



Genève, le 14 mars 2018

Le Conseil d'Etat

1036-2018

Département fédéral de justice et police
Madame Simonetta Sommaruga
Conseillère fédérale
Palais fédéral Ouest
3003 Berne

Concerne : consultation fédérale – modification du code de procédure pénale

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons à votre courrier du 1^{er} décembre 2017 concernant la procédure de consultation mentionnée en exergue et vous en remercions.

A titre liminaire, il sied de rappeler que le projet de révision a été lancé pour rectifier, à la demande des autorités de poursuite pénale, les normes du code de procédure pénale (CPP) jugées trop contraignantes en matière d'instruction contradictoire : dans certains cantons, ces normes sont appliquées de façon si stricte qu'en cas d'arrestation simultanée de plusieurs auteurs, le ministère public ne les entend jamais séparément. La recherche de la vérité matérielle s'en trouve entravée, allant à l'encontre même d'une poursuite pénale efficace. Une rapide correction législative était demandée par les autorités de poursuite pénale et soutenue par la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP).

L'Office fédéral de la justice (OFJ) explique la présente démarche de révision, laquelle est finalement plus volumineuse que celle demandée à l'origine par les praticiens, par le fait qu'elle a saisi l'occasion pour effectuer un certain nombre d'autres ajustements facilement transposables. Ceux-ci sont apportés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce qui est louable, ou par la satisfaction de revendications sectorielles exprimées par la corporation des avocats, ce qui l'est moins.

Globalement, nous sommes d'avis que le texte mis en consultation est déséquilibré : rares sont les modifications qui renforcent l'efficacité de la poursuite pénale. Nous saluons à ce propos les modifications relatives à l'établissement d'un procès-verbal pour les auditions enregistrées (art. 78a CPP), aux conditions pour le placement en détention provisoire en raison du risque de récidive (art. 221 al. 1 let. c CPP), à la légitimation du ministère public à interjeter recours contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte (art. 222 al. 2 CPP), à la possibilité offerte au ministère public de se prononcer dans l'ordonnance pénale sur les prétentions civiles (art. 353 al. 2 CPP) et à la limitation aux délits contre l'honneur pour pouvoir exiger du plaignant de fournir des sûretés (art. 303a CPP). Nombreuses sont, au contraire, les modifications qui accroîtraient encore la complexité de notre procédure, qui se caractérise aujourd'hui déjà par sa lourdeur et les obstacles qu'elle impose à l'exercice de l'action publique.

Fondamentalement, nous rejoignons la position des autorités de poursuite pénale et des cantons, lesquels refusent toute modification législative qui occasionnerait un surplus de travail, des coûts supplémentaires ou un affaiblissement de l'efficacité de la poursuite. Cela concerne en particulier les modifications proposées relatives à la défense obligatoire (art. 130 et 133 CPP), aux droits de participation à la procédure (art. 147 et 147a CPP), ainsi qu'à l'ordonnance pénale (art. 352 ss CPP).

La présente révision devrait dès lors uniquement corriger les dispositions qui empêchent, de manière choquante selon les praticiens, une poursuite pénale efficace. Une révision totale du code de procédure pénale n'est ni nécessaire, ni désirée, et toute modification qui ne serait pas rapidement et facilement transposable est à rejeter.

Toutefois, si cette voie devait absolument être empruntée, ce n'est qu'au prix de modifications nombreuses et substantielles que le texte serait susceptible d'être acceptable. Vous trouverez en annexe nos propositions à cet égard.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

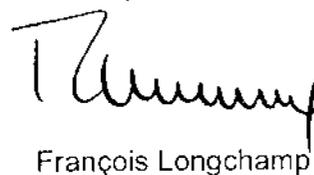
AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Anja Wyden Guelpa

Le président :



François Longchamp

République et canton de Genève

Consultation fédérale – modification du code de procédure pénale (CPP)

Examen de détail

Art. 55a

L'introduction de l'art. 55a let. b est compréhensible pour les cas où un État étranger exige qu'une mesure (par exemple une perquisition) ait été validée par un tribunal de l'état requérant; en effet, il est utile que le Tribunal des mesures de contrainte (TMC) soit compétent pour ordonner cette mesure, même si cette dernière n'exigerait pas la validation par un tribunal en droit suisse.

En revanche, il n'est pas adéquat de prévoir que le TMC est compétent pour valider la mesure de contrainte si le droit suisse le prévoit, car cela laisse entendre que le procureur devrait systématiquement requérir l'approbation du TMC avant de solliciter une mesure de contrainte à l'étranger, si cette mesure est sujette à l'approbation du TMC en droit suisse. Ainsi, une demande de contrôle téléphonique devrait d'abord être validée par le TMC avant d'être transmise à une autorité étrangère, qui le cas échéant la soumettra derechef à une autorité judiciaire en vertu de son propre droit. Tel n'est pas le cas aujourd'hui, et il n'y a aucune raison d'introduire cette lourdeur supplémentaire.

Le texte remodelé de ce nouvel article 55a CPP devrait par conséquent se limiter à tenir compte du cas de figure décrit à la lettre b.

Art. 59

L'alinéa 1 let. d de l'article 59 est à rejeter, dès lors qu'il érige le Tribunal pénal fédéral en instance de récusation des membres de la juridiction d'appel. Il n'y a pas lieu d'imbriquer les juridictions cantonale et fédérale, la seconde n'étant pas hiérarchiquement supérieure à la première.

La lettre d doit être biffée et les lettres b et c modifiées en sorte que l'autorité de recours et la juridiction d'appel traitent les demandes de récusation de leurs membres, et que l'une traite les demandes de récusation de l'ensemble des membres de l'autre et réciproquement. Ceci se justifie en particulier parce que notre canton connaît deux instances séparées, l'une de recours, l'autre d'appel.

Art. 60

L'article 60 alinéa 1 in fine CPP devrait faire l'objet d'une modification.

En effet, le texte français "après qu'elle a eu connaissance du motif de récusation" ne correspond pas aux textes allemand et italien, lesquels correspondraient plutôt à "après qu'elle a eu connaissance de la décision sur récusation".

Art. 78a

Le texte français de l'alinéa 1 lettre a n'est pas satisfaisant : le procès-verbal doit être établi "après" l'audition, et non "à l'issue" de cette dernière, car cette expression implique une forme d'immédiateté.

Les modalités temporelles régissant la rédaction du procès-verbal pourraient également être précisées : la mention du type "à bref délai" permettrait d'être interprétée en fonction des besoins des parties, suivant le stade de la procédure.

Art. 117

L'alinéa 1 lettre g parle de "considérants" alors que le CPP parle de manière générale de "motivation".

Par ailleurs, dans le cadre du droit de la victime à la protection de sa personnalité (art. 117 let. a CPP), la loi devrait lui réserver la possibilité de demander aux autorités qu'elles ne fassent connaître son adresse et son numéro de téléphone qu'avec son consentement, tel que cela était possible sous le régime de l'ancienne loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (art. 5 al. 2 aLAVI).

Or, depuis l'entrée en vigueur du CPP, ces données personnelles figurent d'office dans la procédure pénale, consultable par toutes les parties à la procédure, et donc aussi par l'auteur de l'infraction. Cette pratique a souvent pour effet de dissuader les victimes de porter plainte, afin d'éviter toute mise en danger de leur personne.

Art. 123

Le texte actuel permet à la partie plaignante de chiffrer ses conclusions civiles au plus tard durant les plaidoiries.

Si le délai actuel est trop tardif, celui qui est proposé est trop précoce, dès lors qu'un temps important peut s'écouler entre la clôture de l'instruction et la tenue des débats, temps pendant lequel le dommage est susceptible d'évoluer.

Il faut en conséquence requérir de la partie plaignante qu'elle chiffre son dommage en même temps qu'elle doit fournir au tribunal ses réquisitions de preuves, soit dans le délai de l'article 331 alinéa 2 CPP, ce qui permettra au juge, mais également aux autres parties, de se préparer de façon adéquate.

Art. 131

Cette disposition qui, porte sur la défense obligatoire, est aujourd'hui mal rédigée et il se justifie de la corriger. Toutefois, la formulation proposée n'est guère plus heureuse : on place sur le même plan l'ouverture de la procédure préliminaire et l'ouverture de l'instruction, si bien que la formule est toujours confuse. Pour que la phrase ait un sens, il faut indiquer que si les conditions requises pour la défense obligatoire sont remplies lors de la procédure préliminaire, la défense doit être mise en œuvre au plus tard lors de l'ouverture de l'instruction. De cette façon, quel que soit le stade de la procédure préliminaire pendant lequel les conditions de la défense obligatoire apparaissent, cette dernière doit immédiatement être ordonnée, sauf si l'instruction n'a pas encore été ouverte, auquel cas c'est lors de l'ouverture de l'instruction que la défense obligatoire est mise en œuvre.

Art. 133

La proposition tient très justement compte de la nécessaire apparence d'impartialité que doit revêtir le ministère public dans ce contexte. Le canton de Genève a déjà dissocié, en pratique, l'instance qui procède au choix du défenseur de l'instance de nomination, soit la direction de la procédure.

Il faut toutefois rectifier l'art. 133 CPP de sorte qu'il n'exige pas de législation cantonale d'application. L'alinéa premier devrait ainsi être rédigé de la manière suivante : "Le défenseur d'office est choisi par un organe indépendant de la direction de la procédure compétente au stade considéré".

Il faudrait en outre inscrire dans la loi le fait que seul l'acte de nomination de la direction de la procédure constitue une décision sujette à recours. Un double recours, contre le choix par l'organe indépendant, puis contre la décision de nomination par la direction de la procédure, est à éviter absolument.

Art. 135

Cette proposition est inadmissible et nous la rejetons avec fermeté. Elle tend à instaurer deux niveaux de rémunération différents du défenseur d'office, selon qu'un acquittement total ou partiel est obtenu ou non. Dans cette deuxième hypothèse, il devrait être rémunéré au taux prévu pour l'indemnisation du défenseur privé au sens de l'article 429 CPP.

La proposition repose sur l'idée qu'un acquittement total ou partiel est un succès pour le défenseur et, partant, que l'Etat a eu tort de diligenter une procédure. Rappelons que l'exercice de l'action publique est un devoir de l'Etat, à fortiori à remplir selon l'adage "in dubio pro duriore", et que souvent la procédure est déclenchée par une plainte, dont il n'a pas à endosser la responsabilité, car il est très difficile, en début de procédure, de circonscrire au plus juste les faits et les infractions pertinents, de sorte que les abandons ou réductions en cours de procédure sont fréquents, sans qu'il y ait faute de l'Etat ou grande habileté du défenseur.

Nous ajouterons que cette proposition est particulièrement perverse : il s'agit d'instaurer une sorte de prime au résultat - lequel ne relève pas forcément de l'action du défenseur d'office - alors que la défense d'office représente une forme d'engagement social dont les inconvénients sont contrebalancés par la garantie d'un débiteur solvable, soit l'Etat.

De plus, si la norme devait être interprétée dans le sens que seule la part pour laquelle l'acquittement a été prononcé doit être rémunérée au taux de l'article 429 CPP, on aboutirait à des calculs d'une invraisemblable complexité.

Enfin, la proposition générerait d'importantes dépenses supplémentaires pour la Confédération et les cantons, ce qu'il y a lieu d'éviter.

Art. 136

Le nouvel alinéa 1bis vise à accorder l'assistance judiciaire à la victime, si cela est nécessaire pour permettre à sa plainte pénale d'aboutir.

Cette formulation est à rejeter, car le texte est confus et utilise des notions erronées. Ainsi, l'on ne voit pas très bien en quoi consiste, pour une plainte pénale, le fait d'aboutir. De plus, ce n'est pas la plainte pénale stricto sensu qui est concernée, mais de manière plus générale la position de la partie plaignante, y compris dans le cadre des infractions poursuivies d'office. Enfin, la proposition n'exige pas que la victime soit indigente, ce qui doit probablement constituer un oubli.

Il apparaît que la proposition est faite pour donner suite à la jurisprudence du Tribunal fédéral, lequel a admis la possibilité d'obtenir l'assistance judiciaire même en l'absence de prétentions civiles à l'encontre du prévenu, notamment lorsque ce dernier est un agent public et que le droit cantonal exclut toute possibilité d'agir au civil contre lui. C'est ce dispositif qu'il y a lieu de corriger, et il ne concerne pas seulement les victimes.

Nous sommes favorables à la suppression pure et simple de l'exigence liée aux prétentions civiles. La partie plaignante doit en effet obtenir l'assistance judiciaire même si elle n'agit qu'au pénal. Il s'agit de transposer dans la loi les trois conditions que le Tribunal fédéral déduit directement de l'article 29 alinéa 3 de la Constitution fédérale, à savoir les exigences d'impécuniosité, de gravité et de nécessité.

Ainsi, l'article 136 alinéa 1 pourrait être formulé de la manière suivante :

"La direction de la procédure accorde entièrement ou partiellement l'assistance judiciaire à la partie plaignante, aux conditions suivantes :

- a) la partie plaignante est indigente ;
- b) le cas n'est pas de peu de gravité."

A noter que la condition de la nécessité existe déjà à l'alinéa 2 lettre c, si bien qu'elle n'a pas à être reprise à l'alinéa 1.

Art. 147

Le nouvel alinéa 3 lettre b ne fait guère sens. Il s'agit d'une réaction à la pratique de certains cantons alémaniques, lesquels ont pensé trouver une parade à l'exigence absolue du contradictoire en ouvrant une procédure par prévenu, les procédures étant ensuite jointes dans un deuxième temps. Or, le CPP ne doit pas constituer une réponse aux errements cantonaux et il n'y a pas lieu de rendre plus compliquée la jonction ou la disjonction de procédures en introduisant la notion de "motifs impérieux".

Art. 147a

La manière dont l'Office fédéral de la justice (OFJ) répond à la demande des autorités de poursuite pénale concernant le contradictoire laisse apparaître que le problème est mal compris. Ce n'est pas seulement le prévenu qui risque d'adapter ses déclarations à celles de la personne à entendre; c'est également le témoin, que l'on souhaite pouvoir auditionner sans qu'il subisse de pression de la part du prévenu ou des prévenus.

En outre, le ministère public peut souhaiter procéder à des auditions séparées lorsqu'il a reçu un rapport de police portant sur des faits nouveaux. Il peut également confier de telles auditions à la police au sens de l'article 312 CPP et ne pas souhaiter que le policier doive interroger le témoin en présence des prévenus et de leurs avocats. Ainsi, de nombreuses circonstances doivent conduire à un allègement de l'exigence du contradictoire, et non la seule hypothèse du prévenu qui adapterait ses propos.

Le contrepoids proposé, soit l'obligation d'enregistrer l'audition sur un support audiovisuel, est absurde. Il s'agit ni plus ni moins d'un geste de défiance de la part de l'OFJ envers les ministères publics, l'OFJ semblant imaginer que les procureurs vont s'empresse de commettre des abus. Il est pour le moins piquant de constater que cette même défiance n'existe pas à l'égard de la police, dont les auditions ne sont pas enregistrées, alors que tel est le cas dans de très nombreuses procédures pénales modernes.

En résumé, il y a lieu de revenir à la proposition de la conférence des procureurs de suisse, qui limite le contradictoire aux exigences de la CEDH. Au pire, il serait préférable de ne rien modifier sur ce point.

Art. 170 al. 2

La proposition fait un lien, formulé maladroitement, entre l'obligation de dénoncer et l'absence de nécessité d'autorisation pour pouvoir témoigner.

La jurisprudence du Tribunal fédéral citée dans le rapport explicatif concerne le cas d'une policière qui est entendue par le tribunal, lequel juge l'affaire qu'elle a elle-même traitée (ATF 140 IV 177). Le Tribunal fédéral retient que "keine Ermächtigung der vorgesetzten Behörde erforderlich ist, wenn ein Polizist im Zuge des Strafverfahrens Aussagen über Feststellungen am Tatort macht, sofern er diesbezüglich einer Anzeigepflicht unterliegt.". Or, l'art. 302 CPP prévoit que les autorités pénales sont tenues de dénoncer les infractions sous certaines conditions, l'alinéa 2 donnant, entre outre, aux cantons la possibilité d'obliger certains fonctionnaires qui ne sont pas membres des autorités pénales de dénoncer des infractions sous certaines conditions.

Il apparaît que la proposition ne reprend pas uniquement la jurisprudence citée et qu'il n'y a aucun lien entre l'obligation de dénoncer d'un fonctionnaire non membre d'une autorité pénale et les informations qu'il est susceptible de fournir à une autorité pénale qui l'interroge.

La proposition doit donc être rejetée.

Art. 221

L'OFJ propose d'adoucir la teneur de l'alinéa 1 lettre c, qui ne permet d'ordonner la détention provisoire en vertu du risque de réitération que si le prévenu a déjà commis plusieurs infractions du même genre.

Toutefois, la formulation est maladroite dans la mesure où la lettre c mentionne l'exigence de compromettre "la sécurité d'autrui par des crimes ou par des délits graves". Une formulation au singulier est souhaitée, car le risque de réitération peut exister lorsque la personne commet sa première infraction.

La proposition est à modifier dans ce sens.

Art. 228a

Concernant l'alinéa 1, la version française n'est pas correcte, en ce sens que le ministère public ne doit pas "communiquer" son recours mais l'"annoncer".

Par ailleurs, toujours au niveau de la formulation, la réaction du ministère public se fera "contre la décision" et non "contre la décision de mise en détention", puisque le recours concernera autant les décisions refusant la mise en détention que celles qui la prononcent pour une durée jugée trop courte.

Si le délai de trois heures institué à l'alinéa 2 n'est que la transposition de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut bien se rendre compte que les contingences pratiques imposent raisonnablement de prolonger sensiblement ce délai, au minimum à six heures. En effet, il n'est pas sérieux d'exiger, dans tous les cas, du ministère public qu'il rédige en quelques heures un recours complet et motivé sur une question aussi fondamentale que la liberté du prévenu.

Concernant l'alinéa 4, nous constatons que la proposition va inutilement plus loin que la jurisprudence actuelle (ATF 137 IV 230, consid. 2.1). Dans la mesure où la conformité avec la CEDH est acquise, il y a lieu de reformuler la proposition en reprenant le cadre de la jurisprudence actuelle.

Art. 231

La possibilité pour le ministère public de demander la prolongation de la détention pour des motifs de sûreté ne vaut pas seulement en cas d'acquiescement du prévenu, mais également lorsque le prévenu est condamné à une peine avec sursis ou à une peine ferme dont la quotité impose sa mise en liberté immédiate.

De manière plus générale, c'est dans tous les cas où le tribunal ordonne la mise en liberté que le ministère public doit pouvoir agir, si bien que les termes "le prévenu en détention est acquitté et que" doivent être biffés.

Art. 232

Le transfert de compétence de la juridiction d'appel à l'autorité de recours pourrait poser un problème en pratique lorsque le prévenu comparait libre mais présente un risque de fuite évident en cas de condamnation en appel (prévenu acquitté en première instance) ou d'aggravation de la peine.

Le président de la juridiction d'appel, d'office ou à la demande du ministère public, devrait pouvoir ordonner la mise en détention pour la durée des débats, au début ou au cours de ceux-ci, y compris juste avant de rendre le verdict, ce qui lui permettra ensuite d'ordonner le maintien en détention pour des motifs de sûreté, lors du prononcé du verdict. Ce rôle peut difficilement être dévolu à l'autorité de recours sans paralyser les débats d'appel.

Par conséquent, il est indispensable de conserver une compétence exceptionnelle de la direction de la procédure de la juridiction d'appel de procéder à l'arrestation à l'audience d'appel.

Art. 248

La procédure relative à la levée des scellés constitue aujourd'hui un véritable obstacle à l'efficacité de la poursuite pénale. Le projet ne répond en rien aux difficultés rencontrées par les ministères publics en la matière. La situation ne pourra que s'aggraver, dès lors qu'à l'alinéa 3, la suppression du mot "définitivement" ouvrira la voie à une procédure devant l'autorité de recours et que la suppression du délai d'un mois donnera l'impression que le législateur n'impose plus aucune exigence de célérité au Tribunal des mesures de contraintes.

Nous ne nous opposons pas à l'ouverture d'une voie de recours, mais estimons en revanche que le texte doit impérativement rappeler l'exigence de célérité et préciser qu'il appartient à celui qui demande la mise sous scellés de désigner lui-même les actes qu'il estime couverts par le secret.

Art. 268

Nous nous opposons fermement à l'alinéa 4, qui péjore la situation de l'Etat. Il y a lieu de s'en tenir à la teneur actuelle de l'article 71 alinéa 3 CP.

Art. 269

Il y a lieu de profiter de la réforme pour compléter la liste de l'article 269 alinéa 2 lettre a, qui se caractérise aujourd'hui par son incohérence. Nous souhaitons qu'il soit ajouté :

- l'art. 117 CP : il n'est aujourd'hui pas possible de mettre sous écoute le prévenu soupçonné d'une course poursuite mortelle, par exemple;
- les art. 133 et 134 CP : les rixes et agressions peuvent entraîner de très graves conséquences et il y a lieu de les mettre sur le même pied que les lésions corporelles graves de l'art. 122 CP;
- l'art. 143bis CP : il est impossible de lutter contre la cybercriminalité dans les conditions actuelles;
- l'art. 305bis CP : il est absurde que le cas aggravé figure dans la liste, alors qu'il est difficile, en début d'enquête, de savoir si l'on a à faire à un cas simple ou à un cas aggravé de blanchiment d'argent;
- l'art. 320 CP : la lutte contre les violations du secret de fonction est aujourd'hui largement paralysée;
- les art. 322quinquies, 322sexies, 322octies et 322novies CP : la lutte contre la corruption commande l'ajout de ces dispositions à la liste.

Art. 286

Il s'agit d'ajouter les mêmes dispositions qu'à l'article 269.

Art. 301

L'alinéa 1bis doit être rejeté, dès lors qu'il n'y a aucune raison de déroger au principe selon lequel seules les parties à la procédure ont accès à cette dernière.

Art. 318

L'alinéa 1bis prétend obliger le ministère public à adresser un avis de prochaine clôture aux victimes s'il entend rendre une ordonnance pénale, une "ordonnance de mise en accusation" (soit un acte d'accusation) ou une ordonnance de classement. Il leur fixe un délai pour se constituer parties plaignantes et présenter leurs réquisitions de preuves.

Cette disposition n'a pas d'utilité, car l'article 118 alinéa 4 oblige d'ores et déjà le ministère public à s'adresser à tous les lésés (et non seulement aux victimes) dès l'ouverture de la procédure préliminaire, pour les informer de leur droit de se porter partie plaignante. Ainsi, toutes les victimes auront d'ores et déjà été interpellées et eu la possibilité de participer à la procédure, si bien qu'il ne fait pas de sens de les interpellier une nouvelle fois. Toutes celles qui ont choisi d'être partie à la procédure recevront un avis de prochaine clôture en cas de classement ou de renvoi en jugement.

Enfin, il ne se justifie pas d'instaurer un avis de prochaine clôture en cas d'ordonnance pénale, les parties disposant de la voie de l'opposition si elles ne sont pas satisfaites de la décision. Il serait pour le moins étrange que la victime soit invitée à présenter des réquisitions de preuves avant le prononcé d'une ordonnance pénale, alors que le prévenu ne le serait pas.

L'occasion devrait être saisie de supprimer, dans tout le CPP, l'expression "ordonnance de mise en accusation", qui ne correspond à rien dans la culture judiciaire de langue française.

Art. 342

A l'alinéa 2, la formulation "la décision de scinder" devrait être remplacée par "la décision sur la scission". A défaut, cela pourrait signifier que le refus de scinder est susceptible de recours, par opposition à la décision de le faire.

Art. 352

Le sens et le but des modifications proposées sont incompréhensibles. En substance, le ministère public ne pourrait pas rendre d'ordonnance pénale comportant une sanction de plus de quatre mois si une victime participe à la procédure.

Nous rejetons cette proposition, car nous ne voyons pas en quoi la protection des droits de la victime exigerait que le ministère public fût limité dans sa compétence de rendre une ordonnance pénale. Si le ministère public envisage de rendre une ordonnance pénale, c'est parce que les faits sont de peu de gravité. Ils restent de peu de gravité si la peine prononcée est de six mois plutôt que de quatre. Les victimes d'actes graves verront toujours l'auteur renvoyé en jugement. Il n'est d'ailleurs pas dans l'intérêt des victimes de les forcer à vivre systématiquement un procès pénal, alors que l'affaire peut être réglée par voie d'ordonnance pénale.

La limitation de la compétence du ministère public à quatre mois risque d'engendrer un biais de politique criminelle, à savoir la tendance, dans les affaires de peu de gravité, à infliger systématiquement la quotité de la peine qui permet de statuer par ordonnance pénale.

Enfin, il sied de relever que la proposition accroîtrait massivement la charge des tribunaux de première instance.

A noter qu'à l'alinéa 3, il est question d'un maximum de trois mois, sans que l'on comprenne quelle différence justifie ce maximum différent.

Art. 352a

Cette proposition est rejetée fermement. L'OFJ entend bouleverser le système de l'ordonnance pénale en exigeant que le prévenu soit entendu lorsque la peine prononcée est supérieure à quatre mois, respectivement en cas de révocation de sursis à une peine privative de liberté.

De deux choses l'une : soit le législateur maintient le régime de l'ordonnance pénale tel qu'il existe aujourd'hui, à savoir que si l'audition du prévenu est possible avant le prononcé de l'ordonnance pénale, elle n'est pas obligatoire, et cela quel que soit le contenu de l'ordonnance. Soit il estime que la procédure de l'ordonnance pénale doit être abolie et il assume son choix, à savoir que des dizaines de milliers de procédures ne pourront plus être traitées simplement mais devront être renvoyées devant les tribunaux, avec l'explosion du nombre de procureurs et de juges qui en découlera.

Il va sans dire que la modification proposée entraînerait elle aussi le risque d'un biais, à savoir que pour éviter la charge que représente l'audition du prévenu avant le prononcé de l'ordonnance pénale, une peine systématiquement inférieure à quatre mois soit choisie. Alternativement, l'obligation de procéder à une audition obligerait les ministères publics à tenir des audiences qui ne sont aujourd'hui pas sollicitées, faute d'opposition, avec les coûts et besoins en personnel qui en résulteraient.

Enfin, et pour le cas où l'audition n'est pas possible, par exemple parce que le prévenu est en fuite, la proposition aboutirait à ce résultat particulièrement malvenu de remplacer une ordonnance pénale du ministère public par une procédure par défaut devant le tribunal.

Art. 354

Le délai de recours différencié institué par l'alinéa 1bis n'a aucun sens. Que l'ordonnance pénale soit remise en mains propres ou qu'elle soit notifiée par un autre moyen, les démarches que le prévenu doit entreprendre sont les mêmes. L'existence d'un délai de recours différencié ne peut engendrer que des confusions nuisant à la sécurité du droit.

Art. 364

L'alinéa 5 est mal rédigé. En effet, le ministère public est également appelé à rendre des décisions judiciaires ultérieures, auquel cas ce ne sont pas les dispositions relatives à la procédure de première instance qui devraient s'appliquer.

Art. 364a

A l'alinéa 1, la notion de sanction privative de liberté n'est pas adéquate, le code parlant systématiquement de peine ou de mesure privative de liberté.

En outre, il sied de relever l'impact qu'aurait cette proposition en pratique sur le canton de Genève, lequel a fait usage de l'art. 363 CPP pour désigner le Tribunal d'application des peines et des mesures (TAPEM) compétent pour connaître des décisions ultérieures qui ne sont pas de la compétence du tribunal. Le TAPEM peut notamment être saisi par le ministère public, le condamné ou le lésé (art. 36 de la loi d'application du code pénal; LaCP).

Lorsque des motifs de détention apparaissent dans le cadre d'une procédure postérieure au jugement pendante devant le TAPEM conformément à l'art. 36 LaCP, la direction de la procédure exécute la procédure de détention en appliquant par analogie l'art. 224 CPP et demande au TMC d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté (art. 36A al. 1 LaCP).

S'il y a péril en la demeure et qu'aucune procédure postérieure au jugement n'est encore pendante, le ministère public peut décerner un mandat d'amener à l'encontre du condamné et proposer au TMC, sans retard mais au plus tard dans les 48 heures à compter de l'arrestation, d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté ou une mesure de substitution. Dans le même délai, il doit saisir le TAPEM (art. 36A al. 2 LaCP).

L'art. 41A LaCP, se trouvant sous le chapitre exécution des décisions, a la même teneur que l'article précité et concerne les mêmes autorités.

Au vu de ce qui précède, on ne peut que constater que l'autorité d'exécution du canton de Genève, soit le service de l'application des peines et mesures (SAPEM), n'a aucune compétence dans les décisions ultérieures.

En effet, le SAPEM pourrait saisir le TAPEM, mais il ne peut en aucun cas ordonner une privation de liberté. Par ailleurs, ce n'est pas le rôle du SAPEM qui n'est pas une autorité de poursuite pénale. De plus, une procédure a été mise en place, dans les cas visés aux articles 36A et 41A LaCP, entre l'Office cantonal de la détention (OCD) et le ministère public qui ne souffre d'aucun problème en particulier, bien au contraire. On ne voit dès lors pas la valeur ajoutée d'une mise en détention par le SAPEM.

Avec la proposition faite, le canton de Genève serait contraint d'une part, de modifier la législation actuelle et, pour ce motif, un délai suffisant devrait être octroyé aux cantons, avant

l'entrée en vigueur de la modification. D'autre part, cela impliquerait de modifier l'organisation actuelle et d'octroyer la compétence d'ordonner des mesures de contrainte relevant des autorités pénales au SAPEM. Cette nouvelle compétence engendrerait un travail considérable pour le SAPEM et empièterait sur les compétences des autorités pénales.

Au vu de l'impact important, tant sur la répartition des compétences entre les autorités pénales et administratives que sur la législation cantonale et l'organisation des autorités genevoises, nous sommes d'avis que la proposition faite doit tenir compte de la liberté offerte précédemment aux cantons, lesquels ont choisi le ministère public comme autorité compétente dans les cas de figure concernés.

Art. 365

D'un point de vue de la systématique, tout comme l'article 351 ne précise pas que le jugement est susceptible d'appel, il n'est pas nécessaire de préciser ici que la voie de recours est celle de l'appel. L'unique disposition idoine est l'article 398 alinéa 1 nouveau.

Art. 440

Dans le canton de Genève, la compétence d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté et déférer le cas au tribunal compétent (art. 440 al. 1 et 2 CPP) revient au ministère public en vertu de l'art. 39 de la loi d'application du code pénal (LaCP).

La proposition faite doit tenir compte de la liberté offerte précédemment aux cantons, lesquels ont choisi le ministère public comme autorité compétente dans les cas de figure concernés.

Modification de la loi du 20 mars 1981 sur l'entraide pénale internationale (EIMP)

Art. 9

L'idée selon laquelle il y a lieu de limiter la procédure de mise sous scellés en cas d'entraide est pertinente. La disposition proposée ne va toutefois pas assez loin. Il est en effet impératif de supprimer toute possibilité de mise sous scellés en Suisse, le tri devant intervenir auprès de l'autorité étrangère requérante.

Concrètement, les deux exceptions proposées ne se justifient pas : la présence des autorités étrangères ne justifie en rien la création d'un droit supplémentaire pour le titulaire et ne doit surtout pas être utilisée pour leur imposer un tri à faire. Par ailleurs, le fait qu'une procédure nationale soit ouverte en parallèle ne doit en aucun cas empêcher l'exécution de l'entraide. En outre, la formulation choisie ("dans la même affaire") est particulièrement imprécise, et juridiquement fautive : si l'autorité suisse ouvre une procédure, ce n'est évidemment pas pour traiter "la même affaire", mais pour traiter une affaire qui s'inscrit dans un contexte de faits similaire. On ajoutera à cela qu'il serait particulièrement aberrant que les ministères publics doivent renoncer à ouvrir des procédures nationales ou retarder leur ouverture pour ne pas entraver l'exécution des demandes d'entraide.

Modifications de la procédure pénale applicable aux mineurs du 20 mars 2009 (PPMin)

Art. 32 al. 5 et 5bis

Nous soutenons les modifications apportées à l'article 32 PPMIn.

Il est en outre proposé de profiter de celles-ci pour changer également la teneur de l'article 32 alinéa 3 PPMIn, dont les termes vagues ont pu poser des problèmes d'interprétation, en reprenant telle quelle la formulation du nouvel article 353 alinéa 2 lettre a CPP.

Le nouvel article 32 alinéa 3 PPMIn devrait ainsi être libellé comme suit : "Elle peut statuer dans l'ordonnance pénale sur les prétentions civiles lorsqu'aucune administration supplémentaire de preuves n'est nécessaire."

S'agissant du montant plafond de CHF 30'000.- fixé dans le CPP au-delà duquel le ministère public n'a pas à statuer sur des prétentions civiles (article 353 alinéa 2 lettre b CPP), s'il y avait lieu de le fixer également pour les mineurs, il devrait être sensiblement inférieur à celui des majeurs.