce à appliquer une sanction dans les cas bénins (par ex. en vertu de l'art. 52 CP) ou qu'il n'inflige qu'une peine très légère en raison des circonstances particulières de l'acte (par ex. état de légitime défense visé à l'art. 16, al. 1, CP).

L'expulsion obligatoire est une mesure très incisive : en l'ordonnant, il convient de respecter le principe de proportionnalité (cf. ch. 2.2 et 3.3.1).

Afin de pouvoir tenir compte du principe de proportionnalité au sens étroit (rapport raisonnable entre le but et les moyens), il faut considérer non seulement la gravité abstraite d'un acte, mais aussi sa gravité concrète dans le cas d'espèce (c'est-à-dire la peine prononcée sur la base de la culpabilité de l'auteur).

C'est pourquoi les variantes 2 à 4 prévoient qu'en règle générale, il faut qu'une sanction minimale déterminée soit prononcée pour que l'expulsion soit aussi obligatoirement ordonnée.

Les représentants du comité d'initiative rejettent la condition d'une sanction minimale. Ils estiment que le constituant a déjà procédé à l'examen de la proportionnalité en adoptant une norme dont le libellé clair fait dépendre l'expulsion de la *condamnation* pour certaines infractions et non d'une peine minimale prononcée contre l'auteur.

6.7.2 Conditions d'une peine légère

Le tribunal définit la peine en fonction du degré de culpabilité de l'auteur. Sur la seule base des critères à considérer dans ce contexte (cf. art. 47 CP), le tribunal peut conclure qu'une peine légère est appropriée. C'est en particulier le cas de toutes les infractions qui ne sont pas passibles d'une peine minimale, c'est-à-dire pour lesquelles une peine priva-

tive de liberté d'un jour ou une peine pécuniaire d'un jour-amende à cinq francs est possible.

La situation se présente différemment pour les infractions passibles d'une peine minimale déterminée, par exemple une peine privative de liberté de cinq ans (meurtre au sens de l'art. 111 CP) ou d'un an (meurtre passionnel au sens de l'art. 113 CP). En l'occurrence, même les cas relativement légers sont d'une gravité telle que la peine ne saurait être inférieure à une limite déterminée.

Dans l'un et l'autre cas, toutefois, si des circonstances particulières justifient une peine légère, le juge est *tenu* de modérer la sanction infligée :

- *Défense excusable* (art. 16 CP) : si l'auteur, en repoussant une attaque, a excédé les limites de la légitime défense au sens de l'art. 15, le juge atténue la peine (al. 1).
- *État de nécessité excusable* (art. 18 CP) : si l'auteur commet un acte punissable pour se préserver ou préserver autrui d'un danger imminent et impossible à détourner autrement menaçant la vie, l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur, le patrimoine ou d'autres biens essentiels, le juge atténue la peine si le sacrifice du bien menacé pouvait être raisonnablement exigé de lui (al. 1).
- *Irresponsabilité et responsabilité restreinte* (art. 19, al. 2, CP) : le juge atténue la peine si, au moment d'agir, l'auteur ne possédait que partiellement la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation.
- *Erreur sur l'illicéité* (art. 21 CP) : le juge atténue la peine si l'erreur était évitable.
- *Complicité* (art. 25 CP) : la peine est atténuée à l'égard de quiconque a intentionnellement prêté assistance à l'auteur pour commettre un crime ou un délit.
- *Atténuation de la peine* (art. 48 CP) : le juge atténue la peine :
 - a. si l'auteur a agi :
 - 1. en cédant à un mobile honorable,
 - 2. dans une détresse profonde,
 - 3. sous l'effet d'une menace grave,
 - 4. sous l'ascendant d'une personne à laquelle il devait obéissance ou de laquelle il dépendait ;
 - b. si l'auteur a été induit en tentation grave par la conduite de la victime ;
 - c. si l'auteur a agi en proie à une émotion violente que les circonstances rendaient excusable ou s'il a agi dans un état de profond désarroi ;
 - d. si l'auteur a manifesté par des actes un repentir sincère, notamment s'il a réparé le dommage autant qu'on pouvait l'attendre de lui ;
 - e. si l'intérêt à punir a sensiblement diminué en raison du temps écoulé depuis l'infraction et que l'auteur s'est bien comporté dans l'intervalle.

Dans d'autres cas, la loi prévoit que le juge *peut* atténuer la sanction :

- *Commission par omission* (art. 11 CP) : le juge peut atténuer la peine (al. 4).
- *Degrés de réalisation* (art. 22 CP) : le juge peut atténuer la peine si l'exécution d'un crime ou d'un délit n'est pas poursuivie jusqu'à son terme ou que le résultat nécessaire à la consommation de l'infraction ne se produit pas ou ne pouvait pas se produire. (al. 1).

- *Désistement et repentir actif (art. 23 CP)* : si, de sa propre initiative, l'auteur a renoncé à poursuivre l'activité punissable jusqu'à son terme ou qu'il a contribué à empêcher la consommation de l'infraction, le juge peut atténuer la peine ou exempter l'auteur de toute peine (al. 1). Si plusieurs auteurs ou participants prennent part à l'acte, le juge peut atténuer la peine ou exempter de toute peine celui qui, de sa propre initiative, a contribué à empêcher la consommation de l'infraction (al. 2). Le juge peut également atténuer la peine ou exempter de toute peine l'auteur ou le participant dont le désistement aurait empêché la consommation de l'infraction si d'autres causes ne l'avaient évitée (al. 3). Le juge peut atténuer la peine ou exempter de toute peine l'auteur ou le participant si celui-ci s'est, de sa propre initiative, sérieusement efforcé d'empêcher la consommation de l'infraction et que celle-ci a été commise indépendamment de sa contribution (al. 4).

Qu'une sanction minimale déterminée soit prévue pour le fait constitutif visé ne s'oppose pas à la possibilité d'atténuer la peine : le juge qui atténue la peine n'est pas lié par le minimum légal de la peine prévue pour l'infraction. Il peut aussi prononcer une peine d'un genre différent de celui qui est prévu pour l'infraction mais il reste lié par le maximum et par le minimum légal de chaque genre de peine (art. 48a CP).

Enfin, les dispositions de la partie générale du CP prévoient que le juge peut renoncer à une sanction dans certains cas déterminés (l'auteur est certes condamné, mais il n'est pas puni) :

- *Absence d'intérêt à punir (art. 52 CP)* : si la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte sont peu importantes, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine.
- *Réparation (art. 53 CP)* : lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine :
 - a. si les conditions du sursis à l'exécution de la peine sont remplies (art. 42) ;
et
 - b. si l'intérêt du public et de la victime à poursuivre l'auteur est faible.
- *Atteinte subie par l'auteur à la suite de son acte (art. 54 CP)* : Si l'auteur a été directement atteint par les conséquences de son acte au point qu'une peine serait inappropriée, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine.

6.7.3 Conditions minimales possibles pour une expulsion

L'atténuation de la peine peut intervenir dans les constellations les plus diverses. Une personne peut avoir légèrement excédé les limites de la légitime défense et ne se distinguer que peu de l'auteur acquitté. Mais il peut aussi arriver que l'auteur se soit défendu avec des moyens si disproportionnés que la peine n'est que peu atténuée. En d'autres termes, le degré d'atténuation de la peine peut être très variable. La profonde détresse visée à l'art. 48 CP peut elle aussi avoir des effets différents sur le degré de gravité de l'acte. Il ne serait donc pas adéquat d'exclure généralement l'expulsion dès que sont retenus des motifs d'atténuation de la peine. Ceux-ci doivent être pris en compte dans les seuls cas où une peine légère est effectivement prononcée. En d'autres termes, pour tenir compte du principe de proportionnalité, on doit pouvoir se référer directement dans chaque cas à une peine minimale déterminée.

Selon l'ancien droit (ancien art. 55 CP), il était possible de prononcer l'expulsion comme peine accessoire à l'encontre d'un étranger condamné à la réclusion ou à la prison (désormais peine privative de liberté). La loi ne prévoyait pas de limite minimale déterminée, si bien que l'expulsion était théoriquement possible avec la peine de prison la plus brève possible (3 jours). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, toutefois, une certaine concordance devait prévaloir entre la durée de la peine privative de liberté prononcée et la sanction d'expulsion¹⁵⁶. En outre, lorsque l'expulsion était prononcée comme peine accessoire sous l'ancien droit, le degré de culpabilité était déterminant pour la durée de l'expulsion. La doctrine et la jurisprudence ont tendu toujours plus à traiter l'expulsion comme une mesure de sécurité, de sorte que le principe de proportionnalité est devenu le premier aspect déterminant pour justifier l'expulsion et pour fixer sa durée¹⁵⁷.

Depuis l'introduction de la partie générale révisée du CP, au 1^{er} janvier 2007, seules des mesures relevant du droit des étrangers sont prononcées à l'encontre d'étrangers délinquants. Le Tribunal fédéral a fixé une limite minimale à un an, en interprétant l'art. 62, let. b, LEtr (selon lequel une « peine privative de liberté de longue durée » peut conduire à révoquer une autorisation ou une autre décision). Cette limite se rapporte à la révocation d'une autorisation de séjour ou d'établissement pour laquelle le titulaire ne peut faire valoir un droit particulier. Si l'étranger est en mesure de faire valoir un droit particulier à une autorisation de séjour ou d'établissement, la limite est fixée à deux ans.

L'avant-projet de révision du système de sanctions, mis en consultation le 30 juin 2010¹⁵⁸, prévoit de ce fait, en s'appuyant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁵⁹, une peine minimale supérieure à un an pour l'expulsion facultative (susceptible de sanctionner tous les délits et crimes).

6.7.4 Proposition du groupe de travail

La majorité du groupe de travail propose, dans les variantes 2 à 4, une peine minimale de six mois. Une peine de six mois est considérée dans diverses situations comme limite entre une criminalité plutôt légère ou plutôt grave. C'est notamment le cas lorsqu'une courte peine privative de liberté est exclue (art. 40 et 41 CP) ou comme limite supérieure pour les cas susceptibles d'être traités par la procédure de l'ordonnance pénale (art. 352 CPP).

Cette peine minimale déploiera ses effets surtout dans les cas de certaines infractions courantes, qui ne sont pas passibles d'une peine minimale et qui n'impliquent dans nombre de cas qu'un faible degré de culpabilité. Il n'y a pas de raison de craindre que cette limite empêche l'expulsion obligatoire pour des infractions graves (cf. les explications relatives aux statistiques, ch. 7.10).

Cependant, cette limite minimale ne doit pas s'appliquer absolument. On peut imaginer que des auteurs commettent de manière répétée des infractions qui devraient entraîner l'expulsion selon la liste des infractions, mais sont condamnés chaque fois à une peine inférieure à six mois. Il doit être possible d'expulser ces personnes également si elles multiplient les infractions graves et qu'elles dépassent ainsi, dans un délai de dix ans, la limite

¹⁵⁶ KELLER BEATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 55 CP, n°31.

¹⁵⁷ KELLER BEATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 55 CP, n° 32.

¹⁵⁸ Cf. note 133.

¹⁵⁹ ATF 135 II 377.

de six mois de peine privative de liberté, de 180 jours-amende ou de 720 heures de travail d'intérêt général.

Enfin, les variantes 2 et 4 prévoient une autre exception permettant au juge ou aux autorités de prononcer l'expulsion ou une mesure d'éloignement même en l'absence d'une peine minimale de six mois, à condition que les intérêts publics liés à une telle expulsion prévalent nettement sur les intérêts privés de la personne étrangère à rester en Suisse. Cette exception concernera sans doute beaucoup d'étrangers ne disposant pas d'un titre de séjour et qui pourraient dès lors déjà être expulsés sur la base de la LEtr. Mais la réglementation proposée permet au juge d'ordonner l'expulsion dans ces cas également, de sorte que toute mesure d'expulsion du territoire national pour cause d'infraction relève fondamentalement de la compétence du juge pénal. De plus, l'expulsion envisagée est plus incisive que les actuelles mesures prévues par la LEtr, parce que l'expulsion judiciaire doit en règle générale être assortie d'une interdiction d'entrée de cinq ans au moins.

6.8 Explications relatives à d'autres conditions et notions

6.8.1 Condamnation (exécutoire)

Les nouvelles dispositions constitutionnelles posent comme condition à l'expulsion d'une personne étrangère sa condamnation pour une infraction donnée « par un jugement entré en force » (art. 121, al. 3, let. a, Cst.).

Dans les variantes proposées pour la mise en œuvre, on a renoncé à préciser que la condamnation doit être « *entrée en force* ». Il en résulterait une bipartition de la procédure : le juge ne pourrait prononcer l'expulsion qu'à partir du moment où la condamnation serait exécutoire. L'expression « condamné » implique qu'une expulsion ne saurait être exécutée que si le jugement pénal correspondant est entré en force. En ce sens, une précision n'est pas nécessaire.

Sous l'angle du droit pénal, une condamnation intervient au moment où l'auteur est jugé coupable d'avoir violé le droit en commettant par sa faute une infraction répondant à l'énoncé de fait légal. Si l'acte commis est seulement illicite et conforme à l'énoncé de fait légal, l'auteur est acquitté. Il est donc sans importance que le juge ait ou non prononcé une sanction. Il résulte de ce qui précède notamment que l'auteur d'une infraction acquitté du grief de meurtre en raison de son irresponsabilité, mais à l'encontre duquel une mesure est toutefois prononcée en vertu de l'art. 19, al. 3, CP parce que le risque de récidive est élevé, n'est pas visé par la nouvelle disposition constitutionnelle.

6.8.2 Types de peine et d'exécution, formes d'infraction et de participation

Dans les variantes 2 à 4, le groupe de travail part de l'idée que c'est à l'aune de la peine prononcée qu'il faut juger de la gravité de l'infraction, plus qu'à l'aune du type de peine ou du type d'exécution. Selon les propositions de réglementation présentées, l'auteur étranger d'une infraction doit être expulsé du territoire national dès lors que sa peine dépasse une certaine mesure, que cette peine soit une peine privative de liberté, une peine pécuniaire ou du travail d'intérêt général. Il est également sans incidence que la peine doive être purgée ou que son exécution soit assortie d'un sursis total ou partiel.

Les listes d'infractions s'appliquent en outre même si l'acte répréhensible ne constitue qu'une tentative (art. 22 et 23 CP) et même si l'auteur a agi à titre principal, comme com-

plice ou aide (art. 25 CP) ou comme instigateur (art. 24 CP). De ce fait, ces listes concordent donc avec les listes d'infractions actuelles du CP, qui ne tiennent également pas compte des formes d'action et de participation (cf. ch. 3.3.2.3).

6.8.3 Lieu et moment de commission de l'acte

Les nouvelles dispositions constitutionnelles ne disent rien des conditions locales et temporelles (cf. ch. 3.3.2.3). Elles laissent par exemple ouverte la question de savoir si une personne étrangère condamnée en Suisse pour une infraction commise à l'étranger (par ex. en vertu des art. 5, 6 ou 7 CP) est également visée.

De même, la nouvelle disposition ne précise pas si la condamnation exécutoire doit être prononcée par un juge suisse ou si les jugements rendus à l'étranger sont aussi pris en compte. Par exemple, il est possible qu'une personne étrangère dont le domicile est en Suisse soit condamnée à l'étranger pour une grave infraction commise en Suisse (une infraction qui entraînerait en Suisse l'expulsion obligatoire).

Au demeurant, la question se pose de savoir à quel moment l'acte doit avoir été commis, respectivement à quel moment la condamnation doit avoir été prononcée. Faut-il ne tenir compte que des actes et des condamnations survenus pendant la période durant laquelle la personne étrangère avait un statut de séjour déterminé en Suisse ? Faut-il également prendre en compte les condamnations prononcées avant que la personne visée n'ait obtenu un droit de séjour en Suisse ? Citons comme exemple celui du requérant d'asile, condamné dans un pays tiers pour crime contre l'humanité avant son entrée en Suisse. Pensons également au requérant d'asile qui, recherché à l'étranger en raison de crimes graves, est condamné en Suisse sans être extradé.

Le groupe de travail n'a pas clarifié ces questions en détail. Il part du principe que les dispositions relatives au champ d'application du code pénal (art. 1 à 9 CP) sont fondamentalement applicables pour les variantes 1 à 3. En d'autres termes, ce sont les infractions jugées par un tribunal suisse qui peuvent en principe entraîner l'expulsion obligatoire.

Comme c'est déjà le cas aujourd'hui, la personne étrangère ne recevra pas d'autorisation ou son autorisation sera révoquée si elle attente à la sécurité et l'ordre publics en Suisse *ou à l'étranger*, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse¹⁶⁰.

6.8.4 Notion d'expulsion

Selon la terminologie des nouvelles dispositions constitutionnelles, les étrangers qui sont privés de leur titre de séjour et de tous leurs droits à séjourner en Suisse, en raison d'infractions déterminées qu'ils ont commises, doivent être expulsés du pays et frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire pour une période allant de 5 à 15 ans (art. 121, al. 5, Cst.). Ces notions reposent sur l'insertion des nouvelles dispositions constitutionnelles dans l'art. 121 Cst. concernant le séjour et l'établissement des personnes étrangères (cf. détails concernant la terminologie au ch. 3.2.2.1).

Les propositions de réglementation pénale des variantes 1 à 3 utilisent quant à elles uniformément la notion d'« expulsion » (« *Landesverweisung* » dans la version allemande). Il

¹⁶⁰ Cf. en particulier art. 62, let. c, art. 63, al. 1, let. b, art. 33, al. 3 et art. 34, al. 2, let. b, LEtr.

faut comprendre cette notion comme un « concept générique » comprenant la perte du droit de séjour, le renvoi et l'interdiction d'entrée pour une période déterminée.

La variante 4, qui propose une mise en œuvre dans la loi sur les étrangers, utilise la terminologie actuelle de la LEtr en matière de droit des étrangers (« révocation des autorisations », « interdiction d'entrée », « renvoi », « expulsion »).

6.9 Explications relatives aux diverses variantes des listes d'infractions

6.9.1 Variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)

6.9.1.1 Liste des infractions au sens étroit

La liste des infractions de la variante 1 est alignée sur les prescriptions de l'art. 121, al. 3, Cst. Outre les infractions explicitement mentionnées dans la nouvelle disposition constitutionnelle, elle comprend avant tout les actes de violence (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. b, g, h et i, CP) et d'autres infractions contre l'intégrité sexuelle (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. c, CP).

Comme dans les variantes 2 à 4, seuls les plus graves homicides intentionnels (art. 111, 112 et 113 CP) doivent entraîner l'expulsion obligatoire du territoire national (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. a, CP). En outre, il faut relever les particularités suivantes :

- Dans le domaine des infractions contre l'intégrité sexuelle (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. c, CP), la variante 1, contrairement aux variantes 2 à 4, intègre non seulement les crimes, mais aussi les délits (art. 187, ch. 4, art. 188, 192, 193 et 197 CP).
- La description de l'effraction se distingue elle aussi de celle retenue dans les variantes 2 à 4 (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. f, CP). Parmi les infractions contre le patrimoine, la liste de la variante 1 mentionne également le vol par métier et le vol en bande, de même que le recel par métier (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. f, CP).
- La liste des infractions comprend, comme celle de la variante 2, des infractions créant un danger pour la collectivité (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. g, CP). Contrairement à celle de la variante 2, la liste ne se limite toutefois pas aux crimes les plus graves et inclut des actes plus légers, par exemple l'explosion causée par négligence (art. 223, ch. 2, CP).
- Les représentants du comité d'initiative ont intégré la provocation publique au crime ou à la violence (art. 259 CP) dans la liste des infractions, visant avant tout les « prêcheurs de haine » (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. h, CP).

Contrairement aux variantes 2 à 4, la proposition selon la variante 1 inclut aussi les lésions corporelles simples, la rixe et l'agression.

Les représentants du comité d'initiative estiment que l'omission de ces infractions irait à l'encontre de la volonté du constituant, qui entendait lutter contre la criminalité des étrangers dans le domaine des actes de violence.

Il faut également noter que la rupture de ban visée à l'art. 291 CP et les infractions intentionnelles selon l'art. 115 LEtr doivent entraîner obligatoirement l'expulsion (p-art. 73^{bis}, al. 1, let. j CP). Enfin, le projet d'art. 73^{bis}, al. 1, let. k, CP renvoie à une disposition pénale de l'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales (p-art. 151^{bis} CP), que la variante 1 régleme différemment que les variantes 2 à 4.

La liste des infractions se distingue moins par la gravité abstraite des diverses infractions entraînant obligatoirement l'expulsion que par une large sélection d'infractions (en particulier des infractions violentes) jugées intolérables de la part d'étrangers en Suisse. C'est pourquoi la gravité abstraite des infractions s'étend des crimes les plus graves (par ex. meurtre, assassinat, brigandage, incendie intentionnel et viol) aux délits (par ex. lésions corporelles simples, poursuite sur plainte, rixe, exploitation d'une situation de détresse ou rupture de ban) en passant par des crimes plus légers (exposition ou mise en danger de la vie d'autrui).

6.9.1.2 Peine minimale

La variante 1 ne fait pas dépendre l'expulsion d'une peine minimale et renonce de ce fait à prendre en compte la gravité concrète d'une infraction dans le cas d'espèce. Elle prévoit comme seul critère de l'expulsion obligatoire la condamnation à l'une des infractions énumérées dans la liste (p-art. 73^{bis}, al. 1, CP). Autrement dit, l'expulsion doit être obligatoirement prononcée également dans le cas où, bien qu'une infraction de la liste soit réalisée, le juge renonce à infliger une sanction, par exemple en raison de l'absence d'intérêt à punir (art. 52 CP) ou lorsqu'il atténue la peine eu égard à une situation de légitime défense (art. 16 CP).

La proposition des représentants du comité d'initiative part du principe que la peine infligée dans le cas d'espèce est dénuée de pertinence pour définir la gravité ou le caractère répréhensible d'une infraction. L'élément déterminant est en premier lieu le type de violation de certains biens juridiques.

Cette conception des choses repose sur l'idée qu'une peine minimale serait incompatible avec le libellé clair de la norme constitutionnelle.

6.9.1.3 Appréciation

À côté de l'effraction et de l'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales, la liste des infractions se concentre sur la petite criminalité dans le domaine des actes de violence et des délits sexuels, qui est fréquente en pratique. En renonçant à une peine minimale, le nombre d'auteurs d'infraction concernés est nettement plus élevé qu'avec les variantes 2 à 4, justement dans le domaine de la petite criminalité relativement légère.

6.9.2 Variante 2 (proposition de la majorité du groupe de travail)

6.9.2.1 Liste d'infractions au sens étroit

Selon la variante 2, la liste des infractions contient, outre les infractions graves explicitement mentionnées dans la nouvelle disposition constitutionnelle (homicide, brigandage, traite d'êtres humains et viol), d'autres *crimes graves*. Les faits constitutifs fondamentaux du viol (peine privative de liberté d'un an à dix ans) et du brigandage (peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire d'au moins 180 jours-amende), visés à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst., servent de référence pour évaluer la gravité abstraite de ces infractions (« pour (...) viol, ou tout autre délit sexuel grave, pour un acte de violence d'une autre nature tel que le brigandage »). Les infractions qui correspondent à ces prescriptions ne sont pas énumérées en détail, mais couvertes par une clause générale (p-art. 73a, al. 1, let. a).

La clause générale couvre notamment les infractions telles que la contrainte sexuelle (art. 189 CP), les actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance (art. 191 CP), l'encouragement à la prostitution (195 CP), la séquestration et l'enlèvement (183 CP), la prise d'otage (art. 185 CP), l'incendie intentionnel (art. 221 CP), la provocation d'une explosion (art. 223 CP), l'emploi, avec dessein délictueux, d'explosifs ou de gaz toxiques (art. 224 CP), le génocide (264 CP) et les crimes de guerre (art. 264, let. c à h, CP), qui peuvent être qualifiés de délits sexuels graves ou d'actes de violence graves au sens de l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. Mais la clause générale permet de couvrir aussi d'autres crimes graves visés par le CP et le droit pénal accessoire, qui sont susceptibles d'être intégrés à la liste d'infractions en vertu de l'art. 121, al. 4, phrase 2, Cst.. Il faut notamment mentionner, dans le CP, les crimes contre la santé publique (art. 230^{bis}, art. 231, al. 2, art. 232, ch. 1, al. 2, et art. 233, ch. 1, al. 2, CP), les crimes contre la circulation publique (art. 237, ch. 1, al. 2, et art. 238, al. 1, CP) ou la fabrication de fausse monnaie (art. 240 CP) ; dans le droit pénal accessoire, il faut citer les violations contre la loi sur le matériel de guerre¹⁶¹ (art. 34, al. 1 et 2, et art. 35, al. 2 et 3, LFMG) ou les violations contre la loi sur l'énergie nucléaire¹⁶² (art. 88, al. 2, et art. 89, al. 2, LENu).

Outre les crimes graves, la liste des infractions ne contient plus que les infractions de moindre gravité que cite explicitement la nouvelle disposition constitutionnelle : l'effraction, l'escroquerie, l'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales et les infractions liées aux stupéfiants au sens de l'art. 19 LStup. Tant l'effraction (p-art. 73a, al. 1, let. b, CP) que l'abus en matière d'aide sociale et d'assurances sociales sont définis différemment que dans la variante 1 (p-art. 151^{bis} CP).

6.9.2.2 Peine minimale

L'expulsion selon la variante 2 ne suppose pas seulement que soit commise une infraction qui se distingue par sa gravité abstraite. L'acte doit également présenter un certain degré de gravité minimal dans le cas d'espèce (p-art. 73a, al. 2, let. a, CP) ou la durée cumulée des peines infligées à l'auteur pour différentes infractions doit atteindre une mesure déterminée (p-art. 73a, al. 2, let. b, CP). S'agissant de la thématique de la peine minimale : cf. ch. 6.7 ci-dessus.

On renoncera toutefois à la condition de la peine minimale dans les cas où les intérêts publics liés à l'expulsion prévalent nettement sur les intérêts privés de la personne étrangère à rester en Suisse (p-art. 73a, al. 3, CP). À cet effet, l'expulsion facultative est prévue pour des infractions de la liste.

6.9.2.3 Expulsion facultative

Outre la mise en œuvre de la nouvelle disposition constitutionnelle sur l'expulsion obligatoire, la variante 2 prévoit aussi l'expulsion facultative (p-art. 73b CP)¹⁶³.

¹⁶¹ Loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre (LFMG ; RS 514.51).

¹⁶² Loi fédérale du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire (LENu ; RS 731.1).

¹⁶³ L'expulsion facultative du territoire national visée par le projet d'art. 73a, al. 3, CP, prolonge les dispositions de droit constitutionnel : le projet d'art. 73a, al. 1, CP contient les infractions qui, selon l'interprétation de l'art. 121, al. 3 (et 4), Cst., doivent obligatoirement conduire à l'expulsion. Si une personne étrangère commet une telle infraction, elle peut, dans certaines circonstances, être expulsée même si elle n'a pas atteint la peine minimale de six mois qui

Elle doit signifier que les personnes étrangères qui ont commis une infraction non comprise dans la liste des infractions peuvent aussi être expulsées et que cette expulsion relève également de la compétence du juge pénal. Dans son principe, la disposition correspond à une proposition mise en consultation par le Conseil fédéral le 30 juin 2010¹⁶⁴. Par analogie avec le projet d'art. 73a, al. 2, CP, l'expulsion facultative dépend aussi d'une peine minimale de six mois (infligée pour une infraction ou, de manière cumulée, pour plusieurs infractions).

6.9.2.4 Appréciation

En plus des infractions mentionnées dans les nouvelles dispositions constitutionnelles, la liste des infractions ne couvre que les plus graves crimes du CP et du droit pénal accessoire. La mesure prise pour référence est ainsi nettement plus élevée que dans la variante 1. En outre, la liste d'infractions est moins axée sur la criminalité des étrangers, de quelque nature qu'elle soit, que définie en fonction d'une certaine cohérence interne. De ce fait, la liste des infractions couvre certes de nombreuses infractions assez rares en pratique, mais qui sont à même de justifier l'expulsion obligatoire à l'instar de certaines infractions courantes. En exigeant une peine minimale et en visant aussi les récidivistes, cette solution permet de tenir compte du principe de proportionnalité, notamment dans le domaine de la petite criminalité.

6.9.3 Variante 3 (autre proposition du groupe de travail)

6.9.3.1 Liste d'infractions au sens étroit

Contrairement à ce que font les variantes 1 et 2, la nouvelle disposition constitutionnelle n'est pas prioritairement concrétisée et complétée par d'autres *délits sexuels et infractions violentes* (variante 1), ni généralement par des *crimes graves* (variante 2), mais de manière ciblée par des *crimes contre des biens juridiques déterminés* (p-art. 67c, al. 1, let. a, CP). Il s'agit en l'occurrence des biens juridiques visés prioritairement par la disposition constitutionnelle : « la vie et l'intégrité corporelle », « la liberté » et « l'intégrité sexuelle ». De plus, contrairement aux variantes 1 et 2, la variante 3 inclut dans la liste d'infractions les crimes contre la paix publique. Il s'agit des actes préparatoires délictueux (art. 260^{bis} CP), de la participation à une organisation criminelle (art. 260^{ter} CP), de la mise en danger de la sécurité publique au moyen d'armes (art. 260^{quater} CP) et du financement du terrorisme (art. 260^{quinquies} CP).

La variante 3 renonce délibérément à intégrer dans la liste d'autres infractions contre le patrimoine, en plus des infractions citées dans la Constitution (effraction et brigandage).

Une autre caractéristique de la variante 3 est de concrétiser et compléter la disposition constitutionnelle en principe par des « crimes ». Cette mesure est moins élevée que celle de la variante 2 (crimes graves), mais néanmoins encore élevée, puisqu'elle vise la plus grave des trois catégories d'infraction (crimes, délits, contraventions). Ainsi, contrairement à celle de la variante 2, la liste des infractions de la variante 3 couvre aussi, pour certains

est en principe une condition. Parallèlement, l'expulsion facultative visée par le projet d'art. 73b CP permet au juge de prononcer l'expulsion même indépendamment des nouvelles dispositions constitutionnelles de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst.

¹⁶⁴

Cf. note 133.

biens juridiques, les crimes qui ne sont pas passibles d'une peine minimale d'un an et dont l'auteur n'encourt qu'une peine maximale de cinq ans.

Cela signifie concrètement que, contrairement à ce qui prévaut dans la variante 2, sont aussi couvertes les infractions comme l'incitation et l'assistance au suicide (art. 115 CP), l'interruption de grossesse punissable avec le consentement de la femme enceinte (art. 118 CP), l'exposition (art. 127 CP), la mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), l'agression (art. 134 CP), l'escroquerie simple (art. 146 CP), la séquestration et l'enlèvement (sans circonstances aggravantes, art. 183 CP), les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP) et les crimes contre la paix publique cités plus haut. Toutefois, la peine minimale de six mois généralement requise pour l'expulsion dans la version 3 n'est atteinte que dans peu de cas pour de telles infractions (cf. ch. 6.9.3.2). En pratique, le cas devrait se présenter uniquement pour les actes d'ordre sexuel avec des enfants, une infraction qualifiée de grave lorsque la différence d'âge est importante. En revanche, on imagine mal qu'un juge puisse prononcer une peine privative de liberté supérieure à six mois dans un cas d'interruption de grossesse.

6.9.3.2 Peine minimale

Si la réglementation de la variante 3 est structurée différemment du point de vue rédactionnel, elle correspond largement à la variante 2 en ce qui concerne la peine minimale requise (cf. ch. 6.7). La différence avec la variante 2 réside dans le fait que la peine minimale requise pour une expulsion n'est pas d'au moins six mois mais de plus de six mois. On exclut ainsi les cas de délinquants primaires, susceptibles d'être réglés par la procédure de l'ordonnance pénale. Contrairement à la variante 2, la variante 3 ne prévoit pas la possibilité pour le juge d'ordonner l'expulsion d'un délinquant primaire coupable d'une infraction figurant dans la liste et condamné à une peine de six mois ou moins. Il serait cependant envisageable d'intégrer la réglementation correspondante de la variante 2 dans la variante 3 (p-art. 73a, al. 3, CP).

6.9.3.3 Expulsion facultative

La variante 3 (tout comme la variante 2), prévoit que l'expulsion peut être ordonnée, à titre facultatif, pour toutes les infractions qui ne figurent pas dans la liste. Mais contrairement à la variante 2, qui prévoit une peine minimale comme condition à l'expulsion facultative, la variante 3 la fait dépendre d'un intérêt public prépondérant.

6.9.3.4 Appréciation

La liste des infractions de la variante 3 peut être qualifiée de solution pragmatique à mi-chemin de la variante 1 (concernant l'accent mis sur certaines infractions) et de la variante 3 (concernant la gravité abstraite des infractions). La norme constitutionnelle est concrétisée et complétée par de graves infractions contre certains biens juridiques. L'accent est mis sur les infractions contre des personnes. Bien que la liste des infractions couvre aussi, dans certains domaines, des crimes moins graves, elle est moins étendue que la liste de la variante 2. Cependant, hormis l'incendie intentionnel, aucune infraction grave fréquente en pratique n'y manque. Grâce à la condition de la peine minimale et à la possibilité de viser les récidivistes, notamment dans le domaine de la petite criminalité, la variante 3 tient également compte du principe de proportionnalité.

6.9.4 Variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers)

6.9.4.1 Révocation obligatoire des autorisations

Le groupe de travail a décidé d'élaborer également une variante de mise en œuvre dans le droit sur les étrangers. En lieu et place d'une mesure pénale d'*expulsion obligatoire*, telle que dans les variantes 1 à 3, la variante 4 prévoit, dans le droit sur les étrangers, la révocation obligatoire des autorisations et une interdiction d'entrée obligatoire. La liste des infractions et les autres conditions posées à la révocation obligatoire des autorisations correspondent à la variante 2 (p-art. 73a CP).

La LEtr prévoit déjà, en vertu des dispositions en vigueur, une *révocation facultative* des autorisations pour les personnes étrangères qui ont attenté à la sécurité et à l'ordre publics¹⁶⁵. La mise en œuvre dans le droit sur les étrangers ne doit donc pas nécessairement prévoir une réglementation analogue à celle de l'expulsion facultative visée dans la variante 2 (p-art. 73a, al. 3, et p-art. 73b CP) et dans la variante 3 (p-art. 67c, al. 3, CP). Ces remarques valent aussi s'agissant de l'interdiction d'entrée prononcée à titre facultatif (art. 67 LEtr).

Le projet d'art. 63a LEtr régit la *révocation obligatoire* de toutes les autorisations. Il vise aussi toutes les autorisations faisant l'objet d'un droit prévu par la loi, notamment en vertu des art. 42, 43, 50 et 59 LEtr, et de l'art. 60 LAsi. La révocation obligatoire des autorisations n'est exclue que si elle entraîne une violation de l'ALCP (p-art. 63b LEtr ; par analogie avec la variante 2 [p-art. 73c CP]).

6.9.4.2 Interdiction d'entrée obligatoire

L'expulsion pénale prévue dans les variantes 1 à 3 implique l'extinction de l'autorisation accordée en vertu du droit des étrangers ; elle est aussi assortie d'une interdiction d'entrée. La mise en œuvre en droit sur les étrangers doit, en exécution des nouvelles dispositions constitutionnelles, prévoir une interdiction d'entrée obligatoire de durée déterminée en plus de la révocation obligatoire des autorisations (cf. p-art. 67, al. 1, let. c, et al. 3^{bis} LEtr ; comme dans la variante 2 [p-art. 73a, al. 1, phrase introductive]).

Sont également réglementés l'interruption d'une procédure visant à prononcer une interdiction d'entrée obligatoire ou la suspension d'une telle interdiction lorsqu'elle a déjà été prononcée (p-art. 67, al. 6 et 7, LEtr ; comme dans la variante 2 [p-art. 73f CP]). Les conditions posées à l'interruption et à la suspension sont plus sévères pour l'interdiction d'entrée obligatoire que pour l'actuelle interdiction d'entrée facultative (art. 67, al. 5, LEtr). Cet aspect découle des nouvelles dispositions constitutionnelles, qui prescrivent que, pour certaines infractions, tous les droits de séjour sont retirés et une interdiction d'entrée est prononcée. Les exceptions à ce principe ne doivent être accordées que de manière très restrictive¹⁶⁶.

6.9.4.3 Appréciation

Les faits constitutifs qui justifient une révocation obligatoire d'autorisations et une interdiction d'entrée obligatoire correspondent aux conditions posées à l'expulsion obligatoire

¹⁶⁵ Cf. dispositions potestatives de l'art. 62, let. b et c, et de l'art. 63, al. 1, let. a et b, LEtr.

¹⁶⁶ S'agissant de ces conditions, la variante 2 ne fait pas de distinction entre l'expulsion facultative et l'expulsion obligatoire (cf. p-art. 73f. CP).

dans la variante 2. Contrairement à la variante 2, les mesures d'éloignement obligatoires ne sont pas prononcées par le juge pénal, mais décidées par les autorités compétentes en matière de migrations, en vertu de la LEtr. Il en résulte que le même cas doit être traité par le juge pénal dans le cadre de la procédure pénale et par les autorités compétentes en matière de migrations. Cette procédure est donc plus compliquée que celle prévue dans la variante 2. Selon le prononcé pénal, les autorités compétentes en matière de migrations n'ont aucune marge de manœuvre pour les mesures qu'elles doivent ordonner.

7. Questions liées à l'exécution, modifications du droit en vigueur et données statistiques

7.1 Introduction

D'une variante de mise en œuvre à l'autre, les réponses aux questions qui se posent en matière d'exécution ne sont pas les mêmes. Les variantes développées par la majorité des membres du groupe de travail pour une mise en œuvre dans le code pénal, soit la variante 2 (cf. p-art. 73a à 73h CP) et la variante 3 (p-art. 67c à 67i CP), concordent matériellement sur de nombreux points (cf. propositions de formulation en annexe). Les explications relatives aux normes d'exécution exposées aux ch. 7.2 à 7.6 ci-après se rapportent à la variante 2. Les différences par rapport à la variante 3 sont indiquées le cas échéant.

Les représentants du comité d'initiative ont également intégré une norme d'exécution (p-art. 73^{quater} CP ; cf. ch. 7.8) dans leur projet de mise en œuvre (variante 1). Pour ce qui est d'une mise en œuvre dans la LEtr (variante 4), elle peut reprendre, pour l'essentiel, le règlement d'exécution actuel (cf. ch. 7.8).

7.2 Tâches du tribunal pénal

7.2.1 Pouvoir d'examen

En principe, s'il se conforme à l'expulsion automatique prescrite par la Constitution, le juge pénal n'a pas la compétence d'examiner les obstacles à l'exécution du renvoi relevant du droit international public lors de l'application du projet d'art. 73a, al. 1 et 2, CP (variante 2).¹⁶⁷ Si les conditions liées aux faits constitutifs pénaux sont réunies, le juge doit prononcer l'expulsion.

Font exception les cas où il est établi, à la date où le jugement est rendu, qu'ordonner l'expulsion (obligatoire) équivaldrait manifestement à violer un obstacle à l'exécution du renvoi (en particulier le principe de non refoulement) ou que l'expulsion serait clairement inexécutable. En effet, selon la *théorie de l'évidence* du Tribunal fédéral, les décisions

¹⁶⁷ L'automatisme d'expulsion prévu par la Cst. est toutefois compatible avec l'obligation, imposée au juge, prévue dans les projets des art. 73a, al. 3, et 73b, CP, de procéder à une pesée d'intérêts ou de contrôler la proportionnalité de l'expulsion facultative du pays.

comportant de très graves défauts matériels sont nulles.¹⁶⁸ La théorie de l'évidence correspond à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral et n'exige pas d'être prescrite dans une norme. Le pouvoir d'examen limité du tribunal pénal découle suffisamment clairement de la phrase introductive du projet d'art. 73a, al. 1, CP (« Le juge expulse du territoire pour une durée de cinq à quinze ans l'étranger qui [...] »).

Mais le projet d'art. 73c CP impose au juge pénal l'obligation de renoncer à l'expulsion si une telle mesure est contraire à l'ALCP. La nécessité de confier cet examen au tribunal pénal (plutôt qu'à l'autorité d'exécution) découle de l'ALCP (cf. ch. 3.4.4 et 3.4.5).

Une différence importante entre la variante 2 et la variante 3 est que cette dernière confie également au juge pénal le soin d'examiner d'autres obstacles à l'exécution du renvoi relevant du droit international et que, le cas échéant, l'exécution de l'expulsion doit être provisoirement reportée *par le tribunal* (cf. p-art. 67d, al. 2, CP [variante 3]). On peut y voir l'avantage que l'examen d'obstacles à l'exécution du renvoi reste entre les mains du juge, ce qui évite d'avoir à conduire une deuxième procédure, y compris toutes les voies de recours, après la procédure pénale (ce qui est le cas avec la variante 2 ; cf. ch. 7.5). Le revers de la médaille, avec cette solution, est le surcroît de travail non négligeable des tribunaux pénaux, notamment s'agissant d'étrangers condamnés à purger une peine privative de liberté de longue durée. En effet, durant la phase d'exécution, le juge pénal doit une nouvelle fois apprécier les circonstances, qui auront éventuellement changé. En outre, l'examen par le juge pénal de la conformité au droit international, prévu dans la variante 3, entre en contradiction avec l'expulsion automatique prévue dans la Cst. Dans la variante 2 également, cet automatisme n'est mis en œuvre autant que possible que durant la première phase du prononcé de l'expulsion ; mais l'autorité d'exécution procède, durant la deuxième phase, au contrôle au cas par cas requis par le droit international.

7.2.2 Voies de recours de droit pénal

Le jugement pénal, expulsion comprise, est soumis aux voies de recours ordinaires en matière pénale. Sur le plan cantonal, la juridiction d'appel est compétente (cf. art. 21 et 398 ss CPP). Sa décision peut être attaquée par la voie d'un recours en matière pénale auprès du Tribunal fédéral (art. 78 ss LTF). Le principe général de procédure est que la compétence d'examen (cognition), peut être restreinte, mais non étendue pour la procédure de recours, ne peut pas être étendue. De ce fait, la juridiction d'appel cantonale et le Tribunal fédéral disposent, en qualité d'autorités de recours, de la même cognition (restreinte) que le tribunal pénal de première instance (cf. concernant les différences de pouvoir d'examen entre les variantes 2 et 3, ch. 7.2.1).

7.2.3 Procédure de l'ordonnance pénale

Le CPP détermine la compétence pour juger les infractions en fonction de la sanction à infliger dans le cas d'espèce : les contraventions, soit les violations passibles d'une amende, peuvent être poursuivies par les autorités administratives (art. 17 et 357 CPP) ; dans la mesure où la sanction prononcée n'excède pas une peine privative de liberté de six mois (ou une peine pécuniaire équivalente, ou un travail d'intérêt général équivalent), le ministère public est habilité à rendre une ordonnance pénale (art. 352 CPP) ; pour les

¹⁶⁸ Cf. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 n° 16, avec des références à la jurisprudence du Tribunal fédéral.

peines privatives de liberté de deux ans au plus, un juge unique peut être compétent (art. 19 CPP) ; les sanctions plus lourdes doivent obligatoirement être prononcées par un collège de juges. L'art. 352 fixe comme suit les conditions relatives à la procédure de l'ordonnance pénale :

Art. 352 Conditions

¹ Le ministère public rend une ordonnance pénale si, durant la procédure préliminaire, le prévenu a admis les faits ou que ceux-ci sont établis et que, incluant une éventuelle révocation d'un sursis ou d'une libération conditionnelle, il estime suffisante l'une des peines suivantes :

- a. une amende ;
- b. une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus ;
- c. un travail d'intérêt général de 720 heures au plus ;
- d. une peine privative de liberté de six mois au plus.

² Chacune de ces peines peut être ordonnée conjointement à une mesure au sens des art. 66 à 73 CP.

³ Les peines prévues à l'al. 1, let. b à d, peuvent être ordonnées conjointement si la totalité de la peine prononcée n'excède pas une peine privative de liberté de six mois. Une amende peut être infligée en sus.

Ainsi, la procédure de l'ordonnance pénale découle de deux prémisses :

- le cas doit être clair et simple de fait et en droit ; et
- la sanction encourue doit être relativement faible.

Ce n'est qu'à ces conditions qu'il paraît admissible que l'accusé puisse renoncer à un jugement rendu par un tribunal indépendant dans un procès public en acceptant une ordonnance pénale et en renonçant à former un recours. Dans les cas où une expulsion est prononcée, le premier critère peut éventuellement être rempli, mais pas le deuxième.

En cas de peine privative de liberté inférieure à six mois, en particulier, la variante 2 prévoit une pesée des intérêts (p-art. 73a, al. 3, CP), une tâche pour laquelle une procédure écrite et rapide semble mal adaptée. Autrement dit, nombre de ces cas ne sont ni clairs ni simples, tant de fait qu'en droit. Les cas de délinquance itinérante (touristes criminels) peuvent néanmoins constituer l'exception à cette règle.

Par ailleurs, une expulsion pour une durée de cinq ans ou plus ne représente pas une sanction bénigne. Le règlement des compétences du juge unique en atteste : si une peine privative de liberté de plus de deux ans doit être prononcée, le jugement ne saurait être rendu par un seul magistrat, même si le sursis à l'exécution de la peine est accordé (art. 19, al. 2, let. b, CPP). Or ce qui vaut pour le juge unique (qui reste une instance judiciaire indépendante) s'applique a fortiori au ministère public qui rend l'ordonnance pénale.

À cela s'ajoute que la procédure de l'ordonnance pénale comporte certains points faibles sous l'angle de l'État de droit. Ainsi, contrairement à la procédure ordinaire, elle ne permet aucun contrôle de la jurisprudence par le public, faute de caractère public de la procédure. Pendant la phase de la procédure de l'ordonnance pénale, l'accusé n'a pas de droit à être défendu et les ordonnances pénales ne sont prononcées que dans la langue de la procédure, que l'accusé comprenne ou non cette langue. Enfin, la sanction infligée dans

les ordonnances pénales ne doit pas être motivée et l'audition de l'accusé n'est pas requise.

De tout ce qui précède, il résulte que seules des sanctions relativement bénignes doivent pouvoir être prononcées dans la procédure de l'ordonnance pénale. Or tel n'est pas le cas d'une expulsion de longue durée comprise entre 5 et 15, voire 20 ans.¹⁶⁹

La procédure de l'ordonnance pénale intervient de manière très différente dans les diverses variantes de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles.

- Les représentants du comité d'initiative partent du principe que l'expulsion peut être prononcée même dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale, puisque l'accusé a la possibilité d'introduire une procédure judiciaire ordinaire en s'opposant à la procédure de l'ordonnance pénale. Dans ce cas, il faudrait adapter l'art. 352, al. 2, CPP en conséquence.

La majorité des membres du groupe de travail estiment que cette solution est susceptible d'entraîner des retards de procédure.

- En raison des considérations exposées ci-dessus, la variante 2 s'abstient de prévoir que l'expulsion puisse être prononcée dans le cadre d'une procédure d'ordonnance pénale.
- La variante 3 permet expressément de prononcer l'expulsion dans le cadre d'une ordonnance pénale pour les cas où une personne devrait de toute manière quitter la Suisse du fait qu'elle n'a pas le droit d'y résider (p-art. 67c, al. 3, CP). Une modification du CPP n'est pas nécessaire, puisque l'art. 352, al. 2, CP renverrait au projet d'art. 67c CP.

Le représentant de l'OFJ a exprimé des inquiétudes quant à la conformité de cette solution au droit constitutionnel. Compte tenu de la gravité de la sanction encourue (expulsion du territoire et interdiction d'entrée de plusieurs années), il apparaît douteux que les garanties procédurales exigées par la Constitution (art. 29 ss Cst.) soient suffisamment satisfaites. Tout étranger peut en effet invoquer ces garanties, que sa présence en Suisse soit ou non conforme au droit. En outre, le fait que seules les *personnes dépourvues d'un droit de résidence* soient jugées par la procédure de l'ordonnance pénale pourrait être interprété comme une violation de l'interdiction de la discrimination.

- La question de la procédure de l'ordonnance pénale ne concerne pas la variante 4, qui met en œuvre la nouvelle disposition constitutionnelle dans la LEtr.

7.3 Début et durée de l'expulsion ; rapport avec la sanction principale

7.3.1 Introduction

Toute expulsion du territoire national est en principe exécutable dès l'entrée en force du jugement, indépendamment du type de sanction prononcée parallèlement à l'expulsion. En vertu de l'art. 437, al. 2, CPP, l'entrée en force prend effet à la date à laquelle la décision a été rendue.

¹⁶⁹ Selon la variante 3, le juge peut condamner un étranger à une expulsion de 3 à 15 ans dans le cadre de l'expulsion facultative (p-art. 67c, al. 2, CP).

Les anciennes peines accessoires et les « autres mesures » actuelles arrêtent dans certains cas qu'une interdiction déterminée ou une mesure prend effet à l'entrée en force du jugement.¹⁷⁰ De l'avis du groupe de travail, le caractère exécutoire ne requiert toutefois pas d'être mentionnée expressément. Il paraît plus important de réglementer clairement la date à laquelle la durée de l'expulsion commence à courir.

Théoriquement, l'expulsion pourrait dans chaque cas être exécutée immédiatement après le constat de l'entrée en force. Cependant, il ne serait pas pertinent que l'auteur de l'infraction soit expulsé avant même que ne soit exécutée une peine ou une mesure infligée simultanément. En effet, ce ne serait contraire au principe de l'égalité des droits et à l'obligation de punir impartie à l'État. De plus, une telle solution serait contreproductive eu égard à la prévention spécifique et générale. Par conséquent, il faut en principe procéder à l'exécution de la sanction principale prononcée contre la personne condamnée avant d'exécuter l'expulsion. Déjà sous l'ancien régime d'expulsion prévu à l'art. 55 aCP¹⁷¹, on admettait que la peine ou la mesure privative de liberté devait être partiellement ou totalement purgée avant que l'expulsion judiciaire ne soit exécutée.¹⁷² Cette manière de procéder est également prévue dans l'expulsion facultative nouvellement proposées par le Conseil fédéral¹⁷³.

Le projet d'art. 73e CP réglemente, d'une part, la priorité fondamentale donnée à l'exécution des peines et des mesures sur l'expulsion (al. 1) et précise, d'autre part, le moment à partir duquel l'interdiction d'entrée commence à courir (al. 2). En définitive, l'une et l'autre question concernant la date d'exécution de l'expulsion ou de l'interdiction d'entrée. C'est pourquoi la désignation « moment de l'exécution » a été choisie comme titre du projet d'art. 73e CP. Cette disposition de la variante 2 correspond à celle des projets d'art. 67 ss CP de la variante 3.

7.3.2 Priorité des diverses sanctions

L'expulsion doit être ordonnée pour certains crimes ou délits. Les crimes et les délits sont passibles de peines privatives de liberté, de peines pécuniaires et de travaux d'intérêt général. Ces peines peuvent être fermes ou assorties d'un sursis ou d'un sursis partiel. De plus, des mesures privatives de liberté sont possibles en lien avec l'expulsion, c'est-à-dire une mesure thérapeutique stationnaire au sens des art. 59 à 61 CP ou l'internement visé à l'art. 64 CP.

En cas de peine privative de liberté ferme ou de mesure privative de liberté, la durée de l'expulsion court à partir du moment où la personne condamnée est libérée de l'exécution. La durée probatoire en lien avec une libération conditionnelle ne doit pas faire obstacle à l'exécution du renvoi.

¹⁷⁰ Cf. art. 51, ch. 3, art. 54, al. 2, ou art. 56, al. 3 aCP (CP dans la version en vigueur jusqu'au 31.12.2006) ; art. 67a, al. 1, CP.

¹⁷¹ CP dans la version en vigueur jusqu'au 31.12.2007.

¹⁷² KELLER BEATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 55 CP, n° 57.

¹⁷³ Cf. art. 67c, al. 2, AP-CP dans le projet de loi visant la révision du système de sanctions mis en consultation le 30 juin 2010. Ce document peut être consulté à l'adresse Internet suivante : <http://www.bj.admin.ch> (rubriques « Thèmes », « Sécurité », « Législation », « Harmonisation des peines »).

Les peines pécuniaires fermes doivent elles aussi être exécutées avant l'expulsion. L'épuisement de toutes les possibilités d'exécution proposées par le code pénal (art. 35 s. CP) n'est pas toujours compatible avec l'esprit et l'objectif de l'expulsion. Mais si l'autorité d'exécution a de sérieuses raisons de penser que le condamné veut se soustraire à la peine pécuniaire, elle peut en exiger le paiement immédiat ou demander des sûretés (art. 35, al. 2, CP).

Le travail d'intérêt général est un type de peine dont l'objectif est de fournir réparation en faveur de la communauté locale et de préserver le réseau social de la personne condamnée. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, son prononcé ne se justifie donc que si la personne condamnée peut envisager de rester en Suisse après l'exécution de sa peine.¹⁷⁴ Le juge n'infligera donc pas, parallèlement à une expulsion, un travail d'intérêt général comme peine principale, car en l'occurrence, celle-ci semblerait inopportune.

En cas de peine avec sursis, il paraît approprié d'exécuter l'expulsion dès le constat de l'entrée en force du jugement. Le fait que la période probatoire ne puisse dans ce cas pas être surveillée en Suisse ne s'y oppose pas.¹⁷⁵

En vertu de l'art. 43 CP, le juge peut également suspendre partiellement l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté d'un an au moins et de trois ans au plus. Pour ce qui est de la partie de la peine à exécuter, les aspects de l'exécution mentionnés ci-dessus sont valables. En ce qui concerne la partie de la peine dont l'exécution est suspendue, la période probatoire ne peut pas non plus être surveillée en Suisse, ce dont il convient aussi de s'accommoder.

Il reste à noter que la détention déjà subie pendant la procédure est imputée sur la peine privative de liberté, la peine pécuniaire ou le travail d'intérêt général (art. 51 CP). Il peut ainsi arriver que le délinquant étranger condamné ait déjà purgé sa peine ; l'expulsion peut donc être exécutée dès l'entrée en force du jugement.

7.3.3 Garantie d'exécution de l'expulsion et des sanctions précédentes

7.3.3.1 Introduction

L'expulsion est exécutable à l'entrée en force du jugement (cf. ch. 7.3.1). Le jugement ne prend pas effet immédiatement si un recours est possible. Il n'est exécutoire qu'au moment où le délai de recours expire sans avoir été utilisé, où l'intéressé renonce à recourir ou retire son recours, ou encore, si l'instance de recours n'entre pas en matière sur le recours ou le rejette. Si le jugement devient exécutoire, l'entrée en force prend effet à la date à laquelle la décision a été rendue (art. 437, al. 1 et 2, CPP).

Par conséquent, avant d'exécuter l'expulsion ou la peine, il faut attendre l'expiration du délai de recours, qui peut être compris entre 10 et 30 jours. En outre, une phase transitoire peut intervenir avant l'exécution de la peine, par exemple faute de places d'exécution disponibles. On peut donc se demander quelles mesures de sécurité existantes permettraient de garantir l'exécution des peines et des mesures et si des mesures de sécurité correspondantes sont nécessaires pour assurer l'exécution de l'expulsion.

¹⁷⁴ ATF 134 IV 97, consid. 6.3.3.4.

¹⁷⁵ Déjà sous l'ancien droit, on parlait du principe que l'expulsion devait être exécutée sans délai : KELLER BEATRICE, BaKomm, Strafrechtsgesetzbuch I, 2003, art. 55 CP, n° 57.

7.3.3.2 Mesures existantes pour garantir l'exécution de sanctions précédentes

En l'absence d'un sursis, les peines et les mesures privatives de liberté entrées en force sont immédiatement exécutées s'il y a danger de fuite ou mise en péril grave du public (art. 439, al. 3, CPP). En outre, la personne condamnée peut être arrêtée pour que l'ordre d'exécution de la peine soit mené à bien (art. 439, al. 4, CPP). En cas d'urgence, la détention pour des motifs de sûreté peut être prononcée (art. 221 et 440 CPP). Une telle détention vise notamment à garantir l'exécution d'une peine privative de liberté.¹⁷⁶ Elle peut être ordonnée non seulement pour le délai de recours et la période qui le suit, mais dès la réception de l'acte d'accusation par le tribunal de première instance (cf. compétences procédurales : art. 229 ss CPP).

La détention pour des motifs de sûreté peut également intervenir pour garantir l'exécution de peines pécuniaires fermes ou assorties d'un sursis partiel (art. 220 et 440 CPP). En principe, cette remarque s'applique aussi au travail d'intérêt général. Mais dans le cas d'une expulsion, ce type de sanction n'entre pas en ligne de compte, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ch. 7.3.2).

7.3.3.3 Mesures existantes pour garantir l'exécution de l'expulsion

S'il ne s'agit pas de l'exécution d'une peine ou d'une mesure, mais simplement de l'exécution d'une expulsion (par ex. une expulsion liée à une peine avec sursis), l'application par analogie des dispositions du droit sur les étrangers en matière de détention pourrait entrer en ligne de compte : premièrement (comme variante douce), l'*assignation à un lieu de résidence* (art. 74 LETr) ; deuxièmement (si l'assignation à un lieu de résidence a été violée, si une infraction qualifiée a été commise ou, éventuellement, pour les personnes sans titre de séjour en général), la *détention en vue du renvoi ou de l'expulsion* (art. 76 LETr).

L'assignation à un lieu de résidence visée à l'art. 74 LETr permet de contraindre l'intéressé à ne pas quitter le territoire qui lui a été assigné. Cette situation se présente notamment si l'étranger est frappé d'une décision de renvoi ou d'expulsion entrée en force et que des éléments concrets font redouter qu'il ne manque à quitter la Suisse dans le délai prescrit, ou s'il n'a pas respecté le délai qui lui était imparti pour quitter le territoire (let. b), ou si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion a été reportée (let. c). Cette mesure de contrainte pourrait s'appliquer par analogie, en particulier, à des personnes qui ne représentent pas un risque important de perturbation ou de mise en danger de la sécurité et de l'ordre publics.

La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion visée à l'art. 76 LETr sert à garantir l'exécution lorsqu'une décision de renvoi ou d'expulsion a été notifiée en première instance. La personne concernée peut être mise en détention si des motifs particuliers se présentent. La détention en vue du renvoi ou de l'expulsion entre donc en question si la personne concernée a été condamnée pour un crime, si elle représente une menace sérieuse ou un danger considérable pour la vie et l'intégrité corporelle d'autrui ou si la personne concernée a quitté le territoire qui lui a été assigné (art. 76, al. 1, let. b, ch. 1, LETr).

¹⁷⁶ FF 2006 1210; cf. s'agissant de la notion de détention pour des motifs de sûreté : art. 220, al. 2, CPP.

7.3.3.4 Besoin de réglementation

Fondamentalement, les dispositions en vigueur visant à garantir l'exécution des peines et des mesures, respectivement l'expulsion du territoire national, sont suffisantes, pour autant que les mesures relevant du droit sur les étrangers puissent également être appliquées pour assurer l'exécution de l'expulsion judiciaire. À cet égard, il serait indiqué de prévoir une clarification dans la LEtr.

Une autre possibilité consisterait à préciser les dispositions du CPP pour qu'elles prévoient explicitement que la détention pour des motifs de sûreté peut également être ordonnée pour garantir l'expulsion. On pourrait ainsi renoncer à appliquer par analogie des mesures relevant du droit sur les étrangers dans le cas d'une sanction pénale. Le groupe de travail n'a pas exprimé de préférence pour l'une ou l'autre de ces deux solutions.

7.3.4 Début, durée et fin de l'expulsion

7.3.4.1 Début

Théoriquement, dans chaque cas, la durée de l'expulsion pourrait commencer à courir immédiatement après le constat de l'entrée en force. Ce ne serait toutefois pas judicieux compte tenu des sanctions privatives de liberté qui doivent être exécutées avant que la personne condamnée ne soit expulsée. En outre, la personne expulsée peut encore rester un certain temps en Suisse avant d'être expulsée, par exemple pour des raisons familiales ou de santé. D'autres personnes ne peuvent pas être expulsées parce que leur identité ne peut pas être établie ou parce qu'elles ne possèdent pas de pièce d'identité. Enfin, certaines personnes, comme les touristes criminels dont les données personnelles sont établies et qui possèdent des documents valables, peuvent être expulsées en très peu de temps.¹⁷⁷ C'est pourquoi la durée de l'expulsion doit commencer de courir le jour où la personne condamnée quitte la Suisse (p-art. 73e, al. 2, CP).¹⁷⁸ Le groupe de travail n'a pas abordé la question de savoir ce qui se passe si l'exécution est reportée, éventuellement pendant plusieurs années.

7.3.4.2 Durée

La durée de l'expulsion correspond en principe à la période prévue dans le jugement. On peut se demander si un séjour illicite en Suisse de la personne condamnée doit avoir une incidence sur la durée de l'expulsion. Une possibilité serait de ne pas comptabiliser le temps écoulé entre l'entrée illicite et le nouveau départ (c'est-à-dire de reporter la fin de la période d'expulsion de la durée du séjour illicite). Une telle démarche comporterait toutefois des incertitudes et elle serait lourde. En effet, une autorité devrait déterminer la période pertinente et fixer un nouveau terme à l'expulsion. Dans nombre de cas, il serait toutefois difficile de constater la date précise de l'entrée illégale en Suisse. De l'avis du groupe de travail, il faut par conséquent renoncer, dans de tels cas, à la « suspension » de l'expulsion.

Au demeurant, la question se pose de savoir comment calculer la durée si l'auteur entre en Suisse illicitement avant le terme de son expulsion, qu'il y commet de nouvelles infrac-

¹⁷⁷ Cf. le délai de départ et l'exécution immédiate visés à l'art. 64d LEtr.

¹⁷⁸ On trouve déjà le même principe à l'art. 55, al. 3, phrase 2, aCP ; cf. KELLER BEATRICE, Ba-Komm, Strafrechtsgesetzbuch I, 2003, art. 55 CP, n° 56 ss.

tions et qu'il est une nouvelle fois condamné à être expulsé. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral visant l'art. 55 aCP, les expulsions infligées dans plusieurs jugements ne sont pas exécutées cumulativement mais selon le principe d'absorption.¹⁷⁹ En d'autres termes, lors du nouveau jugement, l'expulsion pour une moindre durée se fond dans la plus longue.

Certes, ce principe a été établi par le Tribunal fédéral en s'appuyant sur la réglementation des expulsions selon l'ancien droit. Mais on pourrait aussi imaginer que le législateur prescrive explicitement le cumul des durées de plusieurs expulsions. C'est ainsi que le droit pénal connaît le cumul des peines, parce qu'elles sont dues à la faute de l'auteur et qu'elles revêtent une fonction compensatoire de la faute.¹⁸⁰ S'agissant des mesures, en revanche, il faudrait procéder à une évaluation globale de la situation au moment du jugement ultérieur et prononcer la mesure jugée nécessaire à ce moment-là. On ne procède donc pas au cumul simultané de mesures du même type.¹⁸¹ L'expulsion doit être traitée de la même manière.

7.3.4.3 Fin de l'expulsion

L'expulsion prend fin à l'expiration du délai prononcé. Sous l'ancien droit, l'expulsion, conçue comme une peine accessoire, était soumise à la prescription. Mais pour les mesures (et les autres mesures), aucun délai de prescription ne s'applique : les mesures valent tant que leurs conditions sont remplies. En outre, sous le régime de l'ancien droit, la peine accessoire de l'expulsion pouvait s'achever par une grâce.¹⁸² Une telle grâce n'est pas possible pour les mesures, ni pour les autres mesures (cf. art. 383 CP).

L'expulsion est inscrite au casier judiciaire dans le cadre du jugement. Il apparaît en outre judiciaire que l'autorité d'exécution mentionne dans le casier judiciaire la date à laquelle l'expulsion débute et la date à laquelle elle s'achève. Une récidive pendant la durée de l'expulsion entraîne une expulsion de 20 ans. La durée de l'expulsion peut donc se comparer à une période probatoire, qui figure également au casier judiciaire. De plus, l'expulsion prévue dans les variantes 1 à 3 constitue une mesure, pour laquelle les décisions d'exécution sont généralement inscrites au casier judiciaire.¹⁸³ Pour les autorités de poursuite pénale, qui consultent les informations du casier judiciaire pour mesurer les peines à infliger, il serait utile d'y voir si une nouvelle infraction a été commise pendant la durée de l'expulsion. Une décision formelle n'est pas nécessaire pour mettre fin à l'expulsion.

¹⁷⁹ Cf. KELLER BEATRICE, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 55 CP, n° 55, avec référence à l'ATF 117 IV 229.

¹⁸⁰ Cf. art. 4 ss de l'ordonnance du 19 septembre 2006 relative au code pénal et au code pénal militaire (O-CP-CPM) ; RS 311.01).

¹⁸¹ Cf. art. 6, al. 1, O-CP-CPM.

¹⁸² ATF 104 Ib 275, consid. 1a, p. 278.

¹⁸³ Cf. art. 5 ss de l'ordonnance du 29 septembre 2006 sur le casier judiciaire (ordonnance VOSTRA ; RS 331).

7.4 Interruption et annulation de l'expulsion

7.4.1 Conséquences du caractère de mesure de l'expulsion

La conception de l'expulsion en tant que mesure implique qu'elle ne peut pas, en principe, être maintenue au-delà de ce que requiert son objectif.¹⁸⁴ Cependant, l'art. 121, al. 5, Cst. demande que l'expulsion soit assortie d'une interdiction d'entrée d'au moins cinq ans et impose ainsi un délai déterminé durant lequel le principe de la finalité de la mesure ne joue aucun rôle. Cette clause ne permet que partiellement de tenir compte de la nature de l'expulsion comme mesure. Mais il semble toutefois indiqué de permettre une interruption ou une révocation de l'expulsion dans le cadre constitutionnellement admissible.

Les explications qui suivent portent sur les conséquences entraînées par la conception de l'expulsion en tant que mesure ; elles ne concernent pas la variante 1, dans laquelle, de l'avis des représentants du comité d'initiative, l'expulsion constitue une sanction *sui generis*.

7.4.2 Interruption par l'autorité d'exécution

L'interruption de l'expulsion constitue une possibilité provisoire, plutôt conçue pour une courte période, afin de prendre en compte tant les intérêts de l'étranger condamné que les intérêts de la poursuite pénale et de la procédure suisses. Cet objectif, de même que des aspects de praticabilité et d'économie procédurale, incitent clairement à confier la compétence décisionnelle de l'interruption aux autorités d'exécution cantonales. La fixation par le juge de la durée de l'interdiction d'entrée n'est pas affectée par son interruption (pour une courte période).

Des raisons d'ordre humanitaire, familial, voire médical devraient pouvoir justifier que l'on permette l'entrée en Suisse à un étranger frappé d'expulsion. Ce n'est qu'à cette condition qu'il pourrait par exemple assister en Suisse aux funérailles d'un membre proche de sa famille. D'un autre côté, l'interruption peut aussi survenir dans l'intérêt public. Si, par exemple, les infractions qui ont conduit à l'expulsion sont liées aux activités délictueuses d'un tiers, l'obligation de témoigner peut incomber à la personne expulsée. En un tel cas, il apparaît adéquat de suspendre l'interdiction d'entrée. Comme l'interruption n'est pas nécessairement dans l'intérêt de la personne condamnée, on renoncera à exiger qu'elle en fasse la demande. Ces considérations doivent se refléter dans les formulations choisies dans les projets d'art. 73f, al. 1, et 67g, al. 1, CP.

L'interdiction d'entrée d'au moins cinq ans prévue à l'art. 121, al. 5, Cst. n'empêche pas son interruption avant l'expiration du délai de cinq ans. En effet, l'interruption constitue une mesure d'exécution qui n'affecte en rien la décision (du juge) de prononcer l'interdiction d'entrée et d'en fixer la durée.

Il faut enfin examiner les effets d'une interruption de l'exécution sur la durée totale de l'interdiction d'entrée. Une possibilité serait de prévoir que l'interdiction d'entrée soit *suspendue* pendant l'interruption, autrement dit que le délai en cours soit arrêté pour un certain temps avant de continuer ensuite à courir.¹⁸⁵ Mais une telle démarche serait assez lourde : l'autorité d'exécution devrait fixer un nouveau terme à l'interdiction d'entrée et

¹⁸⁴ STRATENWERTH, § 8, n° 34.

¹⁸⁵ L'art. 75 aCP distinguait, dans le contexte de la prescription en matière d'exécution, l'*interruption* (le délai de prescription reprend à zéro après l'interruption) de la *suspension* (le délai de prescription en cours est temporairement arrêté). Cf. à ce sujet : MÜLLER, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2003, art. 75 CP, n° 1.

corrigerait donc, ce faisant, la décision du juge. Il faudrait aussi procéder à une modification de l'inscription au casier judiciaire. C'est pourquoi l'interruption ne devrait pas avoir d'effet sur la durée totale de l'interdiction d'entrée ni sur la date de son expiration. L'autorité d'exécution n'ordonnera l'interruption (souvent de quelques jours seulement et commandée par l'intérêt public) que pour la période concrètement nécessaire et tiendra compte, dans le cadre de sa marge d'appréciation, de l'éventuel danger d'abus si elle ordonne d'autres interruptions d'exécution.

7.4.3 Annulation par le juge

Le juge pénal n'est pas habilité à prononcer l'expulsion (donc à retirer le droit de séjour) de personnes au bénéfice de la libre circulation qui se sont rendues coupables d'une infraction, sauf en présence d'une menace actuelle, effective et suffisamment grave à l'ordre public au sens de l'ALCP (cf. p-art. 73c CP et ch. 7.2.1 ci-dessus). Si le juge pénal ne reconnaît pas d'obstacle lié à l'ALCP au moment de prononcer l'expulsion, la nécessité de renouveler la vérification peut intervenir pendant la phase d'exécution en raison des changements survenus depuis lors dans les faits pertinents pour le droit régissant la libre circulation. En effet, il ne paraît pas exclu qu'un motif d'exclusion au sens du projet d'art. 73c CP survienne après que l'auteur d'une infraction a purgé sa peine privative de liberté. En pareil cas, le juge – et non pas l'autorité d'exécution – annule l'expulsion sur demande (cf. p-art. 73f, al. 2, CP).

7.5 Procédure d'exécution

7.5.1 Compétences cantonales dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures

Conformément à l'art. 123, al. 2, Cst., l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit pénal ainsi que l'*exécution des peines et des mesures* sont du ressort des cantons, sauf dispositions contraires de la loi (fédérale). Cette disposition vise en premier lieu à inviter le législateur fédéral à exercer sa compétence législative avec retenue dans les domaines cités.¹⁸⁶ Depuis le 1^{er} janvier 2008, l'art. 123, al. 3, Cst. prévoit certes expressément que la Confédération peut légiférer sur l'exécution des peines et des mesures. Cependant, la Confédération ne fait usage de cette compétence qu'avec beaucoup de retenue. Comme auparavant, le législateur fédéral se contente, dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures, de fixer une législation cadre servant notamment à délimiter les différentes sanctions pénales et à en préciser le fond. De ce point de vue, ces réglementations d'exécution peuvent également être considérées comme relevant du droit pénal matériel.

Par ailleurs, l'art. 372 CP inscrit dans la loi l'obligation générale qui incombe aux cantons d'exécuter les jugements rendus par les tribunaux pénaux en vertu du CP (obligation d'exécuter les peines et les mesures).

Compte tenu de ce « principe de retenue », des règles fédérales supplémentaires en matière d'exécution de l'expulsion du territoire suisse doivent se limiter à l'indispensable. En

¹⁸⁶ BIAGGINI, art. 123, n° 5

cas de mise en œuvre dans le code pénal, il semblerait naturel de se baser autant que possible sur les règlements d'exécution existants au niveau fédéral (CPP) et cantonal. D'une manière générale, les questions de procédure liées à une décision d'exécution (par ex. effet suspensif, délais de recours) sont régies par le droit cantonal. En règle générale, le droit cantonal en matière de procédure administrative est en effet déterminant¹⁸⁷.

7.5.2 Autorité cantonale compétente en matière d'exécution et forme d'intervention requise

Compte tenu du principe de retenue précédemment évoqué, les projets d'art. 73g, al. 1, et 67h, al. 1, CP laissent aux législateurs cantonaux le soin de désigner l'autorité d'exécution compétente. Comme c'était déjà le cas pour l'expulsion judiciaire au sens de l'ancien art. 55 CP, les cantons décident comment et en collaboration avec quels services (autorités compétentes en matière de police, d'étrangers et d'exécution pénale) ils exécutent l'expulsion judiciaire. Toutefois, les normes proposées imposent aux cantons d'exécuter l'expulsion « immédiatement ».

L'expulsion du territoire suisse prononcée par le tribunal pénal peut être qualifiée de *décision matérielle*. L'acte administratif par lequel l'autorité cantonale d'exécution exécute cette mesure règle les modalités d'exécution, notamment la date ainsi que les détails de l'expulsion. Cet acte administratif précise les caractéristiques d'une *décision d'exécution* susceptible de recours et doit aborder, en particulier, les éventuels obstacles à l'exécution du renvoi relevant du droit international (cf. également ch. 7.5.3). En cas de départ volontaire de l'étranger concerné par l'expulsion, l'autorité cantonale d'exécution peut s'abstenir de prononcer une décision d'exécution.

7.5.3 Motifs de report de l'expulsion judiciaire

Les membres du groupe de travail s'accordent à dire que l'expulsion doit en principe être prononcée par le tribunal pénal. En revanche, leurs avis divergent sur la question de savoir si les obstacles à l'exécution du renvoi doivent également être examinés par le tribunal pénal (variante 3 ; cf. ci-dessus, ch. 7.2.1) ou par l'autorité d'exécution (variante 2).

Lorsque de tels obstacles à l'exécution du renvoi sont identifiés, que ce soit d'office ou sur la base d'indications fournies par l'étranger concerné, l'obligation matérielle de quitter la Suisse ordonnée par le tribunal pénal et, partant, le retrait du droit au séjour subsistent. Seule l'exécution forcée (expulsion) est provisoirement suspendue. Sans cette « ouverture » au niveau de la phase d'exécution, l'initiative sur le renvoi aurait dû être déclarée nulle pour cause de violation des règles impératives du droit international public (cf. explications détaillées fournies plus haut, ch. 3.2.2.2).

En droit des étrangers, les obstacles à l'exécution du renvoi ou de l'expulsion¹⁸⁸ sont régis à l'art. 83, al. 1 à 4, LEtr. Ainsi, l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion peut être

¹⁸⁷ Cf. BRÄGGER BENJAMIN F., BaKomm, Strafprozessordnung, art. 439 CPP, n° 4 ss, 22. Cf. par exemple, pour le canton de Berne, l'art. 81a de la loi du 25 juin 2003 sur l'exécution des peines et mesures (LEPM ; RLB 341.1) : « Les décisions et décisions sur recours de la Direction de la police et des affaires militaires sont susceptibles de recours devant la Cour suprême ». Conformément à l'art. 82 LEPM, la procédure est régie par la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA ; RLB 155.21).

¹⁸⁸ Terminologie employée par BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, remarques liminaires sur les art. 83 à 88 LEtr, n° 1.

impossible, illicite ou encore ne pas être raisonnablement exigible.¹⁸⁹ Les motifs de report mentionnés dans le projet d'art. 73g, al. 2, let. a à c, CP s'inspirent certes dans leurs grandes lignes des obstacles à l'exécution du renvoi visés à l'art. 83, al. 1 à 4, LEtr. Cependant, ils en diffèrent sur les points suivants :

- L'*illicéité* du renvoi visée à l'art. 83, al. 3, LEtr englobe le principe du non-refoulement propre aux droits des réfugiés et aux droits de l'homme. Par souci de clarté, la formulation proposée dans le projet d'art. 73g, al. 2, let. a, CP ne mentionne pas la notion d'illicéité et cite directement le principe du non-refoulement comme motif de report d'exécution.
- L'*impossibilité* du renvoi se réfère à des obstacles techniques au sens large et ne revêt pas, contrairement à l'illicéité, une fonction protectrice pour la personne concernée. L'impossibilité doit donc être fondée sur des motifs externes à sa sphère d'influence. S'agissant de la durée de l'impossibilité, la jurisprudence relative à l'art. 83, al. 2, LEtr estime qu'elle doit être d'au moins un an et se poursuivre selon toute vraisemblance à l'avenir.¹⁹⁰ Principal motif pratique rendant impossible le renvoi : le refus des autorités du pays d'origine de délivrer des documents de voyage. Les art. 121, al. 3 et 5, Cst. permettent un examen par l'autorité d'exécution pénale, ce qui répond également à des impératifs pratiques. La formulation proposée dans le projet d'art. 73g, al. 2, let. b, CP doit refléter la jurisprudence relative à l'art. 83, al. 2, LEtr.
- Selon la liste des exemples cités à l'art. 83, al. 4, LEtr, « l'exécution du renvoi peut *ne pas être raisonnablement exigible* si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale ». Les projets d'art. 73g, al. 2, let. c (variante 2) et 67d, al. 2, let. c, CP (variante 3) reprennent cette liste de manière définitive et non seulement à titre d'exemple. Néanmoins, ils citent également comme motif de report l'inexigibilité du renvoi pour des motifs personnels graves. Au travers de cet ajout, l'autorité d'exécution (variante 2) ou le tribunal (variante 3) sont tenus d'examiner dans chaque cas si des motifs, tels que ceux prévus dans la CEDH, dans le Pacte II de l'ONU et dans la Convention relative aux droits de l'enfant, s'opposent (provisoirement) à l'exécution d'un renvoi ou d'une expulsion. Cet ajout constitue le point de référence normatif pris en compte lors de l'examen de la proportionnalité dans chaque cas d'espèce.

En cas de doute, les autorités peuvent solliciter auprès de l'ODM un rapport officiel sur les motifs de report. Si le report est accordé, l'ODM prononce l'admission provisoire. Par rapport aux étrangers qui disposent d'une autorisation de séjour ou d'établissement, les personnes qui séjournent au titre d'une admission provisoire se retrouvent dans une situation nettement moins favorable, notamment en matière d'activité lucrative, de regroupement familial et de droit au changement de canton (cf. également ch. 7.9.2.6 ; admission provisoire en cas d'obstacles à l'exécution du renvoi).

L'impossibilité d'exécuter le renvoi ou l'expulsion découle des motifs de report cités dans les projets d'art. 73g, al. 2 (variante 2) et 67d, al. 2, CP (variante 3). L'autorité d'exécution (variante 2) ou le tribunal (variante 3) doit régulièrement vérifier si ces motifs sont toujours valables. Cette vérification devrait en principe avoir lieu chaque année et lors de la pro-

¹⁸⁹ Cf. pour un commentaire détaillé ILLES, Kommentar AuG, art. 83 n° 4 ss.

¹⁹⁰ Cf. références à la jurisprudence ILLES, Kommentar AuG, art. 83 n° 10.

longation du titre de séjour des personnes admises à titre provisoire (cf. art. 41, al. 2, LEtr). Il est également envisageable d'entreprendre cette vérification à un autre moment, en fonction de l'obstacle au renvoi ou à l'expulsion. En vertu du projet d'art. 73g, al. 3, CP, l'autorité d'exécution est donc tenue de procéder « périodiquement » à cette vérification et ce, par analogie à la formulation de l'art. 84, al. 1, LEtr.

7.6 Procédure de recours

7.6.1 Exigences constitutionnelles en matière de protection juridique

L'art. 121, al. 3 à 6, Cst. inclut l'idée d'une « expulsion automatique ». La cohérence du droit procédural requiert la mise en place d'une procédure rapide devant l'autorité appelée à statuer et devant l'autorité de recours. À cet égard, les dispositions constitutionnelles suivantes sont déterminantes :

- Une décision d'exécution rendue par l'autorité cantonale d'exécution doit être examinée par une autorité de recours. Une exclusion de la possibilité de faire recours contre cette décision d'exécution, qu'elle soit prévue par le droit fédéral ou cantonal, n'est pas compatible avec l'art. 29a Cst. Le texte de l'art. 29a Cst. indique certes que des exceptions légales au droit à un jugement par une autorité judiciaire sont possibles. Néanmoins, de telles exceptions ne sont envisageables qu'en cas de défaut de justiciabilité de l'acte en question ou lorsque celui-ci revêt un caractère politique prépondérant (« actes de gouvernement »). Les décisions d'exécution dont il est question ici ne possèdent manifestement pas ces caractéristiques.
- Par ailleurs, l'art. 29a Cst. exige que la décision d'exécution soit jugée par au moins une *autorité judiciaire*. Par contre, la Cst. ne prévoit pas de voie de recours devant le Tribunal fédéral¹⁹¹.
- L'étranger peut uniquement contester la mesure de contrainte prononcée à son encontre, c.-à-d. le contenu spécifique de la décision d'exécution. Il n'est plus possible de contester la décision matérielle qui sous-tend la décision d'exécution et, ainsi, de s'opposer à l'expulsion judiciaire. Ces éléments peuvent uniquement être invoqués dans le cadre d'une procédure de recours (de droit pénal).

7.6.2 Le tribunal cantonal supérieur comme dernière instance de recours

La majorité des membres du groupe de travail préconisent *une seule instance de recours* et *ne souhaitent pas attribuer de compétences à des tribunaux fédéraux*. Leur objectif est d'établir un parallélisme avec le système des voies de droit actuel. Par conséquent, la compétence de statuer sur le renvoi d'étrangers en séjour irrégulier ou dont l'autorisation n'est pas prolongée ou est révoquée appartient en principe aux autorités et aux tribunaux cantonaux.

¹⁹¹ Cf. cependant l'art. 78, al. 2, let. b, LTF : selon cette disposition, le Tribunal fédéral connaît également des recours en matière pénale contre des décisions sur l'exécution des peines et de mesures. En vertu de l'art. 113 LTF, le Tribunal fédéral connaît par ailleurs des recours constitutionnels (subsidiaires) contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89 LTF (cf. ch. 7.9.1).

Le représentant de l'OFJ a émis des objections et exposé les principes généraux applicables en matière de législation dans le domaine de l'organisation judiciaire fédérale :

- Lorsque la mise en œuvre du droit fédéral est remise en question, il faudrait faire au moins appel à une autorité judiciaire de recours de la Confédération. Sinon, la Confédération n'aurait quasiment plus aucun moyen d'exercer une influence sur les questions d'exécution, alors même qu'elle assume des responsabilités vis-à-vis, entre autres, de la Cour européenne des droits de l'homme. En cas de mise en œuvre au niveau du CP, il serait logique de prévoir le *Tribunal pénal fédéral*¹⁹² comme autorité de recours (de dernière instance). À supposer qu'il dispose des ressources nécessaires, le Tribunal pénal fédéral serait lui aussi tout à fait en mesure de statuer rapidement.¹⁹³
- Lorsque des questions d'exécution relèvent exclusivement de la compétence des (tribunaux des) cantons, le risque est que le droit ne soit pas appliqué de manière uniforme et ce, d'autant plus que le droit matériel se réfère forcément à des notions juridiques générales.

Les variantes 2 (p-art. 73*h*, al. 1, CP) et 3 (p-art. 67*i*, al. 1, CP) proposent – sur le modèle de l'art. 86, al. 2, LTF – la mise en place d'un tribunal cantonal de première et dernière instance chargé de trancher définitivement. Les cantons seraient alors libres de décider s'ils souhaitent confier le rôle d'autorité de recours à la division de droit pénal ou administratif de leur tribunal cantonal ou supérieur. En revanche, il est pour le moment exclu que le canton prévoie une voie de droit devant une autorité de recours interne à l'administration.¹⁹⁴

7.6.3 Délais de recours et de traitement

Le délai de recours normal est de 30 jours. Compte tenu de la disposition constitutionnelle, il semble approprié et raisonnable pour le requérant de prévoir un *délai de recours* de 10 jours contre les décisions de l'autorité d'exécution (cf. art. 100, al. 2, LTF).

Les *délais légaux de traitement* ne constituent en règle générale pas un instrument fiable pour accélérer les procédures, car ils ne peuvent que rarement être fixés en fonction des cas de figure possibles. De plus, le non-respect de ces délais n'entraîne généralement pas de conséquences juridiques. À titre exceptionnel, un délai de traitement peut être pertinent lorsque la durée de la procédure doit impérativement être limitée en raison d'intérêts supérieurs¹⁹⁵.

¹⁹² Alternative : compétence du Tribunal administratif fédéral au motif que les questions juridiques à évaluer relèvent essentiellement du droit des étrangers et non du droit pénal.

¹⁹³ Cf. également la compétence des tribunaux fédéraux pour l'examen de la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion relevant du droit des étrangers : le Tribunal fédéral se prononce en règle générale dans un délai de quelques jours. Cette jurisprudence a contribué de manière significative à la sécurité juridique dans le domaine des conditions de détention et facilite également le travail d'exécution des autorités cantonales.

¹⁹⁴ Cf. art. 80, al. 2, LEPM-BE (RLB 187), en vertu duquel il est possible de former un recours auprès de la Direction de la police et des affaires militaires (avant de s'adresser à la Cour suprême) contre une décision rendue par l'Office de la privation de liberté et des mesures ou par la direction de l'établissement d'exécution.

¹⁹⁵ Art. 226, al. 1, CPP (le tribunal des mesures de contrainte statue dans les 48 heures) ; art. 109, al. 3, LAsi (le Tribunal administratif fédéral statue « sans délai »).

Les cas de figure possibles ainsi que le travail d'investigation des autorités étant très variables, il convient d'éviter de fixer un délai précis au jour près. Les projets d'art. 73g, al. 1 et 67h, al. 1, CP proposent seulement que l'autorité d'exécution soit tenue de rendre une décision « immédiate » (cf. ch. 7.5.2). Toute intervention dans des domaines relevant de la souveraineté cantonale devant être opérée avec retenue, il faut renoncer à édicter des prescriptions à l'attention de l'autorité de recours. L'ensemble des dispositions en matière d'exécution (décision immédiate de l'autorité d'exécution, raccourcissement du délai de recours) montrent néanmoins de manière suffisamment claire que le tribunal de dernière instance doit statuer dans le cadre d'une procédure rapide et, au besoin, prioritaire.

7.6.4 Motifs de recours et autres dispositions procédurales

Le droit fédéral doit préciser qu'une procédure de recours contre une décision d'exécution ne peut être ouverte qu'en cas de violation des motifs de report prévus par les variantes 2 et 3¹⁹⁶. Les recourants peuvent également invoquer des garanties procédurales découlant directement de la Cst. (par ex. droit d'être entendu).

Compte tenu de l'art. 123, al. 2, Cst., de nombreuses autres questions concernant l'organisation de la procédure devant l'autorité judiciaire de recours doivent continuer à relever de la compétence législative des cantons. Il s'agit notamment des points suivants : qualité pour recourir, octroi (ou refus) de l'effet suspensif d'un recours, forme orale ou écrite de la procédure, étendue de l'obligation de motiver la décision rendue, frais de procédure et réglementation de l'assistance judiciaire gratuite, etc. Naturellement, les cantons sont soumis aux prescriptions, parfois relativement étroites, de la Cst. dans le domaine des garanties procédurales (art. 29 ss Cst.).

7.7 Dispositions d'exécution de la variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)

Les représentants du comité d'initiative ont également proposé une norme d'exécution sous la forme du projet d'art. 73^{quater} CP. Cet article, conforme aux propositions des variantes 2 et 3, prévoit que les autorités cantonales doivent garantir l'exécution de l'expulsion et qu'un tribunal cantonal doit statuer en première instance et de manière définitive sur les recours.

En dérogation aux propositions des variantes 2 et 3, les autorités d'exécution (et le tribunal cantonal en tant qu'autorité de recours) peuvent uniquement reconnaître le principe du non-refoulement comme motif de report (p-art. 73^{quater}, al. 2, CP). De plus, le délai de traitement de 30 jours fixé dans le projet d'art. 73^{quater}, al. 4, CP doit obliger les autorités d'exécution et les tribunaux cantonaux à faire preuve de rapidité. Enfin, l'autorité cantonale d'exécution doit, en vertu de l'art. 73^{quater}, al. 3, CP, présumer que l'expulsion vers un pays que le Conseil fédéral a désigné comme sûr, en application de l'art. 6a, al. 2, LAsi, ne contrevient pas au principe de non-refoulement.

Cette disposition devrait entraîner les mêmes conséquences en matière de procédure que la réglementation prévue à l'art. 34, al. 1, LAsi¹⁹⁷ : il n'est pas nécessaire

¹⁹⁶ Cf. p-art. 73h, al. 2 et p-art. 67i, al. 2, CP en relation avec p-art. 73g, al. 2 et p-art. 67d, al. 2, CP.

¹⁹⁷ Cf. à ce sujet ILLES / SCHREPFER / SCHERTENLEIB, p. 134 ss

d'entrer en matière sur une demande d'asile ou un recours, à moins qu'il n'existe des indices concrets remettant en question le bien-fondé de la présomption légale. Dans un tel cas, la demande d'asile ou le recours doit également faire l'objet d'un examen matériel.

Les formulations proposées dans la variante 1 mettent en évidence que l'examen du cas d'espèce, en particulier l'examen de la proportionnalité de l'expulsion, doit également être exclu lors de la phase d'exécution.

7.8 Dispositions d'exécution de la variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers)

7.8.1 Adaptation du droit des étrangers

Le caractère obligatoire du retrait de l'autorisation et de l'interdiction d'entrée est précisé au ch. 6.9.4. Dans la variante 4, les autorités de migration sont compétentes à la fois pour ordonner et pour exécuter ces mesures.

Les étrangers qui séjournent de manière illégale en Suisse ou dont l'autorisation a été révoquée ou n'a pas été prolongée doivent être renvoyés immédiatement de Suisse (art. 64 ss LEtr). Une disposition d'exécution particulière n'est pas nécessaire après la révocation obligatoire d'une autorisation (il en va autrement dans la variante 2 : p-art. 73g, al. 1, CP).

Lorsqu'une personne remplit les conditions requises pour la révocation obligatoire d'une autorisation (p-art. 63a LEtr), l'octroi d'une admission provisoire pour cause d'obstacles à l'exécution du renvoi est soumis à des *exigences plus élevées* (p-art. 83, al. 7^{bis}, LEtr, par analogie avec la variante 2 [p-art. 73g, al. 2, CP]). Cette règle découle de la nouvelle disposition constitutionnelle, selon laquelle les auteurs de certaines infractions doivent se voir retirer tous leurs droits de séjourner en Suisse et être frappés d'une interdiction d'entrée. Des exceptions à ce principe ne doivent être accordées que de manière très restrictive. La variante 2 prévoit quant à elle les mêmes exigences pour l'expulsion obligatoire que pour l'expulsion facultative.

Lorsque les conditions de l'admission provisoire ne sont plus remplies, l'ODM lève cette admission (art. 84, al. 2, LEtr). Il en va de même pour les personnes admises à titre provisoire qui, en raison d'une infraction, ne remplissent qu'ultérieurement les conditions de la révocation obligatoire de l'autorisation selon l'art. 63a LEtr. Demeure réservé, dans ce type de cas également, le projet d'art. 83, al. 7^{bis}, LEtr (cf. également ch. 7.9.2.6 ; admission provisoire en cas d'obstacles à l'exécution du renvoi).

La variante 4 ne prévoit pas de dispositions particulières pour accélérer la procédure de recours (il en va autrement dans la variante 2 : p-art. 73h CP). Il convient d'appliquer les dispositions générales de la LEtr, lesquelles prévoient déjà des mesures d'accélération dans certains cas. Ainsi, un renvoi ordonné en première instance peut être immédiatement exécutoire lorsque la personne concernée constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ou lorsque des éléments concrets font craindre que la personne concernée entende se soustraire à l'exécution du renvoi (art. 64d, al. 2, LEtr). Lorsque les étrangers ont séjourné illégalement en Suisse, le délai de recours est raccourci à cinq jours et la décision de renvoi n'a pas d'effet suspensif. L'autorité de recours statue dans les dix jours sur la restitution de l'effet suspensif (art. 64, al. 3, LEtr).

7.8.2 Adaptation du droit d'asile

Lorsque les conditions à la révocation obligatoire d'une autorisation sont remplies (p-art. 63a LEtr) et qu'une procédure d'asile est ouverte, celle-ci doit être définitivement close le plus rapidement possible. D'où la proposition selon laquelle l'ODM et le Tribunal administratif fédéral statuent avec une diligence particulière lorsque le requérant d'asile s'est rendu coupable d'un délit (p-art. 37, al. 4 et 109, al. 5, LAsi). En pratique, tel est déjà le cas aujourd'hui.

Lorsque les conditions à la révocation obligatoire d'une autorisation sont remplies (p-art. 63a LEtr) et que la demande d'asile est rejetée, le renvoi est ordonné comme d'ordinaire (art. 44, al. 2, LAsi). Là encore, les obstacles à l'exécution du renvoi conduisant à l'octroi d'une admission provisoire sont restreints (p-art. 83, al. 7^{bis}, LEtr).

La condamnation de droit pénal visée dans le projet d'art. 63a LEtr représente un nouveau motif d'exclusion de l'asile (p-art. 53, let. c, LAsi). L'asile accordé aux réfugiés reconnus et le droit de séjour visé à l'art. 60 LAsi qui en découle prennent fin en cas de condamnation pénale selon le projet d'art. 63a LEtr (p-art. 64, al. 1, let. e, LAsi). Cette mesure correspond à la nouvelle disposition constitutionnelle selon laquelle les étrangers qui commettent certaines infractions sont privés de tous leurs droits à séjourner en Suisse (art. 123, al. 3, Cst.). L'octroi de l'asile, qui confère un statut particulier aux réfugiés, fait partie de ces droits.

Les réfugiés reconnus auxquels l'asile n'est pas accordé sont admis provisoirement (p-art. 83, al. 8 LEtr). Ils ne peuvent être renvoyés que s'ils compromettent la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ou s'ils ont porté gravement atteinte à l'ordre public. Cette règle découle de l'art. 32, ch. 1, de la Convention relative au statut des réfugiés¹⁹⁸ (cf. également art. 65 LAsi). À noter que le principe de non-refoulement doit là encore systématiquement être respecté (art. 25, al. 3, Cst. et art. 3 CEDH). Lorsque des réfugiés reconnus doivent être renvoyés du fait qu'ils remplissent les conditions d'une révocation obligatoire, un rapport officiel de l'ODM est en règle générale requis.

7.9 Renvois à des modifications d'autres lois fédérales

7.9.1 Incidences sur les lois pénales et les codes de procédure

Les propositions de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles dans le CP conformément aux variantes 1 à 3 entraînent des adaptations du CPP. En fonction de la solution retenue, il sera par exemple nécessaire d'adapter les dispositions relatives aux conditions de la procédure de l'ordonnance pénale (cf. ci-dessus, ch. 7.2.3) ou d'apporter un certain nombre de précisions dans le cas où la détention pour des motifs de sûreté doit expressément servir à garantir l'exécution de l'expulsion (cf. ch. 7.3.3.4).

Les variantes 1 à 3 proposant une mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles dans le CP, elles ne sont dès lors applicables qu'aux personnes qui ont atteint l'âge de 18 ans et dont les actes ne doivent pas être jugés d'après le droit pénal militaire (art. 9 CP). Cependant, les nouvelles dispositions constitutionnelles sont en principe applicables à tous les étrangers, quel que soit leur âge et la loi pénale en vertu de laquelle ils ont été condamnés. Aujourd'hui déjà, il en va de même lorsqu'il s'agit de prononcer des mesures d'éloignement relevant du droit des étrangers en vertu de la LEtr. Par conséquent, il faut

¹⁹⁸ Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30).

dra vérifier dans quelle mesure une expulsion obligatoire du territoire suisse doit être prévue pour les jeunes délinquants et les délinquants soumis au droit pénal militaire. Selon les dispositions retenues, il conviendra également d'évaluer les adaptations nécessaires dans les codes de procédure. Les variantes 1 à 3 devront éventuellement être complétées par des adaptations de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (DPMIn)¹⁹⁹, du code pénal militaire (CPM)²⁰⁰, de la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin)²⁰¹ et de la procédure pénale militaire (PPM)²⁰².

Enfin, la mise en œuvre de la voie de recours prévue dans les variantes 1 à 3 nécessite d'adapter la LTF. Il faudrait notamment exclure les recours de droit public et les recours en matière pénale contre des décisions d'exécution. En revanche, le recours constitutionnel subsidiaire visé aux art. 113 ss LTF resterait admissible. Une réduction du délai de recours dans le cadre de telles procédures devrait être expressément réglée, par exemple, par l'ajout d'un nouvel art. 118a LTF.

7.9.2 Incidences sur la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)

7.9.2.1 Relation entre mesures de droit des étrangers et expulsion

L'introduction de la nouvelle expulsion judiciaire proposée dans les variantes 1 à 3 ne change rien à la nécessité de conserver des mesures d'éloignement, notamment la révocation des autorisations (art. 62 et 63 LEtr), le renvoi (art. 64 ss LEtr), l'interdiction d'entrée (art. 67 LEtr), l'expulsion (art. 68 LEtr) et la décision d'exécution du renvoi ou de l'expulsion (art. 69 LEtr).

L'expulsion obligatoire ou facultative proposée ne couvre pas tous les éléments pouvant conduire à une révocation de l'autorisation ou à une interdiction d'entrée. Ainsi, des mesures relevant du droit des étrangers peuvent également être prises en présence d'éléments non visés par le droit pénal, par exemple en cas de dépendance de l'aide sociale (art. 62, let. e et art. 63, al. 1, let. c, LEtr) ou de fausses déclarations durant la procédure d'autorisation (art. 62, let. a, LEtr).

La variante 1 dresse la liste exhaustive des délits du code pénal devant obligatoirement conduire à une expulsion. L'expulsion facultative n'est pas prévue. Les autorités cantonales compétentes en matière d'étrangers doivent pouvoir révoquer une autorisation en cas de délit non compris dans la liste prévue par la variante 1.

Les variantes 2 et 3 prévoient accessoirement une expulsion facultative. Il appartient au juge pénal de décider si une telle mesure de droit pénal doit être prononcée. Les autorités compétentes en matière de migration peuvent décider d'ordonner ou non des mesures relevant du droit des étrangers quelle que soit la décision du juge pénal. L'expulsion facultative et la révocation des autorisations prévue dans la LEtr ne poursuivent pas les mêmes objectifs. Néanmoins, il convient de coordonner les mesures prises par les différentes autorités. L'expulsion prévue sous l'ancien droit soulevait déjà les mêmes questions²⁰³.

¹⁹⁹ Loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs (RS 311.1).

²⁰⁰ Code pénal militaire du 13 juin 1927 (RS 321.0).

²⁰¹ Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs (RS 312.1).

²⁰² Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (RS 322.1).

²⁰³ Cf. pour plus de détails ZÜND, p. 73 ss.

7.9.2.2 Effets de l'expulsion

Dans les variantes 1 à 3, l'expulsion judiciaire pénale comprend l'extinction des autorisations relevant du droit des étrangers (le cas échéant), le renvoi de Suisse et une interdiction d'entrée.

7.9.2.3 Extinction des autorisations et de l'admission provisoire

Il est nécessaire d'introduire dans la LEtr une disposition permettant l'extinction des autorisations de courte durée, des autorisations de séjour et des autorisations d'établissement lorsqu'une expulsion (obligatoire ou facultative) est prononcée. Ce principe doit également s'appliquer lorsque la personne concernée dispose d'un droit légal à l'octroi de cette autorisation (par ex. apatrides : art. 31 LEtr ; regroupement familial : art. 42 ss LEtr ; en cas d'octroi de l'asile : art. 60 LAsi).

L'admission provisoire doit prendre fin à l'exécution de l'expulsion. Si l'admission devait prendre fin dès l'instant où l'expulsion est *ordonnée*, certains obstacles à l'exécution de la mesure pourraient nécessiter l'octroi immédiat d'une nouvelle admission provisoire.

7.9.2.4 Renvoi

Selon les variantes 1 à 3, les cantons peuvent choisir eux-mêmes l'autorité responsable de l'exécution de l'expulsion (autorité d'exécution pénale ou autorité compétente en matière de migrations).

Dans ce contexte, il convient de tenir compte de la directive de la CE sur le retour (2008/115/CE), que la Suisse est tenue d'appliquer. Les États contractants peuvent néanmoins décider de ne *pas* l'appliquer aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, ou faisant l'objet de procédures d'extradition (art. 2, par. 2, let. b et art. 4, par. 4, let. a, de la directive sur le retour).

Si les cantons décident de confier l'exécution de l'expulsion aux autorités d'exécution pénale, ils peuvent aménager la procédure d'exécution indépendamment de la directive sur le retour. Par contre, s'ils décident de confier cette tâche aux autorités compétentes en matière de migrations, ils doivent appliquer les dispositions de la LEtr relatives à la procédure de renvoi (art. 64 ss LEtr). Ces dispositions correspondent aux exigences de la directive sur le retour.

Le délai de départ doit en règle générale être fixé par l'autorité d'exécution au moment de la mise en liberté. Lorsqu'il s'agit d'une peine assortie d'un sursis ou d'une peine pécuniaire, l'expulsion est immédiatement exécutoire.

7.9.2.5 Interdiction d'entrée

L'art. 121, al. 5, Cst. prévoit en outre que les étrangers sont frappés d'une interdiction d'entrer sur le territoire allant de 5 à 15 ans. Cette interdiction est prononcée par l'autorité compétente. En cas de récidive, l'interdiction d'entrer sur le territoire est fixée à 20 ans.

Les étrangers expulsés ne peuvent plus entrer en Suisse aussi longtemps que la décision reste valable. Il n'est pas nécessaire, dans ces cas de figure, d'assortir la décision d'expulsion d'une interdiction d'entrée au sens du droit des étrangers (art. 67 LEtr).

L'inscription de l'expulsion dans le Système d'information Schengen (SIS) entraîne l'interdiction d'entrer dans tout l'espace Schengen.

7.9.2.6 Admission provisoire en cas d'obstacles à l'exécution du renvoi

En cas d'obstacle à l'exécution du renvoi, conformément aux variantes 1 à 3, l'ODM ordonne l'admission provisoire. L'art. 83 LEtr doit être complété en conséquence²⁰⁴. La variante 1 permet uniquement de repousser l'exécution de l'expulsion lorsque celle-ci est contraire aux règles impératives du droit international public. Les variantes 2 et 3 énumèrent les obstacles pouvant s'opposer à l'exécution en tenant également compte du droit international non impératif.

Lorsque les autorités cantonales compétentes décident d'exécuter l'expulsion, elles peuvent, au besoin, solliciter un rapport officiel auprès de l'ODM.

La possibilité de délivrer ultérieurement une autorisation de séjour à des personnes admises à titre provisoire contre lesquelles une expulsion a été prononcée doit être exclue tant que leur expulsion reste valable. Le groupe de travail ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si les personnes admises à titre provisoire frappées d'une expulsion devaient bénéficier du même statut que les autres personnes admises à titre provisoire. Cette question concerne notamment la possibilité du regroupement familial, l'accès au marché du travail et les mesures d'intégration.

7.9.3 Incidences sur la loi sur l'asile (LAsi)

7.9.3.1 Expulsion en cas de procédure d'asile en cours

L'expulsion (variantes 1 à 3) doit également être ordonnée lorsqu'une procédure d'asile est en cours. Les éventuels obstacles à l'exécution doivent être examinés lors de la décision relative à l'exécution.

Il est judicieux d'introduire un principe général de célérité dans la procédure d'asile lorsque le requérant a commis une infraction. Cette mesure correspond à la pratique en vigueur.

L'expulsion du territoire suisse doit être ajoutée aux motifs d'exclusion de l'asile (art. 53 LAsi). Ainsi, les étrangers concernés sont privés des droits liés à l'octroi de l'asile (par ex. octroi d'une autorisation de séjour ou d'une autorisation d'établissement conformément à l'art. 60 LAsi), même lorsqu'ils sont reconnus comme réfugiés.

7.9.3.2 Procédure d'asile ouverte lors de l'exécution de l'expulsion du territoire suisse

Lorsqu'une procédure d'asile est ouverte au moment de l'exécution de l'expulsion du territoire suisse, les autorités cantonales doivent en suspendre l'exécution jusqu'à ce qu'une

²⁰⁴ L'art. 83, al. 7, LEtr prévoit que, dans certains cas, l'admission provisoire n'est pas ordonnée. C'est le cas notamment lorsque la personne concernée a été condamnée à une peine privative de liberté de longue durée ou a attenté à la sécurité et à l'ordre publics. Le groupe de travail ne s'est pas exprimé sur la question de savoir s'il faut continuer ou non à appliquer cette réglementation lorsqu'une expulsion est ordonnée automatiquement, conformément à la nouvelle disposition constitutionnelle.

décision d'asile soit entrée en force. Il ne serait pas judicieux que les autorités cantonales d'exécution rendent une décision préjudicielle sur la demande d'asile.

7.9.3.3 Extinction de l'asile

La décision d'expulsion du territoire suisse doit entraîner l'extinction de l'asile accordé aux réfugiés reconnus, de même que du titre de séjour (art. 60 LAsi) qui en découle. – Les réfugiés reconnus auxquels l'asile n'est pas accordé sont admis provisoirement.

7.9.3.4 Expulsion de réfugiés reconnus

Conformément à l'art. 65 LAsi, les réfugiés reconnus ne peuvent être expulsés que s'ils compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ou s'ils ont porté gravement atteinte à l'ordre public. Selon le message du Conseil fédéral du 31 août 1977 concernant la LAsi, cette « expulsion » selon la LAsi se confond avec l'expulsion judiciaire. Le principe de l'art. 65 LAsi découle de l'art. 32, ch. 1, de la Convention relative au statut des réfugiés. Il convient de noter que le principe de non-refoulement, qui confère une protection élevée, doit toujours être respecté dans le cadre de la décision d'exécution.

L'expulsion du territoire suisse est prononcée indépendamment de l'art. 65 LAsi et doit conduire à l'extinction de l'asile. Lorsque l'expulsion est prononcée à l'encontre d'un réfugié reconnu, les autorités d'exécution doivent en règle générale solliciter un rapport officiel auprès de l'ODM.

7.9.4 Dispositions finales

Le droit pénal est régi par le *principe de la non-rétroactivité* : l'art. 2, al. 1, CP, interdit l'application de la loi à des faits commis avant son entrée en vigueur²⁰⁵. La seule exception admise concerne les cas où la loi subit des changements entre le moment des faits et le jugement. Selon l'art. 2, al. 2, CP, on recourt alors au principe du droit le plus favorable (*lex mitior*) : le nouveau droit s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur lorsqu'il est plus favorable que le droit en vigueur au moment des faits.

Le principe de la non-rétroactivité s'applique en principe aussi en cas de révision partielle de la loi, par exemple en cas d'introduction d'une nouvelle expulsion dans le CP. Cependant, il ne s'applique pas aux règles de compétence et de procédure. Selon les variantes 2 et 3, la nouvelle expulsion du territoire suisse constitue une « autre mesure ». La doctrine n'est pas unanime sur la question de l'applicabilité du principe du droit le plus favorable (art. 2, al. 2, CP) à des mesures²⁰⁶. Cependant, cet aspect ne devrait pas être déterminant en l'espèce puisque la nouvelle expulsion obligatoire du territoire suisse représente un durcissement par rapport au droit en vigueur.

Dans le cadre de la révision de la partie générale du code pénal, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, le législateur fédéral a, contrairement aux principes cités ci-dessus, décidé de prévoir l'application rétroactive des nouvelles dispositions relatives aux mesures

²⁰⁵ POPP PETER / LEVANTE PATRIZIA, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2007, art. 2, CP, n° 1.

²⁰⁶ POPP PETER / LEVANTE PATRIZIA, BaKomm, Strafgesetzbuch I, 2007, art. 2 CP, n° 12.

(art. 59 à 65 CP).²⁰⁷ En revanche, les autres mesures (art. 66 ss CP) étaient soumises au principe de la non-rétroactivité visé à l'art. 2 CP.

Le principe de la non-rétroactivité pose également la question de la date déterminante. Deux possibilités sont envisageables : la date de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du CP concernant l'expulsion ou la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles (28 novembre 2010). Dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 123b Cst. sur l'imprescriptibilité des actes d'ordre sexuel ou pornographique commis sur des enfants impubères, le principe de la non-rétroactivité se base sur la date d'entrée en vigueur de la nouvelle disposition constitutionnelle²⁰⁸.

Les questions évoquées ici doivent être réglées sous forme de dispositions finales dans le cadre de la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi.

²⁰⁷ Cf. ch. 2 des dispositions finales des modifications du 13 décembre 2002.

²⁰⁸ Rapport explicatif relatif à la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire concernant la mise en œuvre de l'article 123b de la Constitution fédérale sur l'imprescriptibilité des actes de pornographie infantile, Office fédéral de la justice, Berne, mai 2010; disponible sous <http://www.bj.admin.ch> (rubriques « Thèmes », « Criminalité », « Législation », « Imprescriptibilité »).

7.10 Indications statistiques

7.10.1 Relevés de l'Office fédéral de la statistique²⁰⁹ concernant les différentes variantes

7.10.1.1 Variante 1

Personnes condamnées 2009	Total	Nationalité						
		Suisse	Étrangers					
			Total	Statut de séjour ²¹⁰				
				Population résidente (permis B/C)	Domaine de l'asile (permis N/F)	Séjour temporaire (permis G/L)	Sans permis de séjour	Statut inconnu
	N	N	N	N	N	N	N	N
Total	24 192	7 784	16 408	4 452	2 469	297	8 013	1 177
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	-	-	3 183	1 631	6	255	873	418

7.10.1.2 Variante 2 (et 4)

Personnes condamnées 2009	Total	Nationalité						
		Suisse	Étrangers					
			Total	Statut de séjour ²¹⁰				
				Population résidente (permis B/C)	Domaine de l'asile (permis N/F)	Séjour temporaire (permis G/L)	Sans permis de séjour	Statut inconnu
	N	N	N	N	N	N	N	N
Total	10 041	4 163	5 878	2 316	911	106	1 895	650
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	1 532	-	1 532	854	1	100	330	247
Condamnation à une peine ²¹² de 180 jours ou plus (délinquants primaires) ²¹³	4 078	1 409	2 669	971	249	38	1 067	344
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	612	-	612	308	0	36	166	102
Condamnation à des peines ²¹² d'une durée cumulée de 180 jours ou plus sur les dix dernières années (seulement récidivistes) ²¹⁴	1 376	653	723	334	87	4	234	64
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	174	-	174	132	0	3	19	20

²⁰⁹ Peuvent être consultés à l'adresse <http://www.bfs.admin.ch> (rubrique « 19 Criminalité, droit pénal », « Thèmes transversaux », « Étrangers et droit pénal », « Données, indicateurs »).

²¹⁰ Concernant le statut de séjour (permis B, C, N, F, G et L), cf. ch. 3.2.1. Sans permis de séjour : séjour non soumis à autorisation (jusqu'à 3 mois, sans exercice d'une activité lucrative ; les ressortissants de pays non membres de l'UE/AELE sont généralement soumis à l'obligation du visa) ou séjour illégal.

²¹¹ États membres de l'UE et Norvège et Islande.

²¹² La durée de la peine est la somme de la durée de la privation de liberté, des peines pécuniaires et du travail d'intérêt général.

²¹³ p-art. 73a, al. 2, let. a, CP ; p-art. 63a, al. 2, let. a, LEtr.

²¹⁴ p-art. 73a, al. 2, let. b, CP ; p-art. 63a, al. 2, let. b, LEtr.

Condamnation à une peine ²¹² de moins de 180 jours (seulement délinquants primaires) ²¹⁵	4587	2101	2486	1011	575	64	594	242
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	746	-	746	414	1	61	145	125

7.10.1.3 Variante 3

2009 Personnes condamnées	Total	Nationalité						
		Suisses	Étrangers					
			Total	Statut de séjour ¹				
				Population résidante	Domaine de l'asile	Séjour temporaire	Sans permis de séjour	Statut inconnu
				(permis B/C)	(permis N/F)	(permis G/L)		
	N	N	N	N	N	N	N	N
Peines ²¹² d'une durée cumulée de plus de 180 jours	5373	2037	3336	1316	329	47	1259	385
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	766	-	766	430	0	44	174	118
Condamnation à une peine ²¹² de plus de 180 jours (délinquants primaires) ²¹⁶	3898	1324	2574	951	242	41	1021	319
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	583	-	583	292	0	39	154	98
Condamnation à des peines ²¹² d'une durée cumulée de plus de 180 jours ²¹⁵ sur les dix dernières années (seulement récidivistes)	1475	713	762	365	87	6	238	66
Dont ressortissants de l'UE ²¹¹	183	-	183	138	0	5	20	20

7.10.2 Remarques générales

Les chiffres des tableaux qui précèdent n'incluent que les personnes condamnées pour l'une des infractions comprises dans les différentes listes. Les motifs qui pourraient s'opposer à l'expulsion dans un cas concret ne sont pas pris en considération. Les chiffres ne correspondent donc pas au nombre de personnes qui seraient effectivement expulsées.

Si, pour chaque variante, les infractions sont considérées indépendamment de la nationalité des auteurs, on arrive à une proportion d'environ deux tiers d'étrangers.

Parmi les étrangers condamnés, et quelle que soit la variante, seul un tiers environ possède un titre de séjour de longue durée (autorisation de séjour ou d'établissement). Les deux tiers restants n'ont pas d'autorisation, sont dans une procédure d'asile ou sont admis en Suisse à titre provisoire. Seule une petite partie d'entre eux sont titulaires d'une autorisation frontalière ou d'une autorisation de courte durée.

Selon le droit en vigueur, les étrangers ne possédant pas d'autorisation (c'est-à-dire en situation irrégulière : entrée illégale sur le territoire, autorisation échue, visa périmé, de-

²¹⁵ p-art. 73a, al. 3, CP.

²¹⁶ P- art. 67c, al. 1, CP.

mande d'asile rejetée et délai imparti pour le départ échu) sont tenus de quitter la Suisse, qu'ils fassent ou non l'objet d'une condamnation pénale (renvoi selon la LEtr).

Ne sont pas inclus dans les statistiques les cas d'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale (art. 121, al. 3, let. b, Cst.). La norme pénale correspondante n'existe pas encore et doit être créée, dans le code pénal, à la faveur de la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles (cf. p-art. 151^{bis} CP dans les différentes variantes en annexe).

7.10.3 Remarques concernant les différentes variantes

7.10.3.1 Variante 1

En 2009, la variante 1 aurait concerné 16 408 étrangers. Parmi ceux-ci, 3183 sont des citoyens de l'UE (environ 20 %) qui bénéficient à ce titre de la libre circulation. Il faut souligner que la libre circulation s'applique non seulement aux ressortissants d'un pays de l'UE, mais aussi aux membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité, par exemple l'époux palestinien d'une ressortissante espagnole. Il n'existe pas de statistiques à ce sujet.

Parmi les 16 408 étrangers condamnés en 2009, 4452 étaient titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement, 10 779 provenaient du domaine de l'asile, n'avaient pas d'autorisation ou étaient frontaliers ou titulaires d'une autorisation de courte durée. Le statut légal des 1177 personnes restantes n'a pas été relevé.

Selon la variante 1, la révocation ou la non-prolongation d'une autorisation relevant du droit des étrangers devrait donc être ordonnée pour quelque 4500 personnes. Pour environ 2500 personnes, la demande d'asile ou la levée de l'admission provisoire devrait être examinée à titre préjudiciel. Dans les quelque 9500 cas restants, on peut partir du principe que les personnes concernées n'ont pas le droit de se trouver en Suisse et qu'elles doivent donc quitter le territoire national, qu'elles se soient ou non rendues coupables d'une infraction.

La variante 1 concernerait beaucoup plus de personnes que les variantes 2 et 3, notamment parce qu'elle ne se fonde que sur l'infraction commise, alors que les variantes 2 et 3 tiennent compte non seulement du type d'infraction, mais aussi de sa gravité (peine minimale de six mois ou supérieure à six mois ; cf. ch. 6.7 et ch. 7.10.3.2).

7.10.3.2 Variantes 2 et 3

Les variantes 2 et 3 ne se distinguent guère l'une de l'autre sous l'angle du nombre de personnes qui seraient concernées. La principale différence est que la variante 2 couvre également les personnes condamnées à une peine de moins de 180 jours (et pour lesquelles l'expulsion est facultative). Des différences existent aussi s'agissant des peines minimales (variante 2 : 180 jours ou plus ; variante 3 : plus de 180 jours).

Les récidivistes condamnés, pendant une période de dix ans, à plusieurs peines dont la durée cumulée atteint 180 jours ou plus, ou dépasse 180 jours, sont moins nombreux qu'on aurait pu le croire. Pour l'année de référence 2009, ils n'auraient été que 723 personnes avec la variante 2 ou 762 personnes avec la variante 3.

Les chiffres des variantes 2 et 3 étant très similaires, seule la variante 2 est commentée de manière plus détaillée dans les paragraphes qui suivent. En 2009, l'expulsion *obligatoire* aurait concerné au total 3392 personnes avec la variante 2, dont environ 23 % de

ressortissants d'un État de l'UE (à ce sujet cf. les explications données au ch. 7.10.3.1) : 2269 délinquants primaires (condamnés à une peine d'au moins 180 jours) et 723 récidivistes (condamnés sur une période de dix ans à plusieurs peines dont la durée cumulée atteint au moins 180 jours).

Parmi les 3392 personnes qui auraient été touchées par la réglementation sur l'expulsion obligatoire, 1305 étaient titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement, 1679 provenaient du domaine de l'asile, n'avaient pas d'autorisation ou étaient frontalières ou titulaires d'une autorisation de courte durée. Le statut légal des 408 personnes restantes n'a pas été relevé.

Selon ces variantes, l'expulsion obligatoire concernerait annuellement environ 1305 personnes titulaires d'une autorisation de séjour. Pour 336 personnes, la demande d'asile ou la levée de l'admission provisoire devrait être examinée à titre préjudiciel. Dans les 1751 cas restants, on peut partir du principe que les personnes concernées n'ont pas le droit de se trouver en Suisse et qu'elles doivent donc quitter le territoire national, qu'elles se soient ou non rendues coupables d'une infraction.

Pour la variante 2, il faut également tenir compte de l'expulsion *facultative* des personnes condamnées à des peines inférieures à 180 jours, soit 2486 personnes en 2009. Ces dernières peuvent être expulsées si les intérêts publics à l'expulsion l'emportent nettement sur l'intérêt de l'étranger à demeurer en Suisse. L'expulsion facultative devrait concerner avant tout les personnes se livrant à la délinquance itinérante (tourisme de la criminalité) et ne disposant pas d'un droit de séjour (environ 1800 personnes). Il est en revanche impossible d'estimer combien de personnes seraient réellement expulsées du pays sur la base du projet d'art. 73a, al. 3, CP.

7.10.3.3 Variante 4

Dans son contenu, la variante 4 correspond à la variante 2, de sorte que le même nombre de cas seraient concernés. S'agissant des mesures d'éloignement facultatives, la variante 4, contrairement aux variantes 2 et 3, n'impose en revanche aucune restriction aux autorités compétentes en matière d'étrangers pour ce qui est de la gravité de l'infraction dans un cas particulier (art. 62, 63, 67 et 68 LEtr).

7.10.4 Chiffres comparatifs

Durant la campagne précédant la votation, l'Office fédéral de la statistique avait déjà mené des investigations sur le nombre de personnes qui devraient être expulsées sur la base de l'*initiative sur le renvoi*. Les chiffres suivants avaient été publiés²¹⁷ :

- 2007 : 4072 personnes condamnées auraient été obligatoirement expulsées (dont 1852 personnes sans titre de séjour).

²¹⁷ Les infractions suivantes avaient été prises en compte : art. 111 à 113, 140, 182, 189, 190 CP, art. 139 CP en conjonction avec l'art. 144 ou 186 CP, art. 19 LStup ; sans les cas d'obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale. À consulter à l'adresse <http://www.bfs.admin.ch> (rubrique « 19 Criminalité, droit pénal », « Thèmes transversaux », « Étrangers et droit pénal », « Données, indicateurs »).

- 2008 : 4200 personnes condamnées auraient été obligatoirement expulsées (dont 1894 personnes sans titre de séjour).

Concernant le *contre-projet direct du Conseil national et du Conseil des États*, les chiffres suivants avaient été publiés²¹⁸ :

- 2007 : 2169 personnes condamnées auraient été obligatoirement expulsées (dont 1045 personnes sans titre de séjour).
- 2008 : 2128 personnes condamnées auraient été obligatoirement expulsées (dont 1049 personnes sans titre de séjour).

La variante 1 toucherait quatre fois plus de personnes que selon le chiffre donné avant la votation pour l'estimation des effets de l'initiative. Avec les variantes 2, 3 et 4, on serait un peu en dessous des chiffres donnés avant la votation pour l'estimation des effets de l'initiative (au total 80 % ; s'agissant des personnes titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement : 90 %). Les effets de la variante 2 dépassent les estimations faites avant la votation si l'on inclut l'expulsion facultative pour des infractions figurant dans la liste. Il faut encore relever qu'avec les variantes 2 à 4, on dépasse largement (d'env. 60 %) les chiffres des estimations données avant la votation concernant les effets du contre-projet.

7.10.5 Peines de moins de six mois

Les variantes 2 à 4 fondent l'expulsion obligatoire non seulement sur la condamnation pour une infraction déterminée, mais aussi sur la peine concrète infligée par le juge. Elles respectent ainsi, dans une certaine mesure, le principe de proportionnalité.

En règle générale, l'expulsion suppose une peine minimale de six mois de privation de liberté ou une peine pécuniaire de 180 jours-amende (ou, pour la variante 3, plus de six mois de privation de liberté ou plus de 180 jours-amendes). Comme la plus grande partie des infractions valent à leurs auteurs des peines de moins de six mois, on pourrait penser que les variantes 2 à 4 ne concerneraient qu'une partie marginale des délinquants. Cette supposition est cependant inexacte.

En 2009, 84 % de l'ensemble des peines prononcées pour des crimes et des délits du CP étaient inférieures à six mois (ou n'excédaient pas six mois)²¹⁹. Les listes d'infractions des variantes 2 à 4 couvrent cependant en grande partie des infractions graves (en particulier des infractions passibles d'une peine minimale d'un an ou plus), pour lesquelles une peine de moins de six mois est pratiquement exclue ou n'est possible que s'il y a des circonstances atténuantes. Pour nombre de ces infractions, la part des peines prononcées inférieures à six mois est donc beaucoup plus faible que les 84 % mentionnés au début de ce paragraphe. De manière générale, plus la peine encourue pour une infraction don-

²¹⁸ Les infractions suivantes avaient été prises en compte : art. 111 à 113, 118, al. 2, art. 122, 140, ch. 2, 3 et 4, art. 146 (peines privatives de liberté d'au moins 18 mois), 156, ch. 2, 3 et 4, art. 189, al. 3, art. 190, 221, 223, 224, 227, ch. 1, art. 228, ch. 1, art. 240, al. 1, CP, art. 19, ch. 2, LStup. À consulter à l'adresse <http://www.bfs.admin.ch> (rubrique « 19 Criminalité, droit pénal », « Thèmes transversaux », « Étrangers et droit pénal », « Données, indicateurs »).

²¹⁹ En 2009, 28 635 peines ont été prononcées pour des crimes et délits du code pénal (5012 peines privatives de liberté, 21531 peines pécuniaires et 2092 condamnations à un travail d'intérêt général), dont 24 248 d'une durée inférieure à six mois (ou n'excédant pas six mois).

née est basse, plus le pourcentage de peines n'excédant pas six mois est élevé²²⁰. On peut l'illustrer à l'aide des exemples suivants :

Peines inférieures à six mois pour des crimes graves commis par des étrangers (la première colonne indique le nombre total de condamnations, la seconde le pourcentage des peines inférieures à six mois) :

– meurtre (art. 111 CP) :	43	0 %
– assassinat (art. 112 CP) :	5	0 %
– lésions corporelles graves :	66	10 %
– brigandage simple (art. 140, ch. 1, CP) :	221	12 %
– brigandage avec une arme (art. 140, ch. 2, CP) :	18	5 %
– brigandage en bande (art. 140, ch. 3, CP) :	28	0 %
– brigandage avec mise en danger de mort de la victime (art. 140, ch. 4, CP) :	8	0 %

Peines inférieures à six mois pour des crimes de moindre gravité (passibles d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire) commis par des étrangers (la première colonne indique le nombre total de condamnations, la seconde le pourcentage des peines inférieures à six mois) :

– interruption de grossesse avec le consentement de la femme (art. 118, al. 1, CP) :	2	50 %
– mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP) :	61	29 %
– agression (art. 134 CP) :	149	75 %
– extorsion et chantage simples (art. 156, ch. 1, CP) :	34	52 %
– effraction (art. 186 en lien avec art. 139 CP) :	1525	60 %
– actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP) :	77	67 %

Peines inférieures à six mois pour des délits commis par des étrangers (la première colonne indique le nombre total de condamnations, la seconde le pourcentage des peines inférieures à six mois) :

– lésions corporelles simples (art. 123, ch. 1, CP) :	882	92 %
– lésions corporelles simples avec usage d'un objet dangereux, etc. (art. 123, ch. 2, CP) :	391	80 %
– rixe (art. 133, al. 1, CP) :	253	93 %
– effraction (art. 186 en lien avec art. 144 CP) :	1289	55 %

²²⁰ Il faut ici tenir compte du fait que davantage de personnes sont condamnées pour des infractions passibles d'une peine légère. Cela signifie que 10 % des jugements pour un crime grave représentent, en chiffres absolus, moins de condamnations que 10 % des jugements pour un délit.

8. Conformité au droit international des listes d'infractions et des propositions de réglementation de l'exécution

Les exigences découlant des accords internationaux pertinents en matière de protection des droits de l'homme, ainsi que de l'Accord sur la libre circulation des personnes, ont été exposées dans les chiffres 3.4.2 à 3.4.5. Le chiffre 3.5 traite des conséquences d'une application contraire au droit international.

8.1 Variante 1

Si l'on se réfère à la CEDH, un projet fondé uniquement sur l'infraction commise ne répond pas aux exigences de l'art. 8 de la convention. En ce sens, la variante 1 est contraire, dans sa conception même, aux exigences de la convention. Cela est d'autant plus vrai que la variante 1 exclut l'examen de la proportionnalité même lors de la phase d'exécution (p-art. 73^{quater}, al. 1 et 2, CP). Il en va de même de la compatibilité de la variante 1 avec l'art. 17 du Pacte II de l'ONU, qui exige également un examen de la proportionnalité dans chaque cas concret. En ce qui concerne les garanties procédurales, l'application de l'art. 1 du 7^e protocole additionnel à la CEDH et de l'art. 13 du Pacte II de l'ONU entraînera également une violation de ces dispositions, car l'automatisme de l'expulsion empêcherait la personne concernée de faire valoir, dans le cadre de la procédure, toutes les raisons qui militent contre son expulsion. Si des enfants sont touchés par l'expulsion, l'automatisme prévu dans la variante 1 est aussi contraire à la Convention relative aux droits de l'enfant, laquelle exige qu'une grande importance soit accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant lorsqu'une décision d'expulsion est prise.

Pour ce qui est de l'ALCP, le problème se pose déjà avec le retrait de l'autorisation de séjour et l'expulsion prononcés au moment du jugement. En effet, l'ALCP exclut en principe la possibilité de prononcer une sanction pénale sous la forme d'un retrait d'une autorisation de séjour ou de l'expulsion du territoire, sauf si au moment du jugement et de son exécution, une menace réelle à la sécurité et à l'ordre publics est constatée.

La notion de règles impératives du droit international est une notion autonome du droit interne (cf. art. 139, al. 3, Cst.)²²¹. Elle englobe le droit international impératif (jus cogens), ainsi que certaines garanties inscrites dans le droit international et auxquelles il est impossible de déroger, même en état de nécessité (cf. ch. 2.3.1). La définition légale selon le projet d'art. 73^{quinquies} CP est dès lors problématique, d'une part, parce qu'elle circonscrit trop étroitement la notion de droit international impératif et, d'autre part, parce qu'elle ne prend pas en compte la totalité du jus cogens.

Les représentants du comité d'initiative sont d'avis que la variante 1 est compatible avec le libellé de la CEDH et de l'ALCP. Leur objectif est d'adapter la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui se serait beaucoup éloignée du texte des dispositions de la convention. S'agissant de l'ALCP, il n'existe pas de juridiction qui pourrait casser un jugement suisse. Les divergences éventuelles devraient, toujours selon les représentants du comité d'initiative, être résolues au sein du comité mixte, conformément à la procédure prévue par l'ALCP.

²²¹ Cf. Rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne (note 32), ch. 2.4.1.

8.2 Variante 2

La variante 2 introduit un critère supplémentaire en tenant compte de la gravité de la sanction prononcée. Mais là aussi, d'autres critères – équivalents – que la Cour européenne des droits de l'homme inclut dans sa pesée des intérêts, sont laissés de côté. À cela s'ajoute que les peines minimales prévues sont trop légères au vu de la jurisprudence de la Cour. Le cas *Boultif contre la Suisse* concernait ainsi un adulte condamné pour brigandage à une peine privative de liberté de deux ans. Dans le cas *Emre contre la Suisse*, il s'agissait de plusieurs infractions ayant valu à leur auteur, un jeune adulte, des peines privatives de liberté d'une durée cumulée de 18,5 mois²²². La variante 2 est donc elle aussi problématique, considérée à la lumière de l'art. 8 CEDH. Contrairement à la variante 1, elle permet cependant de procéder, au stade de l'exécution, à la pesée de tous les intérêts en jeu, telle que la prescrivent les conventions internationales (p-art. 73g, al. 2, CP), pour autant que la notion de « motifs personnels graves » (p-art. 73g, al. 2, let. c, CP) soit interprétée de manière à inclure la situation familiale (enfants, partenaire), la situation sociale (absence de réseau de relations dans l'État d'origine) et la situation culturelle (absence de liens avec l'État d'origine) de la personne concernée. Il en va de même de la compatibilité de la variante 2 avec l'art. 17 du Pacte II de l'ONU, qui exige également un examen de la proportionnalité. Comme les raisons qui s'opposent à une expulsion ne peuvent être mises en avant qu'au stade de l'exécution, la variante 2 devrait toutefois aussi poser des problèmes par rapport à l'art. 1 du 7^e protocole additionnel à la CEDH et par rapport à l'art. 13 du Pacte II de l'ONU. En revanche, la variante 2 est compatible avec la Convention relative aux droits de l'enfant, pour autant que l'interprétation des motifs personnels graves au sens du projet d'art. 73g, al. 2, let. c, CP tienne suffisamment compte de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La variante 2 tient compte, en revanche, des exigences spécifiques de l'ALCP. Il convient ici de signaler qu'en matière de droits de l'homme, la Cour de justice de l'UE tient compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

8.3 Variantes 3 et 4

Les remarques concernant la variante 2 valent également pour la variante 3 (p-art. 67d, al. 2, CP) et pour la variante 4 (art. 83, al. 7^{bis} LETr).

²²² Cf. les indications de la note 73 ; dans les deux cas, la Cour, compte tenu de toutes les circonstances, a qualifié l'expulsion de disproportionnée.

9. Appréciation globale

9.1 Appréciation de la situation initiale sur le plan du droit constitutionnel et du droit international

1. La discussion concernant la compatibilité des nouvelles dispositions constitutionnelles avec le droit international et avec le reste du droit constitutionnel a été ouverte avant même la votation sur l'initiative sur le renvoi. Cette discussion repose sur deux éléments qu'il convient de rappeler ici. Premièrement, une initiative populaire ne peut être déclarée nulle que si elle contrevient à des *règles impératives du droit international* (art. 139, al. 3, Cst.). En revanche, les initiatives approuvées en votation populaire qui contreviennent à d'autres *dispositions du droit international* sont admises (exécutables) et doivent être mises en œuvre. La doctrine et la pratique ont permis de développer, à cette fin, différents outils (interprétation conforme au droit international, renégociation ou, le cas échéant, dénonciation de l'accord international). Deuxièmement, le droit constitutionnel existant ne peut en principe pas être opposé à une initiative populaire, dont la fonction est précisément de compléter, de modifier ou d'abroger le droit constitutionnel en vigueur. Une telle limite ne serait envisageable que si, comme c'est le cas en Allemagne par exemple, une distinction est faite entre les dispositions constitutionnelles centrales, de rang supérieur, et les normes constitutionnelles ordinaires. De telles considérations sont cependant étrangères à la pratique suisse, qui postule que toutes les dispositions constitutionnelles sont d'un rang équivalent, ce qui n'a toutefois jamais empêché les auteurs de doctrine de réfléchir à l'existence de limites *matérielles* à la révision de la Constitution.
2. Les difficultés que pose la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels (art. 121, al. 3 à 6, Cst.) sont une conséquence de cette situation juridique. Au cours des deux dernières décennies, le législateur a dû apprendre à travailler avec des textes d'initiatives et des dispositions constitutionnelles nouvelles en contradiction ou difficilement compatibles avec le droit international et le droit constitutionnel existant. Les autorités fédérales se sont toujours efforcées de proposer une mise en œuvre de ces dispositions qui soit conforme au droit international. Dans les cas problématiques, les discussions ont la plupart du temps porté sur la question de savoir quelles étaient exactement les prescriptions des nouvelles dispositions constitutionnelles, quel rapport elles entretenaient avec les autres normes et valeurs de la Constitution et comment elles pouvaient s'intégrer dans l'ordre juridique global (droit international compris). La mise en œuvre de la volonté du constituant dépend ici dans une large mesure de l'interprétation à laquelle procède le législateur lorsqu'il s'attelle à l'élaboration de la législation d'exécution.
3. Toute règle de droit doit faire l'objet d'une interprétation. C'est tout particulièrement le cas pour la Constitution et ses dispositions, qui restent souvent relativement abstraites, sont formulées de manière ouverte et doivent en général être complétées par le législateur. Les nouvelles dispositions constitutionnelles sur le renvoi des étrangers criminels doivent, elles aussi, être interprétées, précisées et complétées (cf. en particulier l'art. 121, al. 4, Cst.). Pour effectuer ce travail, le législateur doit d'abord se fonder sur le libellé de la nouvelle norme. Mais les règles de droit doivent aussi être interprétées dans le contexte de l'ordre juridique et du domaine réglementé, voire d'un acte législatif déterminé. Le droit constitutionnel se fonde ici sur le principe de la

« concordance pratique » (aussi appelée interprétation intégrale, intégrante ou harmonisante), dont l'objectif est de considérer la Constitution dans un contexte global, de l'interpréter comme formant une unité de sens, d'éviter dans toute la mesure du possible les contradictions et de construire un ordre juridique fondamental qui, dans sa spécificité, soit rationnel, convaincant sur le plan de la logique et fiable.

4. Compte tenu des règles d'interprétation reconnues par la doctrine et la pratique, le législateur fédéral a donc la compétence et l'obligation d'interpréter et de mettre en œuvre les nouvelles dispositions de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. de manière à respecter les valeurs fondamentales et les choix de la Constitution fédérale en vigueur, ainsi que les principes constitutionnels pertinents de l'activité de l'État régi par le droit (principe de proportionnalité et respect du droit international ; cf. art. 5 Cst.)²²³. Sur ce point, les membres du groupe de travail sont fondamentalement d'accord. Les avis sont en revanche diamétralement opposés s'agissant de savoir si le constituant et le législateur peuvent s'écarter du principe général de la proportionnalité de l'activité de l'État – et si oui jusqu'à quel point – et comment gérer d'éventuelles contradictions avec le droit international non impératif. Les différentes variantes de mise en œuvre au niveau de la loi des nouvelles dispositions constitutionnelles sont le reflet de ces divergences d'opinion.
5. Le principe de la proportionnalité de l'activité de l'État régi par le droit est un frein à l'exercice du pouvoir que l'on retrouve en filigrane dans l'ensemble de l'ordre constitutionnel et juridique, dans le but de protéger le citoyen contre des atteintes excessives de l'État. Il a été développé par la doctrine et la pratique d'abord en relation avec les conditions posées pour la restriction des droits fondamentaux (cf. art. 36 Cst.) et sa validité couvre aussi bien le travail législatif que l'application du droit. Le principe de proportionnalité présuppose une pesée des intérêts entre le but visé, d'intérêt public, et l'atteinte concrète qui résultera de la mesure prise par l'État. Cette dernière doit être adéquate et nécessaire pour atteindre le but visé, elle doit aussi se trouver dans un rapport raisonnable avec la restriction de liberté qu'elle induit.
6. Les représentants du comité d'initiative sont d'avis que le constituant lui-même a procédé à cette pesée d'intérêts en concrétisant le principe général de la proportionnalité de l'art. 5, al. 2, Cst. dans l'art. 121, al. 3, Cst., plus précisément en sélectionnant un choix d'infractions (focalisées sur le phénomène dit de la criminalité des étrangers) et en retenant comme critère la simple condamnation (indépendamment de la peine infligée). Ils estiment que la norme constitutionnelle est suffisamment claire sur ce point, qu'en tant que norme plus récente (et plus spécifique), elle l'emporte sur le principe général et qu'elle ne laisse aucune marge de manœuvre ouverte concernant une peine minimale dépendant du degré de responsabilité de l'auteur comme condition à son renvoi, ou concernant une prise en compte de l'admissibilité, de la possibilité ou du caractère raisonnablement exigible de l'exécution du renvoi dans un cas concret (sauf pour le principe de non-refoulement, impératif en droit international). Ces éléments forment la base de la proposition présentée par les représentants du comité d'initiative (variante 1). De l'avis de la majorité des membres du groupe de travail, cette argumentation est contraire à des principes reconnus, développés par la doctrine et la pratique, régissant l'État de droit. Ces membres ne pouvaient dès lors pas se rallier à l'opinion des représentants du comité d'initiative. C'est la raison pour

223

Plus de détails sur cette question chez HANGARTNER, p. 473 ss et , ch. 2.2.

laquelle le groupe de travail a élaboré différentes propositions (variantes 2 à 4) qui, selon la majorité de ses membres, permettent de mieux tenir compte du principe constitutionnel de proportionnalité, du respect des droits fondamentaux et de la cohérence de l'ordre juridique.

7. Une situation semblable s'est présentée concernant la validité et le respect du droit international non impératif (droit des obligations conventionnelles, droit coutumier, principes juridiques reconnus), ainsi que la manière de gérer d'éventuelles violations de ce droit. Le Conseil fédéral et le Parlement ont considéré que cette initiative, sur plusieurs points, était contraire au droit international et ont identifié des contradictions notamment avec la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), le Pacte II de l'ONU, la Convention relative aux droits de l'enfant et l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP). Le peuple et les cantons ont cependant accepté l'initiative, l'érigeant ainsi au rang de droit constitutionnel. Le groupe de travail s'est dès lors longuement interrogé sur la manière de résoudre le conflit entre la nouvelle norme constitutionnelle et le droit international. Dans la doctrine comme dans la pratique, on considère que l'art. 5, al. 4, Cst., qui postule la primauté du droit international, ne peut être compris que comme un principe, et non comme une norme de conflit. La règle veut que l'harmonie entre le droit national et le droit international soit établie par la voie de l'interprétation (principe de l'interprétation conforme au droit international). En pratique, l'Assemblée fédérale s'efforce donc de concrétiser les initiatives populaires « de manière conforme au droit international, tout en tenant compte au mieux de la volonté de leurs auteurs »²²⁴.
8. Tant qu'une norme de droit interne (disposition constitutionnelle ou législative) peut être interprétée de manière conforme au droit international, il n'y a pas de conflit. Lorsqu'une telle interprétation n'est plus possible, des règles de conflit sont nécessaires. La doctrine et la pratique ont discuté et exploré à cette fin différentes possibilités, mais sans que ces efforts ne débouchent sur une pratique consolidée des autorités²²⁵. Le Conseil fédéral n'en a pas moins souligné à plusieurs reprises que le législateur est tenu de mettre en œuvre les dispositions constitutionnelles (même si elles dérogent au droit international) « entièrement et fidèlement »²²⁶. Lorsqu'une mise en œuvre conforme au droit international est impossible, les accords qui s'y opposent doivent – pour autant que cela soit possible – être renégociés ou dénoncés.
9. Les représentants du comité d'initiative estiment que la proposition qu'ils ont présentée de mise en œuvre dans le code pénal (variante 1) est contraire non pas à la lettre des traités internationaux conclus par la Suisse, mais tout au plus à la pratique d'application développée par les tribunaux et organes de contrôle correspondants (Cour européenne des droits de l'homme, CJUE, Comité des droits de l'homme, etc.). Ils considèrent en particulier que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a développé la portée des obligations internationales d'une manière qui n'était pas prévisible au moment de l'approbation de la CEDH. Cette jurisprudence

²²⁴ Rapport du Conseil fédéral du 5.3.2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067, 2117.

²²⁵ Cf. rapport du Conseil fédéral (note 224), p. 2109 ss.

²²⁶ Cf. rapport du Conseil fédéral (note 224), p. 2111.

serait dès lors dépourvue de toute légitimité démocratique comparable à celle des nouvelles dispositions constitutionnelles. Les représentants du comité d'initiative estiment donc que la Suisse devrait s'accommoder, le cas échéant, d'une condamnation et travailler de manière ciblée en vue d'une modification de la jurisprudence de la Cour. Une dénonciation des traités (par exemple de la CEDH ou de l'ALCP) ne serait, pour les raisons mentionnées, pas nécessaire ; en revanche, une renégociation serait sans doute requise.

10. La majorité du groupe de travail ne peut se rallier à cette opinion, parce qu'elle est incompatible avec la pratique usuelle de la Suisse et en contradiction avec des principes reconnus du droit international. Selon cette pratique, le juge suisse doit en effet faire sienne l'interprétation que donnent de la disposition applicable d'une convention internationale les organes suprêmes de la convention en question²²⁷. L'interprétation conforme au droit international trouve cependant ses limites lorsqu'une contradiction insurmontable apparaît entre le droit suisse et le droit international. Si l'on voulait, dans pareils cas, appliquer par analogie la jurisprudence « Schubert », développée pour résoudre les conflits entre *droit international* et *lois fédérales*, alors que le conflit est ici entre *droit international* et *droit constitutionnel*, c'est le droit international, comprenant les traités internationaux, le droit coutumier international et les principes généraux de droit, qui l'emporterait, qu'il soit plus récent ou plus ancien²²⁸. Il faut néanmoins exclure le cas où l'Assemblée fédérale, ou le peuple et les cantons, se sont en pleine connaissance de cause accommodés d'une dérogation au droit international. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette réserve concernant le cas d'une violation délibérée du droit international ne peut être invoquée lorsque la règle internationale à laquelle il est dérogé tend à la protection des droits de l'homme²²⁹. On retrouve une argumentation semblable chez HANGARTNER²³⁰, qui considère que les auteurs d'une initiative dérogeant de manière importante à un principe de base du droit constitutionnel et à des obligations correspondantes de droit international (par exemple au principe de proportionnalité et la nécessité qui en découle d'examiner chaque cas individuellement) devraient inclure une réserve explicite dans le texte de leur initiative.
11. Sur la base de ces considérations, la majorité du groupe de travail a tenu à élaborer des propositions de mise en œuvre compatibles avec le droit international et les traités existants (variantes 2 à 4). Ce faisant, le groupe de travail avait conscience du fait qu'une mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles conforme au droit international pouvait éventuellement entraîner une certaine restriction des buts poursuivis par l'initiative. Il s'agissait dès lors de trouver la voie étroite permettant de concilier les prescriptions de ces nouvelles dispositions du droit constitutionnel, d'une part, et les obligations du droit international et les principes constitutionnels reconnus, de l'autre. Le point de départ était le texte constitutionnel, à interpréter selon les règles de l'art, et les contraintes et marges de manœuvre qui en découlent. Suivant le principe de proportionnalité dont le respect s'impose dans la rédaction comme dans l'application du droit, au niveau constitutionnel comme au niveau international, et

²²⁷ ATF 122 II 464 consid. 3b.

²²⁸ Cf. rapport additionnel sur la relation entre droit international et droit interne (note 32), ch. 5.2.

²²⁹ ATF 125 II 417 consid. 4c et 4d.

²³⁰ HANGARTNER, p. 473 ss.

compte tenu de la nécessité de l'examen des cas particuliers, ces variantes prévoient comme condition à l'expulsion non seulement une condamnation, mais aussi une peine minimale. Le texte constitutionnel ne laisse pas de marge de décision concernant les conséquences juridiques d'une telle « condamnation » (perte du titre de séjour et de tous les droits à séjourner en Suisse, expulsion, interdiction d'entrer sur le territoire). En ce sens, il y a bien un « automatisme de l'expulsion ». En revanche, la formulation des dispositions constitutionnelles permet de tenir compte, durant la phase de l'exécution (c'est-à-dire après que l'intéressé a purgé la peine que lui a infligée le juge), des obstacles à l'exécution de l'expulsion, qu'ils relèvent du droit constitutionnel ou du droit international. C'est ce que font les variantes 2 à 4, en intégrant des dispositions relatives à l'exclusion et au report de l'expulsion du territoire suisse.

9.2 9.2 Quatre variantes : différences et effets

12. Les différentes conceptions sur la manière d'intégrer les nouvelles dispositions constitutionnelles dans l'ordre juridique existant et sur la portée de certains principes de droit constitutionnel et prescriptions du droit international ne sont bien évidemment pas restées sans conséquences sur les propositions attendues du groupe de travail pour « concrétiser dans la loi les nouvelles dispositions constitutionnelles », et sur les effets juridiques de ces propositions. Les variantes 1 à 4 se distinguent non seulement par l'ampleur et la densité des listes d'infractions (type et gravité de l'infraction, clause générale, etc.), mais aussi par les conditions exigées pour ordonner l'expulsion du territoire (peine minimale, motifs d'exclusion selon l'ALCP). Des différences claires existent enfin concernant la phase d'exécution, dont les modalités particulières des variantes 2 à 4 tiennent à la prise en compte d'éventuels obstacles posés par le droit constitutionnel ou le droit international. Les points suivants mettent encore une fois en évidence les principales caractéristiques des quatre variantes.
13. Les *listes d'infractions* des quatre variantes se ressemblent en ce qu'elles incluent toutes l'ensemble des infractions explicitement mentionnées dans les nouvelles dispositions constitutionnelles. Elles se distinguent les unes des autres principalement par la manière dont elles concrétisent les prescriptions des nouvelles dispositions constitutionnelles concernant les délits sexuels graves et les actes de violence devant entraîner l'expulsion obligatoire de leur auteur. Elles se distinguent aussi par l'étendue des autres infractions qui les complètent.
 - La *liste d'infractions* de la variante 1 met l'accent sur les délits sexuels et les actes de violence. Ces infractions sont considérées comme graves en raison de la nature même de la violation du bien juridique. La gravité de ces infractions mesurée à l'aune de la peine dont elles sont passibles selon le code pénal est en revanche considérée comme secondaire. La liste comprend ainsi des crimes très graves, comme l'assassinat, mais aussi des délits plus anodins, les lésions corporelles simples par exemple, qui ne sont poursuivies que sur plainte en l'absence de circonstances aggravantes. On peut cependant aussi considérer que, dans ces domaines, les délits de moindre gravité sont des éléments constitutifs qui complètent, au sens de l'art. 121, al. 4, Cst., les infractions mentionnées dans la norme constitutionnelle. Une certaine incohérence est inhérente à cette liste d'infractions, du fait que les crimes les plus graves entraînent les mêmes conséquences radicales

que les délits beaucoup plus anodins. Cette incohérence trouve cependant son fondement dans la norme constitutionnelle elle-même.

- Les listes d'infractions des variantes 2 et 4 sont identiques. Elles ne contiennent, au chapitre des délits sexuels et des actes de violence, que des infractions considérées comme des *crimes graves*. La gravité abstraite des infractions est mesurée en fonction des éléments constitutifs de base des infractions de viol et de brigandage mentionnées à l'art. 121, al. 3, let. a, Cst. Contrairement aux variantes 1 et 3, les variantes 2 et 4 contiennent une *clause générale* qui couvre de nombreuses autres infractions du CP et du droit pénal accessoire dont la gravité, comparable à celle du brigandage et du viol, peut justifier une expulsion obligatoire. Les variantes 2 et 4 comportent ainsi une liste d'infractions fournie, qui ne met pas l'accent sur une catégorie précise de délits. Ces variantes essaient plutôt d'établir une logique et un équilibre internes et de tenir compte du principe de proportionnalité en se fondant sur la gravité abstraite de l'infraction.
- La liste d'infractions de la variante 3 place la barre un peu plus bas, concernant la gravité des infractions, que les variantes 2 et 4. Au chapitre des délits sexuels et des actes de violence, elle inclut, outre le viol et le brigandage, les infractions de certains titres du CP qui sont considérées comme des *crimes*. La liste se concentre sur les infractions contre des personnes. Elle ne contient pas de clause générale et ne couvre donc pas autant d'infractions que la liste de la variante 2. Elle constitue une solution pragmatique, plutôt mesurée, à mi-chemin entre les variantes 1 et 2 (ou 4) ; elle met l'accent sur la lutte contre la criminalité des étrangers, qui est l'objectif exprimé par la norme constitutionnelle.

14. Mis à part la question des listes d'infractions, les quatre variantes se distinguent également par d'autres *conditions* posées pour l'expulsion obligatoire.

- Selon la variante 1, il suffit, pour une expulsion obligatoire, qu'un étranger soit condamné pour l'une des infractions mentionnées dans la liste. La peine infligée par le juge dans un cas concret ne joue aucun rôle, même si cette peine est atténuée parce que l'auteur se trouvait en situation de légitime défense ou si le juge exempte l'auteur de toute peine parce que la nécessité d'une sanction fait défaut. En prévoyant une expulsion obligatoire même pour des cas de peu de gravité, la variante 1, de l'avis de la majorité du groupe de travail, conduirait l'État à prendre des mesures disproportionnées.
- Les variantes 2 à 4 tiennent compte du principe de proportionnalité en prévoyant qu'une expulsion n'est en principe obligatoire que lorsque l'étranger a été condamné à une peine d'au moins six mois (de plus de six mois dans la variante 3). Cette peine minimale ne doit pas avoir une valeur absolue lorsque l'auteur est un récidiviste. L'étranger condamné à de multiples reprises pour des infractions figurant dans la liste à des peines plus légères mais qui, cumulées sur une période de dix ans, atteignent ou dépassent la limite de six mois, doit aussi être obligatoirement expulsé du territoire national.

La variante 2 prévoit aussi, notamment pour viser les personnes se livrant à la délinquance itinérante, qu'un étranger peut être expulsé même s'il n'est condamné qu'une seule fois à une peine inférieure à six mois, pour une infraction figurant dans la liste, lorsque les intérêts publics à l'expulsion l'emportent nettement sur l'intérêt de l'auteur à demeurer en Suisse. La variante 2 couvre ainsi en principe tous les auteurs d'infractions mentionnées dans la liste – comme le fait la variante 1 – et relativise de la sorte l'exigence d'une peine minimale. Mais contraire-

ment à la variante 1, elle offre une solution progressive, qui tient compte du principe de proportionnalité. La variante 3 ne comporte pas cette possibilité de relativiser l'exigence d'une peine minimale dans le cas de l'expulsion obligatoire.

15. Concernant la *compétence des autorités*, la compétence d'examiner les *obstacles à l'exécution* et la *procédure* applicable, les différences entre les quatre variantes sont les suivantes :

- Variante 1 : La compétence d'ordonner l'expulsion et de fixer la durée de l'interdiction d'entrée revient au juge pénal ou, dans une procédure d'ordonnance pénale, au ministère public. Les autorités pénales n'examinent pas l'existence d'obstacles à l'exécution et ordonnent donc l'expulsion « automatiquement », lorsque l'infraction est réalisée.

L'expulsion est exécutée immédiatement par « l'autorité cantonale compétente ». Lorsque l'étranger concerné fait valoir que son expulsion viole le principe de non-refoulement, l'autorité d'exécution, si elle accepte l'objection, suspend temporairement l'expulsion. L'examen d'autres obstacles à l'exécution n'est pas possible ; la variante 1 n'offre aucune marge de manœuvre pour l'interruption de l'exécution ou pour une annulation ultérieure de l'expulsion. Même dans le cas où l'expulsion est (temporairement) inexécutable pour des raisons purement pratiques, du fait que l'intéressé n'a pas de documents de voyage ou que les autorités de l'État vers lequel il doit être renvoyé refusent de coopérer, la variante 1 ne prévoit pas de motif de report de l'expulsion. Elle ne précise pas non plus quel serait le statut des étrangers concernés par ce cas de figure.

La personne étrangère dont l'expulsion a été ordonnée peut interjeter un recours contre la décision de l'autorité d'exécution devant le tribunal cantonal. Le pouvoir d'examen de ce dernier, qui a trente jours pour trancher définitivement, est également limité à la question du principe de non-refoulement.

La variante 1 met en œuvre intégralement l'automatisme de l'expulsion prévu dans les dispositions constitutionnelles, mais, selon la majorité du groupe de travail, elle est en contradiction avec les normes non impératives du droit international (CEDH, ALCP, Pacte II de l'ONU, Convention relative aux droits de l'enfant) et ne laisse aucune place à l'examen individuel de chaque cas tel que l'exige le principe de proportionnalité. La procédure de l'ordonnance pénale prévue pour certains cas semble à plusieurs égards inadéquate et problématique sur le plan du droit constitutionnel, compte tenu de la gravité de l'atteinte que constitue une expulsion.

- Variante 2 : La compétence d'ordonner l'expulsion et de fixer la durée concrète de l'interdiction d'entrée revient exclusivement au juge pénal. La procédure de l'ordonnance pénale ne s'applique pas. Lorsque l'une des infractions prévues est réalisée, l'expulsion est en principe ordonnée automatiquement et le titre de séjour de l'intéressé est retiré. Le juge ne renonce à ordonner l'expulsion et le retrait du titre de séjour que lorsque des motifs liés à la libre circulation des personnes s'y opposent.

L'autorité cantonale d'exécution exécute l'expulsion automatiquement ou après l'exécution d'une peine (ferme) infligée à la personne condamnée. L'autorité d'exécution examine ce faisant d'office si des motifs liés au droit international, découlant notamment de la CEDH, du Pacte II de l'ONU ou de la Convention relative aux droits de l'enfant, s'opposent à l'expulsion. Le cas échéant, elle reporte l'exécution de l'expulsion.

Les décisions d'exécution peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal can-

tonal de dernière instance. Le Tribunal fédéral ne peut ensuite intervenir que dans le cadre d'une procédure de recours constitutionnel subsidiaire.

La variante 2 laisse, pendant la phase d'exécution, la possibilité d'examiner l'existence d'obstacles à l'expulsion posés par le droit international (examen individuel de chaque cas, incluant un examen de la proportionnalité) et s'accommode ainsi d'un certain conflit avec la volonté du constituant. La variante 2 postule que le juge pénal, contrairement à l'autorité d'exécution, n'est en mesure de procéder à cet examen, en principe étranger à sa fonction, que s'il est manifeste que des obstacles s'opposent à l'expulsion.

- Variante 3 : L'autorité pénale – le juge pénal et, pour les personnes sans autorisation de séjour, le ministère public, dans le cadre d'une procédure d'ordonnance pénale – ordonne l'expulsion de l'étranger qui a commis une infraction figurant dans la liste et qui est condamné à une peine d'une durée (totale) de plus de six mois. Les personnes condamnées pour la première fois à une peine de six mois ou moins pour l'une des *infractions de la liste* ne peuvent cependant pas être expulsées du pays par les autorités pénales. Dans un tel cas, les autorités compétentes en matière de migrations doivent arrêter, au terme d'une procédure distincte, des mesures relevant du droit des étrangers. En revanche, pour un auteur qui se rend coupable d'une infraction *qui n'est pas* mentionnée dans la liste de la variante 3, une autorité pénale devra dans tous les cas à nouveau se prononcer sur l'expulsion, même si la peine infligée est inférieure à six mois.

Lorsque des droits liés à la libre circulation des personnes s'y opposent, les autorités pénales renoncent à ordonner l'expulsion. En outre, le juge pénal examine s'il existe des obstacles de droit international, découlant notamment de la CEDH, du Pacte II de l'ONU ou de la Convention relative aux droits de l'enfant, qui s'opposent à l'expulsion.

L'autorité cantonale d'exécution exécute l'expulsion automatiquement ou après l'exécution d'une peine (ferme) infligée à la personne condamnée. Les autorités d'exécution n'ont pas de compétences décisionnelles s'agissant des obstacles de droit international qui s'opposent à l'expulsion. Si les circonstances ont changé depuis le moment de la condamnation pénale – par exemple suite à une longue peine privative de liberté –, le juge pénal décide, sur demande de l'autorité d'exécution ou de l'étranger concerné, si le report éventuel de l'exécution doit être maintenu ou si de nouveaux obstacles s'opposent à l'exécution.

Les décisions d'exécution du juge peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal cantonal de dernière instance. Le Tribunal fédéral ne peut ensuite intervenir que dans le cadre d'une procédure de recours constitutionnel subsidiaire.

La variante 3 donne au juge pénal (respectivement au ministère public dans la procédure d'ordonnance pénale) la compétence d'ordonner l'expulsion et d'examiner l'existence d'éventuels obstacles à l'exécution. Elle ne fait pas de distinction entre la phase durant laquelle l'étranger est condamné et l'expulsion ordonnée, et la phase d'exécution. Une phase particulière d'exécution n'intervient que si les circonstances ont sensiblement changé entre le moment où l'expulsion a été ordonnée et le moment où elle doit être exécutée. À la demande de la personne concernée ou de l'autorité d'exécution, le juge pénal ou le ministère public devrait néanmoins, dans un tel cas, se prononcer à nouveau, ce qui pourrait entraîner des retards dans la procédure. À l'inverse, la variante 2 prévoit que l'examen d'éventuels obstacles à l'exécution relève dans tous les cas de la compétence de l'autorité d'exécution (qui peut, si elle le souhaite, demander un rapport

officiel à l'ODM). Il s'ensuit que des retards dans les procédures ne sont pas non plus exclus avec la variante 2.

- La variante 4 se fonde sur l'organisation actuelle des autorités et sur les compétences qui sont les leurs. Elle prévoit donc qu'il revient aux autorités chargées des migrations d'ordonner et d'exécuter la « révocation obligatoire d'une autorisation » et « l'interdiction d'entrée obligatoire ». La variante 4 est calquée sur la variante 2 pour ce qui est de la possibilité de tenir compte des obstacles à l'exécution posés par le droit international et de procéder à un examen individuel de chaque cas.

La mise en œuvre dans la LEtr permettrait de réunir dans la législation sur les étrangers tous les éléments constitutifs ouvrant la voie à une expulsion ou un renvoi. Du point de vue constitutionnel, deux arguments plaident également pour cette solution : l'emplacement des nouvelles dispositions constitutionnelles (qui font suite à l'art. 121, al. 1 et 2, Cst.) et la terminologie du droit des étrangers utilisée dans les dispositions de l'art. 121, al. 3 à 6, Cst. Si l'examen d'éventuels obstacles à l'exécution est également confié au juge, le dossier reste dans les mains des autorités pénales (même si de nouveaux obstacles sont invoqués ultérieurement). C'est la raison pour laquelle inscrire l'expulsion dans le code pénal semble particulièrement logique lorsque la personne concernée a été condamnée à une peine pécuniaire ou à une peine privative de liberté avec sursis et qu'elle peut quitter la Suisse immédiatement. Il serait également logique d'intégrer l'expulsion obligatoire prescrite par les nouvelles dispositions constitutionnelles dans le code pénal si le Conseil fédéral devait relancer l'idée de réintroduire l'expulsion facultative, comme il l'avait proposé dans un projet envoyé en consultation. S'agissant des avantages et des inconvénients respectifs d'une mise en œuvre dans le code pénal ou dans la loi sur les étrangers, cf. ch. 5.2.

16. L'augmentation des expulsions qu'amènera la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi – quelle que soit la variante choisie –, ainsi que la nouvelle infraction d'abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales, entraîneront pour les autorités des cantons, principalement, mais aussi de la Confédération (notamment pour l'ODM) des charges supplémentaires, avec les conséquences que cela suppose en matière de finances et de personnel. S'il n'est évidemment pas encore possible, au stade actuel, de dire précisément quelles seront ces conséquences, on peut toutefois faire quelques remarques concernant les différentes variantes :
 - Dans la variante 1, c'est le juge pénal qui a la compétence d'ordonner l'expulsion ; l'autorité cantonale, quant à elle, est compétente dans la phase d'exécution. Le pouvoir d'examen de cette dernière est certes limité au respect du principe de non-refoulement (et à la possibilité pratique d'exécuter le renvoi), mais les indications statistiques montrent qu'avec la variante 1, les expulsions seraient environ cinq fois plus nombreuses qu'avec les autres variantes, de sorte que les autorités cantonales d'exécution devraient adapter leurs ressources financières et personnelles pour faire face à la tâche.
 - Dans la variante 2, ce sont aussi les juges pénaux qui ordonnent l'expulsion. Les procédures pénales engagées contre des personnes de nationalité étrangère deviendront plus lourdes, d'abord en raison de l'application des nouvelles normes pénales relatives à l'expulsion obligatoire ou facultative, mais aussi parce que les projets d'art. 73c et 73f, al. 2, CP exigent du juge pénal qu'il se prononce, pour les étrangers concernés par la libre circulation des personnes, sur la conformité de l'expulsion avec les dispositions des accords pertinents en la matière (ce qui ne re-

lève pas de son domaine habituel puisqu'il s'agit de la législation sur les étrangers). Les instances de recours (tribunal cantonal de dernière instance et Tribunal fédéral) devraient aussi voir leur charge de travail augmenter. La variante 2 excluant la possibilité d'une procédure d'ordonnance pénale, les ministères publics ne devraient en revanche pas être touchés. Dans la phase d'exécution, la compétence revient aux offices cantonaux chargés des migrations ou aux autorités cantonales de justice ou d'exécution des peines. Ce sont avant tout ces autorités, ainsi que les tribunaux cantonaux de dernière instance, qui devraient voir leur charge de travail augmenter considérablement, puisque ce sont eux qui devront procéder à l'examen des motifs de report, ce qui est une tâche compliquée pour ce qui est des faits comme sous l'angle du droit.

- Les explications données pour la variante 2 concernant la charge de travail supplémentaire des tribunaux pénaux et des instances de recours durant la phase au cours de laquelle l'expulsion est ordonnée valent également pour la variante 3. Comme dans certains cas, la variante 3 prévoit que l'expulsion est prononcée dans le cadre d'une procédure d'ordonnance pénale, une certaine charge de travail incombera aux ministères publics, charge dont seront cependant libérés les tribunaux pénaux. La variante 3 prévoit par ailleurs que les tribunaux pénaux sont à nouveau compétents durant la phase d'exécution. Ils examinent les motifs de report, c'est-à-dire qu'ils sont amenés à examiner des questions juridiques ne relevant pas du droit pénal. Les ressources supplémentaires nécessaires seront donc considérables. La variante 3 prévoit aussi que les offices cantonaux chargés des migrations ou les autorités de justice ou d'exécution des peines sont compétents pour l'exécution, mais sans compétences décisionnelles concernant les motifs de report. Leur rôle est, le cas échéant, de renvoyer le dossier au juge pénal pour un nouvel examen et une nouvelle décision, et de répondre aux questions que pourraient leur poser les autorités pénales dans ce contexte. On voit ainsi clairement qu'avec la variante 3, le plus gros de la charge de travail supplémentaire incomberait aux autorités pénales. Charger les juges pénaux d'examiner les motifs de report est efficace lorsqu'aucune peine n'est infligée, ou une peine de courte durée, et que l'expulsion peut être exécutée rapidement.
- La variante 4 se fonde sur l'organisation actuelle des autorités et sur les compétences qui sont les leurs. La charge de travail supplémentaire induite par la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi touchera ici en premier lieu les autorités cantonales compétentes en matière de migrations et les instances de recours.

Quelle que soit la variante retenue, il convient de ne pas sous-estimer le nombre d'étrangers qui ne pourront pas être expulsés pour des motifs pratiques ou juridiques et qui devront dès lors être admis à titre provisoire. Les restrictions liées à ce statut, notamment concernant les possibilités d'exercer une activité lucrative, auront des conséquences financières pour les autorités sociales cantonales et communales.

17. Selon les chiffres établis par l'Office fédéral de la statistique, la variante 1 est celle qui concernerait le plus de personnes, et de loin : au total environ 16 400 par année (indépendamment du titre de séjour et sans tenir compte de possibles obstacles à l'exécution de l'expulsion). Les variantes 2, 3 et 4, quant à elles, concerneraient environ 3400 personnes par année. Le chiffre élevé de la variante 1 est dû non pas tant à une liste d'infractions plus longue, mais au fait qu'elle ne prévoit pas de peine minimale et qu'elle couvrirait dès lors, dans le domaine de la petite criminalité, un très grand nombre de délits de moindre gravité, voire d'infractions mineures.

L'Office fédéral de la statistique a publié, durant la campagne de votation sur l'initiative sur le renvoi, des chiffres relatifs aux effets de l'initiative et aux effets du contre-projet. La variante 1 concernerait quatre fois plus de personnes condamnées que le chiffre donné à l'époque de la campagne pour l'initiative. Avec les variantes 2, 3 et 4, on n'atteint pas tout à fait le chiffre estimé à l'époque pour l'initiative (80 % au total et 90 % s'agissant des titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement). Avec la variante 2, ce chiffre serait dépassé si l'on tient compte également de l'expulsion facultative pour des infractions comprises dans la liste. Il convient parallèlement de noter que les variantes 2 à 4 dépassent largement (d'env. 60 %) les chiffres estimés pendant la campagne pour la mise en œuvre du contre-projet.

9.3 Conclusions et recommandation

Au cours de ses onze réunions, le groupe de travail s'est penché attentivement sur les questions fondamentales que pose la mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles sur l'expulsion des étrangers criminels et, conformément à son mandat, a examiné différentes variantes de mise en œuvre. Il a finalement élaboré quatre variantes de mise en œuvre et analysé les conséquences juridiques de ces propositions. Il est arrivé aux conclusions suivantes :

1. La majorité du groupe de travail plaide en faveur d'une mise en œuvre des nouvelles dispositions pénales dans le droit pénal (variantes 1 à 3). Elle ne nie pas cependant qu'une solution conforme au droit soit également possible dans la législation sur les étrangers (variante 4, dérivée de la variante 2).
2. La majorité du groupe de travail rejette la variante 1 – proposée par les représentants du comité d'initiative lors de la première séance – parce que cette variante viole des principes de bases du droit constitutionnel et qu'elle est en contradiction avec des normes non impératives du droit international (CEDH, ALCP, Pacte II de l'ONU et Convention relative aux droits de l'enfant). Elle entraînerait la condamnation de la Suisse par les organes de contrôle internationaux ou exigerait le renégociation, voire la dénonciation, des conventions et accords en question.
3. La majorité du groupe de travail recommande au DFJP de poursuivre les travaux de mise en œuvre sur la base des variantes 2 et 3. Ces deux variantes respectent les prescriptions du droit international et essaient de concilier les nouvelles dispositions constitutionnelles avec les principes traditionnels de l'interprétation constitutionnelle, avec le droit constitutionnel et avec la pratique des autorités fédérales. Il en résulte inéluctablement une certaine contradiction avec la nouvelle norme constitutionnelle.
4. Si le choix se porte sur une mise en œuvre dans la législation sur les étrangers (variante 4), il serait logique de renoncer à réintroduire l'expulsion facultative dans le code pénal.
5. Les représentants du comité d'initiative rejettent les variantes 2 à 4, considérant qu'elles affaiblissent le durcissement, visé par le constituant, de la pratique en matière d'expulsions. Ils insistent sur la primauté du droit constitutionnel plus récent et s'accommodent en toute connaissance de cause d'éventuelles contradictions avec le droit international non impératif. Ils souhaitent que leur proposition fasse partie du projet qui sera envoyé en consultation.

Annexe : propositions de formulation

Variante 1 (proposition des représentants du comité d'initiative)

Livre 1 : Dispositions générales

Partie 1 : Crimes et délits

Titre 3 : Peines, mesures et expulsion du territoire suisse *[nouvelle version]*

Chapitre 3 (nouveau) : Expulsion du territoire suisse

Art. 73^{bis} Expulsion du territoire suisse

1 Le juge ou le ministère public expulse du territoire suisse les étrangers qui sont condamnés pour l'une au moins des infractions suivantes, quelle que soit la durée ou le montant de la peine prononcée :

- a. meurtre (art. 111 CP), assassinat (art. 112 CP), meurtre passionnel (art. 113 CP) ;
- b. lésions corporelles graves (art. 122 CP), lésions corporelles simples (art. 123 CP), exposition (art. 127 CP), mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP), rixe (art. 133 CP), agression (art. 134 CP), brigandage (art. 140 CP), extorsion et chantage (art. 156 CP), séquestration et enlèvement (art. 183 s. CP), prise d'otage (art. 185 CP) ;
- c. actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP), actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes (art. 188 CP), 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), actes d'ordre sexuel avec des personnes hospitalisées, détenues ou prévenues (art. 192 CP), abus de la détresse (art. 193 CP), encouragement à la prostitution (art. 195 CP), pornographie (art. 197 CP) ;
- d. traite d'êtres humains (art. 182 CP) ;
- e. infraction selon l'art. 19 de la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (LStup) ;
- f. effraction (art. 186 CP en lien avec art. 139 CP ou 144 CP), vol par métier ou vol en bande (art. 139, ch. 2 et 3 CP), recel par métier (art. 160, ch. 2 CP) ;
- g. incendie intentionnel (art. 221 CP), explosion (art. 223 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) ;
- h. provocation publique au crime ou à la violence (art. 259 CP) ;
- i. génocide (art. 264 CP) ou crimes contre l'humanité (art. 264a CP) ;
- j. rupture de ban (art. 291 CP) ou infraction intentionnelle selon l'art. 115 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr) ;
- k. escroquerie (art. 146 CP) dans le domaine de l'aide sociale et des assurances sociales ou abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales (art. 151^{bis}, al. 1, CP).

² La personne condamnée à être expulsée du territoire suisse est privée de son titre de séjour, indépendamment de son statut, et de tous ses droits à rester en Suisse et à y revenir, parce qu'elle constitue une menace pour l'ordre et la sécurité publics.

Art. 73^{ter} Délai de départ et interdiction d'entrée

¹ Lorsque le juge ou le ministère public prononce une expulsion, il l'assortit d'un délai de départ et d'une interdiction d'entrée pour une durée de cinq à quinze ans.

² En cas de condamnation selon l'art. 73^{bis}, al. 1, let. a, b, c, d ou e, CP, la durée de l'interdiction d'entrée est de dix ans au moins.

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

Art. 73^{quater} Exécution

¹ L'autorité cantonale compétente exécute l'expulsion immédiatement après la condamnation ou après que la personne condamnée a purgé sa peine.

² L'expulsion ne peut être suspendue que temporairement, lorsque des motifs impératifs selon l'art. 25, al. 2 et 3, Cst. s'y opposent.

³ Lors de sa décision, l'autorité cantonale d'exécution présume que l'expulsion vers un pays que le Conseil fédéral a désigné comme sûr, en application de l'art. 6a, al. 2, LAsi, ne contrevient pas à l'art. 25, al. 2 et 3, Cst.

⁴ Lorsque des motifs selon l'art. 25, al. 2 et 3, Cst. sont invoqués, l'autorité cantonale d'exécution prend une décision dans un délai de 30 jours. Un recours contre cette décision peut être formé devant le tribunal cantonal compétent, qui tranche définitivement dans les 30 jours à compter du dépôt du recours.

Art. 73^{quinquies} Droit applicable

Les art. 73^{bis} à 73^{quater} CP priment le droit international non impératif. Ne sont considérées comme des normes impératives du droit international que l'interdiction de la torture, du génocide, de la guerre d'agression et de l'esclavage, ainsi que l'interdiction de refouler une personne vers le territoire d'un État dans lequel elle risque la mort ou la torture.

Livre 2 : Dispositions spéciales

Titre 2 : Infractions contre le patrimoine

Art. 151^{bis} Abus en matière d'aide sociale ou d'assurances sociales

¹ Quiconque obtient illégalement, pour lui-même ou pour un tiers, des prestations d'aide sociale ou des assurances sociales en fournissant des indications fausses ou incomplètes, en omettant de signaler une modification des circonstances ou de toute autre manière, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

² Dans les cas de peu de gravité, le juge peut prononcer une amende.

Variante 2 (proposition de la majorité du groupe de travail)

Livre 1 : Dispositions générales

Partie 1 : Crimes et délits

Titre 3 : Peines et mesures

Chapitre 2 : Mesures

Section 3 (nouvelle) : Expulsion du territoire suisse

Art. 73a Expulsion obligatoire du territoire suisse

¹ Le juge expulse du territoire pour une durée de cinq à quinze ans un étranger qui a commis l'une des infractions suivantes et qui est condamné à une peine selon l'al. 2 :

- a. homicide intentionnel (art. 111–113), brigandage (art. 140), traite d'êtres humains (art. 182), viol (art. 190) ou un autre crime grave passible d'une peine minimale d'un an de privation de liberté ou plus, ou d'une peine maximale de dix ans de privation de liberté ou plus ;
- b. vol (art. 139) en lien avec une violation de domicile (art. 186) ;
- c. escroquerie (art. 146, al. 1) dans le domaine des assurances sociales ou de l'aide sociale, obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale (art. 151^{bis}) ;
- d. infraction selon l'art. 19 de la loi sur les stupéfiants²³¹.

² L'expulsion du territoire suisse suppose que le juge :

- a. a condamné l'étranger par un jugement portant sur une infraction visée à l'al. 1 à une peine privative de liberté de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins, ou
- b. a condamné l'étranger, pendant une période de dix ans, par plusieurs jugements portant sur une infraction visée à l'al. 1, à des peines privatives de liberté de 180 jours au moins, à des peines pécuniaires de 180 jours-amende au moins ou à un travail d'intérêt général de 720 heures au moins.

³ Si, dans un jugement portant sur une infraction visée à l'al. 1, le juge inflige une peine privative de liberté de moins de six mois, une peine pécuniaire de moins de 180 jours-amende ou un travail d'intérêt général de moins de 720 heures, il peut expulser l'auteur du territoire suisse si les intérêts publics à l'expulsion l'emportent nettement sur l'intérêt de l'étranger à demeurer en Suisse.

Art. 73b Expulsion facultative

Le juge peut expulser un étranger pour une durée de trois à quinze ans s'il le condamne pour un crime ou un délit qui n'est pas visé à l'art. 73a à une peine privative de liberté de six mois au moins ou, pendant une période de dix ans, à plusieurs peines dont la durée cumulée atteint six mois au moins, ou s'il ordonne à son encontre une mesure au sens des art. 59 à 61 ou 64.

Art. 73c Exclusion de l'expulsion du territoire suisse

Pour les étrangers concernés par la libre circulation des personnes ou pour un membre de la famille qui accompagne une de ces personnes ou qui la rejoint au ti-

tre du regroupement familial, l'expulsion est exclue, sauf en présence d'une menace actuelle, effective et suffisamment grave à l'ordre public au sens de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes²³² et de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange²³³.

Art. 73d Récidive

Lorsqu'une personne, alors qu'elle se trouve sous le coup d'une expulsion selon l'art. 73a, al. 1 et 2, commet une nouvelle infraction remplissant les conditions d'une expulsion obligatoire, l'expulsion est prononcée pour une durée de vingt ans. Dans d'autres cas de récidive, l'expulsion peut aussi être prononcée pour une durée de vingt ans.

Art. 73e Moment de l'exécution

¹ Les peines ou portions de peine fermes infligées à la personne condamnée, ainsi que les mesures institutionnelles ordonnées à son encontre, doivent être exécutées avant l'exécution de l'expulsion. L'expulsion est exécutée dès que la personne condamnée est libérée conditionnellement ou définitivement de l'exécution de sa peine, ou dès que la mesure est levée sans substitution.

² La durée de l'expulsion est calculée à partir du jour où la personne condamnée a quitté la Suisse.

Art. 73f Interruption et annulation

¹ L'autorité d'exécution peut interrompre l'expulsion du territoire suisse pour des motifs importants de nature humanitaire ou procédurale.

² Le juge annule, sur demande, l'expulsion du territoire suisse lorsqu'un motif d'exclusion selon l'art. 73c survient ultérieurement.

Art. 73g Procédure d'exécution

¹ L'autorité d'exécution exécute l'expulsion immédiatement.

² Elle reporte l'exécution de l'expulsion

- a. lorsque des motifs interdisent le refoulement ;
- b. lorsque des motifs sur lesquels la personne condamnée ne peut exercer aucune influence empêchent son départ ;
- c. lorsque l'expulsion ne saurait être raisonnablement exigée à cause d'une guerre, d'une guerre civile ou d'une situation de violence générale, d'une situation d'urgence médicale ou à cause de motifs personnels graves.

³ L'autorité d'exécution vérifie périodiquement que les conditions du report de l'exécution de l'expulsion sont toujours réunies.

²³² Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681).

²³³ RO 2003 2685 ; RS 0.632.31.

Art. 73h Procédure de recours

¹ Les décisions de l'autorité d'exécution peuvent faire l'objet d'un recours, dans les dix jours, devant le tribunal cantonal de dernière instance. Celui-ci tranche définitivement.

² Le recours ne peut porter que sur une violation des motifs selon l'art. 73g, al. 2.

Livre 2 : Dispositions spéciales

Titre 2 : Infractions contre le patrimoine

Art. 151^{bis} Obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale

¹ Quiconque, par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon, induit une personne en erreur ou la conforte dans son erreur, et obtient de la sorte illégalement pour lui-même ou pour un tiers des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

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

Modification du droit en vigueur

Lors de la mise en œuvre, on vérifiera si des modifications doivent être apportées, notamment aux actes législatifs suivants, et si oui, lesquelles :

- loi fédérale du 16 décembre 2005²³⁴ sur les étrangers (LEtr) ;
- loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile²³⁵ (LAsi) ;
- loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral²³⁶ (LTF) ;
- loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs²³⁷ (DPMIn) ;
- code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007²³⁸ (CPP) ;
- loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs²³⁹ (PPMin) ;
- code pénal militaire du 13 juin 1927²⁴⁰ (CPM) ;
- procédure pénale militaire du 23 mars 1979²⁴¹ (PPM) ;

²³⁴ RS 142.20

²³⁵ RS 142.31

²³⁶ RS 173.110

²³⁷ RS 311.1

²³⁸ RS 312.0

²³⁹ RS 312.1

²⁴⁰ RS 321.0

²⁴¹ RS 322.1

Variante 3 (autre proposition du groupe de travail)

Livre 1 : Dispositions générales

Partie 1 : Crimes et délits

Titre 3 : Peines et mesures

Chapitre 2 : Mesures

Section 2 : Autres mesures

Art. 67c Expulsion du territoire suisse

¹ Le juge expulse du territoire suisse pour une durée de cinq à quinze ans un étranger condamné à une peine privative de liberté de plus de 180 jours ou à une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende ou, pendant une période de dix ans, à plusieurs peines privatives de liberté ou peines pécuniaires d'une durée cumulée de plus de 180 jours ou 180 jours-amende, ou à du travail d'intérêt général d'une durée totale de plus de 720 heures, et que le jugement porte, dans tous les cas, sur l'une des infractions suivantes :

- a. crime contre la vie et l'intégrité corporelle, contre la liberté, contre l'intégrité sexuelle ou contre la paix publique ;
- b. violation de domicile (art. 186) en lien avec un vol (art. 139) ;
- c. brigandage selon l'art. 140 ;
- d. escroquerie selon l'art. 146, al. 1 et 2 ;
- e. obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale selon l'art. 151^{bis} ;
- f. infraction selon l'art. 19 de la loi sur les stupéfiants²⁴².

² Le juge peut par ailleurs expulser un étranger pour une durée de trois à quinze ans si celui-ci a été condamné pour une autre infraction et que l'intérêt public à une expulsion du territoire suisse l'emporte sur l'intérêt de l'étranger à demeurer en Suisse.

³ Si la personne concernée n'a aucun droit de résidence en Suisse, l'expulsion du territoire suisse peut être prononcée dans le cadre d'une ordonnance pénale.

Art. 67d Exclusion et report de l'expulsion du territoire suisse

¹ Pour les étrangers concernés par la libre circulation des personnes ou pour un membre de la famille qui accompagne une de ces personnes ou qui la rejoint au titre du regroupement familial, l'expulsion est exclue, sauf en présence d'une menace actuelle, effective et suffisamment grave à l'ordre public au sens de l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes²⁴³ et de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange²⁴⁴.

² Le juge reporte provisoirement l'exécution de l'expulsion

- a. lorsque des motifs interdisent le refoulement ;

²⁴² RS 812.121

²⁴³ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681).

²⁴⁴ RO 2003 2685 ; RS 0.632.31.

- b. lorsque des motifs sur lesquels la personne condamnée ne peut exercer aucune influence empêchent son départ ;
- c. lorsque l'expulsion ne saurait être raisonnablement exigée à cause d'une guerre, d'une guerre civile ou d'une situation de violence générale, d'une situation d'urgence médicale ou à cause de motifs personnels graves.

Art. 67e Récidive

Lorsqu'une personne, alors qu'elle se trouve sous le coup d'une expulsion selon l'art. 73a, al. 1 et 2, commet une nouvelle infraction remplissant les conditions d'une expulsion obligatoire, l'expulsion est prononcée pour une durée de vingt ans. Dans d'autres cas de récidive, l'expulsion peut aussi être prononcée pour une durée de vingt ans.

Art. 67f Moment de l'exécution

¹ Les peines ou portions de peine fermes infligées à la personne condamnée, ainsi que les mesures institutionnelles ordonnées à son encontre, doivent être exécutées avant l'exécution de l'expulsion. L'expulsion est exécutée dès que la personne condamnée est libérée conditionnellement ou définitivement de l'exécution de sa peine, ou dès que la mesure est levée sans substitution.

² La durée de l'expulsion est calculée à partir du jour où la personne condamnée a quitté la Suisse.

Art. 67g Interruption et annulation

¹ L'autorité d'exécution peut interrompre l'expulsion du territoire suisse pour des motifs importants de nature humanitaire ou procédurale.

² Le juge annule, sur demande, l'expulsion du territoire suisse lorsqu'un motif d'exclusion selon l'art. 73c survient ultérieurement.

Art. 67h Procédure d'exécution

¹ L'autorité d'exécution exécute l'expulsion immédiatement.

² Le juge décide, sur demande, si les conditions du report de l'exécution de l'expulsion sont toujours réunies et si de nouveaux obstacles s'opposent à l'exécution.

Art. 67i Procédure de recours

¹ Les décisions de l'autorité d'exécution peuvent faire l'objet d'un recours, dans les dix jours, devant le tribunal cantonal de dernière instance. Celui-ci tranche définitivement.

² Le recours ne peut porter que sur une violation des motifs selon l'art. 67d, al. 2.

Livre 2 : Dispositions spéciales

Titre 2 : Infractions contre le patrimoine

Art. 151^{bis} Obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale

¹ Quiconque, par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon, induit une personne en erreur ou la conforte

dans son erreur, et obtient de la sorte illégalement pour lui-même ou pour un tiers des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

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

Modification du droit en vigueur

Lors de la mise en œuvre, on vérifiera si des modifications doivent être apportées, notamment aux actes législatifs suivants, et si oui, lesquelles :

- loi fédérale du 16 décembre 2005²⁴⁵ sur les étrangers (LEtr) ;
- loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'asile²⁴⁶ (LAsi) ;
- loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral²⁴⁷ (LTF) ;
- loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs²⁴⁸ (DPMIn) ;
- code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007²⁴⁹ (CPP) ;
- loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs²⁵⁰ (PPMin) ;
- code pénal militaire du 13 juin 1927²⁵¹ (CPM) ;
- procédure pénale militaire du 23 mars 1979²⁵² (PPM) ;

²⁴⁵ RS **142.20**

²⁴⁶ RS **142.31**

²⁴⁷ RS **173.110**

²⁴⁸ RS **311.1**

²⁴⁹ RS **312.0**

²⁵⁰ RS **312.1**

²⁵¹ RS **321.0**

²⁵² RS **322.1**

13.4 Variante 4 (mise en œuvre dans la législation sur les étrangers)

Loi sur les étrangers (modifications *en italiques*)

Chapitre 10 : Fin du séjour

Section 2 : Extinction et révocation des autorisations

Art. 62 Révocation des autorisations et d'autres décisions

L'autorité compétente peut révoquer une autorisation, à l'exception de l'autorisation d'établissement, ou une autre décision fondée sur la présente loi, dans les cas suivants :

- a. si l'étranger ou son représentant légal a fait de fausses déclarations ou a dissimulé des faits essentiels durant la procédure d'autorisation ;
- b. l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée ou a fait l'objet d'une mesure pénale prévue aux art. 64 ou 61 du code pénal²⁵³ ;
- c. il attend de manière grave ou répétée à la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ;
- d. il ne respecte pas les conditions dont la décision est assortie ;
- e. lui-même ou une personne dont il a la charge dépend de l'aide sociale.

Art. 63 Révocation de l'autorisation d'établissement

¹ L'autorisation d'établissement ne peut être révoquée que dans les cas suivants :

- a. les conditions visées à l'art. 62, let. a ou b, sont remplies ;
- b. l'étranger attend de manière très grave à la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ;
- c. lui-même ou une personne dont il a la charge dépend durablement et dans une large mesure de l'aide sociale.

² L'autorisation d'établissement d'un étranger qui séjourne en Suisse légalement et sans interruption depuis plus de quinze ans ne peut être révoquée que pour les motifs mentionnés à l'al. 1, let. b, et à l'art. 62, let. b.

³ La révocation obligatoire (art. 63a) est réservée.

Art. 63a Révocation obligatoire des autorisations

¹ L'autorité compétente révoque toutes les autorisations lorsque l'étranger a commis l'une des infractions suivantes et est condamné à une peine selon l'al. 2 :

- a. *homicide intentionnel (art. 111–113 CP), brigandage (art. 140 CP), traite d'êtres humains (art. 182 CP), viol (art. 190 CP) ou un autre crime grave passible d'une peine minimale d'un an de privation de liberté ou plus, ou d'une peine maximale de dix ans de privation de liberté ou plus ;*
- b. *vol (art. 139 CP) en lien avec une violation de domicile (art. 186 CP) ;*

- c. escroquerie (art. 146, al. 1, CP) dans le domaine des assurances sociales ou de l'aide sociale, obtention abusive de prestations des assurances sociale ou de l'aide sociale (art. 151bis CP) ;
- d. infraction selon l'art. 19 de la loi sur les stupéfiants²⁵⁴.

² La révocation selon l'al. 1 suppose que le juge :

- a. a condamné l'étranger par un jugement portant sur une infraction visée à l'al. 1 à une peine privative de liberté de six mois au moins ou à une peine pécuniaire de 180 jours amende au moins, ou
- b. a condamné l'étranger, pendant une période de dix ans, par plusieurs jugements portant sur une infraction visée à l'al. 1, à des peines privatives de liberté de 180 jours au moins, à des peines pécuniaires de 180 jours-amende au moins ou à du travail d'intérêt général de 720 heures au moins.

Art. 63b Exclusion de la révocation d'autorisations

Pour les étrangers auxquels s'appliquent l'accord du 21 juin 1999 sur la libre circulation des personnes²⁵⁵ et l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange²⁵⁶, la révocation des autorisations (art. 62 à 63a) est exclue, sauf en présence d'une menace actuelle, effective et suffisamment grave à l'ordre public.

Art. 67 Interdiction d'entrée

¹ L'office interdit l'entrée en Suisse, sous réserve des alinéas 5 à 7, à un étranger frappé d'une décision de renvoi lorsque :

- a. le renvoi est immédiatement exécutoire en vertu de l'art. 64d, al. 2, let. a à c ;
- b. l'étranger n'a pas quitté la Suisse dans le délai imparti ;
- c. l'étranger remplit les conditions prévues à l'art. 63a pour une révocation obligatoire des autorisations.

² L'office peut interdire l'entrée en Suisse à un étranger lorsque ce dernier :

- a. a attenté à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger ou les a mis en danger ;
- b. a occasionné des coûts en matière d'aide sociale ;
- c. a été placé en détention en phase préparatoire, en détention en vue du renvoi ou de l'expulsion ou en détention pour insoumission (art. 75 à 78).

³ L'interdiction d'entrée est prononcée pour une durée maximale de cinq ans. Elle peut être prononcée pour une plus longue durée lorsque la personne concernée constitue une menace grave pour la sécurité et l'ordre publics.

^{3bis} L'interdiction d'entrée selon l'al. 1, let. c, est prononcée pour une durée de cinq à quinze ans. En cas de récidive, la durée de l'interdiction d'entrée est de 20 ans.

⁴ L'Office fédéral de la police (fedpol) peut interdire l'entrée en Suisse à un étranger pour sauvegarder la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse; il consulte au

²⁵⁴ RS 812.121

²⁵⁵ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681).

²⁵⁶ RO 2003 2685 ; RS 0.632.31.

préalable le Service de renseignement de la Confédération (SRC). Fedpol peut prononcer une interdiction d'entrée pour une durée supérieure à cinq ans ou, dans des cas graves, pour une durée illimitée.

⁵ Pour des raisons humanitaires ou pour d'autres motifs importants, l'autorité appelée à statuer peut s'abstenir de prononcer une interdiction d'entrée ou suspendre provisoirement ou définitivement une interdiction d'entrée.

⁶ *L'interdiction d'entrée selon l'al. 1, let. c, peut être suspendue provisoirement pour des motifs importants de nature humanitaire ou procédurale.*

⁷ *L'interdiction d'entrée n'est pas prononcée, ou est suspendue, lorsqu'un motif d'exclusion selon l'art. 63b existe.*

Chapitre 11 : Admission provisoire

Art. 83 Décision d'admission provisoire

¹ L'office décide d'admettre provisoirement l'étranger si l'exécution du renvoi ou de l'expulsion n'est pas possible, n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée.

² L'exécution n'est pas possible lorsque l'étranger ne peut pas quitter la Suisse pour son État d'origine, son État de provenance ou un État tiers, ni être renvoyé dans un de ces États.

³ L'exécution n'est pas licite lorsque le renvoi de l'étranger dans son État d'origine, dans son État de provenance ou dans un État tiers est contraire aux engagements de la Suisse relevant du droit international.

⁴ L'exécution de la décision peut ne pas être raisonnablement exigée si le renvoi ou l'expulsion de l'étranger dans son pays d'origine ou de provenance le met concrètement en danger, par exemple en cas de guerre, de guerre civile, de violence généralisée ou de nécessité médicale.

⁵ ...²⁵⁷

⁶ L'admission provisoire peut être proposée par les autorités cantonales.

⁷ L'admission provisoire visée aux al. 2 et 4 n'est pas ordonnée dans les cas suivants :

- a. l'étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée en Suisse ou à l'étranger ou a fait l'objet d'une mesure pénale au sens des art. 64 ou 61 du code pénal²⁵⁸ ;
- b. l'étranger attente de manière grave ou répétée à la sécurité et à l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ;
- c. l'impossibilité d'exécuter le renvoi ou l'expulsion est due au comportement de l'étranger.

^{7bis} *Lorsque le renvoi concerne un étranger qui remplit les conditions prévues à l'art. 63a pour la révocation obligatoire d'une autorisation, l'office ordonne une admission provisoire dans les cas suivants :*

- a. *il existe des motifs qui interdisent le refoulement et l'exécution n'est dès lors pas licite ;*

²⁵⁷ Abrogé par le ch. IV 2 de la L du 16 déc. 2005, avec effet au 1^{er} janv. 2008 (RO 2006 4745, 2007 5573 ; FF 2002 6359).

²⁵⁸ RS 311.0

- b. l'exécution est impossible à cause de motifs sur lesquels la personne condamnée ne peut exercer aucune influence ;
- c. l'exécution n'est pas licite ou ne peut être raisonnablement exigée à cause d'une guerre, d'une guerre civile ou d'une situation de violence générale, d'une situation d'urgence médicale ou à cause de motifs personnels graves.

⁸ Le réfugié auquel l'asile n'est pas accordé en vertu des art. 53 ou 54 LAsi²⁵⁹ est admis provisoirement.

Loi sur l'asile (modification en italiques)

Chapitre 2 : Requérants

Section 3 : Procédure de première instance

Art. 37 Délais concernant la procédure de première instance

¹⁻³ [...]

⁴ L'office statue avec une diligence particulière lorsque le requérant est détenu aux fins d'extradition ou qu'il s'est rendu coupable d'une infraction en Suisse.

Chapitre 3 : Octroi de l'asile et statut des réfugiés

Section 1 : Octroi de l'asile

Art. 53 Indignité

L'asile n'est pas accordé au réfugié :

- a. qui en est indigne en raison d'actes répréhensibles ;
- b. qui a porté atteinte à la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse ou qui la compromet ;
- c. qui remplit les conditions prévues à l'art. 63a de la loi sur les étrangers²⁶⁰ pour la révocation obligatoire des autorisations.

Section 4 : Fin de l'asile

Art. 64 Extinction

¹ L'asile en Suisse prend fin :

- a.-c. [...]
- d. par l'exécution de l'expulsion ;
- e. lorsque les conditions prévues à l'art. 63a de la loi sur les étrangers²⁶¹ pour la révocation obligatoire des autorisations sont réunies.

Chapitre 8 : Voies de droit

Section 2 : Procédure de recours au niveau fédéral

²⁵⁹ RS 142.31

²⁶⁰ RS 142.20

²⁶¹ RS 142.20

Art. 109 Délai de traitement des recours

¹⁻⁴ [...]

⁵ Le Tribunal administratif fédéral statue avec une diligence particulière lorsque le requérant est détenu aux fins d'extradition *ou qu'il s'est rendu coupable d'un délit en Suisse*.

Code pénal (nouveau)

Livre 2 : Dispositions spéciales

Titre 2 : Infractions contre le patrimoine

Art. 151^{bis} Obtention abusive de prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale

¹ Quiconque, par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon, induit une personne en erreur ou la conforte dans son erreur, et obtient de la sorte illégalement pour lui-même ou pour un tiers des prestations des assurances sociales ou de l'aide sociale, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

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

Bibliographie

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003
- BESSON SAMANTHA, Les effets et l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Le cas de la Suisse, in: Breitenmoser / Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 125 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007
- CARONI MARTINA / GÄCHTER THOMAS / THURNHERR DANIELA (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010
- FINGERHUTH THOMAS / TSCHURR CHRISTOF (Hrsg.), Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007
- FORSTER MARC, Lebenslange Verwahrung: zur grundrechtskonformen Auslegung von Art. 123a BV, AJP 2004, S. 418 ff.
- FORMOSER PETER / VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 4. Auflage, Bern 2008
- FROWEIN JOCHEN ABRAHAM / PEUKERT WOLFGANG, EMRK-Kommentar, 3. Auflage, Kehl 2009
- GÄCHTER THOMAS / KRADOLFER MATTHIAS, Von schwarzen Schafen. Gedanken zur Ausschaffungsinitiative aus juristischer Sicht, ASYL 1/08, S. 12 ff.
- HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich 2008
- HANGARTNER YVO, Unklarheiten bei Volksinitiativen. Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), AJP 2011, S. 471 ff.
- ILLES RUEDI / SCHREPFER NINA / SCHERTENLEIB JÜRGE, Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren (hrsg. von der Schweiz. Flüchtlingshilfe SFH), Bern 2009
- JAAG TOBIAS / PRIULI VALERIO, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, Jusletter vom 8. November 2010
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 3. Auflage, Bern 2010
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / HEER MARIANNE / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Basel 2003
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Auflage, Basel 2007
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER / WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, 2. Auflage, Basel 2007
- NOWAK MANFRED, CCPR Commentary, 2. Auflage, Kehl 2005.

- REICH JOHANNES, Verletzt die «Ausschaffungsinitiative» zwingende Bestimmungen des Völkerrechts?. Zur Frage der Gültigkeit der eidgenössischen Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» im Lichte von Art. 139 Abs. 2 BV, ZSR 127 (2008) I S. 499 ff.
- RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Auflage, Basel 2009
- RUEDIN XAVIER-BAPTISTE, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Basel 2009
- SCHEIDEGGER ADRIAN, La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et ses implications pratiques, in: Breitenmoser / Ehrenzeller (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 295 ff.
- SCHÜRMANN FRANK, Der Begriff der Gewalt im schweizerischen Strafgesetzbuch, Basel 1986
- SEILER HANSJÖRG, Praktische Rechtsanwendung. Was leistet die juristische Methodenlehre?, Bern 2009
- SPESCHA MARC / KERLAND ANTONIA / BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010
- SPESCHA MARC / THÜR HANSPETER / ZÜND ANDREAS / BOLZLI PETER, Kommentar zum Migrationsrecht, 2. Auflage, Zürich 2009
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen, 2. Auflage, Bern 2006
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Bern 2007
- TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Bern 2009
- TSCHANNEN PIERRE, Verfassungsauslegung, in: Thürer / Aubert / Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 149 ff.
- UNICEF, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 3. Auflage, Genf 2007.
- ZÜND ANDREAS, Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen, ZBJV 1993, S. 73 ff.