

Département fédéral de Justice et Police
A l'att. de Madame la Conseillère fédérale
Madame Simonetta Sommaruga
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

RR/tm

312

Berne, le 31 mai 2011

Modification de la Constitution, du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs (interdiction d'exercer une activité, interdiction de contact et interdiction géographique)

Madame la Conseillère,

Le Département fédéral de Justice et Police a donné à la Fédération Suisse des Avocats l'occasion de s'exprimer sur l'avant-projet de modification de la Constitution, du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs, en vue de l'introduction d'une interdiction d'exercer une activité, d'une interdiction de contact et d'une interdiction géographique. Nous vous en remercions.

I. Modification de la Constitution fédérale

La Fédération partage le point de vue du Conseil fédéral et de votre Département, selon lequel la Confédération ne peut, sauf pour ses propres autorités, imposer l'obligation d'exiger un extrait du casier judiciaire lors de l'engagement à certains postes. Une modification de la Constitution est nécessaire à cet effet. Elle apparaît toutefois prématurée puisque l'avant-projet soumis en consultation ne prévoit pas encore l'obligation évoquée ci-dessus. Une nouvelle base constitutionnelle ne sera indispensable que si la future loi sur le casier judiciaire contient une disposition de ce type. Il conviendra alors seulement d'apprécier l'utilité de la mesure et d'examiner si elle justifie

l'introduction d'une nouvelle compétence, toute générale, en faveur de la Confédération ; ce avec l'effet de centralisation qui en découlerait.

En l'état, l'art. 123 Cst constitue une base suffisante pour la modification proposée du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs.

II. Interdiction d'exercer une activité, interdiction de contact et interdiction géographique

- a) La Fédération approuve la nouvelle formulation de l'art. 67 al. 1^{er} CPS, soit l'extension de l'interdiction à une activité non professionnelle organisée.
- b) La Fédération approuve également le nouvel article 67 al. 2, destiné à la prévention des crimes et délits contre les mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables¹.
- c) La Fédération s'oppose à l'introduction du nouvel alinéa 3 :
 - On relève préliminairement que tous les cas visés à l'alinéa 3 sont couverts par l'alinéa 2, à l'exception de la pornographie qualifiée de l'art. 197 ch. 3. Cette incrimination, autant qu'elle porte sur des actes d'ordre sexuel avec des enfants, pourrait être ajoutée à l'alinéa 2. Il y aurait également lieu d'y adjoindre l'incrimination de l'art. 197 ch. 3bis : l'acte réprimé par cette disposition, s'il se rapporte à des enfants, peut faire craindre la commission de crimes ou délits à l'occasion de l'exercice d'une activité en relation avec des mineurs ; l'appréciation devra être faite de cas en cas.
 - La disposition proposée procède d'une méfiance, certes non déclarée, à l'égard du juge, méfiance qui n'est pas dans la ligne du droit pénal suisse. Les juges sont en mesure d'apprécier si un auteur, compte tenu de sa personnalité et des particularités de son acte, présente un danger suffisant pour justifier une interdiction professionnelle. Ils sont également à même de fixer la durée de cette interdiction dans la fourchette très large prévue à l'alinéa 2.

¹ Nous signalons au passage, pour le texte français de cet alinéa et de l'alinéa précédent, que le bon usage veut que le verbe de la seconde proposition conditionnelle introduite par la conjonction « *que* » soit mis au subjonctif ; de même le verbe de la proposition subordonnée à une proposition principale comportant un verbe de crainte, est précédé d'un « *ne* » explétif. On convient que ce bon usage tend à se perdre.

- Il est impossible de prévoir toutes les situations et l'adoption de cette norme conduira inévitablement à des cas où le prononcé de l'interdiction, obligatoire et d'une durée préfixe, ne sera justifié ni par l'acte commis ni par la personnalité de l'auteur et constituera donc une injustice.
- Selon l'alinéa 6, point que notre Fédération ne conteste pas, le juge a la possibilité, en cas de nécessité, de prononcer une interdiction à vie.

Par ces motifs, notre Fédération propose la suppression de l'alinéa 3 de l'art. 67 et l'introduction, dans l'alinéa 2, du cas de la pornographie qualifiée portant sur des actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 197 ch. 3 et ch. 3bis).

- d) Les interdictions de contact et interdictions géographiques (art. 67a) soulèvent de la part de notre Fédération deux interrogations ou objections :
- aa) La notion de « *groupe défini* » n'est précisément pas définie dans le rapport explicatif. Si l'on s'en tient à la sociologie, le groupe peut consister en toutes sortes de strates ou d'agrégats sociaux intermédiaires entre l'individu, d'une part, et la société prise dans son ensemble, d'autre part. Toutes les distinctions sont possibles, par exemple entre groupes primaires et groupes secondaires, ou en fonction des éléments qui définissent le groupe, ou en fonction de la cohésion du groupe. Une notion aussi imprécise ne peut servir de base légale formelle à des mesures particulièrement incisives. La densité normative indispensable en la matière fait défaut. Soit le législateur et, corollairement, l'auteur du rapport arrivent à cerner la notion de manière plus précise, soit l'on abandonne, sur ce point, la disposition proposée.
 - bb) Interprétée selon le sens ordinaire des termes, l'interdiction de quitter « un lieu déterminé » (art. 67 a al. 2 litt. d) pourrait couvrir même une assignation à domicile et ce jusqu'à dix ans ou à vie. Là également, on doit pouvoir cerner la mesure de manière suffisante ou l'abandonner purement et simplement. En l'état, le projet n'est pas acceptable sur ce point.
- e) L'art. 67 al. 4 et 5 est approuvé, sous la réserve de la dernière phrase de l'alinéa 5, qui n'a plus d'objet si l'alinéa 3 est supprimé.

- f) La première phrase de l'alinéa 6, soit la possibilité de prononcer une interdiction à vie, est approuvée, étant précisé qu'il y aura lieu de supprimer la référence à l'alinéa 3, qui devrait être abandonné.
- g) La Fédération s'oppose aux possibilités de prolongation de la sanction, prévues à l'art. 67 al. 6 in fine et à l'art. 67 a al. 4, ainsi qu'aux extensions d'interdictions prévues à l'art. 67c al. 1^{er} et aux nouvelles interdictions prévues à l'art. 67 c al. 2.
- L'art. 4 al. 1^{er} du Protocole no 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que « *nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat* ». L'alinéa 2 réserve simplement les cas de révision.
 - La Cour européenne interprète de manière autonome la notion de « *punition* » et n'est pas liée par la qualification qu'un Etat voudrait donner à une sanction, comme peine ou mesure. On rappelle qu'avant la révision de la partie générale du code pénal, l'interdiction professionnelle, qui ne différait pas fondamentalement du régime actuel, était qualifiée de peine accessoire. Sauf dans le cas d'auteurs irresponsables, les interdictions proposées sont bien des sanctions, attachées à la commission de certains crimes ou délits. La Fédération ne voit pas comment on pourrait les soustraire à l'application de la disposition précitée.
 - Les interdictions de contact, les interdictions géographiques et surtout les interdictions professionnelles portent très durement atteinte à la situation de l'auteur. Ce dernier peut, en cas d'interdiction professionnelle, perdre jusqu'à la possibilité de pourvoir à ses besoins et à ceux de sa famille, et donc tomber à la charge de l'aide sociale. La sanction est très durement ressentie et peut sortir un effet profondément désocialisant. Peu importe, à cet égard, qu'elle soit qualifiée de peine ou de mesure. Si, en plus, on la rend extensible et reconductible, elle conduit à la mort sociale de celui qui en est frappé. On rappelle que l'auteur, s'il présente un danger tout particulier, devrait être justiciable d'autres mesures, notamment l'internement.
 - La souplesse que l'on entend conférer au juge chargé de prononcer l'interdiction, qui peut la fixer de un à dix ans, voire à vie, rend inutiles les extensions et reconductions ultérieures. Cela d'autant plus qu'une nouvelle interdiction pourra être prononcée si, pendant la durée de celle qui est en cours, l'auteur commet une nouvelle infraction passible de cette mesure.

- h) L'art. 67 b al. 3 du projet est repris de l'actuel art. 67 a al. 2. Ce nonobstant, la Fédération précise ne pas voir la raison qui conduit à faire courir l'entier de la durée de l'interdiction prononcée à compter de la libération ou de la remise de la peine. Logiquement, la durée de la mesure d'interdiction doit être suspendue pendant l'exécution de la peine ou de la mesure privative de liberté et le solde doit reprendre son cours à la libération. On rappelle que la révocation du sursis et la réintégration dans l'exécution peuvent avoir des causes autres que la récidive spéciale.

- i) La Fédération propose de simplifier la définition de l'horizon temporel dans lequel la levée ou la limitation de l'interdiction peut être demandée (art. 67b al. 5). En règle générale, il devrait être de la moitié de la durée d'interdiction prononcée, mais au minimum deux ans. Ce minimum correspond d'ailleurs à la durée minimum de mise à l'épreuve en cas de sursis. Pour les interdictions à vie, la levée ou la restriction de l'interdiction devraient pouvoir être demandées après dix ans.

- j) Les autres dispositions n'appellent que des adaptations en fonction des remarques formulées ci-dessus :
 - aa) Art. 95 al. 7 litt a : à supprimer et renvoi soit à ce qui est exposé sous litt. g ci-dessus.

 - bb) Art. 294 al. 2 : supprimer la mention de « *membres d'un groupe défini* » et renvoi à ce qui est exposé sous litt. d, aa, ci-dessus.

 - cc) Art. 371 a : supprimer la référence à l'art. 67 al. 3.

III. Casier judiciaire

La Fédération se prononcera sur la future loi sur le casier judiciaire lorsque cette dernière sera à l'état d'avant-projet.

Elle peut d'ores et déjà formuler les remarques qui suivent :

- a) La Fédération est favorable à un système d'information permettant la délivrance, sur demande de l'intéressé et moyennant la production d'un justificatif adéquat, d'extraits mettant en évidence les interdictions professionnelles aussi longtemps que ces dernières subsistent.

- b) La Fédération est encore hésitante sur l'obligation qui pourrait être imposée, de par le droit fédéral, d'exiger un extrait qualifié du casier judiciaire. Il convient d'examiner au préalable toutes les conséquences qu'une telle obligation pourrait sortir en matière de responsabilité civile ou de responsabilité des collectivités publiques. Cet aspect devra être traité lors de l'élaboration du projet.

- c) En vertu du principe d'économie du droit pénal, la Fédération n'est pas favorable à une incrimination spéciale de l'omission d'exiger un extrait qualifié du casier judiciaire.

En vous remerciant de nous avoir donné l'occasion de formuler des observations, nous vous prions, Madame la Conseillère, de recevoir l'expression de notre considération très distinguée.

Pour la Fédération Suisse des Avocats :

Brenno Brunoni
Président

René Rall
Secrétaire général