

00.000

**Rapport explicatif
relatif à la modification du code pénal et du code pénal
militaire (réforme du droit des sanctions)**

Condensé

Au vu des critiques persistantes émanant essentiellement de la pratique, les modifications doivent en premier lieu porter sur la peine pécuniaire: elle sera prononcée uniquement en tant que peine ferme et jusqu'à 180 jours-amende au lieu de 360 actuellement. Par ailleurs, la courte peine privative de liberté doit être réintroduite et la primauté de la peine pécuniaire sur la peine privative de liberté de courte durée (six mois au plus) doit être supprimée.

Les Chambres fédérales ont adopté la modification de la partie générale du code pénal (PG-CP) le 13 décembre 2002¹ et des dispositions parallèles du code pénal militaire (CPM) le 24 mars 2006. Ces nouvelles normes ont encore été modifiées avant même d'entrer en vigueur: outre des adaptations du régime des peines et des mesures dans le CP et le CPM, le droit pénal civil a été modifié² sur un point, à savoir l'internement. Pour ce qui est du régime des peines et des mesures, l'art. 42 CP et l'art. 36 CPM ont été complétés par un al. 4 permettant de combiner une peine assortie du sursis avec une peine pécuniaire sans sursis ou avec une amende. Cette possibilité avait pour but de prendre en compte les critiques émanant essentiellement des praticiens de la poursuite pénale selon lesquelles la nouvelle PG-CP permettait difficilement de prononcer de justes sanctions dans le domaine situé à la limite entre la contravention et le délit. Les modifications des parties générales du CP et du CPM, effectuées au cours des deux étapes décrites, sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

Les critiques à l'égard du nouveau régime des peines et des mesures n'ont toutefois pas cessé, s'exprimant à la fois à travers diverses interventions parlementaires et par la voix des praticiens de la poursuite pénale.

La principale doléance porte sur la peine pécuniaire avec sursis et sur le travail d'intérêt général avec sursis, tous deux considérés comme des peines dépourvues du potentiel dissuasif requis. A propos de la peine pécuniaire, il est en outre demandé de fixer dans la loi un montant minimum du jour-amende; le travail d'intérêt général en tant que peine en soi est rejeté, il doit redevenir une forme de l'exécution.

Ces objections ont été prises en compte dans la nouvelle révision qui, d'une manière générale, vise à donner moins d'importance à la peine pécuniaire, à éliminer sa primauté sur la peine privative de liberté et à supprimer la possibilité du sursis pour les peines pécuniaires.

De ce fait, il sera à nouveau possible de prononcer davantage de courtes peines privatives de liberté sans sursis et ces peines devront être exécutées. La loi doit donc prévoir l'utilisation de dispositifs techniques pouvant être fixés à la personne condamnée (surveillance électronique) comme forme de l'exécution des peines; en outre, l'exécution des peines doit également être possible sous forme de travail d'intérêt général; selon le droit en vigueur, celui-ci constitue une peine à part entière. Elle n'a toutefois pas donné satisfaction sous cette forme et doit donc redevenir une forme de l'exécution.

¹ FF 2002 7658

² FF 2005 4425

La présente révision prévoit par ailleurs de réintroduire l'expulsion judiciaire, instrument grâce auquel au moment de leur libération (conditionnelle), il a déjà été statué de manière définitive sur le séjour des personnes condamnées.

Comme lors de la révision de 2002 et des modifications de 2005, les dispositions du CP et du CPM seront modifiées en parallèle.

Enfin, dans le droit pénal des mineurs, conformément aux revendications émanant des praticiens du droit pénal des mineurs, la limite de l'âge auquel prennent fin les mesures ordonnées est relevée de 22 à 25 ans.

Table des matières

Condensé	2
1 Grandes lignes du projet	5
1.1 Contexte	5
1.1.1 Les révisions du CP de 2002 et 2006	5
1.1.2 Interventions parlementaires	5
1.1.3 Critiques émanant des praticiens du droit pénal et des cantons	6
1.2 Vue d'ensemble des propositions de modification	7
2 Détail des modifications	8
2.1.1 A propos de la peine pécuniaire (art. 34, al. 1 et 2, et 43 CP, art. 28, al. 1 et 2, et 37 CPM)	8
2.1.2 A propos de la peine privative de liberté (art. 40, 41 et 46, al. 1, troisième phrase, CP, art. 34, 34a et 40, al. 1, troisième phrase, CPM)	10
2.1.3 A propos du sursis (art. 42 CP, art. 36 CPM)	10
2.1.4 A propos du sursis partiel (art. 43 CP et art. 37 CPM)	11
2.1.5 A propos du travail d'intérêt général (art. 36, al. 3, let. c, et 4, 37, 38, 39 et 79a CP, art. 30, al. 3, let. c, et 4, 31, 32, 33 CPM)	12
2.1.6 A propos de l'expulsion (art. 67c <i>nouveau</i> CP, art. 50a ^{1er} <i>nouveau</i> CPM)	13
2.1.7 A propos de la semi-détention et de l'exécution par journées séparées (art. 77b et 79 CP)	14
2.1.8 A propos de l'exécution sous surveillance électronique (art. <i>nouveau</i> 79b)	14
2.1.9 A propos des modifications du droit en vigueur	14
3 Conséquences pour les finances et le personnel	15
3.1 Conséquences pour la Confédération	15
3.2 Conséquences pour les cantons	15
4 Relation avec le programme de législature	15
5 Aspects juridiques	15
5.1 Constitutionnalité	15
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	16

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Les révisions du CP de 2002 et 2006

Les Chambres fédérales ont adopté la modification de la partie générale du code pénal (PG-CP) le 13 décembre 2002³. Avant même d'entrer en vigueur, cette révision a fait l'objet de nouvelles modifications portant d'une part sur l'internement, de l'autre sur le régime des peines et mesures⁴. L'art. 42 CP a été complété par un al. 4 autorisant la combinaison entre une peine avec sursis et une peine pécuniaire sans sursis ou une amende. Cette possibilité avait pour but de prendre en compte les critiques émanant essentiellement des praticiens de la poursuite pénale selon lesquels la nouvelle PG-CP ne permettrait pas de prononcer de justes sanctions dans le domaine situé à la limite entre la contravention et le délit. La modification de la PG-CP, effectuée au cours des deux étapes décrites, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007⁵.

1.1.2 Interventions parlementaires

Malgré cela, les critiques à l'égard du nouveau régime des peines et mesures n'ont pas cessé et se sont exprimées à travers diverses interventions parlementaires dont certaines ont été acceptées par le Conseil national durant l'été 2009 au cours d'une session spéciale⁶ :

- 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;
- 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.

Le Conseil des Etats a rejeté le 10 décembre 2009 la motion 09.3300 (Motion Stamm du 20 mars 2009. Réintroduction des peines privatives de liberté de moins de

³ FF 2002 7658

⁴ FF 2005 4425

⁵ RO 2006 3459

⁶ BO 2009 N 987

six mois) et a transformé en mandats d'examen les autres motions acceptées par le Conseil national⁷. Le Conseil national a suivi le Conseil des Etats le 3 mars 2010⁸.

Dans le domaine du droit pénal des mineurs, durant la session d'été 2009, le Conseil national a 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 ans. Le Conseil des Etats n'a pas encore traité cette intervention.

1.1.3 Critiques émanant des praticiens du droit pénal et des cantons

Les critiques visant le nouveau système des sanctions émanaient des praticiens de la poursuite pénale surtout et, dans une moindre mesure, des tribunaux⁹. Ces appréciations s'étant exprimé essentiellement dans les médias, l'Office fédéral de la justice (OFJ) décide fin 2008 de consulter différents experts de l'application du droit pénal. Spécialistes de la poursuite pénale, des tribunaux pénaux et de l'exécution des peines, ces spécialistes ont critiqué bon nombre de dispositions tout en estimant qu'une révision n'était pas urgente. Ils ont considéré par ailleurs qu'il ne fallait pas modifier le nouveau système des sanctions sans vue d'ensemble et sans évaluation précise préalable.

En mars 2009, le Département fédéral de justice et police (DFJP) envoie à la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) un questionnaire portant sur les premières expériences tirées du nouveau système des sanctions, en leur demandant de fournir des propositions de révision concrètes.

Les cantons ont principalement dirigé leurs critiques sur la peine pécuniaire avec sursis et sur le travail d'intérêt général avec sursis : ces deux sanctions ont été critiquées, tant sous l'angle de leur effet préventif que de leur rôle de sanction adaptée à la faute. A propos de la peine pécuniaire, il a été demandé que soit fixé dans la loi un montant minimum du jour-amende ; à propos du travail d'intérêt général, la majorité des cantons ont considéré comme meilleure l'ancienne réglementation selon laquelle le travail d'intérêt général était une forme de l'exécution et non pas une peine en soi. Certains ont en outre demandé que soient réintroduites la peine privative de liberté avec sursis et la possibilité de choisir entre la courte peine privative de liberté et la peine pécuniaire. Par ailleurs, cinq cantons¹⁰ ont demandé que le nombre des jours-amende soit limité à 180. Six cantons¹¹ ont requis que l'exécution des peines sous surveillance électronique soit régie par le droit fédéral à titre de forme de l'exécution et de phase de l'exécution. Quant à

⁷ BO 2009 E 1304

⁸ BO 2010 N

⁹ L'appréciation de la procureure du canton d'Obwald selon laquelle les récentes tentatives de révision sont « sachfremd und widersinnig » (inadéquates et absurdes) est bien la preuve que les opinions sont partagées parmi les rangs de la poursuite pénale (*Esther Omlin, Die Geldstrafe - Noch kaum einheitlich praktiziert und schon wieder geändert?*, forumpoenale, 2009, p. 300). Par ailleurs, certains parmi les praticiens ont exprimé leurs préoccupations face à la cadence des révisions et demandent un retour à la permanence du droit (*Marc Pellet, Noli me tangere, forumpoenale, 2010, p. 109*).

¹⁰ AG, BE, SZ, TG, VD

¹¹ BS, BL, BE, GE, SO, VD

l'expulsion judiciaire, la grande majorité des cantons ont par contre estimé que le retrait de cette mesure du code pénal n'avait pas laissé de lacune qu'il conviendrait de combler.

En mai 2009, la Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS) a elle aussi transmis au DFJP ses propositions de modification de la PG-CP¹². D'une manière générale, la CAPS a estimé qu'il ne fallait pas réviser la PG-CP avec précipitation, mais plutôt en faire une évaluation précise au terme de plusieurs années. La CAPS a toutefois émis quelques propositions : au sujet de la peine pécuniaire, elle a demandé la suppression de l'exécution avec sursis, la limitation à 180 jours-amende et la fixation d'un montant minimum. Dans le contexte d'un l'abandon de la peine pécuniaire avec sursis, elle a également lancé la discussion sur la possibilité de combiner les peines conformément à l'art. 42, al. 4, CP.

1.2 Vue d'ensemble des propositions de modification

Si l'objectif principal de la révision de 2002 avait été de restreindre la peine privative de liberté de courte durée et de lui substituer d'autres sanctions comme la peine pécuniaire, des voies s'élèvent désormais pour limiter la peine pécuniaire et (re)donner ainsi à la peine privative de liberté un plus grand champ d'application. Voici, dans les grandes lignes, le « système » proposé :

- La peine privative de liberté, avec et sans sursis, est à nouveau possible à partir de trois jours jusqu'à 20 ans.
- Le sursis total ou partiel à l'exécution de la peine pécuniaire est exclu.
- Le sursis partiel n'est possible que pour les peines privatives de liberté de deux ans au plus.
- Le nombre maximum de jours-amende pour les peines pécuniaires est de 180.
- La loi prescrit un montant minimum pour les jours-amende de 30 francs.
- Au-dessous de 180 jours, la peine pécuniaire n'a plus la primauté.
- Le travail d'intérêt général n'est plus une sanction en soi, mais une forme de l'exécution. Il est exclu en cas de contravention.
- La surveillance électronique est introduite comme forme de l'exécution des peines privatives de liberté allant jusqu'à 180 jours et comme phase de l'exécution à la fin des longues peines privatives de liberté.
- En cas d'amende, un taux de conversion de 100 francs par jour est instauré pour les peines privatives de liberté de substitution.
- L'expulsion est réintroduite sans possibilité de report à titre d'essai.

Comme lors de la révision de 2002 et des modifications de 2005, les dispositions du CP et du CPM doivent être modifiées en parallèle.

¹² Ces propositions peuvent être consultées sur Internet à l'adresse suivante:
http://www.ksbs-caps.ch/docs_aktu/brf_aenderungsvorschl_at_stgb.pdf.

Dans le droit pénal des mineurs, la limite d'âge concernant les mesures est repoussée de 22 à 25 ans.

2 Détail des modifications

2.1.1 A propos de la peine pécuniaire (art. 34, al. 1 et 2, et 43 CP, art. 28, al. 1 et 2, et 37 CPM)

Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle PG-CP, la peine pécuniaire est devenue la peine la plus courante. En 2008, elle représentait 85,7 % de toutes les peines ; elle était en outre prononcée dans 86,7 % des cas avec sursis. Cela s'explique par le fait qu'également dans le cas des peines pécuniaires, l'exécution doit être « en règle générale » suspendue conformément à l'art. 42, al. 1, CP et à l'art. 36, al. 1, CPM. Cette mise sur un pied d'égalité de la peine privative de liberté et de la peine pécuniaire en ce qui concerne l'exécution avec sursis semble toutefois contestable. En effet, la révision de la PG-CP n'avait pour but que la limitation de l'exécution des peines privatives de liberté, et non celle des peines pécuniaires ou du travail d'intérêt général¹³.

La doctrine propose à titre de correctif de soumettre l'octroi du sursis à des conditions différentes pour les peines privatives de liberté d'une part et pour les peines pécuniaires et le travail d'intérêt général d'autre part¹⁴.

Cette réglementation a toutefois un inconvénient, à savoir que les conditions dans lesquelles une peine pécuniaire peut être prononcée avec sursis peuvent difficilement être fixées avec le degré de précision souhaité¹⁵. Il incomberait pour l'essentiel aux responsables de l'application du droit de décider s'ils entendent prononcer une peine pécuniaire avec sursis. Pour cette raison, le Conseil fédéral propose d'éliminer la possibilité de l'exécution avec sursis pour la peine pécuniaire. Cela nécessite une modification de l'art. 42, al. 1, CP et de l'art. 36, al. 1, CPM qui limitera la possibilité de l'exécution avec sursis à la peine privative de liberté. Les modifications apportées aux art. 42 CP et 36 CPM sont les conséquences de l'abandon du sursis pour la peine pécuniaire.

Il convient également d'abandonner la possibilité d'assortir la peine pécuniaire d'un sursis partiel, raison pour laquelle les art. 43 CP et 37 CPM doivent être modifiés. Certes, l'exécution avec sursis partiel de la peine pécuniaire ne se présenterait plus comme un durcissement de la règle générale de l'exécution avec sursis, mais comme une forme atténuée du cas normal de la peine pécuniaire sans sursis. En d'autres termes, le sursis partiel ne serait prononcé que si la peine ferme n'apparaît pas nécessaire afin d'atteindre certains objectifs de la prévention spéciale et de la prévention générale. S'oppose néanmoins à cela le fait qu'on ne pourra guère apprécier de manière fiable si des motifs de prévention générale s'opposent à une exécution avec sursis partiel « angesichts völliger Ungewissheit über Erfordernisse

¹³ Message 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 régissant le droit pénal des mineurs, FF 1999 1791 s., 1837 (ci-après : *message*).

¹⁴ *Günter Stratenwerth*, Immer noch: Die Strafen im Bagatellbereich nach neuem Recht, forumpenale, 2009, p. 231 (cit. Strafen).

¹⁵ Ce que concède également *Stratenwerth* (Strafen, p. 231).

wirksamer Generalprävention»¹⁶. De ce fait, la prononciation d'une peine pécuniaire avec un sursis partiel dépendrait en définitive uniquement de la volonté du juge.

La révision de la PG-CP avait entre autres pour objectif le remplacement des courtes peines privatives de liberté par d'autres peines. L'on considérait alors que la courte peine privative de liberté était inférieure à six mois¹⁷; or le droit en vigueur prévoit une peine pécuniaire allant jusqu'à 360 jours-amende. Du fait que la peine pécuniaire doit remplacer les courtes peines privatives de liberté, il est opportun de limiter la peine pécuniaire à 180 jours-amende. Cela donne un poids plus grand à la peine privative de liberté, ce qui est d'ailleurs l'effet voulu. L'art. 34, al. 1, CP et l'art. 28, al. 1, CPM doivent donc être modifiés en conséquence.

Le droit en vigueur ne prévoit pas de montant minimum du jour-amende¹⁸, il n'en prévoit que le montant maximum de 3000 francs. Au cours des débats parlementaires, les propositions visant à fixer un montant minimum n'ont pas réussi à s'imposer. La CAPS pour sa part a recommandé d'appliquer en règle générale un montant minimum de 30 francs pour le jour-amende¹⁹. Après s'être dans un premier temps prononcé contre un jour-amende minimum²⁰, le Tribunal fédéral a ensuite précisé sa jurisprudence et établi qu'une peine pécuniaire ne peut plus être considérée comme symbolique lorsque le montant du jour-amende pour les condamnés les plus démunis est de dix francs au moins²¹.

De l'avis du Conseil fédéral, il convient de fixer dans la loi un montant minimum de 30 francs pour le jour-amende. Cela d'une part parce que le montant maximum de la peine pécuniaire sera réduit en raison de la nouvelle limitation à 180 jours-amende et parce que les modalités de paiement (art. 35, al. 1, CP et art. 29, al. 1, CPM) permettront de tenir suffisamment compte de la situation économique du condamné même si le jour-amende minimum est de 30 francs. En outre, les calculs des responsables de l'application du droit ont montré qu'un jour-amende de 30 francs était en général adéquat même pour les auteurs d'infractions les plus démunis²², en tout cas dans la mesure où conformément au droit actuel il s'agit d'un petit nombre ou d'un nombre moyen de jours-amende²³. Cela sera d'autant plus le cas puisque, selon le droit à venir, le nombre maximum de jours-amende passera de 360 aujourd'hui à 180.

¹⁶ « étant donné l'incertitude totale régnant quant aux nécessités d'une prévention générale efficace », *Stratenwerth*, Strafen, p. 231, note 10.

¹⁷ *Message*, 1791

¹⁸ L'avant-projet prévoyait un montant minimum du jour-amende de 2 francs (art. 29, al.2, AP). En Allemagne, le jour-amende minimum s'élève à un euro (§ 40 dStGB), en Autriche à deux euros (§ 19, al. 2, öStGB).

¹⁹ Recommandations complémentaires de la CAPS à propos de la fixation de la peine, adoptées lors de l'assemblée des délégués du 3 novembre 2006, consultables sur Internet à l'adresse suivante : www.ksbs-caps.ch/docs_empf/zusatzempfehlungen_d.pdf.

²⁰ ATF 134 IV 60, 72, cons. 6.5.2.

²¹ ATF 135 IV 180, 184, cons. 1.4.

²² *Annette Dolge*, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen-Top oder Flop, RPS 128 (2010) p. 58, 64; *Horst Schmitt*, Mindesttagessatz? Zur Bemessung eines Tagessatzes für Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen, *forumpoenale* 2009, p. 48.

²³ *Annette Dolge*, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen - Top oder Flop, RPS 128 (2010), p. 64.

2.1.2 A propos de la peine privative de liberté (art. 40, 41 et 46, al. 1, troisième phrase, CP, art. 34, 34a et 40, al. 1, troisième phrase, CPM)

La révision de 2002 a remplacé les peines privatives de liberté de moins de six mois par des peines pécuniaires et des travaux d'intérêt général. Les peines privatives de liberté avec sursis inférieures à six mois sont exclues et les peines privatives de liberté sans sursis inférieure à six mois ne peuvent être prononcées que si une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général ne peut vraisemblablement pas être exécuté (art. 41, al. 1, CP et art. 34a, al. 1, CPM)²⁴.

La présente modification permettra à nouveau de prononcer des peines privatives de liberté à partir de trois jours. Cette option repose sur la conviction que les courtes peines privatives de liberté sont à même de détourner certains auteurs de commettre d'autres infractions et que les peines privatives de liberté sont mieux à même de satisfaire les besoins de répression de la communauté juridique que les simples peines pécuniaires.

La réintroduction de la courte peine privative de liberté nécessite une modification de l'art. 40 CP et de l'art. 34 CPM réduisant la durée minimale à trois jours. Exceptionnellement, elle peut être encore plus courte si elle résulte de la conversion d'une peine pécuniaire ou d'une amende, que le condamné n'a pas payée, en peine privative de liberté ; dans ce cas, des peines privatives de liberté d'un à deux jours peuvent être prononcées.

Les peines de moins de six mois pourront donc prendre la forme d'une peine privative de liberté avec ou sans sursis ou d'une peine pécuniaire (sans sursis). Si une peine de six mois au plus correspond à la faute, le tribunal devra déterminer s'il faut prononcer une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté. La loi ne fournit délibérément pas de critères permettant de déterminer le genre de peine (peine pécuniaire ou peine privative de liberté). Mais une chose reste sûre : le tribunal peut toujours prononcer une peine privative de liberté lorsqu'une peine pécuniaire ne pourra vraisemblablement pas être exécutée. On peut également envisager d'autres motifs en faveur du choix de l'une ou de l'autre sanction, notamment des considérations de prévention générale ou spéciale. Il est toutefois difficile de les formuler avec la précision requise, raison pour laquelle la loi ne mentionne pas de critères. La primauté de la peine pécuniaire à l'égard des courtes peines privatives de liberté disparaît donc et, de ce fait, les art. 41 et 46, al. 1, troisième phrase, CP et les art. 34a et 40, al. 1, troisième phrase, CPM doivent être supprimés.

2.1.3 A propos du sursis (art. 42 CP, art. 36 CPM)

Le travail d'intérêt général en tant que sanction autonome et la peine pécuniaire avec sursis doivent être supprimés de la disposition sur le sursis à l'exécution des peines (art. 42 CP et art. 36 CPM). Le sursis ne pourra plus être accordé que pour la peine privative de liberté, ce qui nécessite des adaptations rédactionnelles.

La suppression de l'al. 4 par contre est une modification d'ordre matériel. La possibilité d'associer une peine prononcée avec sursis à une peine pécuniaire ou une amende n'avait été introduite qu'avec les corrections du 24 mars 2006 portant sur le

²⁴ Pour plus de précisions sur les motifs de cette révision, cf. *message*, 1837 ss

régime des sanctions et le casier judiciaire du 24 mars 2006²⁵. L'objectif premier était alors d'atténuer les problèmes de différenciation entre les infractions selon leur degré de gravité : il avait été considéré comme contraire au système qu'une contravention soit toujours punie d'une amende, par conséquent d'une peine d'argent exécutable sans sursis, alors qu'en général, une peine pécuniaire avec sursis, donc une peine d'argent abstraite, à moins que le sursis ne soit révoqué, était prononcée contre l'auteur d'un délit. Le fait était particulièrement choquant dans les cas d'infractions à la loi sur la circulation routière où un comportement semblable est sanctionné dans les cas de peu de gravité comme contravention, dans les cas graves comme délit. En outre, la peine complémentaire devait également donner la possibilité de prononcer à l'encontre d'un auteur une sanction ferme et tangible même lorsque le pronostic global n'était pas mauvais et que pour cette raison le sursis à l'exécution devait être accordé. Cette volonté de donner une leçon à l'auteur d'une infraction également était étroitement liée à la peine pécuniaire prononcée avec sursis dont l'expérience a prouvé qu'elle n'avait qu'un faible potentiel dissuasif, que ce soit sous l'angle de la prévention spéciale ou de la prévention générale²⁶.

Avec la disparition de la possibilité d'assortir l'exécution des peines pécuniaires d'un sursis ou d'un sursis partiel disparaît aussi la nécessité de combiner les peines. En effet, si pour une infraction de moindre importance, la peine infligée reste l'amende (ferme), une infraction plus grave ne pourra plus donner lieu à une peine pécuniaire avec sursis mais sera passible d'une peine pécuniaire ferme ou une peine privative de liberté (avec sursis ou ferme). Si l'infraction grave est punie d'une peine pécuniaire, on a affaire à deux sanctions en argent similaires, exécutables sans sursis ; si une peine privative de liberté est prononcée, il faut toujours considérer celle-ci comme une sanction plus grave que l'amende, qu'elle soit ferme ou avec sursis²⁷.

2.1.4 A propos du sursis partiel (art. 43 CP et art. 37 CPM)

La possibilité d'un sursis partiel à l'exécution doit être maintenue pour les peines privatives de liberté. Par contre, elle ne doit pas l'être pour les peines pécuniaires.

En relation avec la peine privative de liberté il n'y a modification que sur un seul point : la limite supérieure de l'exécution avec un sursis partiel passe de trois à deux ans. Elle est donc la même que pour l'exécution avec sursis (art. 42, al. 1, CP et art. 36 CPM). Cette limite correspond à la règle figurant aux art. 43, al. 4, CP et 37, al. 4, CPM tels qu'ils figurent dans les projets du Conseil fédéral du 21 septembre 1998²⁸. Ce dernier projet prévoyait cependant que l'exécution généralement assortie d'un sursis total puisse être partiellement suspendue uniquement lorsque cela paraissait nécessaire pour détourner l'auteur de commettre de nouveaux crimes ou

²⁵ RO 2006 3539. Message du 29 juin 2005 relatif à la modification du code pénal suisse dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, FF 2005 4425.

²⁶ Pour plus de détails sur les peines combinées, *Max Imfeld, Variatio delectat? Die neue Verbundstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB, RPS 126 (2008)*, p. 41, ainsi qu'*Omar Abo Youssef, Die Schnittstellenproblematik im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts, RPS 128 (2010)*, p. 46.

²⁷ ATF 134 IV 80, 90, cons. 7.2.2

²⁸ FF 1999 1787

délits. Donc l'octroi d'un sursis à l'exécution de la peine aurait dû en premier lieu reposer sur un pronostic favorable (ou le refus sur un pronostic défavorable); mais dans un deuxième temps, le juge aurait dû constater que la peine ferme était nécessaire pour détourner l'auteur de commettre d'autres infractions.

L'octroi du sursis et le refus partiel de celui-ci auraient donc été fondés sur le même critère. Dans la pratique, cette situation paradoxale aurait créé des difficultés presque insolubles; en outre, la motivation du législateur quant à l'instauration du sursis partiel n'était pas son effet de prévention spéciale, mais la prise en compte des nécessités de la répression. Le Parlement a donc établi comme condition de l'octroi du sursis partiel que celui-ci devait être nécessaire « afin de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur » (art. 43, al. 1, CP et art. 37, al. 1, CPM). L'exécution des peines privatives de liberté de deux ans au plus doit faire l'objet d'un sursis en l'absence d'un pronostic négatif; des motifs de répression peuvent aussi justifier un simple sursis partiel. Par contre, en cas de peine de deux à trois ans, cette considération n'entre plus en ligne de compte puisqu'il s'agit de peines fermes. Il n'y a manifestement aucun sens à n'exécuter que partiellement une peine en principe ferme afin de satisfaire aux nécessités de la répression. Le Tribunal fédéral a donc donné à la possibilité de l'exécution partielle des peines privatives de liberté de deux ans au plus un autre sens que pour les peines de deux à trois ans²⁹, ce qui se traduit toutefois par des certaines incohérences et ne tient pas compte du fait que le sursis partiel a toujours été conçu comme compensation au relèvement de la limite de l'exécution avec sursis³⁰. Les peines privatives de liberté d'un à deux ans doivent donc être assorties d'un sursis partiel si cela s'impose pour des motifs touchant à la prévention spéciale.

Pour ces motifs, il convient revenir au concept initial du projet du Conseil fédéral de 1998 en ce sens que la même limite supérieure sera applicable à l'exécution avec sursis et à l'exécution avec sursis partiel. Ainsi, l'exécution assortie d'un sursis partiel redeviendra le cas spécial de l'exécution avec sursis, répondant à des considérations de prévention générale et aux nécessités de la répression.

2.1.5 A propos du travail d'intérêt général (art. 36, al. 3, let. c, et 4, 37, 38, 39 et 79a CP, art. 30, al. 3, let. c, et 4, 31, 32, 33 CPM)

Dans le droit en vigueur, le travail d'intérêt général est conçu comme peine à part entière aux côtés de la peine privative de liberté et de la peine pécuniaire. Sa durée maximum est de 720 heures (art. 37 [en vigueur] CP et art. 31 [en vigueur] CPM), ce qui correspond à une peine privative de liberté de six mois si l'on se base sur un taux de conversion de quatre heures par jour (art. 39, al. 2 [en vigueur], CP et art. 33, al. 2 [en vigueur] CPM)

Comme nous l'avons mentionné plus haut³¹, la majorité des cantons consultés demandent que le travail d'intérêt général constitue une forme de l'exécution et non une sanction à part entière.

²⁹ ATF 134 IV 53

³⁰ Pour plus de précisions sur les inconvénients qui découlent de l'abandon de la limite pour l'exécution avec sursis et de celle pour l'exécution ferme, *Günter Stratenwerth*, *Bemerkungen zu ATF 135 IV 53*, *forum*poenale 2008, p. 169 et s.

³¹ Cf. ch. 1.1.3

Le travail d'intérêt général sera donc prévu comme forme de l'exécution des peines privatives de liberté de six mois au plus (art. 79a CP). Pour ordonner un travail d'intérêt général, il ne faudra pas, comme c'est le cas actuellement, obtenir l'accord de l'auteur de l'infraction, mais celui-ci devra déposer une demande. Pour le reste, la réglementation du travail d'intérêt général demeurera la même que dans le droit en vigueur.

2.1.6 A propos de l'expulsion (art. 67c nouveau CP, art. 50a^{ter} nouveau CPM)

Selon le CP et le CPM en vigueur avant la fin 2006, l'expulsion judiciaire était une peine dite accessoire. Indépendamment de la décision sur la peine principale, elle pouvait être assortie d'un sursis (conformément à l'art. 41 ancien CP et à l'art. 32 ancien CPM) ou être ferme. Dans le cas de l'expulsion ferme, le juge réexaminait, au moment où l'étranger était libéré de l'exécution de la peine ou de la mesure si l'expulsion devait être reportée à titre d'essai (cf. art. 55, al. 2, ancien CP et art. 40, al. 2, ancien CPM). Lors la révision de la PG-CP, l'instrument de l'expulsion a été supprimé pour les raisons suivantes : (1) étant donné qu'à côté de l'expulsion judiciaire, il était aussi possible de prononcer une expulsion en vertu du droit des étrangers conformément à l'ancienne loi du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), on pouvait se trouver parfois face à des décisions contradictoires entre l'expulsion judiciaire et l'expulsion administrative difficilement compréhensibles pour la personne condamnée et l'opinion publique. (2) L'expulsion judiciaire et l'expulsion administrative poursuivaient des buts différents et il était pratiquement impossible de les harmoniser. (3) De l'avis d'une large majorité, l'expulsion administrative, avec ses conséquences pratiques dures, était suffisante et il n'était pas nécessaire de maintenir en droit pénal un instrument analogue inconnu dans la plupart des autres pays.

On peut remédier aux contradictions régnant entre l'expulsion judiciaire et l'expulsion administrative en introduisant les mêmes conditions pour les deux mesures. En outre, le Conseil fédéral estime que l'expulsion judiciaire correspond à une nécessité pour les raisons suivantes :

- l'expulsion judiciaire permet d'établir une pratique uniforme;
- l'abandon de la possibilité du sursis garantit que les personnes condamnées puissent être éloignées de Suisse le jour de leur libération;
- du fait que l'expulsion soit prononcée dans une procédure judiciaire publique, elle a un meilleur effet préventif général que lorsqu'une mesure administrative est ordonnée par la police des étrangers.

La réglementation prévue s'appuie sur celle figurant à l'art. 62, let. b, de la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)³² qui permet la révocation d'une autorisation pour un motif de droit pénal. Contrairement à la disposition mentionnée, on ne se base pas sur le critère de la condamnation à « une peine privative de liberté de longue durée », mais sur le critère de la condamnation à une peine privative de liberté de plus d'un an. Il est ainsi tenu compte de la jurisprudence du Tribunal

32 RS 142.20

fédéral relative à l'art. 62, let. b, LEtr qui interprète dans ce sens la notion de la peine privative de liberté de longue durée³³.

2.1.7 A propos de la semi-détention et de l'exécution par journées séparées (art. 77b et 79 CP)

Les modifications ici prévues ne sont pas de nature matérielle, elles ne concernent que la systématique: la semi-détention sera régie par l'art. 77b et l'exécution par journées séparées par l'art. 79. Dans le droit actuel, la semi-détention est régie par l'art. 77b et par l'art. 79.

2.1.8 A propos de l'exécution sous surveillance électronique (art. 79b nouveau CP)

Selon le droit actuel, le Conseil fédéral peut autoriser l'exécution de peines privatives de liberté sous forme de surveillance électronique à titre d'essai et pour une durée limitée en vertu de l'art. 387, al. 4, let. a, CP. En 1999, le Conseil fédéral a accordé l'autorisation de pratiquer ce type d'essai aux cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Tessin, Vaud et Genève, et en 2003 au canton de Soleure.

Le 4 décembre 2009, il a de nouveau prolongé les autorisations accordées aux cantons mentionnés et les a autorisés à faire exécuter les peines privatives de liberté de 20 jours à un an ainsi que les soldes des longues peines privatives de liberté à la fin ou en lieu et place du travail externe sous surveillance électronique pour une durée d'un mois à un an. La validité de ces autorisations expire au plus tard le 31 décembre 2015 sauf si une base légale définitive est établie auparavant. C'est celle-ci qu'il s'agit de créer aujourd'hui.

Sur le fond, le nouvel art. 79b reprend largement le contenu des autorisations accordées par le Conseil fédéral de pratiquer ce type d'essais. Il y a néanmoins une différence, à savoir que la surveillance électronique sera autorisée pour l'exécution de peines privatives de liberté d'un à six mois, et non plus de 20 jours à un an comme c'est le cas aujourd'hui. La surveillance électronique deviendra donc une autre forme de l'exécution des peines privatives de liberté de moins de six mois désormais réintroduites. Etant donné les moyens considérables engagés dans chaque cas de surveillance électronique, cette forme de l'exécution ne sera possible non pas pour les peines très courtes, mais seulement pour les peines à partir d'un mois.

Pour le reste, les conditions sont celles que connaissent déjà les cantons participant à ce type d'essais.

2.1.9 A propos des modifications du droit en vigueur

Droit pénal des mineurs du 20 juin 2003 (DPMIn): le relèvement, dans le droit pénal des mineurs, de l'âge limite pour la fin des mesures de 22 à 25 ans (art. 19, al. 2, DPMIn) permet aux mineurs de terminer un apprentissage pendant une mesure. La pratique a montré que dans bien des cas, la limite actuelle de 22 ans les en empêchait. Les jeunes doivent interrompre l'exécution de leur peine alors qu'on n'a

³³ ATF 135 II 377

pas pu encore leur transmettre toutes les bases dont ils ont besoin pour mener une vie réglée. La disposition transitoire (art. 48^{bis} DPMin) se traduira par un relèvement de l'âge limite pour les mineurs qui exécutent une mesure au moment de l'entrée en vigueur de la modification. Cette disposition transitoire est licite parce qu'elle n'entraîne pas une aggravation rétroactive de la peine, mais améliore la possibilité d'accompagner les jeunes nécessitant une mesure.

Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP): le travail d'intérêt général n'étant plus prévu comme sanction proprement dite mais uniquement comme forme de l'exécution, il faut adapter l'art. 352, al. 1, CPP ; cet article établit quelles peines peuvent être prononcées dans la procédure de l'ordonnance pénale.

Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM): la modification de l'art. 119, al. 1, PPM répond au même but que celle décrite plus haut du code de procédure pénale.

3 Conséquences pour les finances et le personnel

3.1 Conséquences pour la Confédération

Les modifications proposées n'ont pas d'effet direct supplémentaire pour la Confédération, que ce soit au niveau des finances ou du personnel.

3.2 Conséquences pour les cantons

Il est difficile d'estimer les effets directs au niveau des finances et du personnel pour les cantons.

D'une part, le fait que les peines pécuniaires prononcées seront uniquement des peines fermes, et non plus avec sursis, devrait avoir des répercussions positives.

Mais d'autre part, ces modifications devraient se traduire par des charges financières supplémentaires car les peines privatives de liberté de courte durée seront à nouveau possibles et elles devront être exécutées ; de plus, tous les cantons devront permettre l'exécution sous forme de surveillance électronique.

4 Relation avec le programme de législation

Le présent projet n'est pas annoncé dans le programme de la législature 2007 à 2011 car au moment de l'établissement de celle-ci, la nécessité d'une nouvelle révision n'était pas manifeste.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

En vertu de l'art. 123 Cst., la législation en matière de droit pénal relève de la compétence de la Confédération.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le présent projet n'a pas de lien direct avec le droit international.