



Le 28 août 2015

**Procédure de consultation relative à la modification du code pénal et du code pénal militaire (mise en œuvre de l'art. 123c Cst.)**

---

**Prise de position**

Au regard de la lettre de l'art. 123c Cst., il n'y a plus matière à contester le principe même de l'introduction dans le code pénal d'une privation définitive du droit «d'exercer une activité professionnelle ou bénévole en contact avec des mineurs ou des personnes dépendantes», lorsqu'un prévenu est condamné pour avoir porté atteinte à l'intégrité sexuelle de telles victimes. Aussi l'art. 67 al. 3, 4 et 4<sup>bis</sup> de l'avant-projet de modification du code pénal (ci-après AP), qui concrétise le mandat constitutionnel, n'appelle-t-il pas de commentaires.

Il en va de même pour les adaptations techniques figurant à l'art. 67 al. 2<sup>bis</sup>, 5, 6 et 7, à l'art. 67a al. 4 AP ainsi que dans les dispositions concernant le casier judiciaire.

Le rapport explicatif (p. 31) n'explique pas pourquoi l'art. 19 al. 3 AP soustrait l'auteur irresponsable aux interdictions à vie instaurées par l'art. 67 al. 3, 4 et 4<sup>bis</sup> AP. S'agissant d'une mesure à vocation de pure prévention spéciale, la favorisation du prévenu irresponsable par rapport au prévenu partiellement ou pleinement responsable paraît singulière. En outre, le statut de l'art. 67 al. 2<sup>bis</sup> AP est pour le moins flou : l'art. 19 al. 3 AP exclut clairement son application à l'auteur irresponsable alors que le rapport explicatif (*ibidem*) tend en sens inverse ; une clarification dans la loi s'impose.

A l'enseigne de l'art. 67 al. 4<sup>ter</sup> AP, l'option 1 doit indiscutablement être retenue. Le texte constitutionnel, et tel est précisément le problème qu'il soulève, ne prévoit certes aucune échappatoire pour les cas de peu de gravité qui ne justifient manifestement pas le prononcé d'une interdiction à vie. Les principes de subsidiarité (art. 5a Cst.) et de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) revêtent toutefois également un rang constitutionnel et, que cela plaise ou non aux rédacteurs de l'art. 123c Cst., viennent limiter la portée de cette dernière disposition. Le législateur est dès lors tenu d'élaborer une loi qui soit conforme à ces principes. Le droit des sanctions pénales doit toujours reconnaître au juge un pouvoir d'appréciation, car lui seul est le garant de solutions justes et équitables. Tous les automatismes en la matière sont pernicious : ils génèrent des décisions «taillées à la hache» que les justiciables n'accepteront pas et auxquelles ils chercheront par tous les moyens à échapper. Une mesure qui renferme en son sein le virus qui la fera échouer, paralysant ainsi *ab ovo*

l'objectif de prévention spéciale poursuivi, n'en est en réalité pas une et ne saurait trouver une place dans notre ordre juridique.

L'introduction dans la réglementation d'une liste exemplative des activités susceptibles de tomber sous le coup d'une interdiction d'exercer (art. 67a al. 5 AP) et d'une description de la notion de «personnes particulièrement vulnérables» (art. 67a al. 6 AP) est sans doute opportune, même si l'entreprise ne parvient évidemment pas à lever tous les doutes.

L'art. 67c al. 5 let. d AP doit renvoyer à l'art. 67 al. 2<sup>bis</sup> AP.

Dans le prolongement de l'actuel art. 67c al. 5 let. a et b CP, l'art. 67c al. 5 let. d et e AP offre à juste titre à l'autorité compétente la possibilité de lever les interdictions prononcées à vie ou d'en limiter la durée ou le contenu après l'écoulement d'un temps déterminé. Pareil mécanisme, qui permet d'adapter la mesure à la disparition ou à la diminution de la dangerosité de l'auteur, est inhérent à l'institution même des mesures dont la seule finalité est la prévention spéciale. Peu importe dès lors que l'art. 123c Cst. ne contienne aucune réserve en faveur d'un réexamen de la situation existant au moment du jugement du prévenu. L'exclusion de toute levée de la mesure lorsque l'auteur a été «diagnostiqué pédophile» aux termes d'une expertise (art. 67c al. 6<sup>bis</sup> AP) constitue un corps étranger dans le système des mesures du droit pénal suisse et doit impérativement être biffée.

Les remarques qui précèdent valent *mutatis mutandis* pour les modifications au code pénal militaire proposées.

L'avant-projet laisse inchangé l'art. 352 al. 2 CPP relatif aux mesures que le ministère public est habilité à ordonner par voie d'ordonnance pénale. Toutes les interdictions d'exercer une activité, comme d'ailleurs les interdictions géographiques et les interdictions de contact du droit positif (art. 67b CP), sont soustraites à cette procédure spéciale. L'opportunité d'un tel système mérite d'être examinée : est-il vraiment nécessaire de contraindre le ministère public à saisir le tribunal de première instance aux fins du prononcé d'une interdiction d'exercer alors que la peine adéquate ne dépassera clairement pas le plafond de 180 unités journalières ? A tout le moins conviendrait-il d'envisager de faire entrer dans le champ d'application de l'ordonnance pénale les interdictions de durée limitée selon l'art. 67 al. 1 et 2 et l'art. 67b CP.

Prof. Bernhard Sträuli  
Directeur du département de droit  
pénal