



19.048

Message

concernant la modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États «Adaptation du code de procédure pénale»)

du 28 août 2019

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons, en vous proposant de l'adopter, le projet de modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États «Adaptation du code de procédure pénale»).

Nous vous proposons simultanément de classer les interventions parlementaires suivantes:

- | | | | |
|------|---|---------|--|
| 2014 | M | 11.3911 | Détention provisoire pour les délinquants dangereux
(N 23. 9.13, Amherd; E 19.3.14) |
| 2013 | M | 12.4077 | Définition de la détention provisoire. Abandon de
l'exigence de la récidive effectivement réalisée
(N 22.3.13, Groupe libéral-radical; E 11.9.13) |
| 2015 | M | 14.3383 | Adaptation du code de procédure pénale
(E 22.9.14, Commission des affaires juridiques CE;
N 11.3.15) |
| 2017 | P | 15.3447 | Accélérer les procédures pénales. Mesures réalisées
(N 03.5.17, Groupe libéral-radical) |
| 2015 | P | 15.3502 | Droit de participer à l'administration des preuves. Examiner
cette problématique lors de l'adaptation du Code de procé-
dure pénale
(N 10.12.15, Commission des affaires juridiques CN) |
| 2019 | P | 18.4063 | Intégration de la justice restaurative dans notre législation,
un progrès nécessaire
(N 21.6.2019, Mazzone) |

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

28 août 2019

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ueli Maurer

Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

Le code de procédure pénale, en vigueur depuis 2011, n'occasionne pas de grandes difficultés d'application. Pourtant, certaines règles ne sont pas parfaitement en adéquation avec la pratique. C'est ce que le projet tente de corriger. Il permet par ailleurs, pour plus de transparence, de transférer dans la loi certains éléments de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il se limite à des modifications ponctuelles qui ne remettent nullement en question les principes sur lesquels le code repose.

Contexte

Le code de procédure pénale, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, a remplacé les 26 codes de procédure pénale cantonaux et la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale fédérale.

Il a été critiqué par les praticiens dès les premiers temps et a donné lieu très tôt à des interventions parlementaires, fondées en partie sur des décisions judiciaires, demandant des modifications ponctuelles. De nombreuses autres interventions ont suivi.

Les Chambres fédérales, en adoptant la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États («Adaptation du code de procédure pénale»), ont choisi de procéder aux éventuelles adaptations requises dans le cadre d'une révision revêtant un caractère global. Elles ont chargé le Conseil fédéral de leur présenter un projet avant la fin 2018 après avoir examiné les expériences faites dans la pratique.

Contenu du projet

Au vu des avis exprimés lors de la procédure de consultation, le projet, plus restreint que l'avant-projet, se concentre sur les points qui créent effectivement des difficultés en pratique. Le but de la révision est par ailleurs de ne pas occasionner de charge de travail supplémentaire aux autorités d'application et de ne pas prolonger la procédure.

Les principales modifications sont les suivantes:

- le projet limite le droit de participer de telle manière que cette restriction n'empêche pas d'établir la vérité, mais ne le vide pas totalement de sa substance;*
- le principe de la double instance sera appliqué rigoureusement; chaque cas devra passer devant une seconde instance cantonale et il ne sera plus possible de faire recours directement au Tribunal fédéral;*
- le ministère public pourra faire recours contre les décisions de mise en détention du tribunal des mesures de contrainte; la jurisprudence du Tribunal fédéral permet déjà cette voie de droit;*

-
- *le ministère public devra entendre le prévenu s'il prévoit de prononcer une peine privative de liberté à exécuter dans le cadre d'une procédure d'ordonnance pénale; il pourra par ailleurs statuer sur les prétentions civiles;*
 - *le projet renforce les droits procéduraux des victimes en ce qui concerne l'assistance judiciaire, le droit d'être informées et la protection des enfants;*
 - *la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle des profils d'ADN peuvent être établis et enregistrés dans la banque de données pour élucider tant l'infraction sur laquelle porte la procédure que d'autres infractions (passées ou futures) figurera expressément dans la loi, de même que les conditions applicables.*

Table des matières

Condensé	6353
1 Contexte	6357
1.1 Nécessité d’agir et objectifs visés	6357
1.1.1 Le code de procédure pénale	6357
1.1.2 Motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États «Adaptation du code de procédure pénale»	6360
1.2 Relation avec le programme de la législature	6360
1.3 Classement d’interventions parlementaires	6360
2 Procédure préliminaire, consultation comprise	6362
2.1 Examen de la praticabilité du CPP	6362
2.2 Résultats de la procédure de consultation	6363
3 Présentation du projet	6364
3.1 Réglementation proposée	6364
3.1.1 Pas d’exceptions au principe de la double instance	6365
3.1.2 Extension du champ d’application de l’enregistrement des auditions par des moyens techniques	6365
3.1.3 Anticipation du calcul et de la motivation de l’action civile	6366
3.1.4 Participation aux actes de procédure	6367
3.1.5 Précision des conditions de la mise en détention pour risque de récidive	6368
3.1.6 Légitimation du ministère public à recourir contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte	6369
3.1.7 Conditions d’établissement des profils d’ADN	6369
3.1.8 Procédure de l’ordonnance pénale	6370
3.1.9 Détention pour des motifs de sûreté en rapport avec la procédure donnant lieu à une décision judiciaire indépendante	6371
3.2 Motifs et appréciation de la solution retenue	6371
3.3 Propositions non retenues	6372
3.3.1 Propositions de l’avant-projet	6372
3.3.2 Propositions émanant de la consultation	6374
4 Commentaire des dispositions	6377
4.1 Code de procédure pénale	6377
4.2 Modification d’autres actes	6422
5 Conséquences	6429
5.1 Conséquences pour la Confédération	6429
5.2 Conséquences pour les cantons et les communes	6430

6 Aspects juridiques	6430
6.1 Constitutionnalité	6430
6.1.1 Compétence législative	6430
6.1.2 Conformité aux droits fondamentaux	6431
6.2 Compatibilité avec les obligations internationales	6431
6.3 Délégation de compétences législatives	6432
Bibliographie	6433
Code de procédure pénale suisse (Code de procédure pénale, CPP) <i>(Projet)</i>	6437

Message

1 Contexte

1.1 Nécessité d'agir et objectifs visés

1.1.1 Le code de procédure pénale

Le code de procédure pénale (CPP)¹, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, a remplacé les 26 codes de procédure pénale cantonaux et la loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale fédérale.

Le CPP a été critiqué par les praticiens dès les premiers temps de son application et a donné lieu à des interventions parlementaires, fondées en partie sur des décisions judiciaires, demandant des modifications ponctuelles.

Les motions, postulats, initiatives parlementaires et initiatives cantonales ci-après² ont été déposés entre 2011 et 2019 en rapport avec le CPP.

Motions et postulats

- 11.3911 mo. Amherd «Détenition provisoire pour les délinquants dangereux» (adoptée);
- 11.3596 mo. Geissbühler «Code de procédure pénale. Prolonger jusqu'à 72 heures la détention pour des motifs de sûreté» (liquidée);
- 11.3945 mo. Tschümperlin, Décisions relatives à la détention provisoire. Possibilité de recours pour les victimes (liquidée);
- 12.3424 mo. Feri Yvonne «Modification des articles 352 et 354 du code de procédure pénale» (liquidée);
- 12.4068 mo. Regazzi«Abus commis sur des enfants. Obligation de dénoncer et de témoigner» (liquidée);
- 12.4076 po. Groupe Libéral-Radical «Introduction d'un processus judiciaire adapté à la lutte contre la petite délinquance» (liquidé);
- 12.4077 mo. Groupe Libéral-Radical «Définition de la détention provisoire. Abandon de l'exigence de la récidive effectivement réalisée» (adoptée);
- 12.4096 mo. Janiak «Code de procédure pénale. Élargir la possibilité d'ordonner des mesures de surveillance» (liquidée);
- 13.3037 mo. Ribaux «Procédure pénale des enquêtes plus pertinentes et une poursuite plus efficace» (liquidée);
- 13.3210 mo. Joder «Mise en détention provisoire et mise en détention pour des motifs de sûreté des auteurs de menaces» (liquidée);

¹ RS 312.0

² Les interpellations ne figurent pas ici, car il s'agit uniquement de questions posées au Conseil fédéral.

- 13.3428 po. Chopard-Acklin Max «Cyberenquêtes policières. Garantir la sécurité du droit pour les citoyens et la police» (liquidé);
- 13.3447 mo. Ribaux «Pas de SMS ni de tweets depuis les salles d’audiences des tribunaux» (liquidée);
- 13.3587 mo. Glanzmann-Hunkeler «Recherche de personnes par Internet. Simplifier la procédure» (liquidée);
- 13.3671 mo. Geissbühler «Code de procédure pénale. Prolonger jusqu’à 72 heures la détention pour des motifs de sûreté» (liquidée);
- 13.3897 mo. Glanzmann «72 heures au poste de police» (liquidée);
- 13.4296 mo. Amherd «Exécution des décisions pénales. Uniformiser le droit procédural» (liquidée);
- 14.3383 mo. Commission des affaires juridiques du Conseil des États, Adaptation du code de procédure pénale (adoptée);
- 15.3039 po. Portmann Hans-Peter «Protection des personnes accusées à tort» (liquidé);
- 15.3055 mo. Kuprecht «Procédure pénale. Le droit de participer à la procédure doit être adapté d’urgence» (liquidée);
- 15.3447 po. Groupe Libéral-Radical «Accélérer les procédures pénales. Mesures réalisées» (adopté);
- 15.3502 po. Commission des affaires juridiques du Conseil national «Droit de participer à l’administration des preuves. Examiner cette problématique lors de l’adaptation du code de procédure pénale» (adopté);
- 15.3933 mo. Geissbühler «Infractions graves. Obligation de prélever un échantillon et d’établir un profil d’ADN» (liquidée);
- 15.4000 mo. Amherd «Violences domestiques. La procédure ne doit pouvoir être suspendue que si l’auteur n’a pas d’antécédents» (liquidée);
- 16.3735 mo. Janiak «Introduction d’une réglementation relative aux repentis» (liquidée);
- 16.3747 mo. Geissbühler «Défenseurs d’office. Limiter la possibilité de remplacement» (liquidée);
- 16.4080 mo. Schwaab «Faciliter l’accès des autorités de poursuite pénale aux données des réseaux sociaux» (pas encore traitée au conseil);
- 16.4082 mo. Levrat, Faciliter l’accès des autorités de poursuite pénale aux données des réseaux sociaux (pas encore traitée au conseil);
- 17.4032 mo. Addor «Pas de condamnation en appel d’un accusé acquitté en première instance sans une nouvelle administration des preuves» (pas encore traitée au conseil);
- 17.4175 mo. Geissbühler «Augmentation des coûts liés à l’assistance judiciaire» (pas encore traitée au conseil);

- 17.4257 mo. Addor «Un recours contre les rejets de réquisitions de preuves en cours d’instruction pénale» (pas encore traitée au conseil);
- 18.3004 mo. Commission des affaires juridiques du Conseil national «Ne pas exposer inutilement la sphère privée de personnes mises en examen» (liquidée);
- 18.4052 mo. Moser «Représentation efficace des intérêts des animaux dans les procédures pénales» (pas encore traitée au conseil);
- 18.4063 Po. Mazzone «Intégration de la justice restaurative dans notre législation, un progrès nécessaire» (adopté);
- 19.3356 mo. Addor «Rémunération du défenseur d’office et du conseil juridique gratuit dans les causes de longue durée» (pas encore traitée au conseil);
- 19.3433 mo. Addor «Pour une procédure de comparution immédiate en Suisse» (pas encore traitée au conseil);
- 19.3739 mo. Abate «Modification de l’art. 74 CPP. Assouplir les conditions d’information du public» (pas encore traitée au conseil).

Initiatives parlementaires et initiatives cantonales

- 12.440 iv. pa. Amaudruz «Recouvrement des frais de justice et participation aux frais de détention pour les personnes non assujetties à l’impôt en Suisse» (liquidée);
- 12.463 iv. pa. Poggia «Partie plaignante dans la procédure pénale. Compléter une lacune de la loi» (donné suite);
- 12.465 iv. pa. Poggia «Procédure pénale. Soulager le tribunal des mesures de contrainte» (liquidée);
- 12.492 iv. pa. Poggia «Accès au Tribunal fédéral. Abolir une inégalité de traitement injustifiée entre les victimes» (donné suite);
- 12.494 iv. pa. Jositsch «Renforcer l’administration directe des preuves au cours de la procédure pénale» (liquidée);
- 12.495 iv. pa. Jositsch «Détention provisoire en cas de risque de récidive qualifiée» (donné suite);
- 12.497 iv. pa. Jositsch «Décisions de mise en détention. Personnes habilitées à recourir» (donné suite);
- 12.498 iv. pa. Sommaruga Carlo «Garantir l’impartialité en cas de procédure dirigée contre un agent de la chaîne pénale» (liquidée);
- 13.427 iv. pa. Schneider Schüttel «Code de procédure pénale. Simplification de la procédure par défaut» (liquidée);
- 13.466 iv. pa. Commission des affaires juridiques du Conseil national «Compensation des frais de justice avec les indemnités pour tort moral allouées en raison de mesures de contrainte illicites» (donné suite);

- 14.462 iv. pa. Reimann Lukas «CPP. Droit de participer à l’administration de preuves. Ne pas empêcher l’établissement des faits et la manifestation de la vérité» (liquidée);
- 15.324 iv. ct. Bâle-Campagne «Modification urgente du Code de procédure pénale suisse» (liquidée);
- 17.437 iv. pa. Addor «Pour une publicité des jugements plus respectueuse des droits de la personnalité et de la sphère privée des parties» (liquidée).

1.1.2 Motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États «Adaptation du code de procédure pénale»

La Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E) a déposé la motion 14.3383 «Adaptation du code de procédure pénale» dans le but d’éviter que se poursuive la pluie d’interventions demandant des adaptations ponctuelles du CPP. Elle a estimé qu’il était préférable de procéder aux adaptations requises au moyen d’un examen et d’une révision revêtant un caractère global. Les Chambres fédérales ont adopté cette motion les 22 septembre 2014 et 11 mars 2015 et ont chargé le Conseil fédéral de leur présenter un projet d’ici la fin 2018 après avoir examiné les expériences faites dans la pratique avec le nouveau CPP.

1.2 Relation avec le programme de la législature

Le projet est annoncé dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019³ et dans l’arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019⁴.

1.3 Classement d’interventions parlementaires

Le Conseil fédéral propose le classement des interventions parlementaires ci-après.

La motion 11.3911 Amherd «Détention provisoire pour les délinquants dangereux» charge le Conseil fédéral de modifier les conditions de la mise en détention en raison du risque de récidive (art. 221, al. 1, let. c, CPP) de manière à ce que les prévenus à qui sont reprochés de premières infractions puissent être placés en détention s’ils risquent d’en commettre de nouvelles. Le Conseil fédéral met la motion en œuvre en créant dans le projet un motif de détention pour risque de récidive qualifié (art. 221, al. 1^{bis}), qui ne requiert aucune infraction antérieure. La motion peut donc être classée.

³ FF 2016 981 1105

⁴ FF 2016 4999

La motion 12.4077 du Groupe libéral-radical «Définition de la détention provisoire. Abandon de l'exigence de la récidive effectivement réalisée» poursuit des objectifs analogues à ceux de la motion 11.3911 Amherd et peut aussi être classée.

La motion 14.3383 de la CAJ-E «Adaptation du Code de procédure pénale» demande au Conseil fédéral de soumettre le présent message au Parlement d'ici la fin 2018.

Le postulat 15.3447 du Groupe libéral-radical «Accélérer les procédures pénales. Mesures réalisées» charge le Conseil fédéral, en collaboration avec les cantons, de réaliser un rapport sur les différentes mesures prises dans les cantons pour accélérer les procédures pénales. Comme le Conseil fédéral l'a déjà exposé à diverses reprises dans ses avis consacrés à la procédure de comparution immédiate⁵, la pratique a démontré dans divers cantons que les autorités de poursuite pénale disposaient, notamment à travers la procédure de l'ordonnance pénale, des instruments nécessaires pour pouvoir juger rapidement et efficacement les auteurs d'infractions violentes commises lors de manifestations sportives, d'infractions liées aux stupéfiants ou de vols. Ni les membres du groupe de travail ni les participants à la procédure de consultation, qu'il s'agisse de représentants des autorités de poursuite pénale ou des tribunaux, n'ont demandé de mesures supplémentaires pour accélérer les procédures. Le Conseil fédéral estime que le postulat n'a plus lieu d'être au vu des résultats de la procédure de consultation, d'autant que répondre aux questions qu'il pose demanderait aux cantons d'investir beaucoup de temps et de ressources. La Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) est elle aussi sceptique à l'égard du rapport demandé.

Le postulat 15.3502 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) «Droit de participer à l'administration des preuves. Examiner cette problématique lors de l'adaptation du Code de procédure pénale» charge le Conseil fédéral de réexaminer la participation à l'administration des preuves dans le cadre de l'adaptation du CPP. Ces préoccupations sont prises en compte à l'art. 147 du projet.

Enfin, le postulat 18.4063 Mazzone «Intégration de la justice restaurative dans notre législation, un progrès nécessaire» chargeait le Conseil fédéral d'évaluer comment intégrer des outils de justice restaurative dans le corpus législatif. Le Conseil fédéral a procédé à cette évaluation dans le cadre de la révision du CPP. Ses réflexions figurent au ch. 3.3.2.

⁵ Ip. 16.3447 Addor «Une procédure de comparution immédiate en Suisse?»; ip. 12.4117 Sommaruga Carlo «Pour une procédure pénale plus performante notamment en cas de flagrant délit»; po. 12.4076 Groupe libéral-radical «Introduction d'un processus judiciaire adapté à la lutte contre la petite délinquance»; mo. 12.3018 CPS-N «Lutte contre la violence lors de manifestations sportives»; mo. 11.3645 Buttet «Procédure de comparution immédiate pour les hooligans et délinquants»; mo. 09.3311 Stamm «Mettre en place des procédures rapides pour juger les auteurs d'infractions qui sont passés aux aveux ou qui ont été pris en flagrant délit»

2 Procédure préliminaire, consultation comprise

2.1 Examen de la praticabilité du CPP

La motion ne demande pas une évaluation au sens strict des règles en vigueur, mais plutôt un examen de l'adéquation du CPP à la pratique. L'Office fédéral de la justice (OFJ) a pour ce faire constitué un groupe de travail d'une trentaine de personnes⁶ composé de théoriciens du droit et de praticiens (policiers, procureurs, avocats, juges toutes instances confondues, y compris des tribunaux des mesures de contrainte, représentants de l'exécution et procureurs des mineurs). Les membres du groupe de travail ont été choisis en raison de leur activité professionnelle et non du fait de leur appartenance à une organisation spécialisée, à un groupement politique ou à une quelconque institution.

L'objectif premier de l'OFJ était de mettre en évidence lors des discussions au sein du groupe de travail les règles du CPP qui créent des problèmes dans la pratique, sont inappropriées ou ne sont pas pertinentes. Il a fallu quatre journées entières pour traiter cette question. Les séances ont également été l'occasion de discuter des moyens de remédier à ces insuffisances et d'esquisser des solutions.

L'évaluation de la loi du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes (LAVI)⁷ a porté en marge sur le CPP. L'un de ses modules avait pour but d'examiner les conséquences de l'introduction du code sur la situation des victimes. Différents groupes concernés ont été interrogés par écrit ou par oral (police, ministères publics, tribunaux pénaux, centres de consultation pour l'aide aux victimes, avocats des victimes, avocats de la défense). Le rapport final de l'institut de droit pénal et de criminologie de l'Université de Berne⁸ recommande six modifications législatives qui pourraient amélio-

⁶ Beeler Ruedi, président du tribunal des mesures de contrainte SZ; Cottier Eric, procureur général VD; Fingerhuth Thomas, avocat, Zurich; Forster Marc, conseiller scientifique au Tribunal fédéral, professeur à l'Université de St-Gall; Gafner Julien, avocat, Lausanne; Garré Roy, juge au Tribunal pénal fédéral, Bellinzona; Gless Sabine, professeure à l'Université de Bâle; Godenzi Gunhild, avocate, Zurich, et privat-docente à l'Université de Zurich; Guidon Patrick, juge cantonal SG; Gut Beat, juge cantonal ZH; Hansjakob Thomas, premier procureur SG; Jeanneret Yvan, avocat à Genève et professeur aux Universités de Genève et Neuchâtel; Jeker Konrad, avocat, Soleure; Keel Joe, responsable de l'office d'exécution judiciaire SG; Kerner Roland, avocat, Berne; Maeder Walter, procureur fédéral, Ministère public de la Confédération; Mazzuchelli Goran, avocat à Lugano et chargé de cours à l'Université de Come; Medici Reto, juge des mineurs TI; Melliger Hans, procureur en chef, ministère public des mineurs AG; Meuli Peter, président du tribunal des mesures de contrainte de Lucerne; Montanari Ruedi, procureur général suppléant, Ministère public de la Confédération; Moreillon Laurent, avocat à Lausanne et professeur à l'Université de Lausanne; Oberholzer Niklaus, juge fédéral, Lausanne; Perler Thomas, procureur, Berne; Perugini Antonio, procureur général suppléant TI; Rohner Christoph, chef de la division Droit et protection des données, fedpol; Ruckstuhl Niklaus, avocat à Allschwil et professeur à l'Université de Bâle; Schaefer Christine, présidente du tribunal régional Berne-Mittelland; Schläppi Sarah, avocate, Berne; Sträuli Bernhard, professeur à l'Université de Genève; Thormann Olivier, procureur fédéral en chef, Ministère public de la Confédération; Zuber Thomas, commandant de la police cantonale soleuroise. Les titres mentionnés datent de la période où le groupe de travail siégeait.

⁷ RS 312.5

⁸ Rapport final 2015

rer la position des victimes dans la procédure pénale. Le Conseil fédéral a attribué les mandats correspondants le 23 novembre 2016⁹.

2.2 Résultats de la procédure de consultation

Le 1^{er} décembre 2017, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police (DFJP) de mener une consultation sur l'avant-projet de modification du CPP. La consultation a pris fin le 14 mars 2018¹⁰.

66 participants ont rendu un avis.

27 d'entre eux se sont exprimés en faveur d'une révision du CPP, mais ont émis des critiques matérielles à l'égard de l'avant-projet¹¹.

Selon eux, les propositions envoyées en consultation n'étaient pas à même d'assurer l'adéquation du CPP à la pratique. Au lieu de ne concerner que les dispositions problématiques, elles introduisaient de leur point de vue de nouvelles contraintes de forme. Ils ont trouvé que de nombreuses dispositions étaient compliquées, qu'elles induisaient une charge de travail supplémentaire et qu'elles prolongeaient la procédure, au détriment de l'efficacité de la poursuite pénale. Ils ont regretté le formalisme de la révision. Si l'avant-projet apportait à leur avis quelques améliorations, il était dans son ensemble de nature à détériorer la situation. Ils ont critiqué la répartition des coûts résultant de la poursuite pénale, essentiellement à la charge des cantons, et ont appelé le législateur à plus de retenue. Ils ont manifesté leur opposition aux modifications qui, sans avantages significatifs pour la procédure, entraînaient une augmentation marquée des effectifs ou des coûts.

4 participants ont rejeté l'avant-projet dans son ensemble, au motif principal que la révision étendait les compétences des autorités de poursuite pénale au détriment des droits de la défense et de la justice. Ils ont déploré le fait que des réformes pourtant nécessaires n'aient pas été prises en main, que ce soit dans le domaine du droit pénal préventif, de la procédure de l'ordonnance pénale ou de la procédure simplifiée. Ils ont rappelé enfin que des révisions multiples mettaient à mal la pérennité du droit, et partant la sécurité juridique¹².

⁹ Communiqué 2016

¹⁰ Les documents envoyés en consultation (en particulier l'avant-projet et le rapport explicatif) et la synthèse des résultats de la consultation sont disponibles à l'adresse www.admin.ch > Consultations > Procédures de consultation terminées > 2017 > DFJP.

¹¹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 1

¹² Synthèse des résultats de la consultation, p. 2

Une majorité des participants ont donné leur accord de principe à diverses propositions, telles que la nouvelle réglementation de l'enregistrement des auditions par des moyens techniques¹³, la révision des droits de participation¹⁴ et de la disposition sur le risque de récidive en tant que motif de détention¹⁵, l'introduction d'une qualité pour recourir du ministère public contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte relatives à la détention¹⁶, la possibilité de demander des avances de frais dans les procédures portant sur des infractions contre l'honneur¹⁷ et celle de trancher certaines prétentions civiles dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale¹⁸.

En résumé, les participants à la consultation ont majoritairement approuvé la révision sur le principe. Deux exigences sont cependant apparues: premièrement, que la révision se concentre sur les points qui créent effectivement des difficultés en pratique et, deuxièmement, qu'elle n'occasionne pas de charge de travail supplémentaire pour les autorités d'application et ne prolonge pas la procédure.

3 Présentation du projet

3.1 Réglementation proposée

Lors de la refonte de l'avant-projet, on a pris en compte deux critiques générales formulées lors de la consultation. La première consistait à dire que la révision devait se limiter aux points qui occasionnent réellement des difficultés en pratique. La seconde voulait que les modifications proposées ne provoquent pas de coûts supplémentaires pour les autorités d'application ni n'allongent la procédure.

Le projet est en conséquence beaucoup moins étendu que l'avant-projet.

Les modifications les plus importantes sont exposées ci-dessous. Pour le détail, voir le commentaire des articles correspondants (voir le ch. 4).

¹³ AG, AI, AR, BE, BS, FR, GR, JU, LU, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, VD, ZG, ZH, PS, pvl, UDC, MPC, TPF, ASM, CCDJP, CCPCS, CDAS, Femmes Juristes, FIZ, FSA, FSFP, JDS, SCPVS, SSDP, Strafverteidiger, usam, UNIBE, UNIGE, UNINE, UVS

¹⁴ AG, AI, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, GR, LU, JU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, VD, VS, UR, ZG, ZH, PLR, PS, pvl, UDC, MPC, TF, Arbenz, CCDJP, CCPCS, CPS, Femmes Juristes, FIZ, FSA, FSFP, JDS, ODA, OG SH, SCPVS, SSDP, Strafverteidiger, UNIBE, UNIGE, UNINE, usam, UVS

¹⁵ AG, AI, AR, BE, BL, FR, GE, GR, JU, NE, NW, OW, SG, SH, SZ, SO, TI, VD, ZH, PS, pvl, TF, CCDJP, CCPCS, CDAS, CPS, ODA, SCPVS, SSDP, UNIGE, UVS

¹⁶ AG, AI, AR, BS, FR, GR, NE, SG, SO, SZ, VD, TF, CCDJP, CCPCS, SCPVS, SSDP, UNIGE, UNINE

¹⁷ AI, AR, BL, BS, FR, GR, LU, NW, SG, SH, SZ, TG, TI, VD, ZG, ZH, pvl, ASM, CCDJP, CPS, SSDP

¹⁸ AR, FR, GR, JU, SG, SO, SZ, VD, ZG, ZH, Arbenz, CCDJP, CCPCS, CDAS, Femmes Juristes, FIZ, ODA, SCPVS, solidaritéS, UNIBE, UNIGE

3.1.1 Pas d'exceptions au principe de la double instance

La loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)¹⁹ pose le principe d'une *double instance pénale cantonale* (art. 80, al. 2, 1^{re} phrase, LTF). Il y a des exceptions à ce principe (voir par ex. l'art. 75, al. 2, let. b, LTF). D'autres exceptions se sont ajoutées lors de l'entrée en vigueur du CPP le 1^{er} janvier 2011 (art. 80, al. 2, 3^e phrase, LTF). Elles concernent par exemple les décisions du tribunal des mesures de contrainte ou des tribunaux chargés de statuer sur la levée des scellés, sur l'hospitalisation à des fins d'expertise ou sur la garantie de l'anonymat de la personne à protéger.

Les exceptions prévues dans le CPP en vigueur augmentent la charge du Tribunal fédéral, car elles lui attribuent des tâches relevant d'une première autorité de recours. Cette attribution est contraire à la tâche première du Tribunal fédéral, autorité judiciaire suprême chargée de trancher des questions de droit en dernière instance et de garantir une application uniforme du droit²⁰.

Dans son projet de modification de la LTF et dans le message du 15 juin 2018 y afférant²¹, le Conseil fédéral a proposé de supprimer les exceptions figurant dans le CPP.

Le projet de révision du CPP ne s'écarte pas de cette décision. Il reprend les mêmes modifications que le projet de révision de la LTF, afin de garantir la réalisation du principe de la double instance dans la procédure pénale indépendamment du projet de révision qui sera adopté ou entrera en vigueur en premier.

Les adaptations concernent les art. 40, al. 1, 59, al. 1, 125, al. 2, 150, al. 2, 2^e phrase, 186, al. 2, 2^e phrase, et al. 3, 248, al. 3, 393, al. 1, let. c, et 440, al. 3 (voir le ch. 2).

3.1.2 Extension du champ d'application de l'enregistrement des auditions par des moyens techniques

Le droit en vigueur exige l'établissement d'un procès-verbal dans lequel les dépositions faites lors d'une audition sont consignées en substance et séance tenante, c'est-à-dire que le procès-verbal doit être établi pendant que l'audition a lieu. Une révision de l'art. 78 entrée en vigueur en 2013 n'y a rien changé. Elle permet au tribunal de renoncer à lire le procès-verbal à la personne entendue ou à le lui remettre pour lecture et à le lui faire signer si l'audition est enregistrée par des moyens techniques. Cette possibilité ne concerne que les débats et ne dispense pas le tribunal de dresser un procès-verbal séance tenante pendant les auditions.

¹⁹ RS 173.110

²⁰ Rapport explicatif 2015, ch. 2.4

²¹ FF 2018 4713

Ces règles sont trop restrictives, au moins à deux égards. D'une part, les allègements se limitent aux débats, alors que la majorité des procès-verbaux sont sans doute établis au cours de la procédure préliminaire. D'autre part, il est difficile de comprendre pourquoi on ne pourrait pas établir un procès-verbal ultérieurement sur la base des enregistrements.

Le projet prévoit de supprimer l'obligation de dresser le procès-verbal séance tenante si l'audition est enregistrée par des moyens techniques, c'est-à-dire qu'il pourra être établi à l'issue de l'audition. Il suffira que les dépositions soient consignées en substance et non mot pour mot, pour autant qu'il ne s'agisse pas de questions et de réponses déterminantes (voir l'art. 78, al. 3). Les nouvelles règles vaudront également pour la procédure préliminaire.

On renonce par contre à rendre les enregistrements des auditions obligatoires. On pourrait certes aboutir de la sorte à une pratique uniforme dans toute la Suisse, mais les enregistrements auraient un coût pour les cantons lié à l'achat de matériel. Ils pourraient de plus s'avérer superflus dans les cas simples et de moindre ampleur dans lesquels dresser un procès-verbal en substance et séance tenante peut être tout à fait approprié.

On renonce également à autoriser des enregistrements sans retranscription. À première vue, les cantons pourraient réaliser des économies en renonçant à la retranscription des auditions. Mais les membres du tribunal saisi de l'affaire, le tribunal des mesures de contrainte, la défense et les représentants des autres parties seraient tenus d'écouter longuement les enregistrements et de prendre des notes. Les coûts pourraient en définitive être plus élevés que ce que permettraient d'économiser les enregistrements sans retranscription.

3.1.3 Anticipation du calcul et de la motivation de l'action civile

Les discussions menées au sein du groupe de travail ont mis au jour une problématique à laquelle sont principalement confrontés les tribunaux de première instance et la défense. Selon le droit en vigueur, le calcul et la motivation des conclusions civiles doivent être présentés au plus tard durant les plaidoiries tenues pendant les débats (art. 123, al. 2, CPP). Le tribunal et la défense ne doivent donc se pencher sur des documents parfois volumineux censés prouver les prétentions civiles qu'une fois atteint le stade des débats. Il est alors souvent impossible, surtout pour la défense, d'étudier les prétentions et les justificatifs avec toute l'attention nécessaire. Il ne lui reste plus alors qu'à s'opposer aux prétentions dans leur globalité. Le tribunal se retrouve dans la même situation: il ne peut trancher l'action civile que sur le principe et doit renvoyer au civil pour le surplus. Cette manière de faire n'est dans l'intérêt ni des parties, qui doivent subir une nouvelle procédure judiciaire, ni de l'économie de la procédure.

Le projet prévoit que la partie plaignante présente le calcul et la motivation de ses conclusions civiles à un stade antérieur à celui prévu dans le droit en vigueur.

L'avant-projet prévoyait qu'elle le fasse au plus tard à la clôture de l'instruction, mais certains participants à la consultation ont jugé que ce délai était trop court pour les lésés dépourvus de représentant légal. Le Conseil fédéral propose de ce fait que la partie plaignante présente le calcul et la motivation de ses conclusions civiles dans le délai fixé par la direction de la procédure pour présenter ses réquisitions de preuves dans le cadre des débats. Bien qu'il s'agisse là d'un stade avancé, il restera suffisamment de temps à la partie adverse et au tribunal pour étudier les conclusions civiles.

3.1.4 Participation aux actes de procédure

La réglementation du droit de participer est certainement le point le plus critiqué du droit en vigueur. Ce droit consiste à permettre aux parties d'assister à l'administration des preuves, y compris aux auditions des témoins et des coprévenus (art. 147 CPP). Ce dernier cas pose problème en pratique car, en fonction de l'ordre de comparution, le prévenu peut avoir en tête les dépositions de ses coprévenus au moment où il est interrogé sur les mêmes faits et adapter ses déclarations. Le droit de participer privilégie le prévenu auditionné en premier, car il est le seul à pouvoir faire des aveux spontanés et à bénéficier de la sorte d'une atténuation de la peine. Un prévenu auditionné ultérieurement se verra reprocher de n'avoir avoué que parce qu'il a eu connaissance des aveux d'un autre prévenu en participant à son audition.

Dans la pratique, il arrive qu'on scinde la procédure (art. 30 CPP) pour éviter que les coauteurs aient qualité de partie et puissent assister à l'administration des preuves. Cette manière de procéder met à mal le principe de l'unité de la procédure lorsqu'il y a plusieurs coauteurs ou participation (art. 29 CPP). L'autre option, qui consiste à fixer l'ordre des auditions en fonction du degré de connaissance présumé des faits, n'est pas non plus satisfaisante. Avant une audition, on ne peut pas réellement déterminer ce qu'une personne sait et a à dire.

Bien que critiqué, le droit de participer est un pilier du droit de la procédure. Son extension lors de l'élaboration du CPP a été un choix délibéré. Comme l'a noté le Tribunal fédéral, le législateur a voulu renforcer les droits des parties et le droit de participer dans le nouveau CPP pour compenser le fait qu'il asseyait le statut du ministère public dans la procédure préliminaire²². Il faut conserver cet équilibre voulu par le législateur, d'autant plus que le tribunal ne réitère l'administration des preuves qui ont déjà été administrées pendant la procédure préliminaire que si la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement (art. 343, al. 3, CPP).

Les besoins des praticiens, d'une part, et l'importance du droit de participer, d'autre part, rendent une restriction de ce droit nécessaire, mais elle doit être mesurée. On ne saurait limiter le droit de participer au minimum requis par la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)²³ comme l'exigent certains. Selon la jurisprudence de la Cour européenne

²² ATF 139 IV 25, consid. 5.3

²³ RS 0.101

des droits de l'homme (Cour EDH), il suffit pour mettre en œuvre le droit d'affronter les témoins à charge (y compris ses coprévenus) statué à l'art. 6, ch. 3, let. d, CEDH que le prévenu *ou* son défenseur ait eu au moins une occasion appropriée de faire usage de son droit de confrontation. Se contenter de ce minimum ne suffit pas au regard de l'importance particulière que le CPP accorde au droit de participer et des principes qui le sous-tendent. Lorsque les codes de procédure cantonaux étaient encore en vigueur, le droit de participer n'était pas non plus limité au minimum requis par la CEDH. Dans la plupart des cantons, un prévenu pouvait être exclu de l'audition d'un coprévenu si celle-ci avait pour objet des éléments auxquels le coprévenu n'avait pas encore pu être confronté²⁴.

Si l'on restreignait le droit de participer plus que ne le propose le projet, on perturberait l'équilibre qui règne entre la position forte du ministère public, d'une part, et les droits des parties, d'autre part. Il faudrait si tel était le cas prendre des mesures compensatoires, par exemple renforcer le principe de l'immédiateté des preuves dans le cadre des débats, restreindre le champ d'application de la procédure de l'ordonnance pénale²⁵ ou étendre les possibilités de recours pour les cas où le ministère public écarte les réquisitions de preuves.

Le projet s'appuie, comme indiqué plus haut, sur la situation juridique qui prévalait dans les cantons avant l'entrée en vigueur du CPP. Il prévoit que le droit du prévenu de participer à l'audition, notamment de ses coprévenus ou de témoins, peut être restreint tant qu'il ne s'est pas exprimé lui-même sur le sujet de l'audition.

3.1.5 Précision des conditions de la mise en détention pour risque de récidive

La majorité des participants à la consultation s'est félicitée de ce que l'avant-projet prévoit qu'une seule infraction antérieure suffit. Or la mise en détention pour risque de récidive est avant tout préventive, un type de détention qui constitue une atteinte grave aux droits de la personne concernée. Le Conseil fédéral, pour des motifs liés à l'état de droit, a donc fait marche arrière et rétabli l'exigence de plusieurs infractions qui figure dans le droit en vigueur.

Il propose par contre, comme l'ont demandé certains participants à la consultation et conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, une mise en détention en cas de risque de récidive qualifié. Une infraction antérieure ne sera pas toujours requise, mais les conditions de la mise en détention seront particulièrement strictes.

²⁴ ATF 139 IV 25, consid. 5.5.4.1

²⁵ Voir les propositions de *Weder*, forumpoenale 2016, p. 282.

3.1.6 **Légitimation du ministère public à recourir contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte**

Comme indiqué au ch. 3.1.1, il ne devra plus y avoir d'exceptions au *principe de la double instance*. Autant le prévenu que le ministère public devront pouvoir attaquer les décisions du tribunal des mesures de contrainte.

La *jurisprudence du Tribunal fédéral* sera intégrée au CPP. Peu de temps après l'entrée en vigueur du CPP, le Tribunal fédéral avait rendu un arrêt de principe selon lequel tant le prévenu que le ministère public avaient le droit de recourir contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte, et ce bien que le libellé du CPP exclue le ministère public²⁶.

Ce n'est pas la procédure ordinaire, mais une procédure accélérée qui s'appliquera pour les recours du ministère public contre les décisions de mise en détention du tribunal des mesures de contrainte (art. 226a), dans le respect des règles relatives aux délais fixées dans les normes de droit supérieur et de la maxime de célérité (art. 5, al. 2, CPP).

3.1.7 **Conditions d'établissement des profils d'ADN**

L'art. 255, al. 1, CPP dispose que le prélèvement d'un échantillon et l'établissement d'un profil d'ADN peuvent être ordonnés pour élucider un crime ou un délit.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un profil d'ADN peut être établi aux fins d'élucidation des actes sur lesquels porte la procédure, mais aussi d'infractions que le prévenu risque de commettre ou qu'il a déjà commises, mais qui ne sont pas encore connues. Le Tribunal fédéral considère néanmoins qu'il est illicite de faire établir systématiquement des profils d'ADN des prévenus pour la simple raison qu'ils sont impliqués dans une procédure pénale.

La procédure de consultation a donné lieu à diverses propositions. Si certains participants ont exigé qu'on adapte le code pour que le prélèvement d'un échantillon d'ADN ne soit possible que pour élucider l'infraction sur laquelle porte la procédure, d'autres ont voulu qu'on y inscrive une jurisprudence plus ancienne du Tribunal fédéral selon laquelle il suffit d'une certaine probabilité que le prévenu soit mêlé à d'autres infractions d'une certaine gravité pour que le prélèvement puisse avoir lieu²⁷.

Le projet définit les conditions auxquelles un profil d'ADN peut être établi lorsqu'il n'est pas nécessaire pour élucider l'infraction qui a donné lieu à la procédure, mais qu'il pourrait l'être pour élucider d'autres infractions qui ont déjà été commises ou qui risquent d'être commises à l'avenir (art. 255 et 257).

²⁶ ATF 137 IV 22

²⁷ Synthèse des résultats de la consultation, pp. 31 s.

3.1.8 Procédure de l'ordonnance pénale

Malgré les critiques exprimées lors de la consultation, le projet maintient dans certains cas l'obligation pour le ministère public d'entendre le prévenu avant de rendre une ordonnance pénale (art. 352a).

Il s'agit par ce biais d'accorder au prévenu le droit d'être entendu, qui découle du droit à un procès équitable, lorsqu'il doit purger une peine privative de liberté, sanction qui restreint relativement fortement ses droits. Le ministère public pourra de plus, lors de cette audition, permettre au prévenu de s'exprimer, mais aussi lui expliquer quels sont le contenu (par ex. l'appréciation juridique des faits) et la portée (par ex. une condamnation inscrite au casier judiciaire) de l'ordonnance pénale²⁸. Il y aura alors plus de chances que le prévenu accepte l'ordonnance pénale et renonce à faire opposition.

Le prévenu pourrait certes exercer son droit d'être entendu en faisant opposition à l'ordonnance pénale, puisque le ministère public est tenu de l'entendre dans ce cas²⁹. Mais cette possibilité n'est pas équivalente à une audition obligatoire prévue par la loi. L'opposition n'a pas pour but de permettre au prévenu d'exercer *a posteriori* ses droits procéduraux, mais de lui donner la possibilité de se défendre contre une ordonnance pénale contestable sur le plan de la faute ou sur le plan de la peine. De plus, le prévenu doit pouvoir jouir d'office de ses droits procéduraux, sans compter qu'en faisant opposition, il s'expose à des coûts supplémentaires, voire à une peine plus lourde³⁰.

Certains cantons (par ex. ZH, SZ et SG) considèrent qu'une audition est nécessaire dans certains cas et ont émis des directives en la matière, preuve s'il en faut qu'une obligation d'entendre le prévenu peut fonctionner en pratique. La visée du CPP est d'unifier le droit de la procédure et son application; il paraît donc judicieux d'établir une réglementation uniforme pour toute la Suisse.

Le projet ne va toutefois pas aussi loin que l'avant-projet, puisque le ministère public ne devra entendre le prévenu que s'il a l'intention de rendre une ordonnance pénale condamnant le prévenu à une peine privative de liberté à exécuter (sans sursis, avec sursis partiel ou après révocation du sursis).

Le ministère public aura en outre la possibilité de trancher certaines *prétentions civiles dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale*, comme c'est déjà le cas dans la procédure pénale des mineurs (art. 353, al. 2).

Enfin, le projet propose de consacrer dans la loi la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la *légitimation de la partie plaignante à faire opposition*. L'autorité judiciaire suprême légitimera la partie plaignante dans ce sens lorsque celle-ci a qualité pour recourir au sens de l'art. 382, al. 1, CPP (art. 354, al. 1, let. b^{bis}, et 1^{er}).

²⁸ *Schwarzenegger* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm, ad art. 352 n° 5

²⁹ *Daphinoff*, Strafbefehlsverfahren, pp. 343 s.; *Thommen*, Prozess, pp. 80 s.

³⁰ *Thommen*, Prozess, pp. 79 s.

3.1.9 **Détention pour des motifs de sûreté en rapport avec la procédure donnant lieu à une décision judiciaire indépendante**

Le CPP en vigueur ne règle pas expressément la mise en détention pour des motifs de sûreté (qui relève du droit de l'exécution des peines) en rapport avec la procédure donnant lieu à une décision judiciaire indépendante. Le *Tribunal fédéral* considère dans sa *jurisprudence* qu'elle est licite dans ce cadre en application par analogie des dispositions sur la détention provisoire et de celles sur la détention pour des motifs de sûreté (art. 229 à 233 en relation avec les art. 221 et 220, al. 2, CPP)³¹.

Des considérations liées à l'état de droit imposent aujourd'hui l'adoption d'une règle explicite dans le CPP fondée sur la jurisprudence du Tribunal fédéral (art. 365b).

Les Chambres fédérales ont adopté en 2010 la motion 09.3443 Sommaruga Carlo («Réintégration des condamnés»), qui charge le Conseil fédéral de présenter une modification du CPP visant à introduire le principe d'une décision urgente et provisoire des autorités administratives en vue d'une réintégration des condamnés dans le régime de l'exécution (détention), et ce notamment afin de protéger la population.

En exécution de la motion, le Conseil fédéral propose une réglementation selon laquelle l'autorité compétente pour l'introduction de la procédure donnant lieu à une décision judiciaire indépendante pourra ordonner la détention pour des motifs de sûreté à des conditions quasi-identiques à celles qui s'appliquent lorsqu'un tribunal rend une décision (art. 365a).

3.2 **Motifs et appréciation de la solution retenue**

Les modifications proposées ne concernent pour l'essentiel que des domaines dans lesquels l'application du code a entraîné des difficultés ou a eu des effets indésirables. On renonce par contre à modifier ou à abroger des règles certes critiquées (par ex. celles concernant la procédure simplifiée), mais qui ont fait la preuve de leur efficacité. On maintient la structure de base du CPP sans remettre en question les décisions du législateur.

³¹ ATF 137 IV 333, consid. 2; arrêts du Tribunal fédéral 1B_6/2012 du 27 janvier 2012, 1B_146/2013 du 3 mai 2013 et 1B_371/2016 du 11 novembre 2016

3.3 Propositions non retenues

3.3.1 Propositions de l'avant-projet

Le projet fait l'impasse sur diverses propositions de l'avant-projet. Celles qui ont fait l'objet des critiques les plus âpres lors de la consultation sont exposées ci-dessous.

Publication dans la feuille officielle des ordonnances pénales ne pouvant pas être notifiées (art. 88, al. 4, AP-CPP)

Une nette majorité des participants à la consultation qui se sont exprimés à ce sujet ont rejeté la proposition selon laquelle les règles de publication des ordonnances pénales impossibles à notifier devaient être les mêmes que pour les jugements et autres prononcés. Ils ont en particulier avancé que ces ordonnances pénales ne parviendraient pas davantage à la connaissance de leurs destinataires une fois publiées dans la feuille officielle. Sans valeur ajoutée pour les personnes condamnées, elles auraient un coût élevé pour les autorités de poursuite pénale et mobiliseraient d'importantes ressources en personnel³². Ces objections sont pertinentes.

Défense obligatoire en cas d'intervention du ministère public devant le tribunal des mesures de contrainte (art. 130, let. d, AP-CPP)

Les critiques d'une majorité des participants à la consultation ont conduit le Conseil fédéral à retirer du projet la proposition d'une défense obligatoire en cas d'intervention du ministère public devant le tribunal des mesures de contrainte. L'argument selon lequel de tels cas sont rares car, souvent, d'autres motifs commandent que le prévenu ait un représentant légal l'a convaincu, d'autant qu'il faudrait, en l'absence d'autres motifs, congédier le défenseur aussitôt l'intervention du ministère public devant le tribunal des mesures de contrainte terminée. Cette mesure, sans plus-value pour le prévenu, serait inutilement coûteuse³³.

Honoraires du défenseur d'office (art. 135, al. 1, 2^e phrase, AP-CPP)

Vu l'opposition exprimée par la majorité des participants à la consultation, le Conseil fédéral renonce à accorder des honoraires plus élevés au défenseur d'office en cas d'acquiescement ou d'ordonnance de classement. Les opposants à cette mesure motivent leur refus en rappelant que le défenseur d'office ne risque nullement de ne pas recouvrer ses honoraires. De nombreux participants ne comprennent par ailleurs pas pourquoi les honoraires devraient être fonction de l'issue de la procédure comme s'il s'agissait d'une rémunération au résultat³⁴.

Séparation des fonctions de juge d'instruction et de juge de la mise en détention pour des raisons de partialité (art. 230, al. 3 et 4, 231, al. 2, 232 et 233 AP-CPP)

Une majorité des participants ont refusé qu'on sépare les fonctions de juge de la mise en détention et de juge au fond. Le Tribunal fédéral ne s'est jamais opposé à ce qu'une seule et même personne assume les deux fonctions et l'adéquation à la pra-

³² Synthèse des résultats de la consultation, p. 6

³³ Synthèse des résultats de la consultation, p. 7

³⁴ Synthèse des résultats de la consultation, p. 9

tique du droit en vigueur n'est pas remise en question, si bien que le Conseil fédéral a décidé de s'abstenir de modifier ces dispositions³⁵.

Procédure de l'ordonnance pénale (art. 352, al. 1, phrase introductive, 1^{bis} et 3, 353, al. 2, et 354, al. 1^{er}, AP-CPP)

Les modifications de la procédure de l'ordonnance pénale proposées dans l'avant-projet ont essuyé de vives critiques. Le Conseil fédéral renonce par conséquent à une partie d'entre elles.

Une majorité très nette des participants à la consultation a refusé qu'on restreigne la compétence du ministère public de rendre des ordonnances pénales lorsque des victimes sont parties plaignantes, une mesure inspirée du rapport d'évaluation de la LAVI (voir l'art. 352, al. 1, 1^{bis} et 3, AP-CPP). Une partie des opposants à cette mesure ont évoqué que les motifs avancés n'étaient pas en adéquation avec les constats de la pratique. Certains ont par ailleurs noté qu'il n'y avait pas que des victimes de violence domestique ou sexuelle, mais une multitude de victimes dont il faut prendre en compte les intérêts. Des participants ont affiché leur incompréhension quant au traitement distinct des victimes par rapport aux lésés. Enfin, d'aucuns ont dit craindre que des peines moins sévères soient infligées uniquement pour éviter une procédure ordinaire et, de la sorte, réaliser des économies³⁶.

Le délai d'opposition plus long proposé dans certains cas (voir l'art. 354, al. 1^{er}, AP-CPP) serait, comme l'ont souligné à juste titre des participants à la consultation, contraire à ce qui se pratique pour les autres voies de droit. La distinction entre les cas entraînerait par ailleurs, de l'opinion de certains, une insécurité juridique et une charge de travail inutile occasionnée par le contrôle de la force exécutoire³⁷.

Retrait fictif de l'opposition (art. 355, al. 2, et 356, al. 4, AP-CPP)

Le Conseil fédéral décide, au vu des résultats de la consultation, de maintenir le retrait fictif de l'opposition en raison de son adéquation à la pratique et de la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral, qui tient déjà suffisamment compte des considérations liées à l'état de droit³⁸.

Non reformatio in pejus (art. 391, al. 2, 1^{re} phrase, AP-CPP)

Le Conseil fédéral renonce à préciser le principe de la *non reformatio in pejus* comme il le proposait dans l'avant-projet. La majorité des participants à la consultation s'y oppose en raison des incohérences que cette proposition engendre. La jurisprudence du Tribunal fédéral relative à ce principe est considérée comme appropriée³⁹.

³⁵ Synthèse des résultats de la consultation, p. 15

³⁶ Synthèse des résultats de la consultation, p. 20

³⁷ Synthèse des résultats de la consultation, pp. 21 s.

³⁸ Synthèse des résultats de la consultation, p. 21

³⁹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 24

*Compensation des frais de procédure par les indemnités pour tort moral
(art. 442, al. 4, AP-CPP)*

La majorité des participants à la consultation rejette la proposition émanant de l'initiative parlementaire 13.466 de la CAJ-N («Compensation des frais de justice avec les indemnités pour tort moral allouées en raison de mesures de contrainte illicites») selon laquelle les autorités pénales devraient pouvoir compenser les créances portant sur des frais de procédure par les indemnités accordées à la partie débitrice dans la même procédure pénale. Les opposants à cette mesure ont avancé que ces indemnités sont un signe de réparation des injustices subies et qu'il incombe à l'État de prendre ses responsabilités⁴⁰. Le Conseil fédéral se rallie à cette interprétation et renonce à une adaptation.

3.3.2 Propositions émanant de la consultation

Les participants à la consultation ont fait de nombreuses propositions de modification⁴¹. Parmi celles qui n'ont pas été suivies, les plus importantes figurent ci-dessous.

Base légale pour les recherches par Internet (art. 211 CPP)

Plusieurs participants demandent une base légale expresse dans le CPP pour que les avis de recherche puissent être publiés sur Internet. Cette base légale doit selon eux⁴² être conforme à la recommandation de la Conférence des procureurs de Suisse (CPS) concernant la participation du public aux recherches à la suite d'échauffourées et de débordements⁴³. Le Conseil fédéral préfère toutefois renoncer jusqu'à nouvel ordre à une telle base légale, étant donné que le droit en vigueur comporte déjà des dispositions qui règlent les recherches, et qui sont applicables aux recherches par Internet (art. 211, en relation avec les art. 197 et 74 CPP)⁴⁴. Étant donné la rapidité des évolutions technologiques, il ne serait pas judicieux de régler de manière par trop détaillée les recherches par Internet dans la loi. La recommandation de la CPS permet de mieux répondre à des changements rapides.

Justice restaurative

15 participants ont demandé que la justice restaurative figure dans la procédure pénale applicable aux adultes. Ils ont mis en avant les expériences positives faites à l'étranger, dans certains cantons et dans la procédure pénale du 20 mars 2009 applicable aux mineurs (PPMin)⁴⁵. De leur point de vue, la justice restaurative doit être

⁴⁰ Synthèse des résultats de la consultation, p. 26

⁴¹ Synthèse des résultats de la consultation, pp. 29 ss

⁴² Synthèse des résultats de la consultation, p. 31

⁴³ Disponible à l'adresse www.ssk-cps.ch > Recommandations > Recommandation /

⁴⁴ La participation du public aux recherches à la suite d'échauffourées et de débordements
Voir les avis du Conseil fédéral du 21 août 2013 sur le postulat 13.3428 Chopard-Acklin («Cyberenquêtes policières. Garantir la sécurité du droit pour les citoyens et la police») et sur la motion 13.3587 Glanzmann-Hunkeler («Recherche de personnes par Internet. Simplifier la procédure»).

⁴⁵ Synthèse des résultats de la consultation, p. 32

perçue comme une alternative au règlement judiciaire des conflits. Elle doit pouvoir s'appliquer à toutes les infractions indépendamment de leur gravité. Ce vaste champ d'application nécessite que les conséquences juridiques ne soient pas décrites de manière trop précise, pour laisser une marge d'appréciation au juge.

La justice restaurative n'est pas étrangère au droit pénal suisse. L'art. 53 du code pénal (CP)⁴⁶ (réparation) a pour objectif de réconcilier les auteurs d'infractions avec les lésés⁴⁷ et permet à l'autorité compétente de renoncer à poursuivre les premiers ou à leur infliger une peine.

Cela dit, la réparation n'est faite que pour les infractions pour lesquelles les conditions d'une peine avec sursis sont remplies. Les Chambres fédérales ont même il y a peu durci les conditions d'application de l'art. 53 CP; il faudra que l'auteur ait admis les faits et qu'il encoure une peine privative de liberté d'un an au plus⁴⁸.

Une justice restaurative au champ d'application vaste telle que la proposent les participants à la consultation serait contraire à ce durcissement. Elle pourrait être source de contradictions avec l'article sur la réparation, dont les conditions deviendraient inutiles.

Le Conseil fédéral n'y est pas favorable.

Il serait tout au plus envisageable d'élaborer des dispositions réglant la procédure qui mène à une réparation au sens de l'art. 53 CP. Cela dit, ni les discussions menées au sein du groupe de travail (voir le ch. 1.1.3), ni les résultats de la consultation, ni aucun autre élément ne laissent entrevoir que l'absence de telles dispositions pose un problème dans la pratique de la poursuite et du jugement des infractions. Au contraire, le fait que seuls deux cantons (Genève⁴⁹ et Fribourg⁵⁰) souhaitent qu'on règle la médiation dans le droit pénal applicable aux adultes donne à penser que les praticiens n'ont guère besoin d'une réglementation plus approfondie dans le droit fédéral.

On peut par contre observer avec satisfaction que la réconciliation entre les victimes et les auteurs d'infractions revêt une importance accrue pendant la phase où la peine est exécutée, c'est-à-dire après la clôture de la procédure. La justice restaurative est possible pendant cette phase sans nouvelles dispositions fédérales.

Mise en accusation différée

Dans l'avis qu'il a fourni lors de la procédure de consultation, le Ministère public de la Confédération (MPC) propose un nouvel instrument, celui de la mise en accusation différée.

Il consisterait pour le ministère public, dans les procédures menées contre une entreprise, à conclure une convention avec l'entreprise en question plutôt que de demander la mise en accusation au juge. Dans la convention, l'entreprise reconnaîtrait les faits qui lui sont reprochés et s'entendrait avec le ministère public sur le montant de

⁴⁶ RS 311.0

⁴⁷ BSK-StGB Riklin, ad art. 53 n° 5

⁴⁸ Loi fédérale du 14 décembre 2018 modifiant la disposition sur la réparation (Modification du code pénal, du droit pénal des mineurs et du code pénal militaire), RO 2019 1809 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2019)

⁴⁹ www.ge.ch/justice > Comprendre la justice > Médiation > Médiation pénale

⁵⁰ www.fr.ch/sj > Médiation judiciaire

l'amende à payer, sur le séquestre et la confiscation de valeurs patrimoniales et sur les dispositions que l'entreprise doit prendre pour remédier au manque d'organisation fondant la responsabilité pénale et prévenir d'autres infractions. Cette convention régirait également les prétentions civiles de la partie plaignante et définirait un mécanisme permettant d'imposer le respect des dispositions, de remédier au manque d'organisation et de prévenir d'autres infractions. Elle instituerait un délai d'épreuve pendant lequel l'entreprise devrait se tenir à la convention. En cas de succès de la mise à l'épreuve, la procédure pénale serait classée; en cas d'échec, le ministère public demanderait la mise en accusation au juge.

Le MPC estime que, dans le droit en vigueur, la condamnation d'une entreprise a souvent des conséquences économiques indésirables, dans la mesure où suite à la condamnation, l'entreprise ne peut plus exercer son activité à l'étranger. Sa proposition permettrait selon lui d'élucider les faits, d'obtenir le versement de l'amende convenue et de régler les effets accessoires de manière à ce que l'entreprise compense le tort qu'elle a causé; une condamnation s'avérerait alors inutile.

Le Conseil fédéral ne méconnaît pas le point de vue du MPC selon lequel il est souhaitable de disposer d'instruments permettant de clore rapidement des procédures complexes menées à l'encontre d'entreprises. Mais les règles proposées seraient source d'incohérences et soulèvent différentes questions.

Elles ne feraient que renforcer la position déjà forte du ministère public sans contrepouvoir et sans mécanisme de contrôle (par ex. autorisation du juge, voies de droit).

Selon la conception du droit pénal, les individus se conforment aux règles parce qu'ils risquent des sanctions en cas d'infraction. Cette conception serait mise à mal s'il était possible d'«acheter» la renonciation à la poursuite pénale en cas d'infraction en payant une amende et en promettant de bien se tenir à l'avenir. La situation serait particulièrement problématique en cas d'infraction intentionnelle.

Selon le droit en vigueur, toute sanction repose sur un verdict de culpabilité. Or selon la proposition du MPC, l'entreprise pourrait s'engager à payer une amende sans être reconnue coupable.

La proposition du MPC laisse la porte ouverte aux ententes sur les sanctions, les effets accessoires, les prétentions civiles, etc. entre l'entreprise et le ministère public, sans qu'un juge puisse se prononcer sur la convention passée. Les règles demandées vont plus loin que celles relatives à la procédure simplifiée.

Selon la proposition du MPC toujours, le ministère public et l'entreprise pourraient s'entendre sur les prétentions civiles sans même que la partie plaignante soit associée à la convention.

Enfin, la proposition du MPC pose comme prérequis à une convention que l'entreprise participe pleinement à l'enquête. Elle ne dit pas ce qu'il adviendrait des éléments réunis si une mise en accusation était finalement prononcée.

Au vu de ce qui précède, le Conseil fédéral préfère renoncer à mettre en place une mise en accusation différée.

4 Commentaire des dispositions

4.1 Code de procédure pénale

Art. 19, al. 2, let. b

Le droit en vigueur exclut le jugement par un juge unique lorsque le ministère public demande un traitement au sens de l'art. 59, al. 3, CP, c'est-à-dire une mesure thérapeutique institutionnelle dans un établissement fermé.

Cette réglementation ne tient pas compte du fait que, dans la pratique, le ministère public ne demande pas la forme de traitement visée à l'al. 3, mais plus généralement une mesure thérapeutique institutionnelle au sens de l'art. 59 CP. Si le tribunal donne suite à cette demande, il incombe à l'autorité d'exécution de déterminer si le traitement doit s'effectuer dans un établissement psychiatrique approprié ou dans un établissement d'exécution des mesures selon l'art. 59, al. 2, CP ou encore dans un établissement fermé au sens de l'al. 3.

Le critère du traitement au sens de l'art. 59, al. 3, CP n'est donc pas pertinent pour déterminer la compétence du juge unique, qui doit de ce fait toujours être exclue lorsque le ministère public demande un traitement au sens de l'art. 59 CP. L'exécution peut s'effectuer dans un établissement fermé, ce qui représente une mesure très sévère; il est donc impératif qu'un collège se prononce en la matière.

L'art. 82, al. 1, let. b, pose le même problème: il doit être exclu que le tribunal de première instance renonce à une motivation écrite du jugement si un traitement au sens de l'art. 59 CP est ordonné.

La majorité des participants à la consultation a approuvé ces adaptations⁵¹.

Art. 40, al. 1

Voir aussi les explications présentées au ch. 3.1.1.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵², le recours au Tribunal fédéral est directement ouvert contre la décision du premier procureur ou du procureur général qui tranche un conflit de for dans un canton.

En outre, cette possibilité est contraire au principe de la double instance fixé à l'art. 80, al. 2, LTF.

La modification de l'art. 40, al. 1, élimine ce problème: les décisions du premier procureur ou du procureur général n'étant plus considérées comme «définitives», elles relèveront de l'art. 393 CPP.

5 participants à la consultation ont approuvé la modification proposée; 6 l'ont rejetée⁵³. Comme expliqué au ch. 3.1.1, le Conseil fédéral a décidé de faire appliquer sans exception le principe de la double instance en adoptant le 15 juin 2018 le mes-

⁵¹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 4.

⁵² ATF 138 IV 214

⁵³ Synthèse des résultats de la consultation, pp. 4 s.

sage sur la révision de la LTF. Il convient de s'en tenir à cette décision récente même si elle a été rejetée par une faible majorité lors de la consultation.

Art. 55, titre, et 55a

Dans la pratique de l'entraide judiciaire internationale, il arrive souvent que le droit de l'État requis exige que les mesures de contrainte soient ordonnées par le juge, alors que le ministère public est seul compétent pour les ordonner en vertu du droit suisse. Cette situation se présente surtout dans les relations avec les pays de *common law* et le cas le plus fréquent est la saisie de valeurs. L'État requis est alors généralement prêt à octroyer l'entraide seulement si la mesure a été ordonnée par le juge, tandis que le droit suisse ne permet pas d'établir quel tribunal serait compétent en la matière, car il n'exige précisément pas de décision judiciaire.

La nouvelle disposition de l'art. 55a prévoit donc que le tribunal des mesures de contrainte est compétent dans ce cas. La compétence à raison du lieu est déterminée selon les règles générales. En se prononçant, le tribunal des mesures de contrainte devra examiner, quant au fond, si la mesure peut être approuvée. Ainsi, il ne pourra pas se contenter de constater qu'en vertu du droit suisse, il appartient au ministère public d'ordonner la mesure requise.

En relation avec cette nouvelle réglementation, il convient de prendre en considération la modification proposée à l'art. 30 de la loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (EIMP)⁵⁴: l'OFJ constatera que l'approbation d'un tribunal est requise d'après la législation de l'État requis. Il ne sera pas nécessaire que ce dernier fasse une demande expresse en ce sens. Il suffira que l'OFJ sache que la législation de l'État requis exige que la mesure soit ordonnée par un tribunal. L'OFJ demandera alors à l'autorité suisse de poursuite pénale de requérir une approbation du tribunal des mesures de contrainte. Si, par contre, le ministère public demande directement à l'État concerné d'exécuter une mesure, il devra reconnaître lui-même la nécessité d'une approbation par le tribunal des mesures de contrainte. L'OFJ pourra tout au plus l'y rendre attentif dans le cadre de son obligation générale d'informer.

Lors de la consultation, une faible majorité a approuvé la réglementation proposée tout en suggérant un remaniement⁵⁵. Pour y donner suite, il a été renoncé à la let. a de l'art. 55a, qui était effectivement imprécise.

Art. 59, al. 1

Le droit en vigueur qualifie la décision sur le litige relatif à la demande de récusation de «définitive» et donc de non sujette à l'un des moyens de recours prévus par l'art. 380 CPP. Les décisions qualifiées de définitives sont directement sujettes à recours devant le Tribunal fédéral, ce qui n'est pas conforme à son rôle d'autorité judiciaire suprême. En outre, c'est contraire au principe de la double instance fixé à l'art. 80, al. 2, LTF.

⁵⁴ RS 351.1

⁵⁵ Synthèse des résultats de la consultation, p. 5

En revanche, que l'instance de recours ou d'appel statue en première instance sur une récusation ne pose pas de problème à la lumière du principe de la double instance, car c'est un tribunal supérieur qui tranche alors en tant que (première et) dernière instance cantonale.

La réglementation proposée a été en majorité bien accueillie lors de la consultation⁵⁶.

Art. 60, al. 1

L'adaptation ne concerne que le texte français.

Sur une suggestion faite lors de la consultation⁵⁷, l'expression «du motif» est remplacée par «de la décision», qui rend plus correctement le sens de la disposition. Cette modification rapproche en outre la version française des versions allemande et italienne.

Art. 78, titre et al. 5^{bis}, et 78a

Lorsqu'une audition est enregistrée par des moyens techniques (audiovisuels ou audio uniquement), le droit en vigueur exige quand même l'établissement d'un procès-verbal dans lequel les dépositions sont consignées en substance. Celui-ci ne doit cependant pas obligatoirement être lu et remis à la personne entendue pour qu'elle le signe ou en prenne connaissance (art. 78, al. 5^{bis}). Selon la disposition actuelle, cet allègement n'est toutefois valable que dans le cadre des débats.

La réglementation en vigueur paraît trop restrictive et pas suffisamment claire. Elle est trop restrictive, car elle limite les allègements à la seule phase des débats. Or les auditions essentielles ont le plus souvent lieu durant l'instruction. L'un des avantages du recours à un enregistrement audiovisuel est que l'audition ne doit pas être constamment interrompue pour compléter le procès-verbal. Les enregistrements audiovisuels permettent aussi de saisir la communication non verbale, dont il est plutôt difficile de rendre compte dans un procès-verbal écrit. Pour ces raisons, l'enregistrement des auditions par des moyens techniques sans obligation d'établir un procès-verbal séance tenante est une possibilité qui ne devrait plus être limitée à la seule phase des débats mais être offerte pour toutes les phases de la procédure. Il convient toutefois de relever que cela n'implique aucunement l'obligation d'un tel enregistrement⁵⁸. Celle-ci entraînerait des coûts supplémentaires, surtout pour les cantons et, de plus, on peut imaginer qu'il y ait des cas dans lesquels un enregistrement n'est d'aucune utilité.

La réglementation actuelle n'est pas suffisamment claire car, selon le libellé en vigueur, l'obligation de consigner les déclarations au procès-verbal *séance tenante* (art. 78, al. 1) est également valable lorsque l'audition est enregistrée. Or cette obligation ne tient pas compte du fait que l'on peut aussi restituer en substance les dépositions dans un procès-verbal établi sur la base des enregistrements.

⁵⁶ Synthèse des résultats de la consultation, p. 5

⁵⁷ Synthèse des résultats de la consultation, p. 29

⁵⁸ Obligation que postule pourtant Melunovic, PJA 2016, pp. 596 ss

Plutôt que d'étendre la portée de l'art. 78 CPP, il est proposé de fixer les règles propres à l'établissement des procès-verbaux des auditions en cas d'enregistrement dans un nouvel art. 78a. La *let. a* dispense de l'obligation de consigner les déclarations au procès-verbal séance tenante, mais non de toute obligation d'établir un procès-verbal écrit. Les procès-verbaux établis ultérieurement ne sont pas nécessairement des procès-verbaux intégraux, mais ils doivent restituer les dépositions en substance, à moins qu'il s'agisse de questions ou de réponses déterminantes (voir l'art. 78, al. 3). Les *let. b et c* reprennent l'actuel al. 5^{bis} de l'art. 78, qui est donc abrogé.

La majorité des participants à la consultation a approuvé l'extension et la simplification de la possibilité d'enregistrer les auditions et d'établir sur cette base un procès-verbal écrit⁵⁹. Quelques participants ont demandé une obligation d'enregistrer toutes les auditions ou du moins celles des victimes; certains ont exigé que les procès-verbaux soient transcrits *verbatim* et toujours signés. La réglementation proposée ne comporte aucune de ces obligations pour que les autorités puissent s'adapter à la variété des situations.

Art. 80, al. 1, 1^{re} et 2^e phrases

Conformément au droit en vigueur, les prononcés qui tranchent des questions civiles ou pénales sur le fond revêtent la forme de jugements. Pour clarifier les voies de droit possibles, le projet prévoit explicitement que les décisions judiciaires ultérieures indépendantes et les décisions de confiscation indépendantes doivent aussi prendre cette forme.

Cela permet de clarifier la question controversée de la forme du prononcé et de la voie de droit recevable notamment pour les *décisions judiciaires ultérieures indépendantes* (voir le commentaire de l'art. 365).

Quant aux *décisions de confiscation indépendantes*, le droit en vigueur prévoit certes que le prononcé du tribunal est rendu sous la forme d'une décision ou d'une ordonnance (art. 377, al. 4, CPP), mais il semble justifié de renoncer à cette réglementation par souci de cohérence. En effet, une décision de confiscation accessoire est rendue dans le cadre d'un jugement contre lequel un appel peut être interjeté (voir le commentaire de l'art. 377).

Le terme inadéquat «*Kollektivbehörde*» est remplacé par «*Kollegialbehörde*», correspondant aux terminologies française («autorité collégiale») et italienne («*autorità collegiale*»).

Art. 82, al. 1, let. b

Comme expliqué ci-dessus au sujet de l'art. 19, al. 2, let. b, le tribunal n'ordonne pas une mesure thérapeutique institutionnelle dans un établissement fermé au sens de l'art. 59, al. 3 CP, mais simplement une mesure selon l'art. 59. C'est l'autorité d'exécution qui détermine si le traitement doit s'effectuer dans un établissement

⁵⁹ Synthèse des résultats de la consultation, pp. 5 s.

fermé au sens de l'al. 3 ou dans un établissement psychiatrique approprié ou un établissement d'exécution des mesures selon l'al. 2.

Les jugements ne prescrivent donc qu'un traitement au sens l'art. 59 CP; ils doivent toujours être motivés par écrit.

Art. 101, al. 1^{bis}

Le nouvel al. 1^{bis} fait écho à la possibilité prévue à l'art. 147a d'exclure le prévenu d'une audition afin qu'il puisse être interrogé de son côté avant d'avoir connaissance des déclarations de la personne entendue. Cela l'empêche d'adapter ses déclarations à celles de la personne entendue. La restriction du droit de participer n'aurait en effet aucun sens si le prévenu, bien que ne pouvant prendre part à l'audition, pouvait en obtenir le procès-verbal immédiatement après, alors qu'il n'a lui-même pas encore été confronté à ces déclarations. Le nouvel al. 1^{bis} exclut cette hypothèse et garantit que le prévenu puisse être confronté aux déclarations de la personne entendue à un moment où il en ignore la teneur.

Art. 117, al. 1, let g

Avant l'entrée en vigueur du CPP, les victimes avaient la possibilité de demander aux autorités de leur communiquer gratuitement les décisions et les jugements (art. 37, al. 2, aLAVI). Ce droit n'a pas été intégralement repris dans le CPP: si les victimes participent à la procédure en qualité de parties plaignantes, les décisions leur sont notifiées en raison de cette qualité (art. 84, al. 2 et 4, CPP). Une victime qui a dénoncé une infraction peut aussi demander à être informée sur la suite donnée à sa dénonciation (art. 301, al. 2, CPP). Par contre, la victime n'a pas le droit d'être informée sur la fin de la procédure si elle n'est ni partie plaignante ni dénonciatrice.

Dans le rapport final d'évaluation de la LAVI⁶⁰, il est recommandé d'introduire une disposition permettant à la victime de recevoir, même sans avoir qualité de partie, le dispositif de la décision et les considérants traitant des infractions commises à son encontre.

A la différence de ce qui est proposé dans cette recommandation, cette disposition n'est pas intégrée à l'art. 84 CCP. Celui-ci règle la notification des décisions, alors que l'information de la victime sur la décision et sur ses considérants est une simple communication. C'est pourquoi ce droit est introduit à l'art. 117 CPP.

Cette réglementation a rencontré un accueil majoritairement favorable lors de la consultation. Plusieurs participants ont toutefois fait valoir que le droit considéré devrait être prévu non seulement pour les jugements, mais aussi pour les ordonnances pénales⁶¹. Il en est tenu compte dans le projet: le libellé de la disposition a été précisé en ce sens.

⁶⁰ Rapport final 2015, p. 109

⁶¹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 6

Art. 119, al. 2, et 120, al. 2

L'adaptation ne concerne que le texte français.

Le terme «plainte pénale» est remplacé par «action pénale». Il s'agit là de faire clairement apparaître que ces dispositions concernent l'action pénale et non la plainte pénale (voir les versions allemande et italienne).

Art. 123, al. 2

Selon le droit en vigueur, les conclusions civiles ne peuvent être chiffrées et motivées que par la déclaration de la partie plaignante. Dans la pratique judiciaire quotidienne, il arrive donc souvent que des conclusions civiles soient chiffrées et motivées par de nombreuses preuves et par une documentation volumineuse juste avant, voire durant les débats, ce qui peut mettre en difficulté tant la partie défenderesse que le tribunal, confrontés à de nombreuses preuves et questions de droit civil dont l'examen demande du temps.

La réglementation actuelle vise à simplifier autant que possible le dépôt des conclusions civiles dans le cadre de la procédure pénale pour améliorer la position du lésé. Si cette idée est juste en principe, des problèmes se posent lorsque la partie défenderesse, c'est-à-dire le prévenu, ne peut guère réagir à une action civile chiffrée et motivée à un stade tardif de la procédure.

Afin de lever ces difficultés, il est possible soit d'élargir les raisons pour lesquelles la partie plaignante peut être renvoyée à agir par la voie civile (voir l'art. 126 CPP), soit de fixer le moment où les conclusions civiles doivent être chiffrées et motivées à une date antérieure.

La première solution n'est pas convaincante car elle affaiblit la position du lésé. En revanche, l'avancement du moment où les conclusions civiles doivent être chiffrées et motivées permet de tenir compte des intérêts légitimes des tribunaux et de la partie défenderesse sans imposer d'obligations impossibles à la partie plaignante.

La majorité des participants à la consultation qui ont approuvé l'avancement du moment où les conclusions civiles doivent être chiffrées considère que la date de la clôture de l'instruction proposée dans l'avant-projet est trop précoce, notamment pour les lésés qui ne sont pas représentés par un avocat⁶². C'est pourquoi il faudrait que les conclusions ne doivent être chiffrées et motivées qu'après le dépôt de l'acte d'accusation. Ce délai est relativement tardif, mais intervient suffisamment tôt pour que le tribunal et le prévenu aient suffisamment de temps pour étudier les conclusions civiles. Concrètement, il est proposé de modifier l'art. 331, al. 2, CPP de manière à ce que la direction de la procédure fixe à la partie plaignante le même délai pour chiffrer et motiver les conclusions civiles que celui imparti pour présenter les réquisitions de preuves.

Par contre, on renonce à permettre l'actualisation des conclusions civiles à un moment ultérieur, car la conséquence juridique des conclusions insuffisamment chiffrées ou motivées n'est pas la perte du droit de faire valoir ses prétentions civiles,

⁶² Synthèse des résultats de la consultation, pp. 6 s.

mais le renvoi au civil. Compte tenu de cette conséquence légère, une certaine rigueur en ce qui concerne le délai se justifie.

Art. 125, al. 2, 1^{re} phrase

Cette disposition pose le même problème que l'art. 59, al. 1: la décision de la direction de la procédure relative à une sûreté ne sera plus qualifiée de définitive pour que le Tribunal fédéral ne doive pas traiter un recours en première instance.

3 participants à la consultation ont approuvé la modification proposée; 6 l'ont refusée, craignant, entre autres, des retards de procédure ou doutant de l'utilité pratique de cette adaptation⁶³. Comme expliqué au ch. 3.1.1, le Conseil fédéral a décidé de faire appliquer sans exception le principe de la double instance en adoptant le 15 juin 2018 le message sur la révision de la LTF. Il convient de s'en tenir à cette décision récente même si elle a été rejetée par une faible majorité lors de la consultation.

Art. 126, al. 2, let. a et a^{bis}

Selon le CPP en vigueur, il n'est pas possible de statuer sur les prétentions civiles dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale (art. 353, al. 2, CPP), contrairement à ce que permet la PPMin⁶⁴. La partie plaignante est donc renvoyée à la justice civile.

Le Conseil fédéral propose que, si certaines conditions sont remplies, il soit possible de statuer sur les prétentions civiles dans la procédure de l'ordonnance pénale (voir le commentaire de l'art. 353). À cette fin, l'al. 2 doit être modifié de façon à ce que, pour les prétentions civiles, la partie plaignante ne doive être renvoyée vers la justice civile que dans les cas où une décision ne peut pas être prise par la voie de la procédure de l'ordonnance pénale (*let. a^{bis}*).

Art. 131, al. 2 et 3

Le libellé actuel de l'al. 2 est contradictoire: la défense obligatoire «doit être mise en œuvre après la première audition par le ministère public et, en tout état de cause, avant l'ouverture de l'instruction», mais la première audition par le ministère public a toujours lieu après l'ouverture de l'instruction.

La formulation actuelle s'explique par le fait que le projet de CPP⁶⁵ prévoyait encore des investigations préalables permettant au ministère public de procéder à une première audition (art. 309 CPP). Il était donc justifié de mettre en œuvre la défense obligatoire au plus tard après cette première audition informelle, mais toujours avant l'ouverture de l'instruction. Les investigations préalables ont été biffées au cours des

⁶³ Synthèse des résultats de la consultation, p. 7

⁶⁴ Voir l'art. 32, al. 3, PPMIn.

⁶⁵ FF 2006 1057

débats parlementaires, mais le libellé de l'actuel art. 131, al. 2, n'a pas été adapté, d'où la contradiction actuelle⁶⁶.

Cela impliquerait que la défense obligatoire doive «être mise en œuvre après la première audition par le ministère public et, en tout état de cause, avant l'ouverture de l'instruction», comme le proposait l'avant-projet. Cette proposition poserait toutefois des problèmes en cas de procédure comprenant des mesures de surveillance secrètes. Le cas échéant, l'instruction serait certes ouverte (voir l'art. 309, al. 1, let. b, CPP), mais la commission d'office d'un avocat rendrait la mesure de surveillance secrète inopérante. Cette réserve concerne aussi la proposition faite par différents participants à la consultation, selon laquelle la défense obligatoire doit être assurée immédiatement si les conditions requises sont réunies⁶⁷. C'est pourquoi le projet propose que ce soit le ministère public ou la police (si celle-ci est chargée d'effectuer des interrogatoires en vertu de l'art. 312, al. 1, CPP) qui fixe le moment où la défense obligatoire est mise en œuvre.

Les versions allemande et italienne de l'al. 3 sont différentes du texte français: les preuves administrées avant qu'un défenseur ait été désigné sont seulement «*gültig*» en allemand ou «*valide*» en italien lorsque le prévenu renonce à en répéter l'administration, mais «exploitables» en français, ce qui est traduit ailleurs par «*verwertbar*» ou «*le prove possono essere utilizzate*» (voir l'art. 141 CPP).

Selon les textes allemand et italien, l'exigence de mettre en œuvre à temps la défense obligatoire n'est qu'une simple règle de validité. Même si elle est violée, les preuves sont exploitables (art. 141, al. 2, CPP), à condition que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves. Si on suit le libellé français, elles sont exploitables uniquement si le prévenu renonce à en répéter l'administration.

La majorité des auteurs de la doctrine comprend la disposition au sens du texte français⁶⁸; les autorités cantonales semblent aussi le plus souvent se fonder sur l'inexploitabilité⁶⁹. Certes, une majorité des participants à la consultation souhaitait une adaptation du libellé français⁷⁰, mais cela ne semble pas convaincant quant au fond: si l'on n'admettait qu'une simple invalidité d'une administration des preuves en cas d'infractions graves, les preuves administrées avant qu'un défenseur ait été désigné seraient exploitables même si le prévenu demandait d'en répéter l'administration. En outre, il serait contradictoire que la loi déclare obligatoire la défense dans certains cas de graves infractions présumées, tout en permettant d'exploiter les preuves pour élucider ces infractions, même si la défense n'est pas mise en œuvre en dépit de son caractère obligatoire manifeste. En effet, le fait d'admettre une simple invalidité conduirait à une contradiction avec la réglementation de l'art. 158 CPP, selon laquelle une audition n'est pas exploitable si elle a été effectuée sans que le

⁶⁶ Pour plus de détails, *Bommer*, notwendige Verteidigung, pp. 93 et 105 ss

⁶⁷ Synthèse des résultats de la consultation, p. 8

⁶⁸ *Lieber*: ZH-Kommentar StPO, n° 8 ad art. 131; *Riklin*, StPO-Kommentar, ad art. 131 n° 3; *BSK StPO-Ruckstuhl*, ad art. 131 n° 6b («preuves inexploitables au sens de l'art. 131, al. 3»)

⁶⁹ Renvois dans la décision du tribunal cantonal de Bâle-Campagne, Cour pénale, du 5 septembre 2007 (460 16 67); extraits commentés par *Franz Riklin* in: *forumpoenal* 2018, 476 ss

⁷⁰ Synthèse des résultats de la consultation, p. 8

prévenu ait été informé de son droit de demander un défenseur d'office. L'inexploitabilité doit être d'autant plus effective si la défense n'est pas commise d'office en dépit de son caractère obligatoire manifeste. Cette insuffisance devrait avoir même plus de poids que l'absence de l'information requise.

Les versions allemande et italienne doivent donc être adaptées au texte français.

Art. 133, al. 1^{bis} et 2

Selon le droit en vigueur, la direction de la procédure désigne et commet le défenseur d'office, ce qui peut donner l'impression, notamment dans la procédure préliminaire, que le ministère public choisit le défenseur qui lui convient le mieux. Certains cantons ont adopté des prescriptions visant à prévenir ce risque.

Dans le canton de *Zurich*, c'est le bureau des mandats d'office rattaché au ministère public qui choisit le défenseur d'office. Il le fait en règle générale à l'aide d'une liste de défenseurs classés par ordre alphabétique et, en cas d'urgence, il s'adresse au défenseur de permanence. Dans les cantons de *Bâle-Ville* et de *Bâle-Campagne*, l'association des avocats de piquet organise un service de permanence. Elle indique sur Internet quels défenseurs sont disponibles le jour donné, la liste ne citant pas de noms, mais seulement des numéros de portable. Une solution semblable est en place dans le canton de *Saint-Gall*, sauf que la liste n'est pas anonymisée.

Ces réglementations montrent que les cantons sont sensibilisés au problème. Toutefois, la question est de savoir dans quelle mesure les solutions cantonales en place sont conformes aux dispositions du CPP.

L'avant-projet prévoyait donc de séparer le choix et la désignation du défenseur. Le choix devait être le fait d'un organe indépendant de la direction de la procédure, alors que la désignation ne devait plus être effectuée que par la seule direction de la procédure. Cette proposition a suscité de vives critiques lors de la consultation⁷¹.

C'est pourquoi le projet d'*al. 1^{bis}* prévoit seulement que la Confédération et les cantons puissent déléguer le choix du défenseur d'office à une autre autorité (norme potestative). La direction de la procédure commet ensuite une défense d'office par voie de décision, comme le prévoit le droit en vigueur. Cette réglementation a pour objectif de rendre les solutions cantonales précitées conformes au droit fédéral.

Le terme «choix» utilisé aux *al. 1^{bis}* et *2* vise à exclure toute désignation au hasard. Celle-ci serait problématique puisque certains mandats, concernant par exemple les infractions économiques, peuvent difficilement être confiés à un défenseur ne disposant pas de connaissances particulières dans le domaine concerné. De même, l'attribution de mandats officiels selon un processus aléatoire comporte le risque que le prévenu ne bénéficie pas d'une défense suffisante, justement parce que son défenseur pourrait ne pas disposer des connaissances nécessaires. De ce fait, l'*al. 2* invite l'organe chargé du choix du défenseur à veiller à ce qu'il ait les compétences adéquates.

⁷¹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 8

Art. 135, al. 3 et 4

Al. 3: la réglementation actuelle des voies de droit en cas de décision fixant l'indemnité du défenseur d'office est insatisfaisante à plus d'un titre. La disposition de la *let. a* entraîne des disparités. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le ministère public peut contester les honoraires du défenseur d'office par voie d'appel⁷². Si le défenseur d'office conteste également ses honoraires, la dualité des voies de droit peut entraîner des difficultés. C'est pourquoi la décision fixant l'indemnité pourra être contestée par les mêmes moyens de droit que ceux autorisés pour la cause principale.

En outre, selon les dispositions actuelles, le défenseur d'office peut recourir contre la décision de l'autorité de recours ou de la juridiction d'appel du canton devant le Tribunal pénal fédéral (*let. b*). Cette voie de droit de l'instance pénale cantonale au Tribunal pénal fédéral est inhabituelle en dehors des conflits de compétences et d'entraide judiciaire. Elle se traduit par une cascade d'instances d'une longueur disproportionnée, vu que la décision du Tribunal pénal fédéral peut encore être attaquée devant le Tribunal fédéral. La LTF doit s'appliquer à la contestation des décisions des instances de recours et d'appel cantonales portant sur l'indemnisation et la *let. b* doit être abrogée.

Selon l'*al. 4, let. b*, le prévenu est tenu de rembourser au défenseur d'office la différence entre son indemnité et les honoraires qu'il aurait touchés comme défenseur privé, lorsque le prévenu est condamné à supporter les frais de procédure et dès que sa situation financière le permet.

Cette réglementation repose sur l'idée que l'indemnité du défenseur d'office représente toujours seulement une fraction des honoraires touchés par un défenseur privé en cas d'acquiescement, mais ce n'est pas le cas dans tous les cantons. Comme les cantons sont chargés de fixer le tarif des avocats (*al. 1*), ils peuvent aussi prévoir que le défenseur d'office est par exemple rémunéré à un taux horaire fixe ou indépendamment de l'issue de la procédure. Il n'est alors guère possible de déterminer la différence et l'*al. 4, let. b*, se révèle inapplicable. Que le défenseur d'office puisse à certaines conditions exiger du prévenu une partie de ses honoraires est de plus illogique pour d'autres raisons: la fonction de défenseur d'office implique une relation de droit public entre le défenseur et l'État qui le commet. Toutes ces raisons commandent qu'on abroge la *let. b* de l'*al. 4*.

Art. 136, al. 1 et 2, let. c, et 3

Selon le libellé actuel, l'assistance judiciaire n'est accordée à la partie plaignante que pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles (art. 136 CPP). Pourtant, le Tribunal fédéral a accordé l'assistance judiciaire à une victime uniquement pour lui permettre de faire aboutir sa plainte pénale⁷³. En l'occurrence, le lésé a porté plainte contre trois fonctionnaires de police notamment pour lésions corporelles et s'est constitué partie plaignante sur le plan pénal. Il n'a par contre pas pu faire valoir de prétentions civiles ni donc se constituer partie sur le plan civil: il a été renvoyé au

⁷² ATF 139 IV 199, consid. 5.5

⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_355/2012 du 12 octobre 2012

droit public cantonal en ce qui concerne la question de la responsabilité. Le Tribunal fédéral a conclu que l'assistance judiciaire devait être exceptionnellement accordée directement en application de l'art. 29, al. 3, de la Constitution (Cst.)⁷⁴ (droit à l'assistance judiciaire gratuite) au lésé, celui-ci ne pouvant pas faire valoir de prétentions civiles déduites de l'infraction par adhésion à la procédure pénale. Autrement, il n'aurait pas accès à la procédure judiciaire, pourtant garantie par la Constitution, ou en d'autres termes, se verrait refuser la défense effective de ses droits⁷⁵.

Sur la base de cette jurisprudence, l'avant-projet prévoyait que l'assistance judiciaire devait être octroyée à la victime si elle était nécessaire à l'aboutissement de sa plainte pénale (art. 136, al. 1^{bis}, AP-CPP). La grande majorité des participants à la consultation a approuvé cette proposition⁷⁶. Comme il a été suggéré lors de la consultation, la réglementation a été précisée en ce qui concerne les conditions d'octroi.

L'al. 1 est restructuré par souci de lisibilité. Il prévoit explicitement que l'assistance judiciaire n'est accordée que sur demande. Le droit de la partie plaignante à l'assistance judiciaire lui permettant de faire valoir ses prétentions civiles est inscrit à la *let. a* et le droit de la victime à l'assistance judiciaire lui permettant de faire aboutir sa plainte pénale, à la *let. b*. La victime doit à cette fin s'être constituée partie plaignante, ce qui découle de l'expression «pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir». En outre, la victime doit être *indigente* et la plainte pénale *ne doit pas paraître vouée à l'échec*. Rappelons que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral⁷⁷, «un procès est dénué de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre et qu'elles ne peuvent être considérées comme sérieuses. En revanche, il ne l'est pas lorsque les chances de succès et les risques d'échec sont à peu près égaux ou lorsque les premières ne sont que de peu inférieures aux seconds. L'élément déterminant réside dans le fait que l'indigent ne doit pas se lancer, parce qu'il plaide aux frais de la collectivité, dans des démarches vaines qu'une personne raisonnable n'entreprendrait pas si, disposant de moyens suffisants, elle devait les financer de ses propres deniers.»⁷⁸ Ces conditions s'appliquent par analogie dans le contexte de la plainte pénale⁷⁹.

L'al. 2 est complété à la suite de l'adaptation de l'al. 1. Un conseil juridique gratuit doit être désigné lorsque la défense des intérêts de la partie plaignante ou de la victime est *nécessaire*. Cette exigence de nécessité signifie que l'affaire présente des difficultés de fait ou de droit auxquelles la personne concernée ne pourrait pas faire face seule, car cela rendrait impossible une défense adéquate et efficace de ses intérêts. Cette question doit être tranchée au vu de l'ensemble des circonstances concrètes, qui comprennent la gravité de l'atteinte, les difficultés de fait et de droit liées au cas ainsi que la capacité de la personne concernée de se repérer dans la procédure, notamment en considération de sa condition physique et psychique⁸⁰.

⁷⁴ RS 101

⁷⁵ Arrêts du Tribunal fédéral 1B_355/2012 du 12 octobre 2012, consid. 5.1 s; 1B_341/2013 du 14 février 2014, consid. 2

⁷⁶ Synthèse des résultats de la consultation, p. 9

⁷⁷ ATF 138 III 218 consid. 2.2.4

⁷⁸ BSK BV-*Zehntner*, ad art. 29 n° 78

⁷⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_355/2012 du 12 octobre 2012, consid. 5.4

⁸⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_355/2012 du 12 octobre 2012, consid. 5.5; *Lieber*, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., ad art. 268 n° 10 s.

Comme l'ont demandé certains participants à la consultation⁸¹, il ne faudrait pas poser de conditions trop strictes quant à l'exigence de nécessité, par souci de protection efficace des victimes⁸². Celles-ci sont souvent apeurées et intimidées lorsqu'elles doivent faire face, sans l'assistance d'un avocat, à des prévenus bénéficiant d'une défense d'office. Cela peut entraîner une victimisation secondaire et inciter les victimes à éviter de faire une déposition ou à l'atténuer, ce qui nuit à la recherche de la vérité. Si une défense est accordée d'office au prévenu lorsque la partie civile est représentée par un avocat, conformément au principe de l'égalité entre les parties⁸³, la victime qui s'est constituée partie civile doit en contrepartie disposer de la même possibilité. Il ne semble pas non plus pertinent de refuser la demande au motif que les droits de la victime sont déjà défendus par le ministère public, qui est responsable de l'exercice de l'action publique. En effet, cela viderait cette disposition de son sens.

Lors de la consultation, des voix critiques ont relevé que l'assistance judiciaire accordée gratuitement à la victime pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir entraînerait des coûts supplémentaires⁸⁴. Or, dans de tels cas de figure, les cantons accordent déjà l'assistance judiciaire gratuite aux victimes dans le cadre de l'aide à plus long terme au sens des art. 13 s. LAVI (à titre subsidiaire)⁸⁵; la nouvelle disposition ne devrait donc pas générer de coûts supplémentaires.

Le nouvel *al. 3* représente une clarification et une adaptation à l'art. 119, al. 5, du code de procédure civile (CPC)⁸⁶.

Art. 138, al. 1^{bis}

Lors de la consultation, il a été demandé d'adapter le CPP à la jurisprudence du Tribunal fédéral en ce qui concerne l'obligation de rembourser les frais d'assistance judiciaire gratuite incombant à la victime et à ses proches en cas d'amélioration de leur situation économique⁸⁷. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 30, al. 3, LAVI l'emporte en tant que *lex specialis* sur l'art. 135, al. 4, en relation avec l'art. 138, al. 1, CPP dans la *procédure préliminaire* et dans la *procédure de première instance*. Dans de tels cas, la victime et ses proches ne doivent pas être obligés de rembourser les frais d'assistance judiciaire gratuite à l'État⁸⁸. Pour en tenir compte, on ajoute un nouvel *al. 1^{bis}* allant dans ce sens.

Compte tenu de ce qui a été demandé lors de la consultation⁸⁹, l'exemption de l'obligation de rembourser les frais s'appliquera également dans la procédure de recours, contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁹⁰.

⁸¹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 9

⁸² Voir aussi BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, ad art. 136 n° 17 s.

⁸³ Arrêt du Tribunal fédéral IB 224/2013 du 27 août 2013, consid. 2.3; Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, ad art. 132 n° 7; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., ad art. 132 n° 15; BSK StPO-Ruckstuhl, ad art. 132 n° 36 ss

⁸⁴ Synthèse des résultats de la consultation, p. 10

⁸⁵ BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, ad art. 136 n° 19; Zehnter, Opferhilfegesetz, ad art. 14 n° 31

⁸⁶ RS 272

⁸⁷ Synthèse des résultats de la consultation, p. 29

⁸⁸ ATF 141 IV 262; ATF 143 IV 154

⁸⁹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 29

Art. 141, al. 4

L'al. 4 ne mentionne expressément l'effet indirect que pour les interdictions d'exploiter des preuves selon l'art. 141, al. 2, CPP. D'après la doctrine dominante⁹¹, l'interdiction est pourtant encore plus pertinente lorsque des preuves au sens de l'al. 1 ont permis de recueillir d'autres preuves par effet induit.

L'al. 4 est donc complété en conséquence par souci de clarté.

Art. 144, al. 2

On procède à une modification purement rédactionnelle en français en remplaçant l'expression «support préservant le son et l'image» par celle de «support audiovisuel».

Art. 147a

L'art. 147 CPP autorise les parties à assister à l'administration des preuves. Aucune restriction n'étant prévue, la mise en pratique de cette disposition a soulevé la question de savoir si ce droit de participer à la procédure pouvait tout de même être limité et, si oui, dans quelle mesure. Cette question se pose principalement dans la configuration où un prévenu a le droit d'assister à l'audition d'un coprévenu, le risque étant que le prévenu – surtout s'il n'a pas encore été entendu sur les faits en question – adapte ses déclarations à celles du coprévenu.

Les autorités cantonales ont cherché diverses issues à ce problème. Elles ont par exemple scindé les procédures impliquant plusieurs prévenus, ceux-ci perdant de ce fait la qualité de partie dans les procédures visant les autres prévenus et, par conséquent, le droit d'assister à l'administration des preuves, notamment aux auditions⁹². Le Tribunal fédéral a toutefois déclaré que la scission des procédures impliquant plusieurs auteurs et participants était plus que problématique⁹³.

Il n'a pas soutenu la tentative d'exclure un coprévenu de l'audition en se prévalant de l'art. 146 CPP⁹⁴.

Par contre, le Tribunal fédéral estime que le fait de ne pas prévoir de possibilité de limiter le droit prévu à l'art. 147 CPP est une lacune législative. Il s'est employé à la combler par sa jurisprudence, en décidant que le ministère public pouvait examiner au cas par cas s'il existe des motifs matériels justifiant une restriction temporaire du principe de l'administration des preuves en présence des parties. Pour le Tribunal fédéral, ces motifs sont donnés lorsqu'il existe un risque de collusion concret au sujet de faits qui n'ont pas encore été abordés. Et de préciser que, dans la plupart des cantons, telle était déjà la règle selon le droit antérieur (soit avant l'entrée en vigueur de l'art. 147 CPP)⁹⁵.

⁹⁰ ATF 143 IV 154

⁹¹ BSK StPO-*Gloss*, ad art. 141 n° 89 s., et les références citées

⁹² ATF 140 IV 172, consid. 1.2.3

⁹³ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_124/2016 du 12 août 2012, consid. 4.5

⁹⁴ ATF 139 IV 25, consid. 4.1; 140 IV 220, consid. 4.3.1

⁹⁵ ATF 139 IV 25, consid. 5.5.4.1

La réglementation proposée tient compte de cette réflexion. À la différence de l'avant-projet, elle ne se fonde plus sur la crainte que le prévenu adapte ses dépositions à celles du comparant, mais sur le fait qu'il ne s'est pas encore exprimé sur l'objet de l'audition. En effet, cette crainte relève de la spéculation. Ce critère donc inadéquat, car il est impossible de savoir d'avance si le prévenu adaptera effectivement ses dépositions. Si l'on exige effectivement des indices concrets qu'il veut adapter sa déposition, sa participation ne pourra jamais être restreinte. En revanche, si l'on fait valoir l'expérience générale de la vie selon laquelle les prévenus adaptent parfois leurs dépositions, le texte de l'avant-projet aurait vidé le droit de participer de toute substance.

L'élément déterminant sera donc de savoir si le prévenu s'est déjà exprimé sur l'objet de l'audition. Selon cette condition, il ne suffit pas que le prévenu ait été interrogé: il ne suffit pas qu'il se soit exprimé de manière superficielle, mais il doit avoir fait des déclarations substantielles. Ce n'est pas le cas s'il a fait usage de son droit de refuser de déposer. Certes, il est difficile de savoir exactement quel sera l'objet de l'audition et donc de savoir exactement si le prévenu s'est déjà exprimé à ce sujet, mais la restriction est fondée sur un critère objectif, ou du moins objectifable.

En outre, la réglementation précise que la restriction du droit de participer est une exception et ne doit pas être appliquée généralement, mais seulement *tant* que le prévenu ne s'est pas exprimé dans le sens évoqué ci-dessus.

La réglementation proposée permet par ailleurs de désamorcer des problèmes pratiques qui sont apparus dans des procédures impliquant de nombreux prévenus. Le travail d'organisation est parfois considérable si tous les prévenus doivent avoir la possibilité de participer dès le début à toutes les auditions. Que la participation ne soit exigée qu'après une déposition du prévenu permet d'atténuer ces difficultés au début de la procédure.

Enfin, la nouvelle disposition n'exclut pas la possibilité de restreindre le droit de participer, qui découle du droit d'être entendu, en vertu de l'art. 108 CPP, pour autant que des indices sérieux laissent présumer un *abus* du droit de participer. Il n'y a pas d'abus si le prévenu exerce ce droit dans le but de connaître la déposition de la personne auditionnée ou adapte simplement ses déclarations à cette déposition⁹⁶. Par contre, il y aura bien abus si le prévenu utilise le droit de participer à la seule fin d'intimider le comparant.

Plusieurs participants à la consultation ont demandé que le droit de participer soit réduit au minimum requis par la CEDH, c'est-à-dire au droit du prévenu et de sa défense de se confronter une fois au cours de la procédure avec les témoins à charge (y compris les coprévenus) et de les interroger. Le projet n'en tient pas compte, pour différentes raisons. En examinant le droit de participer, il faut toujours prendre en considération l'ensemble de la procédure (la procédure préliminaire et les débats). Comme le Tribunal fédéral l'a relevé lui-même, le renforcement du droit des parties et du droit de participer à la procédure, par rapport au droit antérieur, répond à une volonté du législateur de compenser le renforcement (également voulu) de la posi-

⁹⁶ Bommer, recht 2012, p. 147

tion du ministère public dans la procédure préliminaire⁹⁷. L'équilibre que le législateur a cherché à établir entre les parties doit donc être maintenu. L'extension des droits de participation à la procédure fait aussi contreponds au fait que, dans la phase des débats, le principe de l'immédiateté des preuves est restreint (voir l'art. 343, al. 3, CPP) et que l'administration réitérée de preuves qui ont déjà été administrées lors de la procédure préliminaire est donc limitée. C'est aussi pour cette raison qu'il faut renoncer à une limitation excessive des droits de participer à la procédure – par exemple au niveau minimum exigé par la CEDH. Cela serait incompatible avec la conception de fond du CPP, ou du moins exigerait des mesures compensatoires telles que le renforcement du principe de l'immédiateté des preuves, la restriction du champ d'application de la procédure de l'ordonnance pénale⁹⁸ ou la possibilité générale de contester les réquisitions de preuves écartées par le ministère public⁹⁹. Ces modifications représenteraient une atteinte fondamentale à un système qui a fait ses preuves. Un tel changement de paradigme ne se justifie ni par le mandat du Parlement ni par d'autres raisons. Les particularités de la législation suisse limitent la pertinence de toute comparaison avec les législations étrangères. L'octroi limité du droit de participer est régulièrement compensé à l'étranger par l'application étendue du principe de l'immédiateté des débats: lors des débats, l'administration des preuves doit d'office comprendre tous les faits et preuves qui ont une importance pour la décision¹⁰⁰. Or le législateur suisse a consciemment refusé une application aussi étendue de ce principe durant les débats pour des motifs d'économie de procédure.

8 participants à la consultation ont explicitement appuyé la possibilité de restreindre le droit de participer, mais 7 l'ont rejetée¹⁰¹. Quant au fond, certains participants ont rappelé que la crainte d'adaptation des déclarations est en principe toujours présente, puisque l'on ne connaît pas à l'avance le contenu d'une audition. C'est vrai en particulier au début de l'instruction. Mais si un tel risque existe en toute hypothèse, la réglementation proposée reviendrait selon eux à exclure par principe la participation¹⁰².

8 participants approuvent que l'exclusion du prévenu s'étende toujours au défenseur; 5 s'y opposent. L'obligation d'enregistrer l'audition proposée à l'al. 3 de l'avant-projet est rejetée par 15 participants, mais soutenue par 7¹⁰³.

Art. 150, al. 2, 2^e phrase

Selon le droit en vigueur, le tribunal des mesures de contrainte statue définitivement sur la garantie de l'anonymat. Or il y a lieu de supprimer cette phrase puisque le CPP ne comportera plus d'exceptions au principe de la double instance.

⁹⁷ ATF 139 IV 25, consid. 5.3

⁹⁸ Voir *Weder*, forum-poenale 2016, p. 282

⁹⁹ Selon le droit en vigueur, les réquisitions de preuves écartées ne peuvent être contestées qu'à des conditions particulières (voir art. 318, al. 2 et 3, et 394, let. b, CPP).

¹⁰⁰ Art. 244, al. 2, du code de procédure pénale allemand

¹⁰¹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 11

¹⁰² Synthèse des résultats de la consultation, p. 11

¹⁰³ Synthèse des résultats de la consultation, pp. 11 s.

Lors de la consultation, 3 participants ont approuvé la modification proposée; 5 l'ont rejetée¹⁰⁴. Comme expliqué au ch. 3.1.1, le Conseil fédéral a décidé de faire appliquer sans exception le principe de la double instance en adoptant le 15 juin 2018 le message sur la révision de la LTF. Il convient de s'en tenir à cette décision récente même si elle a été rejetée par une faible majorité lors de la consultation.

Art. 154, al. 4, let. d, et 5

On procède à une modification purement rédactionnelle de l'al. 4, let. d, en français en remplaçant l'expression «support préservant le son et l'image» par celle de «support audiovisuel».

Il existe dans le droit en vigueur diverses possibilités pour éviter le contact entre la victime et le prévenu. Ainsi, l'art. 152, al. 3, CPP prévoit que les autorités pénales évitent la confrontation de la victime avec le prévenu; on entend par là toute forme de rencontre personnelle¹⁰⁵. En outre, une confrontation d'un enfant victime avec le prévenu n'est possible qu'à des conditions précises (art. 154, al. 4, let. a, CPP). Il s'agit là d'une confrontation entre la victime et le prévenu ordonnée par les autorités pénales afin d'administrer les preuves. Ces deux mesures permettent d'éviter une rencontre physique directe entre la victime et le prévenu. Dans la pratique, elles ne sont pas toujours suffisantes lorsque la victime est un enfant. La victime n'est parfois pas à l'aise ni ouverte même si le prévenu ne se trouve pas dans la même pièce, mais que l'audition est transmise dans la pièce contiguë où il peut en prendre connaissance. Le seul fait de savoir que le prévenu peut suivre en direct les déclarations peut entraîner une atteinte psychique de l'enfant suffisamment grave pour influencer sa déposition. C'est pourquoi le nouvel *al. 5* permettra d'exclure entièrement le prévenu d'une audition, c'est-à-dire aussi lorsque des mesures de protection au sens de l'art. 149, al. 2, let. d, CPP pourraient être prises pour éviter une confrontation en application de l'art. 152, al. 3, CPP. L'exclusion restreint le droit d'être entendu du prévenu malgré la présence de son défenseur. Il faut donc garantir ce droit d'une autre manière, en permettant par exemple au prévenu de poser des questions complémentaires après avoir pris connaissance du procès-verbal d'audition.

Art. 170, al. 2

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les personnes tenues au secret de fonction n'ont pas à être habilitées par l'autorité à laquelle elles sont soumises lorsqu'elles sont obligées de dénoncer¹⁰⁶.

Cette jurisprudence doit se refléter dans le texte de loi et un parallèle doit être établi avec l'art. 171, al. 2, let. a, comme le souhaite la majorité des participants à la consultation¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Synthèse des résultats de la consultation, p. 12

¹⁰⁵ BSK StPO-Wehrenberg, ad. art. 152 n° 17

¹⁰⁶ ATF 140 IV 177

¹⁰⁷ Synthèse des résultats de la consultation, p. 12

Art. 186, al. 2, 2^e phrase, et 3

Selon le droit en vigueur, le tribunal statue définitivement sur l'hospitalisation à des fins d'expertise. Puisque le CPP ne comportera plus d'exceptions au principe de la double instance, il y a lieu de supprimer «définitivement» à l'al. 2, 2^e phrase, et à l'al. 3.

Lors de la consultation, 3 participants ont approuvé la modification proposée; 5 l'ont rejetée¹⁰⁸. Comme expliqué au ch. 3.1.1, le Conseil fédéral a décidé de faire appliquer sans exception le principe de la double instance en adoptant le 15 juin 2018 le message sur la révision de la LTF. Il convient de s'en tenir à cette décision récente même si elle a été rejetée par une faible majorité lors de la consultation.

Art. 210, al. 2 et 4

Dans le domaine de l'entraide judiciaire, des problèmes se posent souvent du fait que le CPP n'utilise pas le terme «mandat d'arrêt», même si «l'avis de recherche pour arrêter le prévenu» mentionné à l'al. 2 a précisément cette signification. C'est pourquoi cette disposition est complétée par la notion de mandat d'arrêt. L'ajout de ce terme n'implique pas de nouvelle obligation en matière de gestion des documents, comme on a pu le craindre lors de la consultation¹⁰⁹. Il a simplement pour objectif d'explicitier l'expression «lancer un avis de recherche pour [...] arrêter et [...] faire amener [le prévenu]» par une seule notion, courante dans l'entraide judiciaire internationale.

Plusieurs participants à la consultation ont suggéré de conférer à la police la compétence de lancer la recherche de biens provenant d'une infraction, comme c'est déjà le cas d'aujourd'hui¹¹⁰. La réglementation en vigueur, qui exige un ordre du ministère public, est selon eux inadéquate. On en tient compte en adaptant l'al. 4.

Art. 221, al. 1, let. c, 1^{bis} et 2

Selon le libellé actuel, la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté ne peuvent être ordonnées en raison du risque de récidive que s'il y a lieu de craindre que le prévenu compromette sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes ou des délits graves après avoir déjà commis des infractions du même genre.

Le Tribunal fédéral admet toutefois la détention en raison d'un risque de récidive même en l'absence de précédentes infractions du même genre, au motif que c'est le seul moyen de prévenir le risque de crime grave¹¹¹. Si certains auteurs de doctrine critiquent vivement cette jurisprudence, qu'ils considèrent comme une dérogation inacceptable au texte de loi¹¹², d'autres considèrent que cette interprétation s'impose pour des raisons de fond et de politique criminelle¹¹³.

¹⁰⁸ Synthèse des résultats de la consultation, p. 12

¹⁰⁹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 12

¹¹⁰ Synthèse des résultats de la consultation, p. 31

¹¹¹ ATF 137 IV 13

¹¹² *Bommer/Kaufmann*, ZBJV 2015, 909 s., et les références citées

¹¹³ BSK StPO-*Forster*, ad art. 221 n° 15

La jurisprudence du Tribunal fédéral a été à l'origine de deux interventions parlementaires. La motion 12.4077 du Groupe libéral-radical («Définition de la détention provisoire. Abandon de l'exigence de la récidive effectivement réalisée») demande, comme le titre de la motion l'indique, d'abandonner l'exigence de la récidive effectivement réalisée, de sorte que la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté puissent être prononcées en cas de simple risque de récidive¹¹⁴. L'initiative parlementaire 12.495 Jositsch («Détention provisoire en cas de risque de récidive qualifié») ¹¹⁵ vise à modifier l'art. 221, al. 1, let. c, de manière à ce que la détention provisoire puisse également être ordonnée en cas de risque de récidive qualifié. Ce motif de détention figurait notamment dans l'ancien code de procédure pénale zurichois. Il présuppose une crainte sérieuse de voir un prévenu qui a déjà perpétré de nombreux crimes ou délits graves commettre à nouveau de telles infractions¹¹⁶.

L'avant-projet proposait une modification selon laquelle une infraction préalable du même genre était suffisante. Une nette majorité des participants ont approuvé cette proposition sur le principe, mais nombre d'entre eux ont trouvé que la réglementation n'allait pas assez loin. Ils ont proposé de reprendre la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle il est dans certains cas possible de renoncer entièrement à l'exigence d'une infraction préalable¹¹⁷.

Lorsque c'est le risque de récidive qui constitue le motif de détention, il s'agit en premier lieu de détention préventive¹¹⁸. Or la détention préventive est une mesure de sûreté et de contrainte policière qui représente un corps étranger dans le droit de la procédure pénale¹¹⁹. Elle est difficilement compatible avec la présomption d'innocence (art. 32, al. 1, Cst.) et conduit à une grave atteinte à la liberté personnelle de la personne concernée¹²⁰. La détention au motif du risque de récidive exige donc une retenue particulière et est subordonnée à des conditions spécifiques précises, à inter-préter de manière restrictive¹²¹.

Au vu de ce qui précède, le projet propose une réglementation différenciée.

À l'*al. 1, let. c*, il est prévu de maintenir le risque de récidive comme motif de détention comme dans le droit en vigueur. En d'autres termes, au moins *deux* infractions du même genre *commises antérieurement* sont requises comme «infractions préalables»¹²². Le terme «commis» présuppose que ces infractions ont fait l'objet d'un jugement *passé en force*¹²³. En effet, elles sont le seul indice fiable permettant d'établir un pronostic légal¹²⁴.

¹¹⁴ Les deux conseils ont adopté cette motion.

¹¹⁵ Les Commissions des affaires juridiques des deux Chambres ont donné suite cette initiative parlementaire.

¹¹⁶ § 58, ch. 3, CPP-ZH

¹¹⁷ Synthèse des résultats de la consultation, p. 12

¹¹⁸ ATF 137 IV 84, consid. 3

¹¹⁹ *Weder*, RPS 2014, p. 367; *Albrecht*, PJA 3011, p. 981; *Bommer*, ZBJV 2015, p. 910; *Conte*, Präventivhaft, p. 97

¹²⁰ *Conte*, Präventivhaft, p. 95 ss

¹²¹ *Conte*, Präventivhaft, p. 97

¹²² FF 2006 1057 1211

¹²³ *Albrecht*, PJA 2011, p. 982

¹²⁴ *Manfrin*, Ersatzmassnahmenrecht, p. 152

L'ajout du terme «imminent» permet de préciser (voir aussi les al. 1^{bis}, let. b, et 2) que le prévenu doit représenter une lourde menace, que des infractions et délits graves risquent de se produire dans un avenir proche et que, de ce fait, la détention doit être ordonnée de toute urgence¹²⁵; la détention préventive paraît en effet justifiée seulement si ces conditions sont réunies¹²⁶.

En outre, les versions allemande et italienne sont adaptées au texte français pour suivre la jurisprudence du Tribunal fédéral¹²⁷. Le libellé doit être «*durch Verbrechen oder schwere Vergehen*» en allemand et «*crimini o delitti gravi*» en italien.

Sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le nouvel al. 1^{bis} prévoit le risque de récidive qualifié comme motif de mise en détention. Le fait de régler ce motif de détention dans un alinéa à part exprime son caractère exceptionnel et sa proximité avec le motif de détention mentionné à l'art. 221, al. 2, CPP (risque de passage à l'acte).

On renonce certes à l'exigence d'infractions préalables, mais le risque de récidive qualifié comme motif de mise en détention n'est envisageable qu'aux conditions restrictives ci-après.

Le prévenu est fortement soupçonné d'avoir porté gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui en commettant un crime ou un délit grave (let. a); en outre, il y a un danger grave et imminent qu'il commette un crime grave du même genre (let. b).

Comme on renonce à toute infraction préalable (le seul indice fiable permettant d'établir un pronostic légal), il semble justifié de restreindre les infractions soupçonnées aux crimes et délits graves contre des *biens juridiques particulièrement importants* (par ex., la vie, l'intégrité physique ou l'intégrité sexuelle). L'exigence supplémentaire de l'atteinte grave a pour objectif de garantir que lors de l'examen de la mise en détention, on prendra en considération non seulement les peines encourues, mais aussi les circonstances de chaque cas (let. a). Ces restrictions sont de plus requises en ce qui concerne le risque de crime grave du même genre. En effet, la détention préventive ne paraît justifiée que si le prévenu risque de mettre gravement en danger les biens juridiques des victimes potentielles (comme lorsque le motif de mise en détention est le passage à l'acte)¹²⁸. Enfin, ces restrictions ont pour objectif d'exclure que ce motif de mise en détention soit avancé en cas de dommages purement matériels ou de comportements socialement nuisibles.

Pour ce qui est de l'aspect temporel du risque d'infraction, voir le commentaire de l'al. 1, let. c.

Le risque de récidive qualifié comme motif de mise en détention peut avoir des répercussions importantes pour la gestion des menaces à l'échelon cantonal¹²⁹.

¹²⁵ Conte, Präventivhaft, p. 296

¹²⁶ Dumitrescu, PJA 2015, p. 452

¹²⁷ ATF 137 IV 84

¹²⁸ Coninx, RDS 2016, p. 394; Conte, Präventivhaft, p. 295, Weder, RPS 2014, p. 375 ss

¹²⁹ Voir le rapport du Conseil fédéral du 11 octobre 2017 en exécution du postulat Feri 13.3441 du 13 juin 2013: La gestion des menaces, en particulier dans le contexte de la violence domestique: www.parlement.ch > 13.3441 > Rapport en réponse à l'intervention parlementaire.

La précision de l'atteinte imminente aux al. 1, let. c, et 1^{bis} est également indiquée en ce qui concerne le passage à l'acte mentionné comme motif de mise en détention à l'al. 2, notamment parce qu'il s'agit en l'occurrence d'une détention purement préventive.

Art. 222, al. 2

Selon le libellé actuel, seul le détenu peut recourir contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte relatives à une mise en détention provisoire ou une mise en détention pour des motifs de sûreté (art. 222 en relation avec l'art. 393, al. 1, let. c, CPP).

Néanmoins, dans un arrêt de principe¹³⁰, le Tribunal fédéral a statué que le droit de recourir contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte relatives à la mise en détention provisoire ou à la mise en détention pour des motifs de sûreté n'appartenait pas seulement au prévenu mais aussi au ministère public. Pour justifier la qualité pour recourir du ministère public, le Tribunal fédéral a interprété le silence de la loi comme un oubli de législateur. Cette qualité serait en outre pertinente au regard du principe général de la double instance, et même nécessaire en raison de l'intérêt public au bon fonctionnement de la justice pénale.

Dans plusieurs décisions subséquentes, le Tribunal fédéral a donné des instructions concrètes sur la manière de procéder, notamment pour surmonter l'obstacle de la remise en liberté immédiate prévue à l'art. 226, al. 5¹³¹.

Cette jurisprudence du Tribunal fédéral doit être considérée comme établie¹³².

La doctrine dominante a critiqué la décision du Tribunal fédéral d'accorder la qualité pour recourir au ministère public¹³³, alors que la doctrine minoritaire l'a applaudie¹³⁴. L'intégration de cette jurisprudence dans la loi est aussi exigée par l'initiative parlementaire 12.497 Jositsch («Décisions de mise en détention. Personnes habilitées à recourir»).

Puisque le Conseil fédéral propose l'application intégrale du principe de la double instance dans le CPP (ch. 3.1.1), l'al. 2 aménage un droit de recours du ministère public contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte concernant la mise en détention (sur la procédure, voir le commentaire de l'art. 226a). La majorité des

¹³⁰ ATF 137 IV 22

¹³¹ ATF 137 IV 230; ATF 137 IV 237, arrêt du Tribunal fédéral 1B_442/2011 du 4 janvier 2012

¹³² Voir par ex. ATF 137 IV 78; ATF 137 IV 237; ATF 139 IV 314; arrêts du Tribunal fédéral 1B_65/2011 du 22 février 2011, 1B_442/2011 du 4 janvier 2012; 1B_31/2016 du 7 juin 2016, 1B_253/2016 du 28 juillet 2016; BSK StPO-Forster, ad art. 222 n° 6.

¹³³ Oberholzer, *forumpoenale* 2012, pp. 156 ss; Hansjakob, *forumpoenale* 2012, pp. 148 ss; Niggli, *ContraLegem* 2018, pp. 47 s; Fricker/Büttiker, *Jusletter* 2012, ch. 18; Donatsch/Hiestand, *RPS* 2014, pp. 1 ss; Tokay-Sahin, *PJA* 2018, pp. 1212 ss; Hohl-Chirazi, *La privation de liberté*, p. 350 ss; Schmid, *Handbuch*, n° 1041; Beeler, *Praktische Aspekte*, pp. 160 ss (avec les références à la doctrine citées dans la n.b.p. 206)

¹³⁴ BSK StPO-Forster, ad art. 222 n° 6; Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, *StPO Komm.*, ad art. 222 n° 8

participants à la consultation ont approuvé l'inscription dans la loi de la qualité pour recourir du ministère public¹³⁵.

Art. 225, al. 3 et 5

Une adaptation purement rédactionnelle est effectuée dans le texte italien à l'*al. 3*.

Le droit en vigueur veut que le tribunal des mesures de contrainte convoque en principe une audience orale en vue de la mise en détention (art. 225, al. 1, CPP). Cette disposition trouve son fondement dans le droit fondamental du prévenu à être entendu par le tribunal qui ordonne sa détention (art. 31, al. 3, Cst.). Si le prévenu renonce expressément à une audience orale, le tribunal des mesures de contrainte statue par écrit (art. 225, al. 5, CPP).

La modification de l'*al. 5* laisse à la libre appréciation du tribunal des mesures de contrainte la possibilité de tenir malgré tout une audience orale au lieu de statuer par écrit. Cette modification est introduite dans la perspective de la suite de la procédure, lorsque le ministère public veut recourir contre la décision de détention prise par le tribunal des mesures de contrainte (voir l'art. 226a).

Art. 226a

Comme mentionné, le projet prévoit explicitement la qualité pour recourir du ministère public contre les décisions de mise en détention du tribunal des mesures de contrainte (art. 222, al. 2) pour tenir compte des résultats de la consultation.

Au vu des normes de droit supérieur, il y a lieu de respecter diverses exigences en matière de procédure de détention.

En vertu de l'art. 5, par. 3, CEDH (art. 31, al. 3, Cst.), toute personne arrêtée ou détenue doit être *aussitôt* traduite devant un juge qui est chargé d'examiner la légalité des motifs de détention. Ce sont les circonstances du cas d'espèce qui déterminent ce que l'on doit entendre par «aussitôt», mais en tout état de cause il s'agit d'un délai plus court que le «bref délai» prévu à l'art. 5, par. 4, CEDH (art. 31, al. 4, Cst.)¹³⁶. Selon la jurisprudence de la Cour EDH, la personne arrêtée doit en principe être traduite devant le juge de l'arrestation sous *quatre jours* au plus. Il s'agit là d'un *délai maximal*¹³⁷.

Le tribunal doit *entendre personnellement* la personne arrêtée et examiner d'office tous les faits et circonstances en faveur ou en défaveur de la détention¹³⁸.

Selon la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'art. 5, par. 3, CEDH, le tribunal doit avoir la compétence d'*ordonner définitivement la mise en liberté* («pouvoir de libération»; voir aussi l'art. 31, al. 3, Cst.), si les motifs de détention ne sont pas ou

¹³⁵ Synthèse des résultats de la consultation, p. 13

¹³⁶ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, ad art. 5 n° 75

¹³⁷ Cour EDH, affaire 1209/84, ch. 59 et 62 (*Brogan c. Royaume-Uni*)

¹³⁸ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, ad art. 5 n° 41

plus réunis¹³⁹. La Cour EDH reconnaît qu'un certain temps peut être nécessaire avant la remise en liberté, mais il doit être limité au strict nécessaire¹⁴⁰.

Le but de l'art. 5, par. 3, CEDH est d'assurer un contrôle rapide, automatique et judiciaire de la détention ordonnée¹⁴¹.

L'art. 224, al. 2, CPP prévoit donc, en s'appuyant sur la CEDH et sur la Constitution, que le ministère public propose au tribunal des mesures de contrainte, au plus tard dans les 48 heures à compter de l'arrestation, d'ordonner la détention provisoire de la personne arrêtée. Le tribunal des mesures de contrainte doit quant à lui statuer dans les 48 heures suivant la réception de la demande (art. 226, al. 1, CPP), en principe dans le cadre d'une audience orale (art. 225 CCP). Si le tribunal des mesures de contrainte n'ordonne pas la détention provisoire, le prévenu est immédiatement mis en liberté (art. 226, al. 5, CPP).

Compte tenu des exigences du droit international et du droit constitutionnel, l'avant-projet proposait un nouvel art. 228a définissant une procédure de recours accélérée qui s'appliquerait uniquement en cas de recours du ministère public. Cette procédure n'était qu'en partie fondée sur la procédure accélérée exigée par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Cette proposition a cependant suscité de vives critiques lors de la consultation. De nombreux participants ont demandé de reprendre dans le CPP le modèle de solution retenu par le Tribunal fédéral¹⁴².

Compte tenu des résultats de la consultation, le projet reprend dans une large mesure ce modèle¹⁴³.

En outre, au vu des critiques exprimées lors de la consultation, la procédure accélérée ne sera plus possible que pour les décisions du tribunal des mesures de contrainte relatives à la *première mise en détention* (art. 225 s. CPP). En effet, les décisions de l'autorité de recours qui font suite à une demande de prolongation de la détention (art. 227 CPP) ou de libération (art. 228 CPP) n'ont pas la même urgence que les décisions à prendre lors du premier examen de la mise en détention. Conformément aux prescriptions de l'art. 5, par. 4, CEDH (art. 31, al. 4, Cst. ; art. 5, al. 2, CPP), il faut toutefois statuer rapidement sur les demandes de libération. Ce critère vaut aussi pour les éventuelles voies de droit¹⁴⁴. Les décisions relatives à la prolongation de la détention sont soumises uniquement à la maxime de célérité (art. 5, al. 2, CPP).

Pour des raisons de systématique, la procédure de recours accélérée contre les décisions relatives à la première mise en détention est réglée au nouvel art. 226a. La procédure de recours prévue aux art. 379 ss CPP est applicable aux décisions qui font suite à une demande de prolongation de la détention ou de libération.

¹³⁹ Cour EDH, affaire n° 25642/94, ch. 47 (*Aquilina c. Malte*), Cour EDH, affaire n° 7710/76, ch. 31 (*Schiesser c. la Suisse*), Cour EDH, affaire n° 24760/94, ch. 146 (*Assenov et autres c. la Bulgarie*); Guide de la Cour EDH sur l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à la liberté et à la sûreté, §176; *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, ad art. 5 n° 78

¹⁴⁰ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, ad art. 5 n° 41

¹⁴¹ *Frowein/Peukert*, EMRK, ad art. 5 n° 101

¹⁴² Synthèse des résultats de la consultation, p. 14

¹⁴³ Sur le modèle de solution, voir *Forster*, RPS 2012, pp. 345 ss

¹⁴⁴ BSK BV-*Schürmann*, ad art. 31 n° 44 ss; *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, ad art. 5 n° 102 ss

À ce jour, le Tribunal fédéral ne paraît pas avoir traité la question de savoir si la procédure qu'il a esquissée est conforme au droit supérieur. Le Conseil fédéral ne peut pas y apporter une réponse définitive (pour les détails, voir le commentaire des différents alinéas).

En vertu de l'al. 1, le ministère public doit annoncer le recours au tribunal des mesures de contrainte immédiatement après la notification de la décision; il doit le faire par écrit ou oralement pour mention au procès-verbal¹⁴⁵. Dans l'optique des délais définis à l'al. 2, il serait approprié que le tribunal des mesures de contrainte prévoie une audience orale lorsqu'il envisage de prononcer la libération du prévenu contre l'avis du ministère public. Ce dernier sera alors tenu de participer à l'audience orale, laquelle aura lieu même si le prévenu y a renoncé expressément. Dans ce cas de figure, le ministère public pourra donc annoncer le recours immédiatement après la notification de la décision, voire le communiquer directement par oral pour mention au procès-verbal. S'il n'y a pas d'audience orale, ou si le ministère public n'y participe pas, il faudra s'assurer que la décision du tribunal des mesures de contrainte soit notifiée au ministère public dans les plus brefs délais (par ex. par télécopie préalable ou par téléphone), afin que celui-ci soit aussi à même d'annoncer immédiatement le recours au tribunal des mesures de contrainte¹⁴⁶. Le ministère public doit en contrepartie garantir qu'il sera atteignable. Dans ce contexte, «immédiatement» semble signifier que le recours doit être annoncé 15 à 20 minutes après la notification de la décision¹⁴⁷. S'il n'est pas immédiatement annoncé, le prévenu devra être mis en liberté. Idéalement, le recours devrait aussi être communiqué le plus rapidement possible à l'autorité de recours. L'annonce du recours a pour conséquence que le tribunal des mesures de contrainte ne peut pas ordonner la mise en liberté tout de suite. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette durée de détention (provisoirement) prolongée est requise pour permettre à l'instruction d'aboutir et pour garantir un droit de recours efficace¹⁴⁸.

Si le ministère public forme recours contre la décision de lever la détention prise par le tribunal des mesures de contrainte, la question est de savoir si, vu l'effet dévolutif du recours, le délai exigé par la CEDH sera tenu.

Le Conseil fédéral estime qu'il n'est pas clairement établi si le délai de la CEDH est considéré comme respecté dès le moment où la personne concernée a comparu physiquement ou si ce n'est le cas que lorsque le tribunal des mesures de contrainte ou l'autorité de recours prend sa décision.

En effet, ni la doctrine ni la jurisprudence relative à la CEDH ne permettent de répondre clairement à cette question. Seule la question du délai qui court jusqu'à la comparution physique est abordée expressément, sans qu'il soit précisé si le laps de

¹⁴⁵ ATF 139 IV 314, consid. 2.2.1

¹⁴⁶ ATF 138 IV 92, consid. 3.3

¹⁴⁷ 15 minutes selon les instructions du ministère public du canton de Zurich concernant la procédure préliminaire (Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft für das Vorverfahren), ch. 11.6.3.2; 20 minutes selon l'instruction n° 1.8 du ministère public du canton de Schwyz concernant la procédure de détention et de recours contre la détention (Weisung Nr. 1.8 der Oberstaatsanwaltschaft zum Haft- und Haftbeschwerdeverfahren), ch. 5

¹⁴⁸ ATF 137 IV 237, consid. 2.5; ATF 138 IV 92, consid. 3.4

temps qui s'écoule jusqu'à la décision définitive en fait partie ou non¹⁴⁹. Dans l'affaire *McKay contre Royaume-Uni*, seuls trois jours se sont écoulés entre l'arrestation et la décision de la *High Court*, soit moins que le délai maximal de quatre jours¹⁵⁰. Il n'est donc guère possible d'en tirer des conclusions probantes.

D'après ce qui précède, l'art. 5, par. 3, CEDH peut aussi être compris en ce sens que le moment de la comparution physique du prévenu devant le juge détermine si le délai de la CEDH est respecté.

Au vu de l'exigence relative au pouvoir de libération, il faut examiner si l'impossibilité où se trouve le tribunal des mesures de contrainte d'ordonner définitivement la libération du prévenu à la suite d'un recours du ministère public n'entraîne pas une violation des dispositions de la CEDH ou de la jurisprudence de la Cour EDH. À ce jour, une jurisprudence claire de la Cour EDH sur cette question fait défaut. Dans l'affaire *McKay c. Royaume-Uni*, la Cour EDH n'a pas contesté le fait que le magistrat (juge de la mise en détention) n'avait pas en l'espèce la compétence de faire libérer le prévenu; seule la *High Court* (instance de recours) pouvait en décider. Cependant, comme indiqué, seuls trois jours s'étaient écoulés dans ce cas précis entre l'arrestation et la décision de la *High Court*, soit moins que le délai de quatre jours. Le Conseil fédéral n'est donc pas en mesure d'apporter une réponse définitive à cette question.

L'*al.* 2 prévoit que le ministère public adresse un recours motivé par écrit au tribunal des mesures de contrainte à l'intention de l'autorité de recours dans les six heures suivant l'annonce de la décision. Ce délai a été prolongé de trois heures au vu des résultats de la consultation. De nombreux participants à la consultation ont considéré que le délai de trois heures était trop court, empêchant *de facto* le ministère public de faire efficacement usage de son droit de recours¹⁵¹. Conformément au modèle de solution retenu par le Tribunal fédéral, le recours doit notamment contenir la proposition de maintien de la détention et la demande d'effet suspensif¹⁵².

Le tribunal des mesures de contrainte libérera immédiatement le prévenu si le ministère public ne dépose pas le recours dans le délai prévu à cette fin. On veut ainsi montrer que ce délai constitue une condition de validité.

Conformément à l'*al.* 3, le tribunal des mesures de contrainte transmet immédiatement le recours et les motifs de la décision, sommaires ou, le cas échéant, définitifs (art. 226, al. 2, 2^e phrase, CPP), à l'autorité de recours avec le dossier (y compris le procès-verbal, le dispositif et éventuellement une brève prise de position sur le recours).

L'*al.* 4 oblige la direction de la procédure de l'autorité de recours à statuer sur la prolongation de la détention dans les six heures suivant la réception du recours. En raison de l'urgence, elle devrait en règle générale prendre cette décision sans avoir entendu le prévenu, c'est-à-dire à titre superprovisionnel. Si la décision de détention

¹⁴⁹ *Frowein/Peukert*, EMRK, ad art. 5 n° 72; *Trechsel*, Human Rights, p. 512

¹⁵⁰ Cour EDH, affaire n° 543/03, ch. 48 à 51 (*McKay c. Royaume-Uni*)

¹⁵¹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 14

¹⁵² *Forster*, RPS 2012, p. 347; voir aussi l'instruction n° 1.8 du ministère public du canton de Schwyz concernant la procédure de détention et de recours contre la détention, version du 1^{er} novembre 2018, ch. 6

est négative, la personne concernée devra être immédiatement libérée (art. 226a, al. 6, en relation avec l'art. 226, al. 5, CPP). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la décision de la direction de la procédure ne peut pas être attaquée devant le Tribunal fédéral¹⁵³. En cas de prolongation du délai fixé à l'al. 2, la direction de la procédure de l'autorité de recours devra organiser un service de permanence.

La doctrine déplore que la décision sur la détention soit prise sans l'octroi préalable du droit d'être entendu et sur la base d'un dossier rudimentaire, une telle procédure n'étant pas conforme aux exigences fixées à l'art. 5, par. 3, CEDH (art. 31, al. 3, Cst.)¹⁵⁴.

Conformément à l'al. 5, l'autorité de recours statue sur la détention dans les 72 heures suivant la réception du recours. Cette réglementation diffère du modèle de solution retenu par le Tribunal fédéral, qui ne prévoit pas de délai précis, mais se contente de la maxime de célérité (art. 5, al. 2, CPP). Le Conseil fédéral considère qu'il n'est pas envisageable de renoncer à un délai compte tenu des normes de droit supérieur. Cependant, en prolongeant le délai de 48 à 72 heures, il donne notamment suite aux critiques selon lesquelles le délai de 48 heures est insuffisant pour prendre une décision fondée et nuit à la qualité de la procédure.

Selon l'al. 6, les art. 225 et 226, al. 2 à 5, CPP, s'appliquent par analogie avec la procédure devant l'autorité de recours. Ce renvoi signifie en particulier que la procédure de recours doit en principe être orale (art. 225, al. 1, CPP). Le Conseil fédéral s'en tient à ce principe compte tenu des normes de droit supérieur, même si plusieurs participants à la consultation s'y sont opposés, en avançant en particulier que le prévenu a déjà été entendu par le tribunal des mesures de contrainte¹⁵⁵. Les dispositions générales relatives aux voies de droit (art. 379 ss CPP) et au recours (art. 393 ss CPP) s'appliquent pour le surplus.

Art. 236, al. 1 et 4

La modification de l'al. 4 précise que l'exécution anticipée des peines et des mesures ne peut être autorisée que si le prévenu peut exécuter la peine ou la mesure en étant soumis au régime de l'exécution. En effet, les établissements pénitentiaires ne peuvent appliquer plusieurs régimes d'exécution à la fois.

C'est pourquoi l'exécution anticipée des peines et des mesures est soumise à une condition supplémentaire à l'al. 1: elle ne pourra être autorisée que si le but de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté ne s'y oppose pas. Cela permet par exemple de tenir compte du risque de collusion, plus difficile à gérer dans le régime de l'exécution que dans le régime de la détention provisoire.

La modification proposée a été majoritairement bien accueillie lors de la consultation¹⁵⁶.

¹⁵³ ATF 138 IV 92, consid. 2

¹⁵⁴ *Beeler*, Untersuchungshaft, p. 167

¹⁵⁵ Synthèse des résultats de la consultation, p. 15

¹⁵⁶ Synthèse des résultats de la consultation, p. 16

Art. 248, al. 1 à 3

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce n'est pas seulement le détenteur des documents qui peut déposer une demande de mise sous scellés, mais aussi toute autre personne pouvant se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé au maintien du secret du contenu des documents¹⁵⁷. Cette jurisprudence est prise en compte à l'*al. 1*, où la légitimation de la mise sous scellés est étendue à l'ayant droit, comme à l'art. 264, al. 3, CPP.

Le texte de loi doit préciser qu'il y a lieu de déposer rapidement une demande de mise sous scellés. Cela correspond à l'avis exprimé par la doctrine en référence à la jurisprudence du Tribunal fédéral: la demande doit être directement liée dans le temps à la mise en sûreté¹⁵⁸. C'est pourquoi, d'une part, l'*al. 1* est complété par le mot «immédiatement», que l'on peut interpréter à la lumière de la jurisprudence relative à la récusation (art. 58, al. 1, CPP) comme «dans les six à sept jours». D'autre part, on introduit un délai de dix jours à l'*al. 1*. Ce délai maximal est nécessaire dans les cas où l'ayant droit n'apprend que longtemps après que des documents, des enregistrements ou d'autres objets ont été saisis et que l'autorité de poursuite pénale a déjà exploité ces moyens de preuve.

Certains participants à la consultation ont demandé qu'on durcisse les conditions de la mise sous scellés en introduisant l'obligation de faire valoir une interdiction du séquestre¹⁵⁹. Une telle restriction irait trop loin de leur point de vue, car la mise sous scellés vise notamment à empêcher que l'autorité de poursuite pénale ou d'autres parties aient connaissance au cours de la procédure de secrets dignes de protection (notamment des secrets de fabrication ou des secrets commerciaux)¹⁶⁰. Dans le droit en vigueur, les documents, enregistrements et autres objets peuvent n'être ni perquisitionnés ni séquestrés «pour d'autres motifs». Il semble qu'il arrive souvent dans la pratique que des ayants droit demandent la mise sous scellés en invoquant «d'autres motifs», sans doute en partie parce que le texte de loi à lui seul n'indique pas clairement dans quelles situations ils peuvent le faire. On précise par conséquent l'*al. 1* en indiquant que l'ayant droit qui demande la mise sous scellés peut s'opposer à la perquisition ou au séquestre en faisant valoir son droit de refuser de déposer ou de témoigner ou en invoquant un secret de fabrication, un secret commercial ou un secret privé. Pour assurer la cohérence du code, on modifie également l'art. 264, al. 3, en ce sens.

Al. 3: la mise sous scellés a pour objectif d'éviter que l'autorité saisie de la cause pénale apprenne des secrets dont elle ne doit pas avoir connaissance. La réglementation en vigueur, dans laquelle c'est précisément le tribunal saisi de la cause pénale qui statue sur la levée des scellés, est donc insatisfaisante¹⁶¹.

Le projet prévoit que le tribunal des mesures de contrainte statue sur la levée des scellés non seulement dans le cadre de la procédure préliminaire, comme c'est le cas

¹⁵⁷ ATF 140 IV 28, consid. 4.3.4

¹⁵⁸ BSK StPO-*Thormann/Brechbühl*, ad art. 248 n° 11

¹⁵⁹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 17

¹⁶⁰ Voir le message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1057 1221.

¹⁶¹ Pour d'autres critiques, voir BSK StPO-*Thormann/Brechbühl*, ad art. 248 n° 30.

actuellement, mais aussi dans le cadre de la procédure devant le tribunal de première instance (let. a). Le tribunal saisi de la cause doit en revanche être habilité à diriger la procédure de recours. Certes, la décision sur la levée des scellés est alors prise par un membre du tribunal qui statuera ultérieurement sur la cause, mais cette entorse se justifie: le tribunal des mesures de contrainte est d'ordinaire situé à un échelon hiérarchique inférieur à celui de l'instance de recours et ne peut donc pas être prévu comme autorité de levée des scellés. En outre, on peut s'attendre à ce que des procédures de levée des scellés devant l'instance de recours soient plutôt rares; enfin, la levée des scellés ne concernera qu'un seul membre du tribunal.

Enfin, il faut modifier la voie de droit contre les décisions de levée des scellés prises par le tribunal des mesures de contrainte, qui sont aujourd'hui définitives (al. 3, phrase introductive, avec pour résultat que le Tribunal fédéral est la seule instance de recours en la matière). Cette pratique n'est pas conforme au rôle de l'autorité judiciaire suprême et représente un défi pratique pour le Tribunal fédéral, notamment lorsqu'il s'agit de supports de données. C'est pourquoi, dans des cas particulièrement importants ou complexes, celui-ci se réserve la possibilité de ne pas tout de suite traiter le recours lui-même, mais de le renvoyer à l'autorité de recours au sens des art. 20 et 393 ss CPP et de ne pas entrer en matière (dans un premier temps)¹⁶². Il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si cette pratique est conforme à la loi. En tout état de cause, il faut instaurer une réglementation répondant au principe de la double instance. La décision du tribunal des mesures de contrainte ne sera donc plus définitive. Cette modification, combinée avec celle de l'art. 393, al. 1, let. c, permettra de contester les décisions de levée des scellés prises par ce tribunal par la voie du recours tel que le prévoit le CPP.

La procédure de consultation n'a pas permis de dégager une opinion claire s'agissant de la disposition proposée. Les réserves exprimées et les autres propositions avancées concernent à chaque fois des détails¹⁶³.

Art. 251a

Les art. 12, al. 1, et 12a de l'ordonnance du 28 mars 2007 sur le contrôle de la circulation routière¹⁶⁴ et l'art. 40d de l'ordonnance du 8 novembre 1978 sur la navigation dans les eaux suisses¹⁶⁵ énumèrent les cas où il y a lieu, impérativement, d'ordonner une prise de sang pour vérifier la capacité de conduire. Selon le droit en vigueur, la police ne peut toutefois pas ordonner elle-même l'analyse du sang dans ces cas, mais doit demander au ministère public de la faire effectuer. Cela n'a manifestement pas de sens vu que le ministère public n'a pas de pouvoir discrétionnaire en la matière selon les dispositions du droit fédéral. C'est pourquoi il est logique de conférer à la police la compétence d'ordonner une prise de sang et l'analyse de l'échantillon (let. b). Il en va de même pour la prise d'urine, qui fera ensuite l'objet d'une analyse destinée à vérifier la capacité de conduire. Le droit fédéral ne com-

¹⁶² Arrêt du Tribunal fédéral 1B_595/2011 du 21 mars 2012, consid. 5.3

¹⁶³ Synthèse des résultats de la consultation, pp. 16 s.

¹⁶⁴ RS 741.013

¹⁶⁵ RS 747.201.1

porte aucune disposition à ce sujet, mais il ne s'agit pas là d'une mesure intrusive (let. c).

La situation est différente dans le cas des analyses de sang relevant d'un pouvoir discrétionnaire. Comme il s'agit là d'une mesure relativement intrusive, le ministère public doit conserver sa compétence de les ordonner.

Les participants à la consultation ont dans leur majorité avalisé la réglementation proposée. Certains ont jugé que l'al. 2 de l'avant-projet, selon lequel la police doit informer le ministère public en cas d'opposition à une prise de sang était superflu; ils ont rappelé que la police informait toujours le ministère public dans ces cas puisqu'il est le seul compétent pour ordonner des mesures de contrainte¹⁶⁶. L'argumentation est convaincante et on renonce à l'al. 2 dans le projet.

L'alcootest (let. a) ne figurait pas encore dans l'avant-projet. Il s'impose, à des fins de clarification, de le faire figurer dans le CPP. Conformément à l'art. 55, al. 1, de la loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière¹⁶⁷, les conducteurs de véhicules, de même que les autres usagers de la route impliqués dans un accident, peuvent être soumis à un alcootest. Il peut s'agir de simples contrôles de routine, sans le moindre soupçon d'infraction. Il s'agit dans ce cas de pures mesures policières, que la police est en principe habilitée à ordonner en vertu du droit cantonal. Mais en cas de soupçons, l'alcootest est une mesure de droit procédural, et plus précisément un examen de la personne au sens de l'art. 251 CPP, que le ministère public ordonne conformément à la règle de compétence de l'art. 198 CPP. Cette répartition des compétences est incohérente et ne paraît pas judicieuse¹⁶⁸. Selon une partie de la jurisprudence, il est évident que la police est également compétente pour ordonner un alcootest si elle a des soupçons concrets¹⁶⁹. Pour écarter tous les doutes et lever l'incohérence constatée, on intègre dans le projet la compétence de la police de procéder à un alcootest en cas de soupçons d'infraction.

Art. 255 et 257

Comme indiqué au ch. 3.1.7, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 255, al. 1, let. a, CPP autorise l'établissement d'un profil d'ADN du prévenu pour élucider l'infraction sur laquelle porte la procédure, mais aussi d'éventuelles infractions futures¹⁷⁰. Toujours selon le Tribunal fédéral, il est par contre illicite d'établir systématiquement des profils d'ADN des prévenus juste parce qu'ils sont impliqués dans une procédure pénale. Des indices concrets et significatifs que le prévenu pourrait être mêlé à des infractions déjà commises ou risque d'être mêlé à des infractions futures d'une certaine gravité sont nécessaires pour que l'établissement d'un profil d'ADN constitue une mesure de contrainte proportionnée¹⁷¹. Dans un cas concret, le Tribunal fédéral a confirmé la licéité de l'établissement du profil d'ADN d'un prévenu accusé d'un vol mineur dans un magasin, de faux dans les titres et de

¹⁶⁶ Synthèse des résultats de la consultation, p. 17

¹⁶⁷ RS 741.01

¹⁶⁸ Voir aussi BSK SVG-*Riedo*, ad art. 91a n° 100.

¹⁶⁹ Tribunal cantonal argovien, 3^e cour pénale, décision du 16 janvier 2018, SST.2017,265, in: *forum* 2019, pp. 32 ss

¹⁷⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_17/2019 du 24 avril 2019, consid. 3.3

¹⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_185/2017 du 21 août 2017, consid. 3

faux dans les certificats et connu pour d'autres infractions¹⁷². Il a également jugé licite l'établissement du profil d'ADN d'un prévenu accusé de dommages à la propriété suite à des *tags* sur des trains et qui avait déjà été condamné plusieurs fois auparavant, notamment pour des infractions du même genre¹⁷³. Il a par contre considéré qu'il n'était pas licite d'ordonner l'établissement du profil d'ADN de personnes qui n'avaient jamais été condamnées auparavant et à propos desquelles il y avait tout au plus de vagues soupçons qu'elles puissent commettre des infractions de moindre gravité¹⁷⁴.

Les avis des participants à la consultation sont divergents. Certains veulent que la prélèvement d'échantillons d'ADN ne soit possible que pour élucider l'infraction sur laquelle porte la procédure, d'autres que l'on codifie une jurisprudence plus ancienne du Tribunal fédéral selon laquelle il suffit d'une certaine probabilité que le prévenu puisse être impliqué dans d'autres infractions d'une certaine gravité pour que le prélèvement soit possible¹⁷⁵.

Le projet fixe les conditions auxquelles un profil d'ADN peut être établi même s'il n'est pas requis pour élucider l'infraction sur laquelle porte la procédure, mais pourrait l'être pour élucider d'autres infractions déjà commises ou futures.

Il exige pour ce faire «des indices concrets» que le prévenu pourrait avoir commis d'autres infractions. Il n'est pas nécessaire que des soupçons pèsent directement sur lui, mais il doit y avoir des soupçons qu'une infraction a été commise, sans que l'on sache qui en est l'auteur. Les «indices concrets» sont des éléments liés à l'affaire susceptibles de fonder la présomption selon laquelle le prévenu pourrait avoir commis d'autres infractions. On serait par exemple en présence de tels indices si une personne était prise en flagrant délit de cambriolage en possession d'outils professionnels de cambrioleur, mais pas si cette personne était seulement d'une nationalité spécifique.

L'établissement d'un profil d'ADN en vue d'élucider des infractions *déjà commises* (celle sur laquelle porte la procédure ou une autre) est une mesure *répressive* de droit procédural, tandis que l'établissement d'un profil d'ADN en vue d'élucider d'éventuelles infractions *futures* est une mesure *préventive* qui ne repose pas sur des soupçons, mais sur un pronostic. L'art. 257 CPP permet l'établissement d'un profil d'ADN dans le but d'élucider d'éventuelles infractions futures. Étant donné qu'il s'agit d'un pronostic de comportement, ce n'est pas le ministère public durant l'instruction, mais le tribunal qui rend le jugement (ou le ministère public en procédure de l'ordonnance pénale) qui peut ordonner un tel acte. Les éléments permettant d'établir un pronostic sont réunis à la fin des débats ou de l'instruction, mais ne le seraient pas lorsque débute l'instruction.

L'art. 257 est modifié de manière à ce que le tribunal qui rend le jugement (ou le ministère public en procédure de l'ordonnance pénale) puisse ordonner l'établissement d'un profil d'ADN sur une personne condamnée pour un crime ou un délit si des indices concrets laissent présumer qu'elle pourrait commettre d'autres crimes ou

¹⁷² Arrêt du Tribunal fédéral 1B_185/2017 du 21 août 2017

¹⁷³ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_244/2017 du 7 août 2017

¹⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_274/2017 du 6 mars 2018

¹⁷⁵ Synthèse des résultats de la consultation, p. 31

délits par le tribunal qui rend le jugement. Si le ministère public a fait établir un profil d'ADN en se fondant sur l'art. 255 CPP (pour élucider l'infraction sur laquelle porte la procédure ou d'autres infractions) et que le prévenu est condamné, le profil reste dans la banque de données (aussi longtemps que le délai applicable à l'effacement en vertu des art. 16 s. de la loi du 20 juin 2003 sur les profils d'ADN¹⁷⁶ n'est pas écoulé) et peut servir à élucider des infractions futures. De ce fait, le recours à cet article restera vraisemblablement aussi exceptionnel qu'aujourd'hui. L'art. 257 s'appliquera donc aux rares cas où l'élucidation de l'infraction sur laquelle porte la procédure ne nécessite pas de profil d'ADN et où il n'y a pas d'indices portant à croire que le prévenu pourrait avoir commis d'autres infractions.

Art. 263, al. 1, let. e

Le CPP ne comprend pas de dispositions sur le séquestre de valeurs patrimoniales en vue de l'exécution d'une créance compensatrice. Celui-ci est par contre réglé à l'art. 71, al. 3, CP, lequel n'a pas été intégré dans le CPP¹⁷⁷. Pour plus de clarté, on abroge cette disposition du CP et on introduit son contenu à l'art. 263, al. 1, let. e, P-CPP.

L'avant-projet prévoyait cette forme de séquestre à l'art. 268. On y renonce vu les avis exprimés lors de la consultation, car le séquestre de valeurs patrimoniales de tiers ne serait plus possible¹⁷⁸.

Art. 264, al. 3

Voir le commentaire de l'art. 248, al. 1.

Art. 266, al. 3

Cette modification ne concerne que le texte allemand: le terme «*Liegenschaften*» (bien-fonds) est remplacé par «*Grundstücke*» («immeubles», comme en français), vu que tous les immeubles au sens de l'art. 655, al. 2, du code civil¹⁷⁹ sont séquestrés, y compris les droits distincts et permanents, immatriculés au registre foncier, les mines et les parts de copropriété d'un immeuble.

Art. 269, al. 2, let. a

Comme la modification de la loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire¹⁸⁰ et l'élaboration du CPP ont eu lieu pratiquement en parallèle, les faits mentionnés aux art. 226^{bis} CP (danger imputable à l'énergie nucléaire, à la radioactivité et aux rayonnements ionisants) et 226^{ter} CP (actes préparatoires punissables) ont été omis des listes d'infractions pour lesquelles une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 269, al. 2) ou une investigation secrète (art. 286, al. 2) peuvent être ordonnées. On remédie à ces omissions.

¹⁷⁶ RS 363

¹⁷⁷ *Heimgartner* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., ad art. 263 n° 2

¹⁷⁸ Synthèse des résultats de la consultation, pp. 17 s.

¹⁷⁹ RS 210

¹⁸⁰ RS 732.1

Les participants à la consultation ont largement soutenu cette modification¹⁸¹. Certains ont demandé que d'autres infractions viennent s'ajouter aux listes susmentionnées¹⁸². Cela s'avère impossible pour les infractions poursuivies uniquement sur plainte, car le principe de la proportionnalité commande que les infractions atteignent une certaine gravité pour que des mesures de surveillance secrète puissent être ordonnées. D'aucuns ont demandé qu'on inscrive dans la liste l'art. 2 de la loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes «Al-Qaïda» et «État islamique» et les organisations apparentées¹⁸³. Le Parlement délibère actuellement sur le projet d'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme et de son Protocole additionnel et concernant le renforcement des normes pénales contre le terrorisme et le crime organisé¹⁸⁴, qui prévoit notamment, par le biais d'une modification de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement (LRens)¹⁸⁵, de confier au Conseil fédéral la compétence d'interdire certains groupements et organisations. La LRens est complétée par de nouvelles dispositions (art. 74, al. 2, 4, 4^{bis}, 6 et 7) qui rendent punissables la participation et le soutien à de tels groupements ou organisations. La loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes «Al-Qaïda» et «État islamique» et les organisations apparentées pourra donc être abrogée puisque le Conseil fédéral pourra interdire de telles organisations en se fondant sur la LRens. L'arrêté fédéral prévoit également d'ajouter l'art. 74, al. 4, LRens aux listes d'infractions figurant aux art. 269 et 286 CPP.

Art. 273, al. 1

L'art. 273, al. 1, CPP dispose que les données secondaires relatives aux communications de la «personne surveillée» peuvent être prélevées à certaines conditions.

Or cette disposition est difficilement applicable lorsqu'il s'agit de prélever les données secondaires de tiers. Conformément à l'art. 270, let. b, CPP, un tiers ne peut faire l'objet d'une surveillance que si le prévenu utilise son raccordement de télécommunication (ch. 1) ou qu'il sert d'intermédiaire au prévenu dans ses communications (ch. 2). Mais lorsqu'il s'agit de réunir les données secondaires (par ex. celles relatives au lieu) d'un lésé, et notamment d'une victime, les exigences des ch. 1 et 2 ne sont pas remplies, si bien que le prélèvement des données est impossible, en tous les cas selon le libellé de la loi¹⁸⁶.

Le texte révisé prévoit de ce fait la possibilité de prélever les données secondaires de lésés. À la différence de la proposition de *Forster*¹⁸⁷ et d'une demande exprimée lors de la consultation¹⁸⁸, on renoncera à ce que les communications avec des personnes ou des raccordements tiers soient déterminantes pour l'instruction, car ce critère

¹⁸¹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 18

¹⁸² Synthèse des résultats de la consultation, pp. 18 et 30

¹⁸³ RS 122

¹⁸⁴ FF 2018 6557; message: FF 2018 6469

¹⁸⁵ RS 121

¹⁸⁶ Le Tribunal fédéral, passant outre le strict texte du code, autorise le prélèvement de ces données secondaires. Pour plus de détails: *Forster*, in: FS-Donatsch, p. 362.

¹⁸⁷ *Forster*, in: FS-Donatsch, pp. 366 s.

¹⁸⁸ Synthèse des résultats de la consultation, p. 18

empêcherait le prélèvement de simples données relatives au lieu, qui peuvent pourtant s'avérer très importantes pour l'élucidation d'une infraction.

Les participants à la consultation se sont montrés majoritairement favorables à la réglementation proposée. Certains ont néanmoins demandé des adaptations terminologiques¹⁸⁹ et des précisions, pour réaffirmer notamment que les données secondaires de tiers ne peuvent être prélevées que si cela s'avère effectivement indispensable. Cette condition découle du principe général de proportionnalité. L'art. 197 CPP rappelle d'ailleurs également ce principe, en précisant que les mesures de contrainte qui portent atteinte aux droits fondamentaux des personnes qui n'ont pas le statut de prévenu sont appliquées avec une retenue particulière (al. 2).

Art. 286, al. 2, let. a

Voir le commentaire de l'art. 269, al. 2, let. a.

Art. 301, al. 1^{bis}

Selon la Conférence suisse des offices de liaison de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, les victimes¹⁹⁰ souhaiteraient avoir la possibilité d'obtenir une copie de la transcription de leur dénonciation lorsque celle-ci a été communiquée oralement. On ajoute de ce fait un nouvel al. 1^{bis}.

Vu les critiques exprimées lors de la consultation¹⁹¹, on a adapté le projet en précisant que seule une confirmation de la dénonciation peut être remise au dénonciateur et non par exemple une copie du procès-verbal d'audition, car il y aurait là une violation des dispositions concernant la consultation des dossiers (art. 101 s. CPP), comme l'ont noté à juste titre certains participants.

Art. 303a

Certains codes de procédure cantonaux permettaient de conditionner l'ouverture d'une procédure au versement d'une avance de frais, lorsque l'objet de la procédure était une infraction poursuivie sur plainte (notamment infractions contre l'honneur et voies de fait)¹⁹².

Le Conseil fédéral propose, pour les infractions contre l'honneur, d'introduire la possibilité d'astreindre le plaignant à fournir des sûretés pour couvrir les éventuels frais et indemnités. Cela se justifie dans la mesure où, dans ces cas, la motivation du plaignant n'est bien souvent pas de dénoncer la violation d'un bien juridique, mais plutôt le désir de revanche. Si les motifs prépondérants de la plainte sont de cette nature, il paraît justifié de demander le versement d'une avance avant que la machine judiciaire ne se mette en mouvement.

¹⁸⁹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 18

¹⁹⁰ Concernant la notion de victime, voir l'art. 116, al. 1, CPP.

¹⁹¹ Synthèse des résultats de la consultation, pp. 19 s.

¹⁹² Par ex. l'art. 226 CPP-BE: possibilité offerte en cas de plainte pour atteintes à l'honneur ou voies de fait et, «si des circonstances particulières le justifient», pour d'autres actes punissables ne se poursuivant que sur plainte

La disposition proposée n'implique aucune obligation de requérir des sûretés. Au contraire, le ministère public disposera d'une marge discrétionnaire pour statuer tant sur la fourniture des sûretés en tant que telle, que sur leur montant. Ce faisant, il doit notamment tenir compte de la portée de la cause et de la situation financière du plaignant.

Une majorité des participants à la consultation se sont félicités de la possibilité d'exiger des sûretés. Certains ont demandé qu'on l'étende à d'autres infractions¹⁹³.

Art. 316, al. 1, 1^{re} phrase

Selon le libellé français de l'al. 1, une conciliation n'est possible que lorsque la procédure porte exclusivement sur des infractions poursuivies sur plainte, tandis que dans les versions allemande et italienne, une conciliation est aussi possible lorsque la procédure porte à la fois sur des infractions poursuivies sur plainte et sur des infractions poursuivies d'office. En l'occurrence, c'est cette version qui semble correcte, raison pour laquelle il convient d'adapter le libellé en français.

Art. 318, al. 1^{bis} et 3

L'avant-projet prévoyait d'exiger du ministère public qu'il indique aux victimes dont il a connaissance quelle issue il entend donner à la procédure et qu'il leur donne un délai pour se constituer parties plaignantes si elles n'y ont pas déjà renoncé expressément.

La majorité des participants à la consultation ont rejeté cette proposition en rappelant les obligations de communiquer existantes au début de la procédure préliminaire. Une minorité l'a soutenue¹⁹⁴.

On maintient néanmoins cette obligation d'informer dans le projet, en l'assortissant de conditions plus restrictives.

Le lésé peut se constituer partie plaignante avant la clôture de la procédure préliminaire (art. 118, al. 3, CPP). Il faut cependant qu'il ait connaissance de ce droit. Différentes obligations d'informer des autorités pénales figurent dans le code (art. 118, al. 4, 143, al. 1, let. c, et 305, al. 1, CPP [pour les victimes]). Le droit en vigueur statue par ailleurs une obligation d'informer avant la clôture de l'instruction. Ces obligations découlent de la maxime voulant qu'un traitement équitable et le droit d'être entendu soient garantis (art. 3, al. 2, let. c, CPP; droit à un procès équitable).

L'art. 318, al. 1, CPP dispose que le ministère public doit informer par écrit les parties dont le domicile est connu de la clôture prochaine de l'instruction et leur indiquer s'il entend rendre une ordonnance de mise en accusation ou une ordonnance de classement; il doit en même temps fixer aux parties un délai pour présenter leurs réquisitions de preuves. Il n'y est pas tenu s'il rend une ordonnance pénale.

¹⁹³ Synthèse des résultats de la consultation, p. 19

¹⁹⁴ Synthèse des résultats de la consultation, p. 19

Certains auteurs de doctrine estiment que les lésés qui ne se sont pas encore constitués parties plaignantes doivent également être rendus attentifs à ce délai¹⁹⁵.

L'*al. 1^{bis}* prévoit de ce fait une nouvelle obligation d'informer du ministère public avant la clôture de l'instruction, et ce uniquement pour les lésés qui n'ont pas encore été informés de leurs droits (en particulier le droit de se constituer parties plaignantes). Contrairement à ce que prévoit l'*al. 1*, le ministère public sera également tenu de faire cette communication avant de rendre une ordonnance pénale, car c'est précisément dans ce genre de procédures que les lésés risquent de ne pas se constituer parties plaignantes suffisamment tôt, en particulier si le ministère public rend immédiatement une ordonnance pénale (art. 309, al. 4, CPP)¹⁹⁶.

Cette mesure est d'autant plus nécessaire que le ministère public pourra statuer sur les prétentions civiles par ordonnance pénale (art. 353, al. 2).

Les lésés qui n'ont pas été informés dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale de leur droit de se constituer parties plaignantes ont certes la possibilité de faire opposition ou recours, mais il n'est pas normal qu'une obligation d'informer du ministère public se mue en obligation des personnes concernées de requérir une information¹⁹⁷.

Pour des motifs d'égalité de traitement, la nouvelle obligation d'informer ne s'appliquera pas uniquement aux victimes, mais à tous les lésés¹⁹⁸. Comme à l'*al. 1*, la communication n'ira qu'aux lésés dont le domicile est connu.

Si un lésé a déjà renoncé expressément à se constituer partie plaignante, il n'y aura pas de nouvelle obligation d'informer.

Le ministère public ne pourra pas clore immédiatement l'instruction si un lésé fait usage de cette nouvelle possibilité. Il faudra lui donner l'occasion de déposer des réquisitions de preuves, notamment en rapport avec d'éventuelles prétentions civiles.

La modification de l'*al. 3* découle du nouvel *al. 1^{bis}*.

Art. 322, al. 3

La modification proposée a pour but de supprimer une incohérence. Lorsque la confiscation doit être décidée en dehors d'une procédure pénale, le ministère public rend une ordonnance de confiscation dans le cadre d'une procédure de confiscation indépendante. La personne concernée peut s'opposer à la confiscation en faisant opposition (procédure régie par les dispositions sur l'ordonnance pénale), puis en faisant recours (art. 377, al. 4, CPP). Si par contre la confiscation est prononcée dans le cadre du classement, le droit en vigueur autorise le recours. Les situations dans lesquelles la confiscation est prononcée (acquiescement ou pas de procédure pénale

¹⁹⁵ *Schmid/Jositsch*, StPO Praxiskommentar, ad art. 118 n° 3a; *Landshut/Bosshard*, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., ad art. 318 n° 4a; BSK StPO-Steiner, ad art. 318 n° 3

¹⁹⁶ *Galeazzi*, Zivikläger, pp. 81 ss; *Landshut/Bosshard*, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., ad art. 318 n° 2a

¹⁹⁷ *Galeazzi*, Zivikläger, p. 82; *Nydegger*, RPS 2018, ch. 5

¹⁹⁸ Comme cela a été demandé lors de la consultation (synthèse des résultats de la consultation, pp. 18 s.).

dans le premier cas, classement de la procédure dans le second) sont très semblables et rien ne justifie dès lors qu'il y ait des voies de droit différentes. De plus, les règles en vigueur font que deux instances cantonales se prononcent dans le cadre de la procédure de confiscation indépendante, alors qu'il en suffit d'une seule, l'autorité de recours, lorsque la confiscation a lieu dans le cadre d'un classement.

En conséquence, le projet, suivant une demande exprimée par le Tribunal pénal fédéral durant la procédure de consultation¹⁹⁹, unifie les voies de droit contre les décisions de confiscation, qu'elles soient prononcées en cas de classement ou dans le cadre d'une procédure de confiscation indépendante.

Art. 331, al. 2, 2^e phrase

Voir le commentaire de l'art. 123, al. 2.

Art. 342, al. 1, phrase introductive, let. a et b, 1^{bis}, 1^{ter} et 2

Selon le droit en vigueur, le tribunal peut décider de scinder les débats en deux parties à la demande du prévenu ou du ministère public ou d'office (art. 342, al. 1, CPP).

Or puisque cette décision de scission relève du tribunal et non de la direction de la procédure, elle ne peut être prise que dans le cadre-même des débats. La doctrine critique le fait que cette décision intervienne si tardivement. Elle y voit une certaine inefficacité et une inadéquation à la pratique, surtout lorsque la nécessité de scinder les débats se fait sentir dès la phase préparatoire et qu'il faudrait prendre des dispositions organisationnelles²⁰⁰. Il y a un risque aussi, vu le moment prévu pour prendre la décision de scission, que les demandes en ce sens soient rejetées du fait que toutes les dispositions administratives ont déjà été prises ou que la demande intervient à trop court terme.

Il est toutefois possible que la direction de la procédure prévoie que les débats se dérouleront en deux parties et que le tribunal tranche formellement la question préjudicielle de la scission au début des débats. Il est en outre considéré comme licite de traiter les questions organisationnelles liées à la scission dès les débats préliminaires (art. 332 CPP)²⁰¹.

Le Conseil fédéral propose une répartition des compétences en fonction du moment où est prise la décision relative à la scission pour assurer une procédure efficace.

Les modifications effectuées dans la phrase introductive et, en français uniquement, dans les let. a et b, sont purement rédactionnelles.

Si la demande de scission est déposée entre le début de la litispendance et l'ouverture des débats, la décision relèvera selon l'*al. 1^{bis}, let. a*, de la direction de la procédure. Cela vaut également s'il apparaît durant la préparation des débats que la décision sera prise d'office. Si la demande n'est déposée qu'après l'ouverture des débats, c'est le tribunal qui prendra la décision (*al. 1^{bis}, let. b*).

¹⁹⁹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 30

²⁰⁰ BSK StPO-*Hauri/Venetz*, ad art. 342 n° 10

²⁰¹ BSK StPO-*Hauri/Venetz*, ad art. 342 n° 10; *Schmid*, Handbuch, n° 1291

Si la direction de la procédure rejette une demande de scission, une nouvelle demande pourra être déposée lors des débats conformément à l'*al. 1^{ter}*.

À l'*al. 2*, on fait un changement purement rédactionnel en français en remplaçant «de scinder les débats» par «relative à la scission des débats».

Art. 352a

Contrairement à ce que prévoyait le projet d'unification du droit de la procédure pénale du Conseil fédéral²⁰², le CPP en vigueur ne comporte pas de règle explicite à l'adresse du ministère public consistant à lui imposer d'auditionner le prévenu avant de rendre une ordonnance pénale. Cette obligation a été biffée du projet lors des délibérations parlementaires pour ne pas menacer l'efficacité de la procédure de l'ordonnance pénale²⁰³.

Le ministère public n'en demeure pas moins tenu d'auditionner le prévenu lorsque cela s'avère nécessaire pour élucider les faits ou lorsque l'audition s'avère indispensable en vue d'une condamnation (principes de la vérité matérielle et de la conviction intime du juge)²⁰⁴. Il a en outre toute latitude pour procéder à une audition s'il le souhaite. La jurisprudence et la doctrine critiquent quoi qu'il en soit l'absence d'une obligation explicite d'auditionner²⁰⁵.

L'avant-projet prévoyait l'audition obligatoire du prévenu dans différentes situations. Suite aux critiques exprimées lors de la consultation²⁰⁶, cette obligation ne s'appliquera que si le ministère public a l'intention de rendre une ordonnance pénale infligeant au prévenu *une peine privative de liberté à exécuter*, quelle qu'en soit la durée. Il pourra s'agir d'une peine ferme, d'une peine avec sursis partiel ou d'une peine à exécuter suite à la révocation d'un sursis. Le projet permet de la sorte de contrer les critiques selon lesquelles, d'une part, la peine encourue n'est pas un critère valable pour justifier l'obligation d'entendre le prévenu et selon lesquelles, d'autre part, cette obligation s'appliquerait surtout à des cas mineurs.

Certains participants à la consultation favorables sur le principe à l'audition obligatoire ont proposé que le prévenu puisse renoncer à être entendu, par exemple s'il l'a déjà été par la police²⁰⁷. Le projet ne tient pas compte de cette proposition.

En effet, comme l'indique le ch. 3.1.8, l'audition du prévenu par le ministère public a pour but de lui permettre d'exercer son droit d'être entendu (concrétisation du principe du procès équitable) s'il est prévu qu'il devra purger une peine privative de liberté. L'audition permet par ailleurs d'expliquer au prévenu quel est le contenu et la portée de l'ordonnance pénale. Lors de l'audition par la police, il est trop tôt pour

²⁰² Voir l'art. 356 P-CPP.

²⁰³ BO E 2006, 984 et 1050; BO N 2007 1024

²⁰⁴ *Daphinoff*, Strafbefehlsverfahren, pp. 343 s.

²⁰⁵ *Thommen*, Prozess, pp. 78 ss; *Daphinoff*, Strafbefehlsverfahren, pp. 343 s.; BSK StPO-Franz Riklin, ad art. 352 n° 2; *Saluz*, Anwaltsrevue 2012, p. 229; *Thommen/Grädel*, plaidoyer 2016, p. 10; *Schwarzenegger*, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., ad art. 352 n° 5

²⁰⁶ Synthèse des résultats de la consultation, p. 21

²⁰⁷ Synthèse des résultats de la consultation, p. 21

savoir quelle peine sera infligée, si bien qu'elle ne saurait remplacer une audition par le ministère public.

S'agissant d'une peine pécuniaire avec sursis ou d'une amende, le ministère public aura toute latitude pour entendre ou non le prévenu avant de rendre une ordonnance pénale. Les cantons pourront en outre adopter des directives plus contraignantes quant à l'obligation d'auditionner.

Art. 353, al. 2

Le CPP en vigueur, contrairement à la PPMin (art. 32, al. 3), n'autorise pas le ministère public à trancher les prétentions civiles par ordonnance pénale. Les prétentions civiles de la partie plaignante sont mentionnées dans l'ordonnance pénale si le prévenu les a reconnues. Les prétentions qui n'ont pas été reconnues sont renvoyées au procès civil (art. 352, al. 2, CPP). La doctrine considère cette réglementation comme favorable aux lésés et aux victimes et comme inefficace si on considère l'administration de la justice dans son ensemble²⁰⁸.

Le Conseil fédéral propose dès lors un rapprochement avec la PPMin. Il est en effet absurde que le ministère public doive renvoyer au civil une créance certes contestée par le prévenu, mais liquide.

Une courte majorité des participants à la consultation se sont prononcés en faveur de cette proposition²⁰⁹.

La procédure de l'ordonnance pénale ne saurait toutefois s'appliquer à des créances d'un montant illimité. Une limite placée trop bas pourrait désavantager le lésé. Le Conseil fédéral propose par conséquent de la fixer à 30 000 francs, ce qui est aussi par exemple la valeur litigieuse minimale pour les recours en matière civile devant le Tribunal fédéral (art. 74, al. 1, LTF) et pour les affaires patrimoniales jugées en procédure simplifiée (art. 243, al. 1, CPC).

L'al. 2 prévoit par conséquent que le ministère public pourra statuer sur les prétentions civiles par ordonnance pénale lorsque les prétentions civiles se fonderont sur des faits suffisamment clairs qui ne compliquent pas le jugement (*let. a*)²¹⁰ et que la valeur litigieuse ne dépassera pas 30 000 francs (*let. b*).

Art. 354, al. 1, phrase introductive, let. a^{bis}, et 1^{bis}

Le droit en vigueur n'autorise pas explicitement la partie plaignante à faire opposition.

Certains auteurs de doctrine considèrent néanmoins que la partie plaignante est légitimée à faire opposition par la clause générale de l'al. 1, let. b, si elle peut faire valoir un intérêt juridiquement protégé à la suppression ou à la modification de l'ordonnance pénale²¹¹. La doctrine est unanime sur le fait que la partie plaignante

²⁰⁸ BSK StPO-Riklin, ad art. 353 n° 6; Thommen, Prozess, pp. 91 s.; Saluz, Anwaltsrevue 2012, p. 229; Rapport final 2015, p. 49

²⁰⁹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 21

²¹⁰ BSK JStPO-Hebeisen, ad art. 32 n° 12

²¹¹ BSK StPO-Riklin, ad art. 354 n° 9 ss; Thommen, Prozess, pp. 110 ss

n'est pas autorisée à faire opposition. Elle n'a pas en effet d'intérêt juridiquement protégé en rapport avec la peine prononcée puisque seul l'État est apte à punir²¹².

Le Tribunal fédéral légitime la partie plaignante à faire opposition si, dans une situation analogue, elle aurait la qualité pour recourir en vertu de l'art. 382, al. 1, CPP. S'il en était autrement, la partie plaignante lésée en raison d'un acte pouvant donner lieu à une procédure de l'ordonnance pénale serait désavantagée par rapport au plaignant (au pénal) ou au demandeur (au civil) qui participe à une procédure ordinaire. Alors que la partie plaignante devrait se contenter d'une ordonnance pénale, le plaignant ou le demandeur pourrait, lui, recourir devant l'instance cantonale supérieure, voire devant le Tribunal fédéral²¹³.

Pour mettre fin à cette inégalité de traitement, l'al. 1, let. *a*^{bis}, autorise expressément la partie plaignante à former opposition. C'est d'autant plus nécessaire que le Conseil fédéral propose que le ministère public puisse statuer sur les prétentions civiles par ordonnance pénale (voir le commentaire de l'art. 353).

L'*al. 1*^{bis} exclut toutefois une opposition de la partie plaignante contre la sanction prononcée, par analogie avec l'art. 382, al. 2, CPP.

Art. 364, al. 5

Le droit en vigueur ne règle la procédure donnant lieu à une décision judiciaire ultérieure que de manière très rudimentaire. Il n'indique pas clairement, notamment, si les règles de la procédure par défaut (art. 366 ss CPP) sont applicables lorsque la personne concernée ne se présente pas.

Le Conseil fédéral propose de ce fait un nouvel *al. 5* selon lequel les dispositions relatives à la procédure de première instance sont applicables par analogie lorsque les art. 364 ss CPP ne contiennent pas de dispositions particulières.

Certains participants à la consultation ont indiqué à juste titre que le ministère public pouvait aussi rendre des décisions ultérieures indépendantes, auquel cas la procédure ne peut pas se fonder sur les dispositions relatives à la procédure de première instance²¹⁴. On précise par conséquent le projet de manière à ce que la procédure de première instance ne s'applique qu'au tribunal au sens de l'al. 1. On indique par ailleurs que l'art. 390 est applicable par analogie avec la procédure écrite²¹⁵.

Art. 364a

Les Chambres fédérales ont adopté en 2010 la motion 09.3443 Sommaruga Carlo («Réintégration des condamnés»), qui charge le Conseil fédéral de présenter une modification du CPP visant à introduire le principe d'une décision urgente et provisoire des autorités administratives en vue d'une réintégration des condamnés dans le régime de l'exécution des peines et des mesures, et ce notamment afin de protéger la population.

²¹² ATF 141 IV 231, consid. 2.3 s. (et les références citées)

²¹³ ATF 141 IV 231, consid. 2.6

²¹⁴ Synthèse des résultats de la consultation, p. 23

²¹⁵ BSK StPO-Heer, ad art. 364 n° 1 s., Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, ad art. 364, n° 9.

Le droit en vigueur attribue aux tribunaux la compétence d'ordonner la réintégration des condamnés dans le régime de l'exécution lorsque les autorités d'exécution leur en font la demande (voir les art. 62a, al. 3, 64a, al. 3, et 95, al. 5, CP).

L'affaire du meurtre de Lucie Trezzini a montré qu'il était nécessaire d'élaborer une réglementation permettant de contrer rapidement le risque qu'un condamné fait courir à la population. Quelques cantons ont déjà adopté des dispositions qui autorisent les autorités d'exécution dans certains cas à mettre ou à maintenir la personne concernée en détention dans la perspective de l'introduction d'une procédure donnant lieu à une décision judiciaire ultérieure²¹⁶.

Le Conseil fédéral est d'avis qu'une réglementation fédérale s'impose dans ce domaine, comme le demande d'ailleurs la motion. Fondée sur les dispositions cantonales existantes, elle s'inscrira au nouvel art. 364a.

L'al. 1 dispose que l'autorité compétente pour l'introduction de la procédure tendant à rendre une décision ultérieure (art. 364, al. 1 CPP ; en règle générale l'autorité d'exécution, à titre subsidiaire le ministère public) peut faire arrêter le condamné dans la perspective d'une telle procédure lorsque certaines conditions sont remplies.

Une autre solution étudiée consisterait pour l'autorité d'exécution à demander l'arrestation du condamné au ministère public afin qu'il lance une procédure d'arrestation (comme c'est le cas au § 44 de la loi argovienne d'introduction du CPP [EG-StPO AG]). Certains participants à la consultation se sont exprimés en faveur de cette solution, au motif que l'autorité d'exécution n'a pas toujours l'expérience nécessaire²¹⁷. Le Conseil fédéral continue de la rejeter car certains cantons ont donné compétence à des tribunaux d'exécution spécialisés pour lesquels il n'est pas indiqué, pour des raisons de hiérarchie, de faire une demande au ministère public. Une autorité supplémentaire peut de plus occasionner des retards indésirables. Enfin, l'art. 440, al. 1, CPP déclare l'autorité d'exécution compétente.

L'al. 1 exige qu'il y ait urgence pour que l'autorité compétente puisse faire arrêter le condamné (voir également l'art. 440, al. 1, CPP). Contrairement à ce qui prévalait dans l'avant-projet, cette exigence n'est plus énoncée de manière explicite; elle découle cependant de la formulation «sérieusement lieu de craindre», ainsi que des exigences de la lettre b. A défaut d'urgence, il faut introduire la procédure tendant à rendre une décision ultérieure et faire une demande au tribunal compétent (voir l'art. 364b).

L'al. 1 exige de plus qu'il y ait sérieusement lieu de penser que l'exécution d'une sanction privative de liberté sera ordonnée à l'encontre du condamné (par ex. l'exécution sans sursis d'une peine privative de liberté résiduelle ou l'exécution d'une mesure thérapeutique institutionnelle au lieu d'une mesure ambulatoire)²¹⁸ et qu'il risque de prendre la fuite (*let. a*, par analogie avec l'art. 221, al. 1, let. a, CPP) ou de commettre à nouveau un crime ou un délit grave (*let. b*, par analogie avec l'art. 221, al. 1, let. c, CPP). La let. b a été précisée par rapport à l'avant-projet, car

²¹⁶ Par ex. § 44 EG-StPO AG, art. 89 JG AR, art. 38a LEPM BE, art. 20 JVG GR, art. 6a EG-StPO UR, § 25 JVG LU, art. 50 EG-StPO SG, art. 95^{bis} JG SH, § 22 SttJVG ZH, art. 19 LEPM JU

²¹⁷ Synthèse des résultats de la consultation, p. 23

²¹⁸ Voir par ex. l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_371/2016 du 11 novembre 2016, consid. 6.3.

certains participants ont estimé que la notion d'«infraction grave» était trop indéterminée²¹⁹.

Conformément à l'*al.* 2, l'autorité compétente mènera une procédure de détention par analogie avec l'art. 224. Elle devra en particulier interroger le condamné et lui donner la possibilité de s'exprimer. Elle devra en outre administrer les preuves aisément disponibles susceptibles de confirmer ou d'écarter les motifs de détention (art. 224, al. 1, CPP). Elle devra demander la mise en détention pour des motifs de sûreté au tribunal des mesures de contrainte dans les 48 heures à compter de l'arrestation (art. 224, al. 2, CPP). Les art. 225 et 226 CPP seront applicables par analogie avec la procédure devant le tribunal des mesures de contrainte.

Ces dispositions sont conformes au droit international et à la Constitution (art. 5, al. 3, CEDH ; art. 31, al. 3, Cst.).

En application de la maxime de célérité (art. 5, al. 2, CPP), l'*al.* 3 dispose que l'autorité compétente transmettra le dossier et sa demande dès que possible au tribunal compétent pour la procédure ultérieure.

Art. 364b

Le CPP en vigueur ne règle pas expressément la détention pour des motifs de sûreté, qui relève du droit de l'exécution des peines, en rapport avec la procédure donnant lieu à des décisions ultérieures indépendantes (art. 363 ss CPP; ci-après procédure ultérieure).

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, cette forme de détention est licite pendant la procédure ultérieure, c'est-à-dire de son introduction jusqu'à l'entrée en force du nouveau jugement, les dispositions relatives à la détention provisoire et à la détention pour des motifs de sûreté s'appliquant par analogie (art. 229 à 233 en relation avec les art. 221 et 220, al. 2, CPP). La jurisprudence évoque aussi la question de la compétence²²⁰.

L'absence de règle expresse concernant cette forme de détention, qui représente pourtant une grave atteinte aux droits de la personne concernée, pose des questions au regard de l'état de droit. Le Conseil fédéral prévoit par conséquent d'inscrire dans le CPP une règle fondée sur la jurisprudence du Tribunal fédéral.

L'*al.* 1 dispose que la direction de la procédure du tribunal compétent pour la décision ultérieure (par analogie avec l'art. 229, al. 2, CPP) peut faire arrêter le condamné. Pour des raisons de cohérence, les conditions sont les mêmes que pour la détention pour des motifs de sûreté avant l'introduction d'une procédure ultérieure (voir l'art. 364a).

Conformément à l'*al.* 2, la direction de la procédure du tribunal mène une procédure de mise en détention en appliquant par analogie l'art. 224 CPP. L'art. 363, al. 1, CPP permet à la Confédération et aux cantons de prévoir des dérogations à la compétence

²¹⁹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 22

²²⁰ ATF 137 IV 333, consid. 2; arrêts du Tribunal fédéral 1B_6/2012 du 27 janvier 2012, 1B_146/2013 du 3 mai 2013 1B_371/2016 du 11 novembre 2016 et 1B_569/2018 du 28 janvier 2018

du tribunal qui a prononcé le jugement en première instance (par ex. un tribunal cantonal de dernière instance). En conséquence, la mise en détention pour des motifs de sûreté devra être demandée soit au tribunal des mesures de contrainte (par analogie avec l'art. 229, al. 2, CPP), soit à la direction de la procédure de la juridiction d'appel (par analogie avec l'art. 232 CPP).

Selon l'*al. 3*, l'art. 227 sera applicable par analogie avec la procédure visant une prolongation éventuelle de la détention lorsqu'il y a eu détention pour des motifs de sûreté préalable (voir l'art. 364a).

L'*al. 4* dispose que les art. 230 à 233 CPP sont applicables par analogie.

Art. 365, al. 3

La question des voies de droit autorisées en cas de décisions judiciaires ultérieures indépendantes est controversée, du fait que l'art. 365 CPP ne règle pas expressément la forme du prononcé (jugement, décision ou ordonnance; voir l'art. 80, al. 1, CPP).

La doctrine dominante penche en faveur du recours, car la décision judiciaire ultérieure indépendante prend la forme d'une décision ou d'une ordonnance (la notion de jugement est restrictive et il ne s'agit pas de trancher une question au fond)²²¹. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les décisions judiciaires ultérieures indépendantes sont susceptibles de recours, mais on ne peut faire appel de ces décisions²²². La jurisprudence cantonale est divisée²²³.

La doctrine critique la jurisprudence du Tribunal fédéral, notamment en raison de la dichotomie existant entre les mesures prononcées en première instance, par exemple l'internement, et celles prononcées dans le cadre de décisions judiciaires ultérieures indépendantes, les premières pouvant faire l'objet d'un appel, les secondes n'étant susceptibles que du recours. Certains auteurs considèrent de plus que le recours ne permet pas d'embrasser la portée matérielle de nombreuses décisions judiciaires et qu'il restreint de manière inopportune les droits procéduraux des personnes concernées²²⁴.

Pour tenir compte de ces objections convaincantes, on complète l'art. 365 par un *al. 3* indiquant qu'un appel peut être formé contre les décisions ultérieures (voir également l'art. 80, al. 1). Une majorité des participants à la consultation ont considéré que cette mesure était appropriée, en dépit de la jurisprudence du Tribunal fédéral²²⁵.

221 ATF 141 IV 396, consid. 3.6 s. (et les références citées); FF 2006 1057 1282

222 ATF 141 IV 396, consid. 3.8 et 4.7

223 ATF 141 IV 396, consid. 3.6 s. (et les références citées); BSK StPO-Heer ad art. 365 n° 9 ss

224 ATF 141 IV 396, consid. 3.9 s. (et les références citées); BSK StPO-Heer ad art. 365 n° 10

225 Synthèse des résultats de la consultation, p. 23

Art. 366

Les modifications proposées visent à simplifier la procédure par défaut.

Selon le droit en vigueur, le tribunal ne peut en principe prononcer un jugement par défaut lorsque le prévenu ne comparait pas aux débats qu'après avoir fixé de nouveaux débats auxquels le prévenu demeure absent (s'agissant de l'exception, voir l'art. 366, al. 3, CPP). La jurisprudence et la doctrine critiquent cette règle contraire au principe de l'économie de procédure²²⁶.

On propose donc à l'*al. 1* de permettre au tribunal de mener les premiers débats en l'absence du prévenu dûment cité à comparaître s'il a eu suffisamment l'occasion, au cours des stades antérieurs, de s'exprimer sur les faits qui lui sont reprochés et que la qualité des preuves recueillies permet de rendre un jugement en son absence. Ces conditions s'appliqueront également si le prévenu s'est rendu lui-même incapable de prendre part aux débats (par ex. en se présentant dans un état d'ébriété avancé). Cette éventualité, déjà prise en compte dans le droit en vigueur (al. 3), sera transférée à l'*al. 1*. Cet alinéa inclut le cas où le prévenu en détention refuse de comparaître; il est inutile de le citer expressément.

En lieu et place de la procédure par défaut, l'*al. 2* autorise comme précédemment le tribunal à suspendre la procédure ou à fixer de nouveaux débats, auxquels cas il recueillera les preuves dont l'administration ne souffre aucun délai.

L'*al. 3* contient les conditions jusqu'ici réunies à l'*al. 4*. L'*al. 4* est abrogé.

Art. 377, al. 4, 2^e et 3^e phrases

Selon le droit en vigueur, le prononcé du tribunal dans le cadre de la procédure de confiscation indépendante est rendu sous la forme d'une décision ou d'une ordonnance (art. 377, al. 4, CPP). Il ne peut donc être attaqué que par voie de recours (art. 393, al. 1, let. b, CPP).

Puisqu'il est possible de former appel contre les décisions accessoires de confiscation et que cette voie de droit pourra également être invoquée, en lieu et place du recours, en cas de décision ultérieure indépendante (voir le commentaire de l'art. 365), l'*al. 4* reprend, pour des raisons de cohérence, l'appel en tant que voie de recours admissible contre une décision du tribunal sur l'opposition (voir également l'art. 80, al. 1).

Certains participants à la consultation ont considéré qu'une procédure de recours écrite serait plus appropriée²²⁷. Or l'appel peut également être traité en procédure écrite, en particulier si seules des mesures au sens des art. 66 à 73 CP, parmi lesquelles figure la confiscation, sont attaquées (art. 406, al. 1, let. e, CPP).

²²⁶ BSK StPO-Maurer, ad art. 366 n° 15; iv. pa. 13.427 Schneider-Schüttel, Code de procédure pénale. Simplification de la procédure par défaut

²²⁷ Synthèse des résultats de la consultation, p. 24

Art. 381, al. 4, et 381a

L'art. 381, al. 4, CPP, qui correspond matériellement à l'art. 266, let. a et c, de l'ancienne loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale, habilite le MPC à recourir contre des décisions cantonales. Cette compétence semble dépassée. Le MPC n'a en règle générale aucune raison d'intervenir dans une procédure cantonale et de supplanter le ministère public cantonal. Il manque par ailleurs souvent des connaissances spécifiques requises dans les affaires de droit pénal administratif, car ses priorités en matière de poursuite pénale sont autres qu'en 1934, lorsque la qualité pour recourir lui a été attribuée. Le MPC, s'il veut faire recours, dépend souvent du soutien de l'administration fédérale, qui dispose, elle, des connaissances requises. Il se contente la plupart du temps de signer un recours élaboré par une autorité fédérale et de le déposer.

L'abrogation de l'art. 381, al. 4, et la modification de l'art. 81, al. 2, LTF priveront le MPC de sa qualité pour recourir à l'échelon cantonal et à l'échelon fédéral contre les décisions cantonales.

L'art. 381a du projet et l'art. 81, al. 2, P-LTF modifié permettront aux autorités fédérales disposant de connaissances spécifiques de recourir contre les décisions relevant de la juridiction cantonale. Cette qualité pour recourir sera subordonnée à l'existence d'une disposition de droit fédéral prévoyant que les décisions cantonales doivent leur être communiquées, qu'elle figure dans une loi spéciale ou dans l'ordonnance du 10 novembre 2004 réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales²²⁸.

Cette façon de faire semble plus efficace que celle qui consiste pour l'administration fédérale à motiver le recours et à le faire signer, déposer et présenter par le MPC.

Art. 388, titre et al. 2

Le texte actuel de l'art. 388 CPP devient l'al. 1.

Le nouvel al. 2 prévoit d'étendre la compétence de la direction de la procédure de l'autorité de recours à certaines décisions de non-entrée en matière (let. a à c). Les cas visés sont ceux dans lesquels il y a lieu, pour des raisons formelles, de ne pas mener la procédure de recours ou de la clore prématurément. Il n'y a pas d'entrée en matière sur le fond. Pour des raisons d'économie de procédure, il ne paraît pas cohérent de laisser un (éventuel) collègue se pencher sur ces recours²²⁹. Une règle analogue figure à l'art. 108 LTF.

Conformément à la *let. a*, la direction de la procédure rendra une décision de non-entrée en matière lorsque le recours est *manifestement irrecevable* (voir l'art. 390, al. 2, CPP). Tel est le cas lorsque les conditions nécessaires ne sont pas réunies, par exemple lorsque les délais de recours n'ont manifestement pas été tenus, lorsque les frais n'ont pas été avancés (à temps) ou que la personne n'est pas légitimée à recourir. Le caractère manifeste découle du fait qu'on perçoit très nettement, voire sans aucun doute que les conditions nécessaires ne sont pas réunies.

²²⁸ RS 312.3

²²⁹ BSK StPO-*Guidon*, ad art. 396 n° 8

Selon la *let. b*, la direction de la procédure rendra une décision de non-entrée en matière lorsque la *motivation* du recours est *manifestement insuffisante* (art. 385, al. 2, CPP). C'est par exemple le cas lorsqu'on annonce simplement vouloir faire recours sans expliquer en quoi la décision attaquée viole le droit fédéral (voir l'art. 385, al. 1, CPP pour les exigences relatives à la motivation).

Enfin, selon la *let. c*, la direction de la procédure rendra une décision de non-entrée en matière en cas de recours procédurier ou abusif. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il s'agit de demandes dépourvues de tout fondement raisonnable²³⁰.

Une personne procédurière est une personne qui met les autorités à contribution de manière récurrente pour des motifs insignifiants voire sans raison. Elle leur adresse des demandes manifestement injustifiées, est quasi-hermétique aux informations qui lui sont données et insiste sur son prétendu bon droit même si, de manière répétée, il n'est pas donné suite à ses demandes²³¹.

On parle d'abus de droit lorsqu'une personne exerce ses droits et ses devoirs en dépit de la bonne foi. Sont par exemple réputés abusifs les recours qui n'ont pour seul but que de gagner du temps, de mettre des frais de procédure à la charge de la partie adverse ou de se venger d'elle²³².

On ne peut toutefois invoquer un comportement procédurier ou abusif que dans certains cas extrêmes ou sans équivoque²³³.

Art. 393, al. 1, let. c

Selon le droit en vigueur, les décisions du tribunal des mesures de contrainte ne peuvent être attaquées que si le CPP le prévoit expressément (voir par ex. l'art. 222 CPP). Si tel n'est pas le cas, seul le recours (direct) au Tribunal fédéral est possible, ce qui constitue une exception au principe de la double instance, selon lequel les cantons doivent instituer des tribunaux supérieurs comme autorités cantonales de dernière instance (art. 80, al. 2, LTF).

Comme indiqué au ch. 1.2.1, le Conseil fédéral, en adoptant le 15 juin 2018 le message relatif à la modification de la LTF, a proposé de systématiser le principe de la double instance. Il importe de ne pas remettre en question cette décision récente, malgré les avis divergents exprimés lors de la consultation²³⁴.

L'al. 1, *let. c*, est adapté en conséquence.

Art. 398, al. 1

L'al. 1 est complété du fait que l'appel deviendra recevable contre les décisions ultérieures indépendantes (art. 365, al. 2, CPP) et contre les décisions de confiscation indépendantes (art. 377, al. 4, CPP). Voir l'art. 80, al. 1.

²³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 13 février 2004, 2A.77/2004, consid. 2

²³¹ BSK BGG-Belser/Bacher, ad art. 108 n° 31

²³² BSK BGG-Belser/Bacher, ad art. 108 n° 30

²³³ BSK BGG-Belser/Bacher, ad art. 108 n° 29

²³⁴ Synthèse des résultats de la consultation, p. 24

Art. 410, al. 1, let. a

L'adaptation ne concerne que le texte français.

Il faut supprimer l'élément de phrase «de l'autorité inférieure» à l'al. 1, *let. a*. L'expression ne se trouve ni dans le texte allemand, ni dans le texte italien. Elle n'est d'ailleurs pas claire, car la révision peut également être demandée contre des arrêts de la juridiction d'appel²³⁵.

Art. 431, titre

Le titre de l'art. 431 CPP est incomplet.

L'al. 1 porte sur les prétentions qui découlent du fait que les conditions matérielles ou formelles d'une mesure de contrainte n'étaient pas réunies au moment où elle a été ordonnée, si bien qu'elle était illicite.

L'al. 2 porte sur les prétentions qui découlent d'une privation de liberté excessive. Dans ce cas, ce n'est pas la détention provisoire ou la détention pour des motifs de sûreté qui est illicite, mais sa durée qui est injustifiée.

Le titre actuel ne porte que sur les mesures de contrainte illicites au sens de l'al. 1. Il faut y adjoindre la détention excédant la durée autorisée au sens de l'al. 2.

Art. 440, al. 1, 3 et 4

L'art. 440 CPP règle le cas de la détention pour des motifs de sûreté qui n'a pas été prévue dans le jugement et qui est donc ordonnée seulement après le prononcé, pour garantir l'exécution de sanctions privatives de liberté jusqu'à ce que le condamné purge effectivement sa peine²³⁶. La compétence d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté revient ici à l'autorité d'exécution (al. 1). Le cas doit toutefois être déféré au tribunal dans les plus brefs délais (al. 2), afin que celui-ci puisse décider si la personne concernée doit rester en détention jusqu'au début de l'exécution de la sanction (al. 3).

À l'al. 1, l'expression «en cas d'urgence» est remplacée par un renvoi à l'art. 439, al. 3. Cela n'implique pas de changement matériel, car les cas d'urgence comprennent notamment ceux indiqués dans les dispositions mentionnées.

Puisque plus aucune exception au principe de la double instance ne sera admise dans le CPP, l'expression «de manière définitive» est supprimée à l'al. 3 (voir le ch. 3.1.1).

Le droit en vigueur ne prévoit aucune norme définissant l'autorité qui doit connaître de la libération lorsque la détention pour des motifs de sûreté a été ordonnée en vertu de l'art. 440. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine, la mise en liberté doit toutefois être prononcée, par analogie avec l'al. 2 (du droit en vigueur), par le tribunal qui a ordonné la sanction²³⁷. On inscrit cette jurisprudence à l'al. 4.

²³⁵ Rapport de gestion 2013 du Tribunal fédéral, p. 17

²³⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1055/2015 du 18 novembre 2015, consid. 2.1

²³⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1055/2015 du 18 novembre 2015, consid. 2

4.2 Modification d'autres actes

Loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement

Art. 19, al. 2

La disposition renvoie à l'art. 7 de la loi fédérale du 13 mars 2006 sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT)²³⁸, lequel a été modifié dans l'intervalle. Il faut donc supprimer ce renvoi. La compétence d'autoriser une surveillance et la procédure d'autorisation découlent des règles procédurales applicables, en particulier de l'art. 274 CPP.

Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral

Art. 80, al. 2

Le principe de la double instance est mis en œuvre de manière systématique dans la LTF. Le recours à la juridiction suprême ne sera admis qu'après recours à un tribunal cantonal en tant que dernière instance cantonale. Une dernière exception demeurera pour les décisions en matière de récusation (art. 59, al. 1, let. b et c, CPP), pour lesquelles l'autorité de recours ou la cour d'appel tranchera en qualité d'instance cantonale unique. La modification de l'art. 80, al. 2, LTF tient compte de cette exception.

Art. 81, al. 2

Voir le commentaire des art. 381, al. 4, et 381a.

Code pénal

Art. 65, al. 2, 2^e phrase

Le CPP n'était pas encore en vigueur lors de l'entrée en vigueur de l'art. 65, al. 2, CP le 1^{er} janvier 2007²³⁹, qui dispose que la compétence d'ordonner l'internement ultérieurement et la procédure applicable sont régies par les règles sur la révision. Or le Tribunal fédéral a constaté que l'art. 65, al. 2, CP n'avait pas été adapté aux dispositions pertinentes du CPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Selon sa jurisprudence, la compétence et la procédure sont déterminées par les règles sur la révision fixées aux art. 410 ss CPP²⁴⁰.

On précise l'art. 65, al. 2, CP en conséquence.

²³⁸ RS 780.1

²³⁹ RO 2006 3539; FF 2005 4425

²⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_548/2017 du 29 janvier 2018, consid. 1.1.

Art. 71, al. 3

Pour le détail, voir le commentaire de l'art. 263, al. 1, let. e, au ch. 4.1.

Art. 179^{octies}, al. 2

Le droit en vigueur renvoie à une disposition de l'ancienne LSCPT qui désignait les autorités compétentes en matière de surveillance de la correspondance par poste et télécommunication et qui n'existe plus sous cette forme. La compétence d'ordonner des mesures de surveillance est désormais réglée dans les actes qui fixent les conditions de la surveillance (en particulier le CPP et la procédure pénale militaire). Le renvoi figurant à l'al. 2 est supprimé.

Droit pénal des mineurs du 20 juin 2003

Art. 3, al. 2

Pour les personnes qui ont commis plusieurs infractions avant et après l'âge de 18 ans qui doivent être jugées en même temps, le droit en vigueur prévoit que les *peines applicables* sont celles du CP, pour autant qu'aucune mesure au sens du droit pénal des mineurs du 20 juin 2003 (DPMin)²⁴¹ ou du CP ne soit requise. Il en va de même pour les peines complémentaires prononcées pour un acte commis avant l'âge de 18 ans (art. 3, al. 2, 1^{re} et 2^e phrases, DPMin). Lorsqu'une mesure est nécessaire, l'autorité de jugement ordonne celle qui est prévue par le CP ou par le DPMin, en fonction des circonstances (art. 3, al. 2, 3^e phrase, DPMin).

La *procédure applicable* demeure celle des mineurs si une procédure avait déjà été introduite à l'encontre de l'auteur pour un acte qu'il avait commis avant ses 18 ans et qu'il commet de nouvelles infractions après ses 18 ans (art. 3, al. 2, 4^e phrase, DPMin). Dans les autres cas, la procédure pénale relative aux adultes est applicable (art. 3, al. 2, 5^e phrase, DPMin).

La doctrine et la jurisprudence *critiquent* tout particulièrement la réglementation procédurale à l'al. 2⁴². Certains auteurs rappellent que le CPP et la PPMin ne sont pas conçus de la même manière et que le CP et le DPMin, fondés sur des *principes très différents*, ne prévoient *pas les mêmes sanctions*²⁴³. Ils soulignent que la plupart des autorités pénales des mineurs manquent de pratique en matière de droit pénal des adultes (s'agissant par ex. de la fixation de la peine) lorsqu'elles ont à connaître d'infractions que l'auteur a commises après ses 18 ans. Ils arguent en outre que l'application de la procédure pénale des mineurs au cas d'une personne de plus de 18 ans limiterait celle-ci dans ses droits procéduraux (par ex. huis clos, art. 14 PPMin; droit de participer restreint de la partie plaignante, art. 20 PPMin)²⁴⁴.

²⁴¹ RS 311.1

²⁴² ATF 135 IV 206, consid. 5.3; BSK StGB I-Gürber/Hug/Schläfli, ad art. 3 n° 12 ss; Riedo, JStG/JStPO, n° 515 ss. Voir également la motion 09.4198 Schwaller («Modification de l'article 3 alinéa 2 de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs»), entre-temps retirée.

²⁴³ BSK StGB I-Gürber/Hug/Schläfli, ad art. 3 n° 20; Riedo, PJA 2010, p. 186

²⁴⁴ BSK StGB I-Gürber/Hug/Schläfli, ad art. 3 n° 17 et 20 s.

L'art. 3, al. 2, DPMIn est modifié pour tenir compte de ces critiques. Les cas dits mixtes seront jugés et sanctionnés *séparément*. Si une procédure pénale est ouverte contre un jeune qui a commis une infraction avant l'âge de 18 ans, celui-ci (en principe) sera jugé dans le cadre de la procédure pénale applicable aux mineurs et être sanctionné selon le DPMIn (exception ci-après). Si le même jeune commet une nouvelle infraction alors que la procédure est en cours et qu'il a atteint l'âge de 18 ans, celle-ci sera jugée dans le cadre de la procédure pénale applicable aux adultes et sanctionnée d'après le CP. Ces procédures et sanctions distinctes permettront à chaque autorité de n'appliquer que les règles qu'elle connaît le mieux.

L'ordonnance précisera comment ces jugements distincts doivent être exécutés, comme le fait l'ordonnance du 19 septembre 2006 relative au code pénal et au code pénal militaire²⁴⁵ lorsque des jugements concernant des adultes rendus sur la base de codes différents doivent être coordonnés. Il faut intégrer la norme de délégation correspondante au DPMIn (voir le commentaire de l'art. 38).

La séparation des procédures n'aura pas lieu si les autorités n'ont eu connaissance d'un acte commis avant l'âge de 18 ans qu'après l'ouverture d'une procédure pour un acte commis après l'âge de 18 ans. Dans ce cas, l'infraction sera jugée, comme dans le droit en vigueur, dans le cadre de la procédure pénale applicable aux adultes. Les peines et les mesures seront régies dans tous les cas par le CP. Il serait en effet inapproprié d'appliquer une mesure relevant du droit pénal des mineurs à un jeune adulte²⁴⁶.

Art. 36, al. 1^{bis} et 2, 1^{re} phrase

Contrairement au droit pénal des adultes (art. 97, al. 3, CP) et selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine dominante, un jugement de première instance rendu sur la base du droit pénal des mineurs n'empêche pas la prescription de courir. L'art. 36 DPMIn n'indique pas à quel moment les délais prévus à l'al. 1 cessent de courir, tandis que l'art. 1, al. 2, let. j, DPMIn ne comporte aucun renvoi à l'art. 97, al. 3, CP²⁴⁷.

En pratique, les délinquants mineurs ont dès lors la possibilité, contrairement aux adultes, de bénéficier de la prescription en usant des voies de recours ou en déployant des manœuvres tactiques pour tirer en longueur une procédure de médiation²⁴⁸.

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a qualifié cette situation de *véritable lacune législative* et déclaré l'art. 97, al. 3, CP applicable, malgré l'absence de renvoi à l'art. 1, al. 2, let. j, DPMIn²⁴⁹. Cette jurisprudence doit être intégrée dans la loi. On renonce à un renvoi pour des raisons de clarté. On crée un nouvel *al. 1^{bis}* qui dis-

²⁴⁵ RS 311.01

²⁴⁶ Sauf si celui-ci a commis une infraction avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans et que celle-ci n'est découverte et poursuivie qu'une fois qu'il est majeur.

²⁴⁷ *Riedo*, JStG/JStPO, n° 2611; BSK StGB-*Zurbrügg*, ad art. 97 n° 51; arrêt du Tribunal fédéral 1B_646/2016 du 3 janvier 2017, consid. 1.5.2 (et les références citées)

²⁴⁸ *Riedo*, JStG/JStPO, n° 2611; *Aebersold*, Jugendstrafrecht, pp. 210 s.

²⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_646/2016 du 3 janvier 2017, consid. 1.6.3

pose, comme dans le droit pénal des adultes, que la prescription ne court plus si, avant son échéance, un jugement de première instance a été rendu.

Les adaptations de la 1^{re} phrase de l'*al.* 2 sont purement rédactionnelles.

Art. 38

Suite aux changements proposés à l'art. 3, al. 2, DPMIn, tant l'autorité pénale des mineurs que celle des adultes pourront rendre un jugement dans les cas mixtes. Le Conseil fédéral devra coordonner l'exécution de ces jugements dans l'ordonnance, comme c'est le cas en matière de droit pénal des adultes. L'art. 38 comporte la norme de délégation nécessaire, par analogie avec l'art. 387, al. 1, CP.

Procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009

Art. 1

Suite aux changements proposés à l'art. 3, al. 2, DPMIn, il pourra arriver que des autorités relevant du droit pénal des adultes poursuivent et jugent des infractions commises par des mineurs en application du CPP. On complète donc le champ d'application de la PPMIn, avec une réserve en faveur de l'art. 3, al. 2, DPMIn.

Art. 10, al. 1, 2^e phrase, 2, let. a, et 3

Conformément à l'*al.* 1, la poursuite des crimes et des délits ressortit à l'autorité du lieu où le prévenu mineur a sa résidence habituelle lors de l'ouverture de la procédure (principe du lieu de résidence). Certains participants à la consultation ont suggéré que le principe du lieu de commission de l'infraction continue de s'appliquer pour des raisons pratiques s'agissant des infractions traitées dans le cadre d'une *procédure relative aux amendes d'ordre*²⁵⁰. Or ce genre de procédure est classée définitivement au moment où la personne en faute paie l'amende et sans que cette personne soit enregistrée d'une quelconque manière. Il serait donc absurde de ne pas se référer au lieu de commission de l'infraction. On inscrit une *réserve* à l'*al.* 1.

La modification de l'*al.* 2, *let. a*, est de nature purement rédactionnelle. La formulation «autorité du lieu de commission de l'acte» est remplacée par «autorité du lieu où l'infraction a été commise»; on utilise ainsi la même formulation qu'à l'*al.* 3.

Cet alinéa n'indique pas expressément si une autorité peut prendre des mesures d'investigation au lieu où l'infraction a été commise, ni laquelle.

L'art. 11, al. 1, du projet du 21 décembre 2005 de PPMIn contenait une 2^e phrase au libellé suivant: «L'autorité du lieu où l'infraction a été commise n'effectue que les actes d'instruction urgents.»²⁵¹. Cette phrase a néanmoins été supprimée du projet remanié du 22 août 2007²⁵² au motif que la compétence qu'a l'autorité du lieu de l'infraction pour effectuer les actes d'instruction urgents découle des principes

²⁵⁰ Synthèse des résultats de la consultation, p. 26

²⁵¹ FF 2006 1543 1546

²⁵² FF 2008 2793 2796

généraux en matière de procédure et n'a pas besoin d'être spécialement mentionnée²⁵³.

En pratique, l'art. 10, al. 1, PPMIn a néanmoins entraîné des conflits de compétences s'agissant des mesures d'investigation à prendre sur le lieu de l'infraction.

Un nouvel *al. 3* fera apparaître clairement que l'autorité du lieu où l'infraction a été commise n'effectue que les actes d'instruction urgents. Cette proposition a été bien accueillie sur le principe durant la procédure de consultation²⁵⁴. Certains participants ont critiqué la notion d'urgence et demandé qu'elle soit précisée pour éviter que les conflits de compétences entre autorités de poursuite pénale perdurent²⁵⁵. Le Conseil fédéral est sensible au besoin de précision des autorités. Cette disposition doit cependant embrasser toute la diversité des états de fait. Sa formulation est dès lors maintenue dans le projet. L'urgence est à mettre en relation avec les conséquences possibles de l'absence d'acte d'instruction. Sont considérés comme urgents les actes d'instruction qui sont si importants qu'ils ne peuvent souffrir aucun retard, au risque de compliquer voire de prêter l'enquête (par ex. relever des traces sur le lieu de l'infraction si elles risquent de disparaître, ordonner des mesures de contrainte [séquestre d'objets qui sont le fruit de l'infraction, détention provisoire destinée à empêcher la collusion ou la fuite, etc.] ou procéder aux premières auditions du prévenu, des personnes appelées à donner des renseignements ou des témoins auxquelles il serait difficile de procéder ultérieurement en raison d'une domiciliation à l'étranger ou d'une maladie par ex.). Cette formulation se rapproche par ailleurs de l'expression «en cas d'urgence», qui figure dans de nombreux articles du CPP²⁵⁶.

L'al. 3 en vigueur indique que les contraventions, contrairement aux crimes et aux délits, sont poursuivies *au lieu où elles ont été commises* pour des raisons d'économie de procédure. Cette règle ne s'applique pas s'il convient d'ordonner des mesures de protection, auquel cas les autorités du lieu de résidence habituel du prévenu peuvent se voir confier l'enquête. Elle est *critiquée* par les praticiens, qui privilégient dans tous les cas une attribution générale de la poursuite en fonction du lieu de résidence habituel du prévenu, comme pour les crimes et les délits. L'autorité compétente au lieu de résidence habituel du prévenu pourrait se faire une idée globale des menaces qui pèsent sur lui si elle avait également connaissance des contraventions commises ailleurs. Les contraventions relevant d'atteintes minimes au patrimoine d'autrui ou de la consommation de stupéfiants sont autant d'indices qu'un jeune est menacé²⁵⁷. La réglementation en vigueur a par ailleurs donné lieu à différentes pratiques de délégation dans les cantons, qui ont conduit la Société suisse de droit pénal des mineurs (SSDPM) à émettre une recommandation indiquant dans quels cas la poursuite pénale devait être déléguée à l'autorité compétente au lieu où le prévenu a sa résidence habituelle (consommation de stupéfiants, infractions contre

²⁵³ Rapport additionnel PPMIn, p. 2774

²⁵⁴ Synthèse des résultats de la consultation, p. 26

²⁵⁵ Synthèse des résultats de la consultation, p. 26

²⁵⁶ Par ex. aux art. 203, al. 1, let. a, 241, al. 1, 332, al. 3, et 440, al. 1

²⁵⁷ BSK JStPO-Hug/Schläfli, ad art. 10 n° 7 s.; Jositsch/Murer, RPS 2009, pp. 309 s.

le patrimoine d'importance mineure, voies de fait et contraventions à l'intégrité sexuelle)²⁵⁸.

L'al. 3 doit donc être modifié, de manière à ne concerner que les actes d'instruction urgents et à ce que *l'autorité du lieu où le prévenu a sa résidence habituelle* ait en principe la *compétence de poursuivre toutes les infractions* (al. 1).

Quelques participants²⁵⁹ ont exigé que le principe de la résidence habituelle ne s'applique pas aux contraventions relevant du droit cantonal. Il faut noter à cet égard que le CPP, comme l'indique son art. 1, al. 1, ne s'applique qu'aux *infractions prévues par le droit fédéral*. Les cantons qui déclarent le CPP applicable à la poursuite des infractions relevant du droit cantonal peuvent toujours inscrire une réserve dans leur législation.

Art. 32, al. 5, let. b, et 5^{bis}

Les modifications proposées à l'art. 32 PPMIn sont analogues à celles qui le sont à l'art. 354, al. 1, CPP. La partie plaignante doit pouvoir faire opposition sur la question de la faute et pas seulement sur les aspects civils et les frais et indemnités. La partie plaignante ne pourra pas par contre attaquer la sanction prononcée. Pour plus de détails, voir le ch. 4.1.

Quelques participants à la consultation ont demandé, en rapport avec la qualité de la partie plaignante pour faire opposition, d'étendre le droit de celle-ci de participer aux débats. Selon l'art. 20, al. 2, PPMIn, la partie plaignante ne peut participer aux débats que si des circonstances particulières l'exigent (voir l'art. 20, al. 2, PPMIn). Le fait que la partie plaignante fasse opposition (ou appel) peut être considéré comme une circonstance particulière, si bien que le Conseil fédéral juge une extension des droits de participation inappropriée. Elle serait d'ailleurs en contradiction avec le principe du huis clos (art. 14 PPMIn), qui sert essentiellement à préserver la sphère privée des mineurs.

Loi du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes

Art. 8a

La plupart des cantons exigent de leurs employés qu'ils dénoncent les infractions poursuivies d'office dont ils ont connaissance dans le cadre de leur activité professionnelle. Cette exigence peut concerner les autorités qui décident de l'octroi d'une aide financière, d'une indemnisation ou d'une réparation morale en vertu de la LAVI.

Là où le bât blesse, c'est lorsqu'une victime prend contact avec l'une de ces autorités alors qu'aucune procédure pénale n'a encore été introduite. La victime peut très bien avoir renoncé à dénoncer l'infraction. Il ne faudrait pas dans ce cas que les

²⁵⁸ Recommandation de la SSDPM concernant le for de la poursuite de certaines contraventions, consultable à l'adresse www.julex.ch > Droit pénal des mineurs > Pratique

²⁵⁹ Synthèse des résultats de la consultation, p. 26

collaborateurs des autorités qui décident de l'octroi de prestations financières, aprenant l'infraction, fassent une dénonciation qui aura pour effet l'introduction d'une procédure pénale.

Il faut donc compléter la LAVI pour exempter les collaborateurs de ces autorités de toute obligation de dénoncer.

Art. 12, al. 2

La modification de l'art. 12, al. 2, est purement rédactionnelle. Il renvoie, dans sa forme actuelle, à l'art. 8, al. 2 ou 3. Or l'art. 8 LAVI a été modifié lors de la révision de la loi du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales (LOAP)²⁶⁰, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, sans que le renvoi figurant à l'art. 12 LAVI soit adapté. On rectifie le renvoi, qui portera sur l'art. 8, al. 1 ou 2.

Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM)²⁶¹

Art. 70, al. 2

Selon la PPM, une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication ou une investigation secrète peut être ordonnée aux fins de poursuivre des infractions, dont la liste est la même dans les deux cas. La liste des infractions correspond d'ailleurs pour l'essentiel à celle de l'ancienne loi fédérale du 20 juin 2003 sur l'investigation secrète (LFIS)²⁶². Les règles de la PPM se distinguent de celles du CPP, dans lequel la liste des infractions pouvant donner lieu à une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (art. 269, al. 2, CPP) est plus vaste que celle des infractions pouvant donner lieu à une investigation secrète (art. 286, al. 2, CPP). Cette dernière liste vaut d'ailleurs également, par renvoi, pour l'utilisation de programmes informatiques spéciaux de surveillance de la correspondance par télécommunication (art. 269^{ter}, al. 1, let. b, CPP). Avant l'entrée en vigueur du CPP, les infractions (civiles et militaires) pour la poursuite desquelles une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication pouvait être ordonnée figuraient dans la LSCPT et celles pour la poursuite desquelles une investigation secrète pouvait être ordonnée figuraient dans la LFIS. Or la liste de la LSCPT était déjà plus longue que celle de la LFIS. Il est impossible de reconstituer les circonstances qui ont fait que cette distinction a été conservée pour les infractions civiles, mais pas pour les infractions militaires. Sans doute une erreur s'est-elle immiscée lors de la procédure législative.

Il s'impose de la corriger et de prévoir dans la PPM deux listes d'infractions différentes pour le recours à une surveillance de la correspondance par poste et télécommunication et pour le recours à une investigation secrète.

La première correspondra à celle qui figure à l'art. 269, al. 2, let. a, CPP pour la poursuite d'infractions civiles, qui est la même que celle qui figurait dans l'ancienne

²⁶⁰ RS 173.71

²⁶¹ RS 322.1

²⁶² RO 2004 1409

LSCPT pour les infractions militaires. La seconde, qui figurera à l'art. 73a, al. 1, let. a, PPM correspondra à celle qui figure à l'art. 286, al. 2, let. a, CPP pour la poursuite d'infractions civiles, qui est la même que celle de l'ancienne LFIS pour les infractions militaires.

Le parallélisme des listes sera ainsi rétabli.

Art. 73a, al. 1, let. a

Voir le commentaire de l'art. 70, al. 2.

Loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (EIMP)

Art. 30, al. 2 et 5

Al. 2: étant donné que les demandes d'extradition, de délégation de la poursuite pénale ou d'exécution peuvent être adressées à l'OFJ aussi bien par les autorités cantonales que par le MPC, il convient de remplacer l'expression «autorité cantonale» par «autorité requérante suisse».

Al. 5: un assez grand nombre d'États – surtout ceux qui ont un système de *common law* – exigent obligatoirement une décision prononcée par un tribunal pour ordonner certaines mesures de contrainte (par ex. séquestre d'objets par voie d'entraide judiciaire, arrestation aux fins d'extradition). Or, en Suisse, c'est en principe le ministère public qui est compétent pour ordonner ces mesures pendant la phase d'instruction. Il se peut donc que, dans le cadre d'une procédure d'entraide judiciaire, l'absence de décision d'un tribunal conduise l'autorité étrangère requise à refuser la demande d'entraide de la Suisse pour des raisons formelles. C'est la raison pour laquelle le nouvel art. 55a CPP donne la possibilité au tribunal des mesures de contrainte de prononcer une décision dans ces cas de figure. Tel est le contexte dans lequel il faut lire le nouvel al. 5 de l'art. 30 EIMP, qui oblige l'OFJ à informer l'autorité de poursuite pénale suisse lorsque l'État requis exige que la mesure d'entraide demandée soit ordonnée par un juge. Cette information permettra alors à l'autorité de poursuite pénale d'engager la procédure prévue à l'art. 55a CPP. Cela ne sera toutefois possible que si la requête est transmise par l'intermédiaire de l'OFJ. Si, par contre, le ministère public demande directement à l'État concerné d'exécuter une mesure, il devra reconnaître lui-même la nécessité d'une approbation par le tribunal des mesures de contrainte. L'OFJ pourra tout au plus l'y rendre attentif dans le cadre de son obligation générale d'informer.

5 Conséquences

5.1 Conséquences pour la Confédération

Les modifications proposées, notamment l'application systématique du principe de la double instance dans le droit de la procédure pénale pourraient entraîner une légère diminution de la charge de travail du Tribunal fédéral, pour autant qu'il ne

soit pas saisi de recours sur les décisions prises par les nouvelles instances *cantoniales*.

5.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Il est difficile d'estimer les conséquences directes du projet sur les finances et l'état du personnel des cantons et des communes et encore plus d'avancer des montants.

Certaines des modifications proposées pourraient entraîner une charge de travail supplémentaire pour les cantons, d'autres pourraient être synonymes d'allègement. Il est impossible de procéder à un chiffrage en raison de nombreuses inconnues.

La charge supplémentaire pourrait provenir des modifications suivantes:

- les instances de recours cantonales pourraient être saisies de plus de cas en raison de l'application systématique du principe de la double instance; les ministères publics cantonaux pourraient en contrepartie voir leur charge de travail diminuer, car un recours devant une instance cantonale est moins complexe à préparer que devant le Tribunal fédéral;
- les tribunaux des mesures de contrainte seront chargés d'ordonner la mise en détention pour des motifs de sûreté dans le cadre de la procédure ultérieure, même si ces cas devraient être plutôt rares; ils se verront aussi attribuer de nouvelles tâches en matière d'entraide judiciaire internationale;
- l'obligation pour le ministère public d'entendre le prévenu dans certains cas avant de rendre une ordonnance pénale pourrait engendrer une charge de travail supplémentaire; il faut toutefois noter que l'on ne fait que codifier la pratique de certains cantons.

Une diminution de la charge de travail pourrait quant à elle résulter:

- de la simplification de la procédure par défaut et
- de la possibilité d'enregistrer les auditions au lieu de dresser un procès-verbal séance tenante.

6 Aspects juridiques

6.1 Constitutionnalité

6.1.1 Compétence législative

Conformément à l'art. 123 Cst., la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération.

6.1.2 Conformité aux droits fondamentaux

Les art. 29 à 32 Cst. comportent diverses garanties de procédure. Il s'agit de garanties minimales qui résistent en principe à toute violation (par ex. art. 30, al. 1, Cst.; droit d'être jugé par un tribunal indépendant). Certaines garanties peuvent subir des restrictions par l'application par analogie des art. 5 et 36 Cst. (par ex. art. 29, al. 2, Cst.; droit d'accéder au dossier)²⁶³. Le projet concerne spécifiquement les garanties de procédure en cas de privation de liberté. Conformément à l'art. 31, al. 3, Cst., toute personne qui est mise en détention préventive a le droit d'être aussitôt traduite devant un juge, qui prononce le maintien de la détention ou la libération. Ces prescriptions correspondent pour l'essentiel à l'art. 5, al. 3, CEDH.

L'art. 224, al. 2, CPP dispose dès lors que le ministère public propose au tribunal des mesures de contrainte d'ordonner la mise en détention au plus tard dans les 48 heures à compter de l'arrestation. Selon l'art. 226, al. 1, ce dernier statue dans les 48 heures suivant la réception de la demande, soit dans les 96 heures à compter de l'arrestation. Le projet ne modifie en rien ces délais conformes à la Constitution. En cas de recours du ministère public, il peut donc s'écouler environ quatre jours et demi entre l'arrestation du prévenu et son éventuelle remise en liberté par la direction de la procédure de l'autorité de recours, pour autant qu'il ne soit pas donné suite à une demande de mesures provisionnelles du ministère public. Faute de jurisprudence constante (voir le commentaire de l'art. 226a au ch. 4), cette durée ne semble pas contraire à la CEDH.

En rapport avec la procédure donnant lieu à une décision ultérieure indépendante (art. 363 ss CPP), le Conseil fédéral propose que l'autorité compétente pour l'introduction de la procédure puisse à certaines conditions faire arrêter le condamné et proposer au tribunal des mesures de contrainte d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté (art. 364a P-CPP). Il propose aussi que le tribunal compétent pour la décision ultérieure indépendante puisse adopter cette mesure. Le tribunal des mesures de contrainte ou la direction de la procédure de l'autorité de recours auront la compétence d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté (art. 364b P-CPP). Les principes énoncés à l'art. 31, al. 3, Cst. seront respectés puisqu'après l'arrestation de la personne concernée, la procédure de détention se déroulera de manière analogue à celle de la détention pour des motifs de sûreté, et en particulier dans les mêmes délais.

6.2 Compatibilité avec les obligations internationales

Comme l'indique le message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale²⁶⁴, de nombreux instruments élaborés dans le cadre de l'ONU et du Conseil de l'Europe traitent de questions de procédure pénale, dont, au premier chef, le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)²⁶⁵ et la CEDH. Ils statuent un ensemble de garanties largement

²⁶³ *Kiener/Kälin*, Grundrechte, pp. 485 s.

²⁶⁴ FF 2006 1057 1368

²⁶⁵ RS 0.103.2

concordantes, qui doivent être respectées dans le cadre de la procédure pénale. À noter que, jusqu'à présent, c'est la CEDH qui a exercé l'influence la plus forte sur la législation et la jurisprudence de la Confédération et des cantons en matière de procédure pénale.

Le droit de la personne détenue d'être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires (art. 5, al. 3, CEDH ; art. 9, al. 1, Pacte ONU II) est déterminant au regard de la qualité du ministère public pour recourir contre les décisions de mise en détention du tribunal des mesures de contrainte et à ordonner la détention pour des motifs de sûreté dans la procédure donnant lieu à une décision judiciaire indépendante. Les modifications proposées sont compatibles avec les engagements internationaux de la Suisse que la jurisprudence impose avec suffisamment de clarté²⁶⁶.

6.3 Délégation de compétences législatives

L'art. 38 P-DPMin comporte une norme de délégation analogue à celle qui figure à l'art. 387, al. 1, CP. Elle permet au Conseil fédéral d'édicter par voie d'ordonnance les règles d'application concrètes dépassant le cadre de la loi elle-même (voir l'ordonnance du 19 septembre 2006²⁶⁷ relative au code pénal et au code pénal militaire, édictée sur la base de l'art. 387, al. 1, CP). La délégation de compétences législatives est suffisamment définie au regard des dispositions de la loi.

²⁶⁶ Voir le commentaire des dispositions concernées (voir le ch. 4).

²⁶⁷ RS 331.01

Bibliographie

Doctrine

Aebersold Peter, Schweizerisches Jugendstrafrecht, Berne, 2011 (cit. Aebersold, Jugendstrafrecht).

Albrecht Peter, Urteilsbesprechung, PJA, 7/2011 (cit. Albrecht, PJA 2011).

Bernasconi Paolo/Galliani Maria/Mercellini Luca et al. (éd.), Codice Svizzero di Procedura Penale (CPP), Zurich/St-Gall, 2010 (cit. Bernasconi/Galliani/Mercellini, ad art. n°).

Bommer Felix, Über notwendige Verteidigung, in: Felix Bommer/Stephen V. Berti (éd.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zurich, 2011 (cit. Bommer, notwendige Verteidigung).

Bommer Felix/Kaufmann Ariane, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, RJB 151 2015 (cit. Bommer/Kaufmann, RJB 2015).

Bommer Felix, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, RJB 152 2016 (cit. Bommer, RJB 2016).

Conte Martine, Die Grenzen der Präventivhaft gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zurich, 2018 (cit. Conte, Präventivhaft).

Coninx Anna, Haft wegen Ausführungsgefahr – Notwendige Beschränkung einer hybriden Rechtsfigur zwischen Strafprozessrecht und Polizeirecht, RDS 2016 I (cit. Coninx, RDS 2016).

Cour suprême du canton de Berne, Chambre de recours pénale, décision du 22 mars 2012 dans l'affaire A – BK 11 293, forumpoenale 5/2012 (cit. Cour suprême du canton de Berne, forumpoenale 2012).

Daphinoff Michael, Das Strafbefehlsverfahren in der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zurich, 2012 (cit. Daphinoff, Strafbefehlsverfahren).

Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zurich, 2014 (cit. Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm).

Donatsch Andreas/Hiestand Eliane, Wortlaut des Gesetzes oder allgemeine Rechtsprinzipien bei der Auslegung von Normen der StPO, RPS 1/2014 (cit. Donatsch/Hiestand, RPS 2014).

Dumitrescu Adrian, Die Präventivhaft nach Art. 221 Abs. 2 StPO, PJA 3/2015 (cit. Dumitrescu, PJA 2015).

Forster Marc, Antennensuchlauf und rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten. Bundesgerichtspraxis und gesetzliche Lücken betreffend Art. 273 und Art. 270 lit. b StPO, in: Festschrift für Andreas Donatsch, éd. von Daniel Jositsch/Christian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers, Zurich, 2017 (cit. Forster, FS-Donatsch).

Fricker Christoph/Büttiker Lukas, Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts über Untersuchungs- und Sicherheitshaft, Jusletter du 04 janvier 2012 (cit. Fricker/Büttiker, Jusletter 2012).

Frowein Jochen/Peukert Wolfgang, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl, 2009 (cit. Frowein/Peukert, EMRK).

Galeazzi Christina, Der Zivilkläger im Strafbefehls- und abgekürzten Verfahren, Zürich, 2016 (zit. Galeazzi, Zivilkläger).

Gilliéron Gwladys, Strafbefehlsverfahren und plea bargaining als Quelle von Fehlurteilen, Zurich 2010 (cit. Gilliéron, Fehlurteile).

Godenzi Gunhild, Urteilsbesprechung, forumpoenale 3/2017 (cit. Godenzi, forumpoenale 2017).

Goldschmid Peter/Thommen Marc, Urteilsbesprechung, forumpoenale 3/2011 (cit. Goldschmid/Thommen, forumpoenale 2011).

Hohl-Chirazi Catherine, La privation de liberté en procédure pénale suisse: buts et limitites, Genève/Zurich/Bâle, 2016 (cit. Hohl-Chirazi, La privation de liberté).

Jositsch Daniel/Murer Angelika, Die Schweizerische Strafprozessordnung – ein Balanceakt zwischen Rechtsstaat und Erziehungsgrundsatz, RPS, 2009 (cit. Jositsch/Murer, RPS 2009).

Kiener Regina/Kälin Walter, Grundrechte, Berne, 2013 (cit. Kiener/Kälin, Grundrechte).

Manfrin Fabio, Ersatzmassnahmenrecht nach Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich, 2014 (cit. Manfrin, Ersatzmassnahmenrecht).

Melunovic Kenad, Das Erfordernis von audiovisuellen Aufzeichnungen im Strafverfahren als Ausfluss des Gebots des bestmöglichen Beweismittels. Eine Betrachtung insbesondere aus der Perspektive des Richters, PJA 25(2016), n° 5 (cit. Melunovic, PJA 2016).

Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (éd.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, Baden-Baden/Bâle/Vienne, 2017 (cit. Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK).

Moreillon Laurent/Parein-Reymond Aude (éd.), CPP Code de procédure pénale, Bâle, 2016 (cit. Moreillon/Parein-Reymond, CPP, ad art. n°).

Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (éd.), Basler Kommentar Strafrecht, Jugendstrafgesetz, Bâle, 2013 (cit. BSK StGB-auteur, ad art. n°).

Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (éd.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung – Jugendstrafprozessordnung, Bâle, 2014 (cit. BSK StPO-auteur, ad art. n°).

Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (éd.), Basler Kommentar Strafrecht, Jugendstrafgesetz, Bâle, 2013 (cit. BSK StGB-BearbeiterIn, ad art. n°).

Niggli Marcel Alexander et al. (éd.), Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, Bâle, 2011 (cit. BSK BGG-auteur, ad art. n°).

- Niggli Marcel Alexander, Wittgenstein und das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft, *ContraLegem* 1/2018 (cit. Niggli, *ContraLegem* 2018).
- Nydegger Micha, Vom Geschädigten zum Privatkläger, *RPS* 1/2018 (cit. Nydegger, *RPS* 2018).
- Oberholzer Niklaus, Der lange Weg zur Haftentlassung – oder das neue Auslegungsprinzip der «Gewährleistung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft», *forumpoenale* 3/2012 (cit. Oberholzer, *forumpoenale* 2012).
- Oehen Moritz, Das Bundesgericht beschränkt die reformatio in peius, *forumpoenale* 5/2014 (cit. Oehen, *forumpoenale* 2014).
- Riedo Christof, *Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht*, Bâle, 2013 (cit. Riedo, *JStG/JStPO*).
- Riedo Christof, Wenn aus Kälbern Rinder werden, *PJA* 2010 (cit. Riedo, *PJA* 2010).
- Riklin Franz, *StPO Kommentar*, Berne, 2014 (cit. Riklin, *StPO*).
- Saluz Eva, Der Strafbefehl – Effizienz gegen Fairness, *Revue de l'avocat* 5/2012 (cit. Saluz, *Revue de l'avocat* 2012).
- Schmid Niklaus, *Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts*, Zurich/St-Gall, 2013 (cit. Schmid, *Handbuch*).
- Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, *Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar*, Zurich/St-Gall, 2018 (cit. Schmid/Jositsch, *StPO Praxiskommentar*).
- Schnell Renate, Ausgewählte Aspekte zu den Rechtsmitteln im Anwendungsbereich der *JStPO*, *SWR – publications de la Fondation pour la formation continue des juges suisses* 12/2012 (cit. Schnell, *SWR* 2012).
- Thommen Marc, *Kurzer Prozess – fairer Prozess?*, Berne, 2012 (cit. Thommen, *Prozess*).
- Thommen Marc/Grädel Rolf, Die Zahl der Fehlurteile ist unbekannt, *plaidoyer* 6/2016 (cit. Thommen/Grädel, *plaidoyer* 2016).
- Tokay-Sahin Derya, Gesetzliche Verankerung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft gegen Haftentlassungsentscheide, *PJA* 10/2018 (cit. Tokay-Sahin, *PJA* 2018).
- Trechsel Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005 (cit. Trechsel, *Human Rights*).
- Waldmann Bernhard et al. (éd.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle, 2015 (cit. BSK *BV*-auteur).
- Weder Ulrich, Die gefährliche beschuldigte Person und die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, *RDS*, 2014 (cit. Weder, *RDS* 2014).
- Weder Ulrich, Teilnahmerechte bei Beweiserhebungen – Eine Beurteilung aus staatsanwaltschaftlichem Blickwinkel, fokussiert auf das Teilnahmerecht mitbeschuldigter Personen, *forumpoenale* 5/2016 (cit. Weder, *forumpoenale* 2016).
- Wohlens Wolfgang, Urteilsbesprechung Nr. 59, *forumpoenale* 6/2014 (cit. Wohlens, *forumpoenale* 2014).

Zehntner Dominik, in: Gomm Peter/Zentner Dominik (éd.), Handkommentar Opferhilfegesetz, Berne 2009 (cit. Zehntner, Opferhilfegesetz).

Documents préparatoires

Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale (FF 2006 1057).

Message du 15 juin 2018 relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (FF 2018 4713).

Communiqué du Conseil fédéral du 23 novembre 2016 «Améliorer le statut des victimes d'infraction dans la procédure de l'ordonnance pénale», consultable à l'adresse www.admin.ch > Documentation > Communiqués (cit. communiqué 2016).

Rapport final «Évaluation de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions», Université de Berne, Institut für Strafrecht und Kriminologie [ISK], Berne, 21 décembre 2015; consultable à l'adresse www.ofj.admin.ch > Société > Aide aux victimes d'infractions > Publications.

Modification de la loi sur le Tribunal fédéral: Rapport explicatif du 4 novembre 2015; consultable à l'adresse www.admin.ch > Consultations > Procédures de consultation terminées > 2015 > DFJP (cit. rapport explicatif 2015).

Synthèse des résultats de la consultation sur l'avant-projet de modification du code de procédure pénale et son rapport explicatif (mise en œuvre de la motion 14.3383, Commission des affaires juridiques du Conseil des États, Adaptation du code de procédure pénale), août 2019, consultable à l'adresse www.admin.ch > Consultations > Procédures de consultation terminées > 2017 > DFJP (cit. synthèse des résultats de la consultation).