



Procédure de consultation relative à un avant-projet concernant la modification du Code pénal et du Code pénal militaire (Réforme du droit des sanctions)

Avis du Département de droit pénal de l'Université de Genève

Faisant suite à des débats parlementaires vifs et souvent confus, et à des consultations dont il est fait état aux pages 6-7 du Rapport explicatif (ci-après le Rapport), le DFJP met en consultation un projet qu'il convient de qualifier **réactionnaire** au sens propre du terme : il propose de revenir sur une partie importante des acquis de la réforme de 2002 – amendée déjà, rappelons-le en 2006, avant son entrée en vigueur en 2010. Il est indéniable que le processus d'adoption de la révision complète du droit des sanctions a conduit à des erreurs, voire à des aberrations, que le signataire de ces lignes dénonçait, dès le 13 décembre 2002 dans le journal « Le Temps » et dans un article publié en mars 2003 dans la Revue pénale suisse¹. Le plus flagrant échec de la réflexion législative est sans doute l'art. 42 al. 4 CP, dont les moutures successives n'ont fait que rendre les défauts plus aigus et qu'à juste titre, l'avant-projet propose la suppression.

Le retour en arrière que marque l'avant-projet se justifie sans doute dans quelques cas importants. L'auteur de ces lignes approuve les points suivants.

- Le rétablissement des peines privatives de liberté de moins de six mois avec sursis, dont il critiquait la disparition dans les articles précités, tout en envisageant une possibilité d'interprétation du nouveau droit ménageant la possibilité de les infliger quand même², interprétation rejetée par la grande majorité de la doctrine et le Tribunal fédéral, à l'exception du Professeur Seelman.
- La suppression du sursis et du sursis partiel pour la peine pécuniaire, combat mené avec abnégation par le Professeur Stratenwerth, auquel se rallie à juste titre l'avant-projet.
- Le rétablissement d'une véritable liberté de détermination du juge, s'agissant du choix de la sanction, revendication de nombreux parlementaires mais surtout de praticiens de la sanction³. Le Rapport continue toutefois à exprimer une curieuse méfiance à l'égard du pouvoir du juge, quand il paraît considérer comme inadmissible que « la

¹ Robert Roth, « Nouveau droit des sanctions: premier examen de quelques points sensibles », Revue pénale suisse, 2003, vol. 1, p. 1. Quelques mois plus tard, le juge bernois Sollberger évoquait déjà la *Schnittstelleproblematik* (délimitation entre délits de faible importance et contraventions), Jürg Sollberger, « Besondere Aspekte der Geldstrafe », Revue pénale suisse, 2003, vol. 1, p. 244.

² Article précité, p. 7 ss.

³ Cf. Marc Pellet, « Réhabilitons la peine privative de liberté », *forumpenale* 3/2009, p. 181.

prononciation (*sic*) d'une peine pécuniaire avec un sursis partiel dépendrait en définitive uniquement de la volonté du juge » (Rapport, p. 9).

- La suppression de l'art. 42 al. 4 CP déjà mentionné, qui découle de celle du sursis pour les peines pécuniaires. La *Schnittstelleproblematik* n'est toutefois pas entièrement liquidée : les amendes prévues par les contraventions et les peines pécuniaires frappant les délits restent toutefois régies par des règles d'imposition et de conversion en cas d'inexécution différentes, et il n'est pas certain que les règles plus développées des art. 34 ss. ne favorisent pas à tout le moins certains types de délinquants, puisque l'examen de la situation financière de l'auteur de l'infraction auquel est astreint le juge est moins exigeant. Le Rapport glisse sur le problème, en rappelant – ce qui est une évidence – que la peine privative de liberté est toujours plus grave que l'amende. Il ne se hasarde pas à affirmer – ce qui mériterait d'être étayé par une solide analyse comparative – que la peine pécuniaire frappe toujours plus durement l'infracteur que la contravention. Cette analyse manque cruellement dans le Rapport.

Une fois énoncés ces points d'accord, assortis de quelques nuances non négligeables, il faut se prononcer de manière critique sur plusieurs propositions de l'avant-projet.

a. Sur le plan des **principes généraux**, celui-ci, et plus explicitement le Rapport, acceptent beaucoup trop facilement la *prévention générale* comme fondement de l'imposition de la sanction, ce qui est contraire à l'esprit de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, sans même mentionner l'hostilité largement majoritaire de la doctrine. Selon le Rapport, la courte peine privative de liberté se justifie sans difficulté par la prévention générale (cf. Rapport, p. 10). Quant à l'expulsion judiciaire, elle « a un meilleur effet préventif général » (Rapport, p. 13, affirmation discutable au regard des mesures d'éloignement administratives, plus rapides et plus efficaces à bien des égards).

Le Rapport est particulièrement peu convaincant s'agissant des raisons à l'appui du rétablissement de la courte peine privative de liberté quand il associe à la prévention générale la *prévention spéciale*. Il se heurte là à l'opinion quasiment unanime des pénologues qui estiment que si la courte peine privative de liberté peut se justifier pour des raisons de *rétribution*, il est difficile de lui reconnaître le moindre mérite sous l'angle de la prévention spéciale. Ce n'est pas pour rien que, durant les dernières décennies de l'application de l'ancien droit, se sont développées de manière spectaculaire les alternatives à l'*exécution* de la courte peine privative de liberté. Il faut être conscient que l'acceptation du projet nous ramènera à cette situation.

b. Sur le **sursis** et le **sursis partiel**, on ne comprend pas le raisonnement de la page 12 du Rapport. Certes, le maximum de trois ans de peine privative de liberté pouvant être assorti du sursis partiel avait comme effet curieux – et peu transparent sur le plan de la lisibilité législative – que la peine susceptible d'être suspendue pouvait atteindre non pas deux ans comme le laissait croire la lecture de l'art. 42 al. 1 mais deux ans et demi par le jeu combiné de l'article 43 al. 1 et 3.

Mais, en supprimant cette relative incohérence législative, l'avant-projet marque un fort *retour en arrière* tout en ne réglant aucun des problèmes posés par la *délimitation* entre sursis et sursis partiel.

i) Retour en arrière, qui éloigne encore plus la Suisse de la plupart des pays européens qui, par leur démographie et leur politique criminelle, connaissent des maximaux des peines pouvant être assortis du sursis et le cas échéant du sursis partiel bien plus élevés (Belgique, pays scandinaves).

ii) La révision ne donne pas davantage de sens qu'il n'en a aujourd'hui à la formulation de l'art. 43 al. 1, qui reste inchangée : le sursis partiel reste motivé par la nécessité de « tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur ». Il aurait fallu – il faudrait – *remplacer* « la faute de l'auteur » par « des besoins de prévention spéciale », ce qui serait clair et conforme à ce que l'on peut comprendre de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

c. L'avant-projet propose de réduire à 180 le *nombre maximum de jours amende*. L'explication que donne le Rapport à la page 9 de cet autre retour en arrière est incomplète. Si l'on redonne au juge la responsabilité de choisir librement entre la peine pécuniaire et la privation de liberté, pourquoi le priver de ce choix pour les peines comprises entre 181 et 360 « unités » ?

d. La mesure peut-être la plus surprenante est la *suppression du travail d'intérêt général*. Là aussi, la Suisse s'éloigne des pratiques législatives majoritaires en Europe. Il pourrait y avoir de bonnes raisons « locales » à cela ; on les cherche en vain dans le Rapport, qui ne contient qu'une succincte mention de l'avis des cantons (pages 12 et 6). L'on reste pantois devant la légèreté de l'argumentation pour une (contre-)réforme importante d'autant plus qu'à la connaissance de l'auteur de ces lignes, les expériences faites avec le travail d'intérêt général dans les cantons témoignent d'un succès et d'une « appropriation » croissants de cette sanction et que son adoption en 2002 reposait sur de solides évaluations positives réalisées dans divers cantons à l'époque où le travail d'intérêt général était une modalité de la courte peine privative de liberté. C'est sans doute le point sur lequel l'adage qui paraît animer cet avant-projet « Vérité en 2002, erreur en 2010 » est le plus faible.

e. Le rétablissement de l'expulsion, elle aussi mûrement réfléchi non seulement en 2002 mais durant tout le processus législatif, surprend. Les arguments du Rapport (pages 13-14) sont extrêmement faibles au regard des enjeux et des dangers. Ainsi, le rétablissement de l'expulsion judiciaire permettrait l'instaurant d'une « pratique uniforme » ; on aurait plutôt tendance à penser le contraire, sauf à compter sur le Tribunal fédéral pour faire de l'expulsion un objet privilégié de son examen des pratiques cantonales, ce qui n'était pas le cas avant 2007. Le Rapport n'évoque même pas les risques que la « double peine » (expulsion judiciaire et mesures d'éloignement administratives) comportent, sous l'angle de la violation du principe *ne bis in idem*. Sans se livrer ici à une anticipation de ces menaces, on relèvera néanmoins l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en direction d'un refus de plus en plus marqué de prendre en considération l'« étiquette » de la sanction, dans l'appréciation de son effet – et plus encore du cumul de sanctions – sur le justiciable (cf. CEDH,

Grifhorst c. France, 26 mai 2009). Cela mériterait à tout le moins un examen très attentif.

En conclusion, si l'avant-projet comprend quelques propositions auxquelles l'auteur des présentes lignes peut souscrire, l'on ne saurait admettre qu'un débat aussi fondamental soit lancé sur des bases théoriques et logiques aussi faibles.

Prof. Robert Roth
22 septembre 2010