

12.046

**Message
relatif à la modification du code pénal et
du code pénal militaire
(Réforme du droit des sanctions)**

du 4 avril 2012

Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs,

Nous vous soumettons ci-joint un projet de modification du code pénal et du code pénal militaire (modification du droit des sanctions) en vous priant de l'approuver.

En même temps, nous vous proposons de classer les interventions parlementaires suivantes:

- | | | | |
|------|---|---------|---|
| 2009 | M | 08.3797 | Délinquants juvéniles. Relèvement de l'âge maximum de placement (N Galladé, 11.12.2008) |
| 2009 | M | 09.3158 | Suppression des peines pécuniaires avec sursis et réintroduction des peines privatives de liberté de moins de six mois (E Luginbühl, 18.3.2009) |
| 2009 | M | 09.3233 | Abolition du sursis à l'exécution d'un travail d'intérêt général (N Bättig, 19.3.2009) |
| 2009 | M | 09.3313 | Code pénal. Ne plus solliciter l'accord de l'auteur d'une infraction pour l'accomplissement d'un travail d'intérêt général (N Stamm, 20.3.2009) |
| 2009 | M | 09.3427 | Prolongation du délai de révocation en cas d'échec de la mise à l'épreuve (N Rickli, 30.4.2009) |
| 2009 | M | 09.3428 | Suppression du sursis partiel à l'exécution des peines de plus de deux ans (N Rickli, 30.4.2009) |
| 2009 | M | 09.3444 | Inefficacité des peines pécuniaires avec sursis (N Häberli-Koller, 30.4.2009) |
| 2009 | M | 09.3445 | Droit pénal. Meilleure prise en compte de la sécurité des victimes potentielles (N Hochreutener, 30.4.2009) |
| 2009 | M | 09.3450 | Réintroduction des courtes peines privatives de liberté (N Amherd, 30.4.2009) |

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

4 avril 2012

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Eveline Widmer-Schlumpf

La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

Le projet, élaboré en réaction à des critiques persistantes émanant notamment de la pratique, suit deux axes principaux. D'une part, les modifications apportées à la peine pécuniaire: elle ne pourra plus être assortie du sursis et sera limitée à 180 jours-amende au lieu de 360. D'autre part, la remise à l'honneur de la courte peine privative de liberté: dans le domaine des sanctions inférieures ou égales à six mois, la peine pécuniaire ne sera plus la règle.

Le Parlement a adopté la nouvelle partie générale du code pénal (PG-CP) le 13 décembre 2002, puis la révision parallèle du code pénal militaire (CPM) le 21 mars 2003. Ces dispositions ont été retouchées avant même leur entrée en vigueur, le 24 mars 2006. En effet, les autorités de poursuite pénale avaient critiqué le nouveau régime des peines, pointant du doigt la difficulté qu'il y aurait à obtenir une juste gradation des sanctions à la limite entre la contravention et le délit. L'art. 42 CP et l'art. 36 CPM ont donc été complétés par un al. 4 qui permet de cumuler une peine avec sursis et une peine pécuniaire ferme ou une amende, et quelques modifications ont été apportées en matière d'internement. L'ensemble de cette vaste réforme opérée en deux temps est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

L'entrée en force du nouveau droit n'a cependant pas mis fin aux critiques contre le régime des peines et des mesures. Plusieurs interventions parlementaires ont été déposées, tandis qu'une série d'objections s'élevaient des rangs de la pratique.

Les deux institutions les plus critiquées étaient la peine pécuniaire avec sursis et le travail d'intérêt général avec sursis, dont le pouvoir dissuasif a été mis en doute. Des voix se sont aussi élevées pour demander que l'on fixe un minimum légal du jour-amende et que l'on refasse du travail d'intérêt général une forme de l'exécution des peines au lieu d'une peine au même titre que les autres.

La nouvelle révision que nous proposons a pour but de répondre à ces exigences. De manière générale, elle consacre le recul de la peine pécuniaire, en supprimant sa primauté sur la peine privative de liberté et en interdisant le sursis.

Les courtes peines privatives de liberté, redevenues un instrument du droit des sanctions, pourront être prononcées sans sursis et devront alors être exécutées. C'est pourquoi nous proposons d'instaurer, à titre de mode alternatif d'exécution de la peine, l'emploi d'un bracelet électronique en lieu et place de l'incarcération dans un établissement pénitentiaire (système connu sous le nom de «surveillance électronique»). La peine pourra également être accomplie sous forme de travail d'intérêt général. Son statut actuel de peine ne s'est pas avéré convaincant; il redeviendra une simple forme de l'exécution.

Dans le domaine de l'exécution des mesures et plus exactement de l'autorisation des allègements dans l'exécution, le projet précise l'art. 90, al. 4^{bis}, CP, pour éliminer les différences d'interprétation qui sont apparues après le meurtre de Lucie Trezzini.

La révision prévoit aussi le rétablissement de l'expulsion judiciaire. Grâce à cet instrument, le statut d'une personne condamnée au regard de la législation sur les étrangers sera définitivement réglé au moment de sa libération (conditionnelle ou non).

Comme lors de la réforme de 2002 et des adaptations de 2006, les dispositions du CP et du CPM sont modifiées en parallèle.

Pour ce qui est du droit pénal des mineurs, on porte de 22 à 25 ans l'âge auquel les mesures ordonnées en vertu de ce droit prennent fin, conformément au vœu des autorités concernées.

Table des matières

Condensé	4387
1 Présentation de l'objet	4390
1.1 Contexte	4390
1.1.1 Le droit en vigueur	4390
1.1.2 Critiques	4391
1.1.3 Interventions parlementaires	4392
1.1.4 L'étude d'efficacité	4393
1.1.5 L'avant-projet	4394
1.2 Solutions étudiées	4395
1.3 Les changements proposés	4397
1.4 Justification et appréciation de la solution proposée	4397
1.4.1 Peine pécuniaire	4397
1.4.2 Peine privative de liberté	4399
1.4.3 Expulsion	4400
1.4.4 Exécution des peines et mesures	4401
1.4.5 Procédure de consultation	4405
1.5 Classement d'interventions parlementaires	4405
2 Commentaire article par article	4406
2.1 Code pénal	4406
2.2 Code pénal militaire	4414
2.3 Modification du droit en vigueur	4414
3 Conséquences	4417
3.1 Conséquences pour la Confédération	4417
3.2 Conséquences pour les cantons	4418
4 Relation avec le programme de la législature	4418
5 Aspects juridiques	4418
5.1 Constitutionnalité	4418
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	4418
Code pénal et code pénal militaire (Réforme du droit des sanctions) (Projet)	4419

Message

1 Présentation de l'objet

1.1 Contexte

1.1.1 Le droit en vigueur

Le régime des sanctions du code pénal (CP)¹ est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007. Il est l'aboutissement d'une vingtaine d'années de travaux préparatoires concernant la révision de la partie générale du code pénal (PG-CP)². Cette réforme poursuivait deux objectifs majeurs dans le domaine du droit des sanctions: d'abord élargir le choix de sanctions; ensuite réduire à la portion congrue les courtes peines privatives de liberté pour les remplacer par des peines pécuniaires et du travail d'intérêt général, comme c'est depuis longtemps le cas dans de nombreux autres Etats européens.

Par voie de conséquence, le droit actuel fixe à six mois au moins la peine privative de liberté (art. 40, al. 1, CP). Il n'est possible de déroger à cette règle que si les conditions du sursis à l'exécution de la peine ne sont pas réunies et s'il y a lieu d'admettre que ni une peine pécuniaire ni un travail d'intérêt général ne peuvent être exécutés; dans ce cas, le juge peut prononcer une peine privative de liberté de moins de six mois (art. 41, al. 1, CP). Celle-ci ne peut pas être assortie du sursis.

La peine privative de liberté de moins de six mois est donc remplacée en règle générale par une peine pécuniaire, laquelle n'est d'ailleurs pas limitée à l'équivalent de six mois en jours-amende, mais peut aller jusqu'à 360 jours-amende (art. 34, al. 1, CP). Avec l'accord de l'intéressé, le juge peut aussi le condamner à un travail d'intérêt général de 720 heures au plus à la place d'une peine privative de liberté de moins de six mois ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus (art. 37, al. 1, CP), quatre heures de travail d'intérêt général correspondant à un jour-amende ou à un jour de peine privative de liberté (art. 39, al. 2, CP).

En principe, à moins qu'il n'y ait pronostic défavorable quant au risque de récidive, le juge doit assortir d'un sursis les peines pécuniaires, les travaux d'intérêt général et les peines privatives de liberté de six mois au moins et de deux ans au plus (art. 42, al. 1, CP). La loi prévoit en outre la possibilité d'un sursis partiel à l'exécution d'une peine pécuniaire, d'un travail d'intérêt général ou d'une peine privative de liberté (art. 43 CP).

Si l'on considère que les peines avec sursis peuvent être combinées avec une peine pécuniaire ferme ou une amende (art. 42, al. 4, CP), ce ne sont pas moins de quinze sortes de sanctions que peut infliger le juge – seize si on compte l'amende pour contravention – toutes n'étant cependant pas possibles dans tous les cas. En particulier, onze formes de sanctions peuvent être prononcées dans le domaine des peines

¹ RS 311.0

² Pour la genèse du projet, voir le message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787 1794 ss, et le message du Conseil fédéral du 29 juin 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, FF 2005 4425 4429 ss.

inférieures à six mois³; entre six mois et une année, il s’y ajoute la peine privative de liberté avec sursis.

1.1.2 Critiques

Dès avant son entrée en vigueur, ce système a été critiqué. Les autorités de poursuite pénale, notamment, ont argué qu’il deviendrait plus difficile de prononcer des peines justes pour les actes se situant à la limite entre la contravention et le délit, du fait que la première fait l’objet d’une sanction ferme (amende ou travail d’intérêt général), tandis que le second, plus grave de nature, peut donner lieu à un sursis. Le législateur a répondu à cette difficulté, qui a pris le nom de «*Schnittstellenproblematik*», en ajoutant à l’art. 42 CP un al. 4 qui permet de prononcer, en plus d’une peine avec sursis, une peine pécuniaire ferme ou une amende⁴. La peine pécuniaire avec sursis était d’ailleurs aussi critiquée⁵: on lui a reproché de ne pas avoir le sérieux ni la capacité de faire impression que devrait avoir une sanction, contrairement à l’ancienne courte peine privative de liberté avec sursis⁶; son effet a même été qualifié de plutôt risible («*eher lächerlich*»⁷).

L’entrée en vigueur des nouvelles dispositions n’a pas fait taire les critiques des magistrats du droit pénal et des cantons; elles émanaient surtout des procureurs et seulement dans une moindre mesure des juges⁸. Relayées par les médias, ces réactions ont incité l’Office fédéral de la justice (OFJ), fin 2008, à entendre plusieurs spécialistes de la pratique du droit pénal. Représentants des autorités de poursuite pénale, des tribunaux et des autorités d’exécution des peines, ils ont critiqué bon nombre de dispositions tout en estimant qu’une révision n’était pas urgente. Ils ont considéré par ailleurs qu’une réforme du régime des sanctions ne saurait se faire de manière isolée ni sans une évaluation préalable minutieuse.

En mars 2009, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a envoyé un questionnaire à la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), afin de relever les expériences faites sur le terrain en matière d’application du nouveau régime des sanctions et de recueillir des avis sur des propositions concrètes de modification.

³ La peine privative de liberté ferme, la peine pécuniaire ferme, le travail d’intérêt général ferme, la peine pécuniaire ou le travail d’intérêt général avec sursis, combinés ou non avec l’amende ou une peine pécuniaire ferme, la peine pécuniaire avec sursis partiel et le travail d’intérêt général avec sursis partiel.

⁴ Message du Conseil fédéral du 29 juin 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, FF 2005 4425

⁵ Pour plus de détails, *Sandro Cimichella*, Die Geldstrafe im Schweizer Strafrecht, Berné, 2006, p. 205 ss

⁶ Par ex.: *Renate Binggeli*, Die Geldstrafe, Revue de l’avocat I (2001) p. 15; *Günter Stratenwerth*, Nochmals: die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, RPS 123 (2005) p. 235; autre avis dans *Sandro Cimichella*, Die Geldstrafe im Schweizer Strafrecht, Berné, 2006, p. 213 ss.

⁷ *Jürg Sollberger*, Besondere Aspekte der Geldstrafe, RPS 121 (2003) p. 257.

⁸ Les opinions ne sont cependant pas unanimes, à preuve les propos de la procureure générale du canton d’Obwald, qui juge la révision en cours dénuée d’objectivité et de sens (*Esther Omlin*, Die Geldstrafe – Noch kaum einheitlich praktiziert und schon wieder geändert?, forumpoenale, 2009, p. 300). D’autres praticiens se disent préoccupés par la cadence des révisions et souhaitent un retour à la permanence du droit (*Marc Pellet*, Noli me tangere, forumpoenale, 2010, p. 109).

Les cantons ont principalement critiqué le sursis appliqué à la peine pécuniaire et au travail d'intérêt général, qui, selon eux, sape l'effet préventif de ces deux peines et leur ôte le caractère de sanction adaptée à la faute. Ils ont aussi demandé que la loi fixe un montant minimum du jour-amende. Pour ce qui est du travail d'intérêt général, la majorité d'entre eux regrettent l'ancien droit qui en faisait une forme de l'exécution des peines et non une peine en soi. Le rétablissement de la peine privative de liberté avec sursis et la possibilité pour le juge de choisir librement entre la courte peine privative de liberté et la peine pécuniaire ont également été revendiqués. Cinq cantons⁹ ont demandé que les peines pécuniaires soient limitées à 180 jours-amende; six¹⁰ que le droit fédéral permette la surveillance électronique comme forme de l'exécution et comme phase de l'exécution. Par contre, la plupart étaient d'avis que la suppression de l'expulsion judiciaire dans la nouvelle PG-CP n'a pas créé de lacune qu'il faille à nouveau combler.

La Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS) a elle aussi adressé des propositions de modification de la PG-CP au DFJP, en mai 2009¹¹. Pour l'essentiel, elle estime que la PG-CP ne doit pas être révisée précocement et qu'il ne sera possible de juger de son bien-fondé qu'après une analyse approfondie portant sur plusieurs années. Elle fait cependant quelques suggestions: supprimer le sursis appliqué à la peine pécuniaire, limiter celle-ci à 180 jours-amende et fixer un montant minimal du jour-amende. En cas d'abolition de la peine pécuniaire avec sursis, elle remet en cause le cumul des peines prévu par l'art. 42, al. 4, CP, qui n'est selon elle qu'une béquille.

1.1.3 Interventions parlementaires

Les critiques à l'égard de la peine pécuniaire avec sursis, en particulier, se sont exprimées à travers diverses interventions parlementaires.

Le Conseil national a accepté une série de motions durant l'été 2009, au cours d'une session spéciale¹²:

- 09.3233. Motion Bättig du 19 mars 2009. Abolition du sursis à l'exécution d'un travail d'intérêt général;
- 09.3300. Motion Stamm du 20 mars 2009. Réintroduction des peines privatives de liberté de moins de six mois;
- 09.3313. Motion Stamm du 20 mars 2009. Ne plus solliciter l'accord de l'auteur d'une infraction pour l'accomplissement d'un travail d'intérêt général;
- 09.3427. Motion Rickli du 30 avril 2009. Prolongation du délai de révocation en cas d'échec de la mise à l'épreuve;
- 09.3428. Motion Rickli du 30 avril 2009. Suppression du sursis partiel à l'exécution des peines de plus de deux ans;

⁹ AG, BE, SZ, TG, VD

¹⁰ BS, BL, BE, GE, SO, VD

¹¹ On peut trouver la lettre (en allemand) à l'adresse:

www.ksbs-caps.ch/docs_aktu/brf_aenderungsvorschl_at_stgb.pdf.

¹² BO 2009 N 987

- 09.3444. Motion Häberli-Koller du 30 avril 2009. Inefficacité des peines pécuniaires avec sursis;
- 09.3445. Motion Hochreutener du 30 avril 2009. Droit pénal. Meilleure prise en compte de la sécurité des victimes potentielles;
- 09.3450. Motion Amherd du 30 avril 2009. Réintroduction des courtes peines privatives de liberté.

Dans le domaine du droit pénal des mineurs, les deux conseils ont accepté la motion 08.3797 (motion Galladé Chantal du 11 décembre 2008. Délinquants juvéniles. Relèvement de l'âge maximum de placement) qui demandait que l'âge limite pour l'application des mesures soit relevé de 22 à 25 ans¹³.

Toutefois, le Conseil des Etats a rejeté le 10 décembre 2009 la motion 09.3300 citée ci-dessus et transformé en mandats d'examen les autres motions acceptées par le Conseil national¹⁴. Le Conseil national l'a suivi le 3 mars 2010¹⁵.

Le Conseil des Etats a accepté, le 10 mars 2010, la motion 09.3158 (Motion Luginbühl du 18 mars 2009. Suppression des peines pécuniaires avec sursis et réintroduction des peines privatives de liberté de moins de six mois)¹⁶, que le Conseil national a transformée en mandat d'examen le 15 décembre 2011¹⁷.

1.1.4 L'étude d'efficacité

Avant même ces démarches parlementaires, le Conseil fédéral avait donné mandat au DFJP, en septembre 2008, d'examiner l'efficacité de diverses nouvelles dispositions du code pénal, en exécution du postulat 08.3381 (postulat Sommaruga Carlo du 12 juin 2008. Evaluation du système de sanction pénale des jours amendes). Il s'agissait notamment du remplacement de la courte peine privative de liberté par la peine pécuniaire et le travail d'intérêt général, de l'efficacité de la peine pécuniaire avec sursis et de la question d'un montant minimal du jour-amende. Dans une première phase, le DFJP devait surtout recueillir des données et des renseignements, car il n'est possible de se prononcer sur l'impact d'une nouvelle loi ou d'une modification de loi qu'après trois ou quatre ans de mise en œuvre.

L'OFJ a donc procédé à des relevés, dont il a consigné le résultat dans son rapport intermédiaire du 23 décembre 2010 sur l'évaluation de la modification de la partie générale du code pénal et du droit pénal des mineurs. Il a chargé une entreprise de procéder à l'analyse de détail et d'exploiter les données statistiques et les enquêtes effectuées auprès de diverses personnes touchées par la réforme de la PG-CP (autorités de poursuite pénale et d'exécution des peines, tribunaux, avocats, etc.).

¹³ BO 2009 N 1010; BO 2010 E 870

¹⁴ BO 2009 E 1304. La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a exposé dans son rapport du 10 novembre 2009 à l'intention du plénum du Conseil des Etats: «[La commission] considère qu'un examen approfondi s'impose, notamment en ce qui concerne les courtes peines privatives de liberté, le champ d'application des règles sur le sursis ou la relation entre l'amende et la peine pécuniaire. Il est cependant essentiel que cet examen puisse se faire dans la sérénité. La commission insiste également sur les progrès que représente le nouveau droit à plusieurs égards. Elle estime donc qu'il n'y a pas lieu de remettre fondamentalement en cause les nouvelles règles.» (ch. 4 du rapport).

¹⁵ BO 2010 N 128

¹⁶ BO 2010 E 196

¹⁷ BO 2011 N 2099

Si l'on veut réviser encore une fois la PG-CP et surtout supprimer la peine pécuniaire avec sursis ou sursis partiel, l'évolution des condamnations et du taux de récidive est particulièrement intéressante. En effet, les reproches qui ont été formulés contre ce type de peine – n'être ni assez marquante ni assez sérieuse – pourraient bien être compris comme l'expression d'une crainte que cette sanction n'ait pas un effet de prévention générale et spéciale suffisant, en d'autres termes, qu'elle ne dissuade en aucune manière la collectivité de commettre des infractions ou un individu de récidiver. Si tel est le cas, on est en droit de s'attendre à une recrudescence des condamnations et plus particulièrement à ce que les personnes condamnées à une peine pécuniaire avec sursis ou sursis partiel montrent un plus fort taux de récidive.

Le rapport intermédiaire de l'OFJ de décembre 2010 relève que les statistiques des jugements de 2007 à 2009 et la statistique des récidives établie spécialement pour 2007 ne révèlent aucune modification significative par rapport aux années précédant l'entrée en vigueur de la nouvelle PG-CP. Tout en précisant que l'évolution de la statistique criminelle ne permet qu'imparfaitement de saisir les contours de l'évolution de la criminalité elle-même, il en conclut que le nouveau droit ne semble pas avoir une influence particulière sur l'évolution de la criminalité des adultes ni sur la prévention générale et spéciale.

Ces résultats ont été corroborés provisoirement une année plus tard pour ce qui est de la récidive¹⁸, mais il ne sera possible de confirmer ou d'infirmer cette tendance que dans quelques années¹⁹.

1.1.5 L'avant-projet

Le 30 juin 2010, le Conseil fédéral a envoyé en consultation un avant-projet de modification du code pénal et du code pénal militaire (modification du droit des sanctions), élaboré par l'OFJ avec l'assistance de Felix Bänziger, procureur général du canton de Soleure. L'avant-projet visait essentiellement à revenir en arrière concernant un des principes de la révision de 2007, le remplacement de la courte peine privative de liberté par d'autres sanctions; il proposait à cet effet une série de mesures:

- ramener à trois jours la durée minimale de la peine privative de liberté;
- abaisser à deux ans (au lieu de trois) la limite au-dessous de laquelle une peine privative de liberté peut être assortie d'un sursis partiel;
- abolir la primauté de la peine pécuniaire pour les peines inférieures ou égales à 180 jours (-amende): pour les sanctions de cette ampleur, le juge aurait le choix entre la peine privative de liberté et la peine pécuniaire, sans prééminence de l'une ou de l'autre;

¹⁸ «L'introduction des peines pécuniaires et la suppression des courtes peines privatives de liberté ne semblent donc pas avoir eu d'impact significatif sur la récidive.» (*Office fédéral de la statistique*, Nouveau droit des sanctions et récidive pénale. Premières analyses de l'évolution de la récidive suite à l'entrée en vigueur en 2007 de la révision de la partie générale du code pénal, Neuchâtel, novembre 2011, p. 10 [consultable à l'adresse: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/19/22/publ.Document.149871.pdf>]).

¹⁹ *Office fédéral de la statistique*, Nouveau droit des sanctions et récidive pénale. Premières analyses de l'évolution de la récidive suite à l'entrée en vigueur en 2007 de la révision de la partie générale du code pénal, Neuchâtel, novembre 2011, p. 8.

- supprimer la possibilité d’assortir la peine pécuniaire d’un sursis ou d’un sursis partiel;
- limiter la peine pécuniaire à 180 jours-amende;
- fixer un montant légal minimum du jour-amende, établi à 30 francs;
- faire du travail d’intérêt général non plus une peine mais une forme de l’exécution des peines prononcées pour crime ou délit;
- instaurer la surveillance électronique comme forme de l’exécution des peines privatives de liberté de 180 jours au plus et comme phase finale de l’exécution progressive des longues peines privatives de liberté;
- prévoir dans la loi un taux pour la conversion des amendes en peines privatives de liberté de substitution, fixé à 100 francs pour un jour;
- rétablir l’expulsion judiciaire, mais sans la possibilité du report à titre d’essai.

En matière de droit pénal des mineurs, l’avant-projet portait de 22 à 25 ans l’âge auquel les mesures prennent fin.

La consultation s’est achevée le 30 octobre 2010.

1.2 Solutions étudiées

D’autres voies s’ouvraient au Conseil fédéral et quant à la marche à suivre et quant à l’ampleur de la révision engagée.

Etant donné la date de la réforme de la PG-CP, une question se posait: fallait-il attendre d’avoir plus de renseignements sur l’efficacité du nouveau droit? Plusieurs signes allaient dans ce sens: la transformation en postulats, par le Conseil des Etats, des motions acceptées par le Conseil national et vice-versa²⁰; l’étude d’efficacité, dont les résultats doivent être disponibles en été 2012; l’avis de plusieurs participants à la consultation qui demandaient que l’on attende les résultats de cette étude²¹. Mais aux yeux du Conseil fédéral, la pression politique en faveur d’une modification rapide (notamment la suppression de la peine pécuniaire avec sursis ou sursis partiel) est trop forte pour que l’on attende²².

En outre, il estime que les vives critiques véhiculées par les médias sont l’indice d’une perte de confiance de la population dans le droit pénal et dans son effet de prévention générale et que cette perte de confiance est due avant tout à l’instauration de la peine pécuniaire avec sursis. Cette sanction a été et demeure critiquée par le grand nombre, parce qu’elle ne correspond pas à la représentation qu’on se fait

²⁰ Voir ch. 1.1.3

²¹ Quatorze participants à la consultation ont demandé que l’on attende avant de modifier le code pénal. Pour plus de détails, voir la synthèse des résultats de la consultation sur le rapport explicatif et l’avant-projet relatifs à la modification du code pénal et du code pénal militaire (réforme du droit des sanctions) du 12 octobre 2011 (ci-après synthèse des résultats de la consultation), p. 9 s. La synthèse peut être consultée sur le site de l’OFJ, www.ofj.admin.ch, sous Thèmes > Sécurité > Législation > Modification du régime des sanctions.

²² Ainsi, la plupart des partis politiques souhaitaient que l’on procède rapidement à des modifications. Les Verts s’y opposent, le PS et le PCS sont sceptiques. Pour plus de détails, voir la synthèse des résultats de la consultation, p. 9 s.

d'une punition. Or pour être crédible et efficace, le droit pénal doit bénéficier de la confiance de la population. Celle-ci doit croire en l'impact des peines. C'est pourquoi il faut modifier de nouveau le régime des peines, quelque succès concret qu'ait eu la dernière révision (absence d'une dégradation de la prévention générale et spéciale malgré la suppression des courtes peines privatives de liberté, etc.)²³.

Si l'évaluation produit des enseignements essentiels, ceux-ci pourront être pris en compte au cours des travaux parlementaires sur le présent objet.

Plusieurs options s'offraient aussi sur le plan matériel. On s'est par exemple demandé s'il fallait supprimer entièrement la peine pécuniaire avec sursis (total ou partiel), ou bien s'il fallait l'assortir d'autres critères que la peine privative de liberté avec sursis²⁴. Cette dernière solution aurait permis au juge de prendre en compte des considérations de prévention générale au moment où il décide d'assortir ou non la peine pécuniaire du sursis ou du sursis partiel, donc de le refuser dans le but de dissuader d'autres personnes que l'auteur de commettre des infractions²⁵. Le Conseil fédéral la considère comme plus appropriée d'un point de vue théorique que l'abolition pure et simple de la peine pécuniaire avec sursis ou sursis partiel, mais elle présente des difficultés pratiques: tout d'abord, le régime des sanctions doit revêtir une certaine simplicité pour avoir l'impact voulu, ce qui le rend forcément relativement schématique. Ensuite, il serait difficile, dans les faits, de distinguer s'il convient de refuser le sursis à un auteur donné, non pas pour le dissuader de commettre d'autres actes punissables à l'avenir mais pour conserver à la norme pénale sa puissance d'impact en général. Une telle décision relèverait le plus souvent de la pure spéculation.

Enfin, le Conseil fédéral a dû déterminer quelle serait l'ampleur de la révision projetée: il a envoyé en consultation un avant-projet qui se concentrait sur le cœur même du régime des sanctions et surtout sur la contestation, très présente dans le quotidien politique, de la peine pécuniaire avec sursis ou sursis partiel, mais les avis reçus ont mis au jour d'autres demandes de modification concernant notamment l'exécution des peines et des mesures. Aussi disposé soit-il à examiner ces demandes, notamment celles qu'ont émises les autorités d'exécution, c'est surtout sur la question du système des sanctions qu'il reconnaît le besoin d'agir en urgence. Introduire d'autres éléments dans le projet occasionnerait des retards, ne serait-ce que parce qu'il faudrait mener une nouvelle consultation. La situation actuelle, jugée insatisfaisante par certains milieux politiques, se prolongerait d'autant.

²³ *Marcel A. Niggli / Stefan Maeder* s'opposent résolument à l'idée de se fonder sur le sentiment (présumé) de la population pour justifier un durcissement du droit pénal (*Marcel A. Niggli / Stefan Maeder*, *Strafjustiz in der Mediengesellschaft*, in: *Marianne Heer / Stefan Heimgartner / Marcel A. Niggli / Marc Thommen* [éd.], «Toujours agité jamais abattu», *Festschrift für Hans Wiprächtiger*, Bâle 2011, p. 421 ss).

²⁴ Sur la possibilité de prendre en compte des aspects de prévention générale, voir *Günter Stratenwerth* (Nochmals: die Strafen im Bagatellbereich nach künftigem Recht, *RPS* 123 [2005] p. 236 s.).

²⁵ Pour la peine privative de liberté, ni la doctrine dominante (par ex. *Roland M. Schneider / Roy Garré*, in: *Marcel A. Niggli / Hans Wiprächtiger* [éd.], *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 2^e éd., Bâle 2007, N 55 ad art. 42) ni la jurisprudence du Tribunal fédéral n'admettent la prévention générale comme motif unique ou principal d'un refus d'accorder le sursis à l'exécution (ATF 134 IV 1, 13 s., consid. 5.4.3).

1.3 Les changements proposés

Les dispositions proposées réduisent l'éventail des sanctions possibles: le travail d'intérêt général ne sera plus une peine mais une forme de l'exécution; la peine pécuniaire ne pourra plus être assortie du sursis ou du sursis partiel.

Les courtes peines privatives de liberté, que la dernière réforme de la PG-CP avait supprimées, retrouveront une place plus importante au travers de deux mesures: le plafonnement de la peine pécuniaire à 180 jours-amende au lieu de 360 et le rétablissement de la peine privative de liberté à partir de trois jours.

Afin d'éviter un engorgement du système carcéral, le projet prévoit la possibilité d'exécuter les peines privatives de liberté sous surveillance électronique.

1.4 Justification et appréciation de la solution proposée

1.4.1 Peine pécuniaire

La nouvelle PG-CP a fait de la peine pécuniaire la peine la plus fréquemment infligée. En 2008, elle représentait 85,7 % de toutes les peines prononcées; dans 86,7 % des cas, elle était assortie d'un sursis. En effet, l'exécution des peines pécuniaires est suspendue «en règle générale», selon les termes de l'art. 42, al. 1, CP et de l'art. 36, al. 1, du Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)²⁶, comme celle des peines privatives de liberté²⁷. Ce parallélisme entre les deux types de peines est discutable sur le plan matériel. D'une part, c'est la suspension de l'exécution des peines privatives de liberté qui formait le but de la réforme de la PG-CP, non celle des peines pécuniaires ou du travail d'intérêt général²⁸. D'autre part, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁹ et la doctrine³⁰, il est interdit de refuser le sursis pour des raisons de prévention générale dans le cas des peines privatives de liberté; mais pour les peines pécuniaires, il est en principe possible de le faire lorsque cela apparaît nécessaire pour dissuader la collectivité de commettre des infractions, même si le délinquant ne présente pas un pronostic défavorable.

La doctrine propose de corriger le droit actuel en soumettant l'octroi du sursis à des conditions différentes pour les peines privatives de liberté et pour les peines pécuniaires et le travail d'intérêt général³¹.

²⁶ RS 321.0

²⁷ La doctrine considère ce point comme une grave erreur de technique législative (*Felix Bommer / Günter Stratenwerth*, Erneute Änderung des Sanktionenrechts?, in: *Marianne Heer / Stefan Heimgartner / Marcel A. Niggli / Marc Thommen* [éd.], «Toujours agité – jamais abattu», Festschrift für Hans Wiprächtiger, Bâle 2011, p. 17 s.).

²⁸ Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1792 1837.

²⁹ ATF 134 IV 1, 13 s., consid. 5.4.3.

³⁰ *Roland M. Schneider / Roy Garré*, in: *Marcel A. Niggli / Hans Wiprächtiger* [éd.], *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 2^e éd., Bâle 2007, N 55 ad art. 42.

³¹ *Günter Stratenwerth*, Immer noch: Die Strafen im Bagatellbereich nach neuem Recht, *forumpenale*, 2009, p. 231.

Une difficulté apparaîtrait cependant: l'effet de prévention générale d'une sanction est difficile à évaluer. Il ne serait pas aisé de savoir en fin de compte s'il faut prononcer une peine pécuniaire ferme pour des raisons de prévention générale³². Il dépendrait essentiellement des tribunaux de décider s'il faut assortir ou non la peine pécuniaire d'un sursis. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose plutôt de renoncer tout à fait à la peine pécuniaire avec sursis.

De la même manière, il faut abandonner la peine pécuniaire avec sursis partiel. Certes, celle-ci ne serait plus à considérer comme une aggravation de la sanction par rapport au sursis total qui est la règle générale, mais comme un adoucissement par rapport à la peine pécuniaire ferme, devenue la normale. Elle serait accordée lorsque la peine ferme ne paraîtrait pas indispensable pour atteindre certains objectifs de prévention générale et spéciale. Néanmoins, il ne serait guère possible de juger fiablement de l'existence de motifs de prévention générale suffisants pour s'opposer à un sursis partiel, vu l'incertitude totale quant aux exigences d'une prévention générale efficace³³. En fin de compte, il ne dépendrait que du bon vouloir des tribunaux d'assortir ou non d'un sursis partiel une peine pécuniaire.

Le remplacement des courtes peines privatives de liberté par d'autres sanctions était au cœur de la réforme de la PG-CP. On entendait par courtes peines privatives de liberté celles qui sont inférieures à six mois³⁴; pourtant le droit en vigueur prévoit une durée de 360 jours-amende au maximum pour la peine pécuniaire. Puisque celle-ci doit remplacer la courte peine privative de liberté, il est plus indiqué de la limiter à 180 jours. Cela contribuera à donner plus de poids à la peine privative de liberté.

Contrairement au droit en vigueur, le projet prévoit un montant minimal du jour-amende, qu'il fixe à dix francs. Dans l'avant-projet, on avait envisagé un montant de 30 francs, mais il convient de tenir compte du cas des condamnés dont la situation est très précaire³⁵.

³² On objectera sans doute à cela que le même problème se pose lorsque le juge décide s'il va prononcer une sanction ferme de nature financière en plus de la peine avec sursis (art. 42, al. 4), du moins dans la mesure où le cumul des peines poursuit des buts de prévention générale. Il faut cependant souligner que le cumul des peines prévu à l'art. 42, al. 4, ne sert pas seulement des buts de prévention générale et que la sanction ferme n'est qu'une partie d'une peine d'ensemble, si bien que la décision est moins lourde de conséquences.

³³ Selon les termes de *Stratenwerth*, Immer noch: Die Strafen im Bagatellbereich nach neuem Recht, forumpoenale, 2009, p. 231, note de bas de page 10.

³⁴ Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1792.

³⁵ Pour plus de détails, voir le commentaire de l'art. 34 au ch. 2.

1.4.2 Peine privative de liberté

La révision de 2002 a remplacé les peines privatives de liberté de moins de six mois par des peines pécuniaires et du travail d'intérêt général. Il n'est possible de prononcer une peine privative de liberté de moins de six mois que s'il y a lieu d'admettre que ni une peine pécuniaire ni un travail d'intérêt général ne peuvent être exécutés; le sursis est exclu (art. 41, al. 1, CP et art. 34a, al. 1, CPM)³⁶.

La nouvelle réforme proposée aujourd'hui rétablit les peines privatives de liberté à partir de trois jours. Cette démarche repose sur plusieurs considérations:

- Il n'est pas impossible qu'une courte peine privative de liberté prévienne mieux la récidive que la peine pécuniaire chez certains délinquants³⁷.
- Lorsqu'un condamné doit exécuter une mesure ambulatoire en plus de sa peine, la courte peine privative de liberté peut l'inciter à accomplir cette mesure jusqu'au bout, en particulier s'il est récidiviste. Elle peut donc l'arrêter sur une mauvaise pente et lui offrir une chance de prendre une nouvelle voie³⁸.
- Il n'est pas à exclure que le fait de punir certains actes par une peine pécuniaire éveille chez les victimes l'impression que même la violation de biens juridiques hautement personnels puisse être rachetée par une somme d'argent³⁹. Elles pourraient alors ne pas se sentir prises au sérieux, ce qui va à l'encontre de toutes les évolutions législatives tendant vers une meilleure prise en considération des victimes en matière pénale.
- Lorsque l'infraction est commise par une personne de l'entourage immédiat de la victime, la peine pécuniaire peut grever un budget familial souvent déjà serré et faire peser les conséquences de l'acte sur la victime elle-même. La peine privative de liberté, au contraire, frappe spécifiquement le condamné: ses répercussions sur la famille peuvent être atténuées par des formes d'exécution qui ne coupent pas l'auteur du monde professionnel (notamment la surveillance électronique et la semi-détention).

³⁶ Pour des explications plus détaillées sur les motifs à l'appui de ces dispositions, voir le message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1792 1837 ss.

³⁷ Prenons l'exemple d'une personne très aisée condamnée pour la première fois pour une infraction grave au code de la route. Pour elle, le paiement d'une peine pécuniaire, même élevée, est à peine sensible, mais une peine privative de liberté avec sursis laisse planer sur sa tête une sérieuse menace: elle risque des conséquences pénibles pour elle-même et très visibles pour son entourage social si elle récidive.

³⁸ C'est valable par exemple pour des personnes qui auraient commis des infractions dans le domaine des stupéfiants et qui seraient toxicodépendantes. Il est douteux qu'une peine pécuniaire ait sur elles le même effet qu'une peine privative de liberté. Souvent, elle ne fera que les écraser sous le poids des dettes. Il faut cependant concéder qu'elle pourrait produire les mêmes effets si elle était transformée en peine privative de liberté de substitution.

³⁹ L'étude d'efficacité devrait permettre de déterminer dans quelle mesure cette assertion se vérifie.

Le nouveau système proposé met en parallèle, dans le domaine des peines de six mois au plus, la peine privative de liberté (avec ou sans sursis) et la peine pécuniaire (sans sursis). Si, au vu du degré de culpabilité de l'auteur, la peine appropriée ne doit pas excéder six mois, le juge aura à choisir entre l'une et l'autre de ces sanctions. C'est à dessein que la loi ne fixe pas de critères pour guider son choix. Bien évidemment, le juge prononcera une peine privative de liberté s'il a tout lieu de croire que la peine pécuniaire ne sera pas payée. Mais d'autres motifs sont envisageables, et notamment des considérations de prévention générale ou spéciale. Celles-ci sont néanmoins impossibles à formuler avec la précision requise, si bien qu'il vaut mieux ne pas instituer de critères dans la loi.

1.4.3 Expulsion

Jusque fin 2006, l'expulsion (judiciaire, par opposition à l'expulsion administrative) était une des peines accessoires de l'ancien code pénal; elle pouvait être prononcée avec ou sans sursis, que la peine principale soit elle-même assortie ou non du sursis. Même si elle était prononcée sans sursis, elle pouvait encore être différée à titre d'essai au moment où le condamné était libéré de l'exécution de la peine ou de la mesure, ce qui permettait de tenir compte de la manière dont il avait évolué. La réforme de la PG-CP a abrogé l'expulsion judiciaire pour plusieurs raisons:

- L'existence en parallèle de l'expulsion judiciaire, régie par le droit pénal, et de l'expulsion administrative prévue par la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE; abrogée depuis lors), il pouvait arriver que les deux types d'autorités rendent des décisions contraires, ce qui était difficile à comprendre pour les intéressés mais aussi pour l'opinion publique. Par exemple, une expulsion administrative pouvait être prononcée après l'entrée en force d'un jugement pénal dans lequel le tribunal avait expressément réfuté la nécessité ou le bien-fondé d'une expulsion (judiciaire).
- Les deux types d'expulsion poursuivaient deux objectifs différents et pouvaient donc difficilement être mis en concordance.
- L'opinion qui prévalait était que l'expulsion administrative suffisait, avec ses conséquences rigoureuses, et qu'il n'était pas nécessaire d'avoir en droit pénal un instrument analogue, inconnu en outre dans la plupart des autres pays.

Aujourd'hui, contrairement à sa position au moment de la première réforme de la PG-CP, le Conseil fédéral pense que l'expulsion relevant du droit pénal est absolument nécessaire:

- L'expulsion judiciaire garantit une harmonisation de la pratique⁴⁰, car le procureur peut faire recours si le juge n'ordonne pas l'expulsion qu'il avait requise et assurer de la sorte une jurisprudence uniforme⁴¹.

⁴⁰ Au cours de la consultation, on a objecté à cela qu'il n'était pas possible d'harmoniser la jurisprudence par des instructions, du fait de l'indépendance des juges, contrairement à la pratique des autorités administratives (synthèse des résultats de la consultation, p. 27).

⁴¹ Par contre, si l'autorité en matière d'étrangers n'ordonne pas d'expulsion, cette «décision» ne peut pas faire l'objet d'un recours. Il n'y a donc pas de contrôle judiciaire du bien-fondé de l'absence d'expulsion.

- En abandonnant la possibilité de différer l’expulsion à titre d’essai, on garantit que le condamné peut être forcé de quitter la Suisse le jour où il est libéré.
- Le côté public de la procédure judiciaire assure à l’expulsion relevant du droit pénal un meilleur effet de prévention générale que l’expulsion prononcée par une autorité administrative chargée des questions liées aux étrangers.
- Comme l’expulsion est certaine dès le moment où le condamné commence à purger sa peine, l’exécution de celle-ci pourra être aménagée en conséquence. Il sera inutile de prendre des mesures favorisant sa réintégration dans la société suisse ou de lui laisser suivre une formation qui lui sera sans utilité dans son Etat d’origine.
- Le juge ordonnant l’expulsion dans le jugement même, les conséquences de celle-ci sur le statut du condamné au regard de la législation sur les étrangers auront force de chose jugée au moment où il sera libéré (conditionnellement ou définitivement) de l’exécution de la peine. Aujourd’hui, le fait que ces deux décisions sont dissociées fait que la question du droit de demeurer en Suisse n’est souvent pas réglée au moment où l’étranger a fini de purger sa peine.
- Si la question du séjour en Suisse de l’étranger condamné n’est tranchée qu’après l’entrée en force du jugement, il est fréquemment impossible de le remettre à son Etat d’origine pour qu’il y purge sa peine. Le solde de peine à purger est souvent trop peu important pour qu’il vaille la peine d’ouvrir une procédure de transfèrement. Si la décision d’expulsion et le jugement pénal sont simultanés, il est possible d’ouvrir bien plus tôt une procédure de transfèrement et l’exécution du solde de la peine dans l’Etat d’origine a encore un sens.

C’est pourquoi le projet ci-joint prévoit de donner au juge la possibilité d’ordonner, dans le jugement sur le fond, une expulsion allant de trois à quinze ans. Il pose comme condition que la personne concernée ait été condamnée à une peine privative de liberté de plus d’un an ou ait fait l’objet d’une mesure au sens de l’art. 61 ou de l’art. 64, ce qui correspond matériellement au motif de révocation d’une autorisation ou d’une autre décision fondée sur la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)⁴², conformément à l’art. 62, al. 1, let. b, de cette loi.

1.4.4 Exécution des peines et mesures

Travail d’intérêt général

En droit actuel, le travail d’intérêt général est une peine, au même titre que la peine privative de liberté et la peine pécuniaire. Sa durée maximale est de 720 heures (art. 37 CP et art. 31 CPM), ce qui correspond à une peine privative de liberté de six mois, le taux de conversion étant de quatre heures pour un jour (art. 39, al. 2, CP et art. 33, al. 2, CPM).

Comme on l’a vu au ch. 1.1.2, la majorité des cantons consultés demandent que le travail d’intérêt général soit une forme de l’exécution plutôt qu’une sanction.

⁴² RS 142.20

L'art. 79a proposé répond à cette exigence. Mais les résultats de la consultation⁴³ nous ont incités à revenir sur la disposition de l'avant-projet et à permettre que les peines pécuniaires et les amendes pour contravention puissent aussi être exécutées sous forme de travail d'intérêt général. Il n'en sera par contre pas question pour les peines privatives de liberté de substitution, car on veut que le condamné prenne l'initiative de demander le droit d'exécuter sa peine sous forme de travail d'intérêt général et non pas qu'il attende simplement, pour faire cette demande, qu'une peine privative de liberté de substitution ait été ordonnée. Le condamné devra avoir demandé à exécuter sa peine sous forme de travail d'intérêt général. Pour le reste, celui-ci restera régi par les mêmes règles qu'aujourd'hui.

Surveillance électronique

En avril 1999, les cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Tessin, Vaud et Genève – qui allaient être rejoints en mars 2003 par le canton de Soleure – ont obtenu du Conseil fédéral, à leur demande, l'autorisation de mener des essais d'exécution des peines sous surveillance électronique (port d'un bracelet électronique en lieu et place de la détention dans un établissement pénitentiaire). Les autorisations ont été prolongées une première fois en 2002, puis en 2005, 2006, 2007 et 2009, toujours à la demande des cantons concernés. La dernière prolongation ne vaut que jusqu'à l'instauration définitive de la surveillance électronique dans la loi, mais au plus tard jusqu'à 2015.

Dans le cadre de ces essais, les cantons peuvent faire exécuter sous surveillance électronique les peines privatives de liberté allant de 20 jours à douze mois. Ils peuvent aussi utiliser cette solution comme phase supplémentaire de l'exécution progressive de la peine, pendant un à douze mois, pour des personnes frappées d'une longue peine privative de liberté qui vont bénéficier d'une libération conditionnelle; généralement, elle se place entre la phase de travail externe et celle de travail et logement externes.

L'Office fédéral de la justice a fait une évaluation des essais sur la période 1999–2002.

Le premier rapport d'évaluation, du 30 juin 2003⁴⁴, a dressé un bilan positif. Le nombre de cas d'exécution sous surveillance électronique a dépassé les attentes. Cette forme de l'exécution a bien un caractère de sanction, car le bracelet électronique rappelle sa situation 24 heures sur 24 à la personne concernée, qui doit de plus être constamment attentive à respecter son emploi du temps hebdomadaire et quotidien.

Le deuxième rapport d'évaluation, de décembre 2004⁴⁵, présentait les résultats en matière de récidive. Le taux de récidive générale est de 22,72 % après l'exécution d'une peine sous surveillance électronique; il se situe dans la moyenne des taux de récidive après d'autres formes d'exécution.

⁴³ Synthèse des résultats de la consultation, p. 24

⁴⁴ Ci-après «rapport d'évaluation final». Il peut être consulté sur le site www.ofj.admin.ch, sous Thèmes > Sécurité > Exécution des peines et mesures > Surveillance électronique

⁴⁵ Il peut être consulté sur le site www.ofj.admin.ch, sous Thèmes > Sécurité > Exécution des peines et mesures > Surveillance électronique

Le troisième rapport d'évaluation, de février 2007⁴⁶, a confirmé ces résultats positifs. Une enquête ultérieure auprès de personnes qui avaient purgé une peine sous surveillance électronique entre 1999 et 2002 a révélé que cinq ans après la fin de la peine, celle-ci avait encore des effets positifs sous certains aspects.

L'entrée en vigueur de la PG-CP actuelle, le 1^{er} janvier 2007, en remplaçant les peines privatives de liberté de six mois au plus par des peines pécuniaires et du travail d'intérêt général, a modifié les conditions dans lesquelles s'inscrivaient les essais de surveillance électronique. Le Conseil fédéral a donc souhaité se renseigner sur la manière dont celle-ci s'appliquait sous le nouveau droit. La prolongation des autorisations en décembre 2007 contenait l'obligation, pour les cantons, de répondre à une série de questions à ce sujet. Les réponses⁴⁷ ont été très favorables à la surveillance électronique, avérant que celle-ci restait nécessaire dans le nouveau régime des sanctions. Elles ont par ailleurs mis en évidence le faible coût de cette forme d'exécution, qui revient même moins cher, dans la plupart des cantons, que le travail d'intérêt général.

Ce bilan positif, tant sous l'ancien que sous le nouveau droit, mène tout naturellement à l'inscrire de manière définitive dans la loi. Il n'est cependant question de d'une forme d'exécution de la peine privative de liberté, qu'il faut bien distinguer des autres usages du bracelet électronique. Celui-ci peut être employé en lieu et place de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté, qui relèvent du droit de la procédure pénale et se fonde sur l'art. 237, al. 3, du code de procédure pénale (CPP)⁴⁸. La surveillance électronique dans le cadre des formes de détention prévues par la législation sur les étrangers, comme mesure policière contre la violence domestique ou comme dispositif de sécurité durant l'exécution d'une peine ou d'une mesure n'a pas non plus sa place dans le code pénal. Ces dispositions relèvent du droit en matière d'étrangers, du droit cantonal en matière de police et du droit en matière d'exécution des peines au sens étroit, lequel est de la compétence législative des cantons.

L'instauration de la surveillance électronique dans le code pénal obligera tous les cantons à prévoir cette forme d'exécution des peines, sans quoi il y aurait inégalité de traitement entre les condamnés, en violation d'un principe fondamental de notre droit.

Le nouvel art. 79b reprend largement le contenu des autorisations délivrées aux cantons par le Conseil fédéral. Par voie de conséquence, la surveillance électronique constituera une forme d'exécution des courtes peines privatives de liberté et une phase finale de l'exécution des peines privatives de liberté de longue durée. Alors que l'avant-projet la restreignait à l'exécution de peines privatives de liberté de six mois au plus, la limite sera de douze mois. En effet, certains participants à la consultation ont fait remarquer qu'il fallait plus de temps pour que puissent se déployer les effets de cette forme de l'exécution⁴⁹.

⁴⁶ Il peut être consulté sur le site www.ofj.admin.ch, sous Thèmes > Sécurité > Exécution des peines et mesures > Surveillance électronique

⁴⁷ On en trouvera une synthèse dans le rapport de l'OFJ du 4 août 2009, consultable sur le site www.ofj.admin.ch, sous Thèmes > Sécurité > Exécution des peines et mesures > Surveillance électronique

⁴⁸ RS 312.0

⁴⁹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 32 s.

Exécution des mesures (art. 90, al. 4^{bis})

Suite au meurtre de Lucie Trezzini, le 4 mars 2009, deux experts ont examiné dans quelle mesure l'autorité compétente aurait été tenue, en vertu de l'art. 62d, al. 2, de requérir une expertise psychiatrique et d'entendre une commission avant d'accorder à l'homme qui allait commettre cet acte la libération conditionnelle de l'exécution de la mesure ordonnée à son encontre. Ils ne sont pas parvenus aux mêmes conclusions: l'un considère l'expertise et la consultation d'une commission comme obligatoires, l'autre estime que tel n'est pas le cas dans la version actuelle de l'art. 75a en relation avec l'art. 90, al. 4^{bis}. Un sondage fait en janvier 2011 auprès de la Conférence des chefs des services pénitentiaires cantonaux (CCSPC) a révélé que la pratique des cantons en la matière n'était pas uniforme.

Il faut, pour mettre fin à cette insécurité juridique et à cette différence de traitement, clarifier le texte en modifiant l'art. 90, al. 4^{bis}.

Taux de conversion des amendes en peines privatives de liberté de substitution

L'avant-projet prévoyait, à l'art. 106, un taux fixe à appliquer lorsqu'une amende est convertie en peine privative de liberté, d'un jour de peine privative de liberté pour cent francs d'amende. Lors de la consultation, cette proposition a recueilli douze avis positifs et onze avis négatifs⁵⁰. Certes, les partisans de cette mesure ont raison de dire qu'un taux de conversion fixe simplifierait la pratique et que les conséquences d'un non-paiement de l'amende seraient plus prévisibles, mais à y regarder de plus près, cette disposition suscite quelques doutes sérieux.

La situation financière de l'auteur entre dans le calcul du montant de l'amende, si bien qu'un taux de conversion fixe créerait une flagrante inégalité de traitement entre les délinquants les plus aisés, condamnés, pour une même faute, à une amende plus lourde et dont la peine privative de liberté de substitution se trouverait donc bien plus longue, et les délinquants moins fortunés. Cela contreviendrait au principe selon lequel la peine doit correspondre à la faute commise, fixé pour les amendes à l'art. 106, al. 3.

De plus, un taux fixe de conversion des amendes causerait des difficultés si l'auteur commettait à la fois des délits et des contraventions et était condamné à une peine pécuniaire et une amende. S'il ne payait pas ce qu'il doit, seule la partie correspondant à l'amende serait convertie selon un taux fixe, ce qui serait difficile à faire comprendre à la personne condamnée.

Notons encore qu'il faudrait modifier le code pénal chaque fois que l'on voudrait adapter le taux, notamment en cas de renchérissement.

Enfin, les tribunaux pratiquent déjà la plupart du temps un taux de conversion de cent francs pour un jour, mais rien ne les oblige à appliquer ce taux de manière inflexible et ils peuvent prendre en considération des situations particulières⁵¹.

Pour tous ces motifs, le Conseil fédéral renonce à inscrire dans la loi un taux fixe de conversion des amendes en peines privatives de liberté.

⁵⁰ Synthèse des résultats de la consultation, p. 36

⁵¹ Plusieurs participants à la consultation ont relevé que la réglementation actuelle s'était avérée satisfaisante (synthèse des résultats de la consultation, p. 36 s.).

1.4.5 Procédure de consultation

Au total, 65 avis ont été émis au cours de la procédure de consultation, qui a duré du 30 juin au 30 octobre 2010. Vingt-cinq cantons, sept partis politiques, le Tribunal pénal fédéral et 26 organisations, institutions et particuliers ont pris position. Leurs réponses ont fait l'objet d'une synthèse dont le Conseil fédéral a pris acte le 12 octobre 2011⁵².

De manière générale, on peut conclure que si de nombreux organismes consultés regrettent voire réproouvent que des dispositions si récentes soient soumises aussi vite à une nouvelle révision, la majorité d'entre eux approuvent sur le principe les modifications proposées ou, pour certains, les jugent indispensables.

Le Conseil fédéral a pris, le 12 octobre 2011, des décisions préliminaires et a décidé d'abandonner plusieurs points importants qui n'ont pas reçu un bon accueil durant la consultation:

- le juge continuera d'avoir la possibilité de cumuler une peine pécuniaire ferme et une peine privative de liberté avec sursis;
- le maximum jusqu'auquel une peine privative de liberté peut être assortie d'un sursis partiel ne sera pas abaissé; il restera de trois ans;
- la possibilité d'exécuter une peine par journées séparées sera supprimée, car une majorité des organismes ayant pris position ne lui trouve pas d'utilité pratique.

Par contre, le Conseil fédéral maintient sa proposition de redonner aux tribunaux pénaux la possibilité d'expulser un étranger qui s'est rendu coupable d'une infraction pénale, bien qu'une petite majorité des avis recueillis pense que la suppression de cet instrument n'a pas laissé de lacune et que la réglementation actuelle est pertinente⁵³. En effet, alors que la mise en œuvre de l'initiative populaire «pour le renvoi des étrangers criminels (initiative sur le renvoi)⁵⁴» a placé l'expulsion obligatoire au centre d'un débat, il préfère, pour ne pas complexifier ce débat en y introduisant la question de l'expulsion facultative, proposer cette dernière dans le cadre du présent projet.

1.5 Classement d'interventions parlementaires

La modification proposée réalise entièrement les objectifs des interventions citées au ch. 1.1.3.

⁵² Voir la synthèse des résultats de la consultation

⁵³ Synthèse des résultats de la consultation, p. 26 ss.

⁵⁴ FF 2011 2593

Le projet tient cependant compte d'une remarque pertinente émise durant la procédure de consultation: un jour-amende de 30 francs peut être trop élevé pour les personnes véritablement sans ressources, qui n'auraient alors d'autre choix que de purger une peine privative de liberté de substitution, puisque la possibilité du sursis à l'exécution sera abolie. Cette règle crée donc un net privilège en faveur des personnes aisées, en d'autres termes, une justice à deux vitesses⁶².

C'est pourquoi le Conseil fédéral propose à présent un montant minimal de dix francs, codifiant la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Art. 36, al. 3, let. c, 4 et 5, art. 37 à 39

La modification de l'art. 36 et l'abrogation des art. 37 à 39 sont la conséquence, purement rédactionnelle, de la suppression du travail d'intérêt général de la liste des peines.

Art. 40

La formulation proposée consacre le rétablissement de la courte peine privative de liberté⁶³. On revient à la durée minimale d'emprisonnement de trois jours que prévoyait le code pénal avant 2007. L'idée a été avancée, au cours de la consultation, de fixer plus haut la durée minimale⁶⁴, parce qu'une peine privative de liberté à partir de trois jours soustrait des auteurs d'actes sans gravité à la vie professionnelle et que l'exécution des très courtes peines privatives de liberté est particulièrement coûteuse.

Deux objections se présentent contre le premier argument. Tout d'abord, il est loisible au juge de prononcer une peine pécuniaire plutôt qu'une peine privative de liberté. La loi ne leur donne aucun ordre de priorité. Ensuite, les diverses formes d'exécution prévues visent justement à éviter que les condamnés soient ne serait-ce que brièvement coupés du monde du travail et de leur environnement social.

Pour ce qui est du coût de l'exécution, là encore, il existe des formes d'exécution qui entraînent moins de frais que l'incarcération totale.

Art. 41

Il s'agit, on l'a vu, de supprimer la primauté de la peine pécuniaire dans le domaine des peines allant jusqu'à six mois. L'art. 41, qui fixe les conditions auxquelles une peine privative de liberté de moins de six mois peut être exceptionnellement prononcée aujourd'hui, n'a donc plus de raison d'être. Le contenu de son al. 3 se retrouve dans l'art. 40, al. 1, du projet.

Art. 42, titre marginal et al. 1, 2 et 4

Al. 1 et 2: comme la peine pécuniaire ne peut plus être assortie du sursis et que le travail d'intérêt général a été rayé de la liste des peines, il est nécessaire de restreindre l'application du sursis à la peine privative de liberté.

⁶² Synthèse des résultats de la consultation, p. 15.

⁶³ Voir le ch. 1.4.2

⁶⁴ Synthèse des résultats de la consultation, p. 18 s.

Al. 4: alors que l'avant-projet proposait l'abrogation de cette disposition, nous avons décidé de maintenir le cumul d'une peine assortie du sursis et d'une sanction (ferme) de nature financière. Le cumul des peines sert deux buts: premièrement, faire toucher du doigt au condamné tout le sérieux de la situation; deuxièmement, atténuer le problème de la gradation des sanctions à la limite entre la contravention et le délit⁶⁵. Il est vrai que ce dernier problème sera moins aigu du fait du rétablissement de la courte peine privative de liberté: la peine privative de liberté, même assortie d'un sursis, représente une sanction plus lourde qu'une peine pécuniaire, si bien que la question de la gradation des peines ne se pose pas dans ce cas. Par ailleurs, le cas de figure d'une peine pécuniaire avec sursis doublée d'une amende n'existera plus puisque la peine pécuniaire sera toujours ferme. Le projet ne prévoit donc plus que la possibilité de prononcer une peine pécuniaire en plus de la peine avec sursis; l'amende n'est plus nécessaire. Cette modification est également plus satisfaisante sur le plan systématique car elle évite d'utiliser l'amende, conçue pour sanctionner les contraventions, dans un domaine tout à fait autre et bien plus vaste. On peut la mettre en parallèle avec l'art. 172^{bis} CP, qui prévoit la possibilité de cumuler une peine privative de liberté et une peine pécuniaire – mais non une amende – dans le cas des infractions contre le patrimoine. Il existe encore d'autres actes qui statuent le cumul (obligatoire ou facultatif) d'une peine privative de liberté avec une peine pécuniaire mais non avec une amende (par ex. les art. 116, al. 3, 117, al. 1 et 2, et 118, al. 3, de la LÉtr⁶⁶ ou l'art. 19, al. 2, de la loi du 5 octobre 1951 sur les stupéfiants⁶⁷).

Art. 43, titre marginal, al. 1 et 3

Les modifications proposées, purement rédactionnelles, découlent de la disparition du sursis appliqué à la peine pécuniaire et du travail d'intérêt général comme peine.

Art. 46, al. 1, 3^e phrase

Du fait de la suppression de la primauté de la peine pécuniaire, il faut abroger cette disposition selon laquelle le juge ne peut prononcer qu'exceptionnellement une peine privative de liberté ferme contre un condamné qui n'a pas subi sa mise à l'épreuve avec succès.

Art. 51, 2^e phrase

La mention du travail d'intérêt général est supprimée puisqu'il n'aura plus le statut de peine.

⁶⁵ La «*Schnittstellenproblematik*» se réfère au fait qu'une infraction légère classée comme contravention est sanctionnée d'une amende (à payer ferme), donc une peine bien tangible, mais qu'un acte plus grave, relevant de la catégorie des délits, est puni d'une peine pécuniaire avec sursis, qui n'a pas d'effet immédiat. Le cumul des peines permet de prononcer, en sus de la peine avec sursis, une sanction de nature financière (généralement une amende) dont l'exécution ne sera pas différée. Il crée un pont, dans la gradation des sanctions, entre les contraventions et les actes plus graves (voir à ce sujet le message du 29 juin 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, FF **2005** 4425 4435 s.).

⁶⁶ RS **142.20**

⁶⁷ RS **812.121**

Art. 67, al. 1

En droit actuel, l'interdiction d'exercer une profession peut être prononcée notamment lorsque la personne concernée a été condamnée à une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende. Comme cette catégorie de peines pécuniaires n'existera plus, la disposition doit être adaptée.

Art. 67c (nouveau)

Avant 2007, le code pénal prévoyait l'expulsion à titre de «peine accessoire» – par ce dernier terme, on entendait une sanction qui ne pouvait être ordonnée qu'en combinaison avec une «peine principale». Ce système était critiqué par la doctrine car l'expulsion avait le caractère d'une mesure⁶⁸. C'est pourquoi, puisque nous proposons, pour les raisons citées plus haut (ch. 1.4.3), d'inscrire de nouveau dans le code pénal la possibilité d'expulser de Suisse un étranger qui a commis une infraction, ce sera parmi les «autres mesures». Toutefois, cet instrument ne s'appliquera pas dans tous les cas où la législation en matière d'étrangers permet de révoquer l'autorisation de séjour ou d'établissement ou d'interdire l'entrée en Suisse. Donc il convient de conserver les mesures d'éloignement prévues par cette législation, moyennant quelques adaptations⁶⁹.

L'*al. 1* reproduit le motif de révocation des autorisations et autres décisions prévu par l'art. 62, let. b, LEtr⁷⁰. Il précise cependant la notion de «peine privative de liberté de longue durée», exigeant qu'elle soit de plus d'un an. Telle est, en effet, l'interprétation qu'en donne le Tribunal fédéral⁷¹.

L'*al. 2* permet d'éviter que l'exécution de la peine ou de la mesure ordonnée dans le jugement ne mange sur la durée de l'expulsion; celle-ci commencera seulement une fois la personne condamnée libérée.

L'*al. 3* règle les conséquences d'une récidive de la part de la personne expulsée. Si celle-ci commet une nouvelle infraction avant que l'expulsion n'ait pris effet ou pendant qu'elle a effet, le juge pourra ordonner une expulsion à vie en remplacement de l'expulsion de durée limitée qui avait été prononcée. Le nouvel acte commis doit aussi remplir les conditions de l'*al. 1*, c'est-à-dire donner lieu à une peine privative de liberté de plus d'un an ou à une mesure au sens de l'art. 61 ou 64. L'expulsion à vie est prononcée en même temps que le deuxième jugement; il est donc clair que seule une infraction soumise à la juridiction suisse peut entraîner cette mesure, mais non une condamnation rendue à l'étranger.

Art. 77b, al. 1, 3^e phrase, et 2 (nouveau)

La modification de l'*al. 1* est purement rédactionnelle. Il s'agit de remplacer le terme de «condamné» par celui de «détenu», comme dans les deux phrases précédentes.

⁶⁸ *Günter Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, Berne 1989, §1 N 29 avec d'autres références.

⁶⁹ Voir ch. 2.3

⁷⁰ RS 142.20

⁷¹ ATF 135 II 377

Le nouvel *al. 2* formera la base de l'exécution des peines privatives de liberté (ou des soldes de peines) de moins de six mois sous forme de semi-détention. Ces peines pourront être également exécutées sous forme de travail d'intérêt général ou sous surveillance électronique. La semi-détention restera cependant la règle; c'est toujours cette forme d'exécution qui s'appliquera par défaut, quand aucune autre ne sera choisie. La 2^e phrase reprend l'*al. 3* de l'art. 79 – sans l'exécution par journées séparées qui est vouée à disparaître.

Art. 79

L'avant-projet comprenait quelques modifications rédactionnelles de l'art. 79 mais ne remettait pas en cause la possibilité de purger les courtes peines privatives de liberté sous forme de journées séparées. Cependant, la consultation ayant donné corps à dix avis en faveur de l'abolition de cette forme de l'exécution⁷², le Conseil fédéral a décidé d'y renoncer le 12 octobre 2011, lorsqu'il a pris acte des résultats de la consultation et décidé de la suite à donner au projet. Il faut pour cela abroger l'art. 79. Les règles prévues à l'*al. 3*, qui s'appliquent également à la semi-détention, seront déplacées à l'art. 77b.

Art. 79a (nouveau)

Le travail d'intérêt général redeviendra une forme de l'exécution. Il sera ordonné à peu près aux mêmes conditions qu'il l'est aujourd'hui comme peine: il sera ouvert aux personnes condamnées à une peine privative de liberté de six mois au plus ou à une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus⁷³, ce qui correspond à un maximum de 720 heures de travail d'intérêt général⁷⁴. Comme la semi-détention, il pourra être ordonné à la place d'un solde de peine de six mois au plus. Le travail d'intérêt général pourra également venir se substituer à une amende pour contravention. Il n'est pas question, par contre, qu'un condamné puisse demander à exécuter sous cette forme une peine privative de liberté de substitution qu'il doit purger parce qu'il n'a pas payé une peine pécuniaire ou une amende. S'il ne s'est pas occupé plus tôt de s'acquitter de sa peine en accomplissant un travail d'intérêt général et ne s'est pas non plus soucié de payer sa peine pécuniaire ou son amende, il ne faut pas qu'il vienne au dernier moment demander à bénéficier des agréments d'un travail d'intérêt général.

L'*al. 2* correspond à l'actuel art. 37, *al. 2*; l'*al. 3* à l'art. 39, *al. 2*; l'*al. 4* à l'art. 38.

⁷² Synthèse des résultats de la consultation, p. 31 s.

⁷³ L'avant-projet n'admettait le travail d'intérêt général que comme forme d'exécution de la peine privative de liberté, mais certains ont demandé, lors de la consultation, qu'il soit étendu à la peine pécuniaire (de même qu'aujourd'hui, il peut être prononcé à la place d'une peine pécuniaire).

⁷⁴ Quelques avis émis lors de la consultation étaient en faveur d'une réduction de la durée maximale du travail d'intérêt général en raison de la difficulté qu'il y a à trouver à des occupations appropriées et du fait des abandons fréquents lorsque la sanction est longue. D'autres participants à la consultation ont au contraire fait remarquer que c'est pour les peines élevées que le taux d'abandon est le plus faible (synthèse des résultats de la consultation, p. 24 s.). Vu ces opinions et ces appréciations divergentes, et compte tenu de l'instauration très récente du travail d'intérêt général, il est plus sage de maintenir la limite actuelle.

L'*al.* 5 reprend sur le fond l'art. 39, al. 1. Naturellement, une fois le travail d'intérêt général interrompu, la peine pécuniaire ou la peine privative de liberté en laquelle il a été converti ne pourra pas être de nouveau transformée en travail d'intérêt général. L'autorité d'exécution rejettera toute nouvelle demande en ce sens en invoquant l'échec de la première tentative et en s'appuyant sur le pouvoir d'appréciation que lui donne l'al. 1 («... peut exécuter ...»).

Art. 79b (nouveau)

La disposition proposée reprend pour l'essentiel les modalités des essais de surveillance électronique des détenus qui sont en cours dans sept cantons⁷⁵. Ce mode d'exécution des peines – un bracelet électronique en lieu et place de l'incarcération dans un établissement pénitentiaire – pourra être utilisé à deux fins.

Premièrement, selon l'*al.* 1, *let. a*, au titre de l'exécution d'une peine privative de liberté de 20 jours à douze mois⁷⁶. C'est la durée de la peine prononcée qui est déterminante et non le solde de la peine après déduction du temps de détention avant jugement ou de détention pour des motifs de sûreté. On calque là le système prévu pour la semi-détention en cas de peine allant de six mois à un an (art. 77b, al. 1), alors que le système inverse est prévu pour la semi-détention en cas de courte peine (art. 77b, al. 2) et pour le travail d'intérêt général (art. 79a, al. 1). En effet, il ne faut pas que les auteurs d'infractions graves qui se trouvent ne plus avoir que moins d'un an de détention à purger puissent profiter de l'exécution sous surveillance électronique. Par ailleurs, celle-ci n'entrera en ligne de compte que si la peine privative de liberté a été prononcée dans le jugement, mais non si elle se substitue à une peine pécuniaire que l'auteur n'a pas acquittée. La peine privative de liberté de substitution a été instituée entre autres pour pousser le condamné à payer la peine pécuniaire. S'il peut la transformer en surveillance électronique, le poids de cette menace ne sera plus le même. L'art. 36, al. 3, prévoit suffisamment de facilitations pour le cas où le condamné est empêché de payer la peine pécuniaire sans qu'il y ait de sa faute.

Deuxièmement, l'*al.* 1, *let. b*, prévoit la surveillance électronique comme nouvelle phase de l'exécution progressive – aujourd'hui n'existent que le travail externe et le travail et logement externes. Au lieu de passer à la phase du travail externe après avoir purgé la moitié de sa peine privative de liberté (voir art. 77a, al. 1), le détenu pourra passer ses heures de loisir et de repos hors de l'établissement, muni du bracelet électronique qui permettra de contrôler ses faits et gestes. Il pourra passer chez lui, de la même manière, la phase de travail et de logement externes, durant laquelle, normalement, il passerait ses heures de loisir et de repos en dehors de l'établissement, mais souvent dans un établissement spécialisé.

⁷⁵ Détails et remarques générales sur la surveillance électronique au ch. 1.4.4

⁷⁶ L'avant-projet prévoyait là une durée d'un à six mois, mais un grand nombre de participants à la consultation ont demandé un maximum d'un an et quelques autres un minimum de 20 jours (voir la synthèse des résultats de la consultation, p. 32 s.). Ces chiffres, retenus dans le projet, correspondent d'ailleurs aux règles présidant aux essais. Il faut aussi garder à l'esprit qu'une personne condamnée à une peine privative de liberté de douze mois n'en exécute souvent «que» huit, du fait de la possibilité d'une libération conditionnelle après les deux tiers de la peine.

Cette utilisation de la surveillance électronique comme phase de l'exécution sera limitée aux peines privatives de liberté de douze mois au plus, comme dans les cantons pilotes et comme le recommandent les auteurs du rapport d'évaluation. La limite minimale sera de trois mois, au lieu d'un mois actuellement, également en fonction du rapport d'évaluation et de la recommandation qu'il contient à ce sujet⁷⁷. Une durée d'un mois s'avère souvent trop courte pour permettre au condamné de réapprendre à planifier seul son temps et de se réintégrer dans la vie professionnelle et familiale.

A l'*al. 2, let. c*, le présent («... y consentent») exprime le fait que le consentement durable des adultes qui vivent avec le condamné est nécessaire. S'ils ne sont plus d'accord, l'exécution sous surveillance électronique prend fin.

L'*al. 3* peut sembler superfétatoire à première vue: il va de soi que la forme d'exécution est interrompue si les conditions auxquelles elle a été accordée ne sont plus remplies ou si le condamné enfreint ses obligations. Le sens de cette disposition est qu'elle prévoit une autre réaction possible de l'autorité, qui est de limiter le temps libre accordé au condamné.

Art. 90, al. 4bis

On a évoqué, au ch. 1.4.4, les incertitudes et les différences dans l'application des règles sur le recours à une commission. En édictant l'art. 90, al. 4^{bis}, le législateur entendait étendre les compétences de la commission dans ce domaine; il ne saurait guère avoir été dans ses intentions de réduire en même temps les dispositifs destinés à assurer la sécurité dans le domaine des mesures, à l'art. 62*d*, al. 2. Le nouvel alinéa que nous proposons précise donc que l'art. 75*a* ne s'applique pas à la libération conditionnelle de l'exécution d'une mesure, visée aux art. 62*d* et 64*b*. En d'autres termes, l'autorité compétente devra toujours se fonder sur une expertise indépendante et prendre l'avis d'une commission avant de statuer sur l'octroi d'une libération conditionnelle à une personne exécutant une mesure ou sur la levée de la mesure. Par contre, l'art. 75*a* s'appliquera, en relation avec l'art. 90, al. 4^{bis}, aux autres adoucissements du régime de privation de liberté: dans ces cas-là, l'autorité d'exécution ne devra obligatoirement avoir recours à la commission que si elle ne peut pas se prononcer elle-même d'une manière catégorique sur le caractère dangereux du détenu pour la collectivité.

Art. 107

La possibilité d'accomplir un travail d'intérêt général à la place d'une amende sera réglée à l'art. 79. Il faut donc abroger l'art. 107, d'autant que le travail d'intérêt général ne sera plus une peine.

Art. 172bis

Cette norme, créée lors de la révision de 1994 des dispositions sur les infractions contre le patrimoine, permet le cumul d'une peine privative de liberté et d'une peine pécuniaire. Son but était de permettre au juge d'accorder certes le sursis au délinquant mais de lui infliger une sanction pécuniaire afin de l'inciter concrètement à

⁷⁷ Rapport d'évaluation final du 30 juin 2003, p. 22 du résumé.

réfléchir⁷⁸. Elle vise donc le même objectif que l'art. 42, al. 4, et a perdu, selon certains, pratiquement toute importance depuis l'entrée en vigueur de ce dernier⁷⁹. Elle restreint même, sans raison objective⁸⁰, le cumul des peines privatives de liberté et des peines pécuniaires en cas d'infraction contre le patrimoine: le juge ne peut prononcer la peine pécuniaire en sus que si l'acte commis est punissable d'une peine privative de liberté mais non s'il est passible d'une peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire. Le Conseil fédéral avait souligné, dès la création de cette norme, qu'elle aurait davantage sa place dans la partie générale du code pénal, mais il avait renoncé à créer dans ce cadre une disposition d'application générale, se référant aux travaux alors en cours sur la réforme de la PG-CP⁸¹. Toutefois, la question n'a pas été résolue lors de cette dernière, sans que le message n'en donne de motif ni n'évoque même ce point.

La présente révision offre l'occasion de réparer cet oubli en abrogeant l'art. 172^{bis}.

Dispositions finales

La question du droit applicable dans les cas où l'infraction aura été commise avant l'entrée en vigueur du nouveau droit est réglée en principe par l'art. 2, al. 2, CP. Mais il faut édicter une règle spéciale pour les situations où une personne, condamnée à une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende en vertu du droit actuel, récidive après l'entrée en vigueur de la modification et est condamnée à une peine privative de liberté de deux ans au plus. La question sera alors de savoir si elle peut se voir accorder le sursis malgré sa première condamnation. Le nouveau droit aborde ce point à l'art. 42, al. 2, mais cite comme infraction précédente une peine privative de liberté de plus de six mois; il n'y est pas question d'une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende, puisque le nouveau droit fixe cette limite à la peine pécuniaire (voir art. 28, al. 1), mais le cas peut se présenter si la première infraction a eu lieu sous l'ancien droit. Une norme transitoire disposera donc que, comme pour les peines privatives de liberté de plus de six mois, il ne peut y avoir de sursis qu'en cas de circonstances particulièrement favorables si l'auteur a déjà été condamné (selon l'ancien droit) à une peine pécuniaire de plus de 180 jours-amende.

Adaptation des peines encourues (ch. II.1 du projet)

Plusieurs dispositions du droit en vigueur prévoient comme peine une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, d'autres une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins. Puisque le projet limite la peine pécuniaire à 180 jours-amende, il faut parler dans le premier cas de «peine pécuniaire», sans plus de précision, et dans

⁷⁸ Message du 24 avril 1991 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (infractions contre le patrimoine et faux dans les titres), FF 1991 II 933 1047. La formulation de l'art. 172^{bis} allait cependant au-delà de ce but car elle permettait de prononcer une peine pécuniaire en plus d'une peine privative de liberté avec ou sans sursis.

⁷⁹ *Günter Stratenwerth / Guido Jenny / Felix Bommer*, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7^e éd., Berne 2010, § 25 N 2.

⁸⁰ *Günter Stratenwerth / Guido Jenny / Felix Bommer*, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7^e éd., Berne 2010, p. 550, note de bas de page 3.

⁸¹ Message du 24 avril 1991 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire (infractions contre le patrimoine et faux dans les titres), FF 1991 II 933 1047.

le deuxième cas, remplacer la peine pécuniaire par une peine privative de liberté de six mois au moins.

2.2 Code pénal militaire

Les modifications des dispositions du code pénal militaire correspondent à celles du code pénal. Comme dans les révisions précédentes, les deux lois sont adaptées en parallèle.

Pour les dispositions générales, les dispositions finales et l'adaptation des peines encourues, on se reportera aux explications données à propos du code pénal.

Art. 81, al. 1^{bis}

Cette modification assure que les peines assorties d'une exclusion de l'armée ne pourront toujours pas être accomplies sous forme de travail d'intérêt général. Celui-ci n'étant plus une peine, il faut préciser qu'il s'agit d'une forme de l'*exécution*.

Art. 144a

Cette disposition fait pendant à l'art. 172^{bis} CP, à ceci près qu'elle couvre aussi la corruption. Elle peut être abrogée pour les mêmes motifs que l'art. 172^{bis} CP.

2.3 Modification du droit en vigueur

1. Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers⁸²

La modification de la LEtr fait le lien entre l'expulsion judiciaire et les instruments du droit relatif aux étrangers. L'expulsion judiciaire ne manquera pas d'avoir des conséquences de droit administratif, lesquelles dépendront du statut de la personne concernée au regard de la législation sur les étrangers: si le condamné a une autorisation de séjour ou d'établissement, elle influera sur la durée de cette autorisation et entraînera une interdiction d'entrée en Suisse; s'il n'en a pas, elle entraînera simplement une interdiction d'entrée en Suisse.

Art. 5, al. 1, let. d

Le fait qu'un étranger soit sous le coup d'une expulsion relevant du droit pénal sera un des critères excluant son entrée en Suisse. Celui qui ne respectera pas l'expulsion se rendra coupable de rupture de ban (art. 291 CP).

Art. 61, al. 1, let. e (nouvelle) et art. 63, al. 1, let. a et d (nouvelle)

Ces dispositions règlent les conséquences d'une expulsion judiciaire en termes d'autorisation de séjour ou d'établissement. L'autorisation ne sera pas retirée à la personne condamnée au moment de l'entrée en force de l'expulsion judiciaire, mais au moment où celle-ci est exécutée. En effet, l'autre option poserait des problèmes

⁸² RS 142.20

pratiques; il faudrait notamment inscrire l'expulsion dès la date du jugement pénal dans les diverses banques de données concernées bien qu'elle n'ait pas encore commencé de déployer ses effets.

Art. 62, let. b

Si l'expulsion prononcée par le juge en même temps qu'il condamne l'auteur d'une infraction pénale est rétablie, la disposition qui permet de révoquer une autorisation parce que son titulaire a été condamné ne sera plus nécessaire. La maintenir serait revenir à un système où coexistent l'expulsion de droit pénal et le renvoi de droit administratif motivé par une infraction, système que l'on a voulu abolir par la réforme de 2007. Avant cette date, il fallait parfois beaucoup de temps avant que le sort d'un condamné étranger ne soit définitivement fixé en termes de législation sur les étrangers. Si nous rétablissons l'expulsion judiciaire, nous voulons éviter cet inconvénient. De plus, il serait intellectuellement gênant de laisser deux autorités de nature différente décider, selon les mêmes critères, si une personne doit quitter la Suisse pour avoir commis une infraction. Seul le tribunal décidera si un acte punissable doit donner lieu à une expulsion. Dans l'affirmative, l'autorisation de séjour ou d'établissement sera certes révoquée, mais sur la base des art. 61 et 63 modifiés. Lorsqu'il statuera sur l'expulsion, le juge pénal devra procéder à un examen détaillé et, en particulier, tenir compte de manière suffisante de l'intérêt public à ce que l'étranger condamné quitte la Suisse et en soit tenu éloigné pendant un certain temps.

L'abrogation de l'art. 62, let. b, n'empêche pas que les services des migrations puissent renvoyer un étranger condamné en invoquant la condamnation, en présence d'un des autres motifs de renvoi cités à l'art. 62 LEtr.

2. Code de procédure pénale⁸³

Art. 352

Avant le 1^{er} janvier 2007, date d'entrée en vigueur de la nouvelle PG-CP, il était possible dans la plupart des cantons de prononcer les peines privatives de liberté de trois mois au plus (dans certains cas d'un mois au plus⁸⁴) par voie d'ordonnance pénale. Seuls quelques cantons fixaient la limite à six mois⁸⁵. L'ordonnance pénale était donc utilisée essentiellement dans le domaine des infractions de peu de gravité. Le nouveau régime des sanctions a changé cela: plusieurs cantons ont porté la limite à six mois, sachant par ailleurs que les courtes peines privatives de liberté sont maintenant l'exception (voir art. 40 et 41 actuels) et les peines pécuniaires la règle.

Le code de procédure pénale, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, a fixé à six mois de peine privative de liberté la limite pour les ordonnances pénales, pour toute la Suisse, toujours avec en arrière-plan l'idée que les courtes peines privatives de liberté ne sont prononcées qu'exceptionnellement.

⁸³ RS 312.0

⁸⁴ Par exemple à Berne.

⁸⁵ Soit Schwyz, Schaffhouse, Genève et le Valais.

Or la réforme actuelle du régime des sanctions change la donne, puisque, à partir d'une peine de trois jours (et jusqu'à six mois), l'autorité pourra choisir entre la peine privative de liberté (ferme ou avec sursis) et la peine pécuniaire. Elle pourra donc infliger des sanctions plus draconiennes, ce qui rend nécessaire une adaptation de la procédure de l'ordonnance pénale. Il serait discutable, au regard des principes de l'Etat de droit, que des prévenus puissent être condamnés à une peine privative de liberté ferme pouvant aller jusqu'à six mois par une autorité non judiciaire, sans débats publics et en règle générale sans être entendus.

Plusieurs possibilités sont envisageables. 1° Limiter la procédure de l'ordonnance pénale aux peines privatives de liberté de trois mois, avec ou sans sursis. Ce serait un retour au système appliqué dans de nombreux cantons avant la réforme de la PG-CP. Toutefois, les conséquences en seraient lourdes pour les cantons puisque toutes les affaires pénales dans lesquelles la peine requise est une peine privative de liberté de plus de trois mois (avec ou sans sursis) seraient portées devant le juge dans une procédure ordinaire. 2° Exclure l'ordonnance pénale dès lors que la peine requise est une peine privative de liberté ferme. Ainsi, seule la forme de sanction la plus rigoureuse donnerait lieu à une procédure ordinaire. La règle serait cependant plus stricte que les systèmes utilisés avant 2007 dans lesquels toutes les peines privatives de liberté de moins de trois mois pouvaient être prononcées par ordonnance pénale. 3° Autoriser la procédure de l'ordonnance pénale pour toutes les courtes peines privatives de liberté avec sursis, mais seulement jusqu'à trois mois pour les peines fermes. On tiendrait ainsi compte des différences entre des formes de sanctions ayant un impact plus ou moins direct pour le condamné, mais là encore, de nombreux cas devraient être traités selon la procédure ordinaire et la charge serait plus lourde pour les autorités de poursuite pénale et les tribunaux. 4° Maintenir la limite de six mois, mais obliger le procureur à entendre le prévenu s'il entend ordonner une peine privative de liberté ferme. Cela correspond à la proposition que le Conseil fédéral avait faite dans le projet de code de procédure pénale⁸⁶. Il n'en résulte qu'un surcroît de travail modéré pour les autorités de poursuite pénale. Par contre, cette solution soulève, comme la deuxième, des questions à l'égard des principes de l'Etat de droit, concernant l'application de la procédure de l'ordonnance pénale pour des sanctions importantes (pas d'audience publique, décision d'une autorité non judiciaire).

Le Conseil fédéral propose une modification correspondant à la 3^e option, aussi d'ailleurs pour répondre aux critiques grandissantes de la doctrine visant le champ d'application (trop) vaste de la procédure de l'ordonnance pénale⁸⁷. Les *al. 1, let. d, et 3, 1^{re} phrase*, sont adaptés en conséquence. Quant à la 2^e phrase de l'al. 3, elle n'a plus de raison d'être puisque l'art. 42, al. 4, ne permet plus le cumul avec l'amende.

⁸⁶ Art. 356 P-CPP in: message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057 1481.

⁸⁷ *Franz Riklin*, in: *Marcel A. Niggli / Marianne Heer / Hans Wiprächtiger* [éd.], *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung Jugendstrafprozessordnung*, Bâle 2010, N 4 s. avant les art. 352–356; *Marc Thommen*, *Unerhörte Strafbefehle*, in: *RPS* 128 (2010) p. 373 ss; *Christian Schwarzenegger*, in: *Andreas Donatsch / Thomas Hansjakob / Viktor Lieber*, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zurich 2010, N 5 ad art. 352; *Niklaus Schmid*, *Schweizerische Strafprozessordnung Praxiskommentar*, Zurich / St-Gall 2009, N 2 avant les art. 352–357; *Mark Pieth*, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Basel 2009, p. 191. Arguments pour et contre: *Christof Riedo / Gerhard Fiolka / Marcel Alexander Niggli*, *Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen*, Bâle 2011, § 56 N 2547 ss.

L'abrogation de l'*al. 1, let. c.*, est due à la suppression du travail d'intérêt général de la liste des peines.

3. Droit pénal des mineurs du 20 juin 2003⁸⁸

Art. 19, al. 2

Le relèvement à 25 ans de l'âge auquel prennent fin les mesures ordonnées en vertu du droit pénal des mineurs permettra aux jeunes concernés de terminer un apprentissage pendant que dure la mesure. L'expérience a montré que la limite actuelle de 22 ans ne leur permettait souvent pas de le faire. Ils risquent d'être libérés de l'exécution de la mesure sans avoir pu acquérir toutes les bases dont ils auraient besoin pour mener une vie ordonnée.

Art. 48a (nouveau)

Cette disposition transitoire revient à appliquer ce relèvement de l'âge maximum aux jeunes qui seront en train d'exécuter une mesure au moment de l'entrée en vigueur de la modification. Il ne s'agit pas du durcissement rétroactif d'une peine – ce qui serait interdit – mais d'un moyen de mieux prendre en charge des jeunes qui ont besoin d'une mesure éducative ou thérapeutique.

4. Procédure pénale militaire du 23 mars 1979⁸⁹

Art. 119, al. 1, let. a, ch. 3, et art. 212, al. 1, 1^{re} phrase

Les adaptations découlent du fait que le travail d'intérêt général ne sera plus une peine mais une forme de l'exécution.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Les modifications proposées n'auront aucune conséquence directe pour la Confédération en termes de finances et de personnel. Des conséquences financières indirectes ne sont pas à exclure, car elle devra sans doute verser aux cantons davantage de subventions de construction dans le domaine de l'exécution des peines et des mesures s'il faut, en raison des mesures proposées, augmenter le nombre de places dans les établissements pénitentiaires.

⁸⁸ RS 311.1

⁸⁹ RS 322.1

3.2 Conséquences pour les cantons

Les conséquences en termes de finances et de personnel pour les cantons sont très difficilement prévisibles.

Le fait que les peines pécuniaires ne pourront plus être prononcées avec sursis mais devront toujours être immédiatement acquittées produira des recettes supplémentaires.

En même temps, les courtes peines privatives de liberté seront rétablies et une partie d'entre elles devra être exécutée, ce qui pèsera sur les finances cantonales. L'exécution sous surveillance électronique, étendue à l'avenir à tous les cantons, est aussi génératrice de coûts. On notera qu'il n'est pas forcément nécessaire que chaque canton mette en place son propre système de surveillance électronique: les cantons pilotes se procurent tant l'équipement que les prestations nécessaires auprès d'entreprises privées, ce qui leur évite les coûts d'investissement, qui sont élevés, et les frais fixes d'exploitation; ils ne supportent des coûts que dans la mesure où des condamnés purgent effectivement leur peine sous cette forme. On peut d'ailleurs envisager que les cantons organisent la surveillance électronique dans le cadre des concordats sur l'exécution des peines.

4 Relation avec le programme de la législature

Le projet a été annoncé dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législature 2011 à 2015⁹⁰.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

La Confédération est habilitée à légiférer dans le domaine du droit pénal par l'art. 123 Cst.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse. En particulier, il n'enfreint pas l'accord du 21 juin 1999 entre la Suisse et la Communauté européenne sur la libre circulation des personnes⁹¹. L'accord n'exclut pas toute mesure qui restreigne la libre circulation, pour peu qu'elle soit motivée par une menace actuelle, réelle et suffisamment grave contre l'ordre public. Il est nécessaire que l'autorité qui ordonne une mesure de nature à restreindre la libre circulation examine si ces critères sont réunis dans le cas concret. Or il est bien entendu qu'un tribunal pénal procède à cet examen.

⁹⁰ FF 2012 427 479

⁹¹ RS 0.142.112.681