

Rapport explicatif

**concernant la modification du code de procédure pénale
(mise en œuvre de la motion 14.3383, Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, Adaptation du code de procédure pénale)**

décembre 2017

Table des matières

1	Présentation du projet	5
1.1	Contexte	5
1.1.1	Le code de procédure pénale	5
1.1.2	Motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats «Adaptation du code de procédure pénale»	6
1.2	Examen de la praticabilité du CPP	7
1.3	Dispositif proposé	8
1.3.1	Introduction	8
1.3.2	Pas d'exceptions au principe de la «double instance»	8
1.3.3	Extension du champ d'application de l'enregistrement des auditions par des moyens techniques	9
1.3.4	Anticipation du calcul et de la motivation de l'action civile	9
1.3.5	Désignation du défenseur d'office	10
1.3.6	Participation aux actes de procédure	10
1.3.7	Précision des conditions de la mise en détention pour risque de récidive	11
1.3.8	Légitimation du ministère public à recourir contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte	11
1.3.9	Procédure de l'ordonnance pénale	12
1.3.10	Détention pour des motifs de sûreté en rapport avec la procédure donnant lieu à une décision judiciaire indépendante	13
1.4	Appréciation de la solution retenue	13
2	Commentaire des dispositions	13
2.1	Code de procédure pénale	13
2.1.1	Art. 19, al. 2, let. b	13
2.1.2	Art. 40, al. 1	14
2.1.3	Art. 55 (titre) et art. 55a	14
2.1.4	Art. 59, al. 1, phrase introductive	15
2.1.5	Art. 78 et 78a	15
2.1.6	Art. 80, al. 1, 2 ^e phrase [ne concerne que le texte allemand]	16
2.1.7	Art. 82, al. 1, let. b	16
2.1.8	Art. 88, al. 4	16
2.1.9	Art. 117, al. 1, let. g	17
2.1.10	Art. 123	17
2.1.11	Art. 125, al. 2, 1 ^{re} phrase	18
2.1.12	Art. 126, al. 2, let. a et a ^{bis}	18
2.1.13	Art. 130, let. d	18
2.1.14	Art. 131, al. 2 et 3	19
2.1.15	Art. 133	20

2.1.16	Art. 135, al. 1, 3 et 4	21
2.1.17	Art. 136, al. 1 ^{bis}	22
2.1.18	Art. 141, al. 4	22
2.1.19	Art. 144, al. 2	23
2.1.20	Art. 147, al. 3 et 3 ^{bis}	23
2.1.21	Art. 147 <i>a</i> 23	
2.1.22	Art. 150, al. 2, 2 ^e phrase	24
2.1.23	Art. 154, al. 4, let. d	25
2.1.24	Art. 170	25
2.1.25	Art. 186, al. 2, 2 ^e phrase, et al. 3	25
2.1.26	Art. 210, al. 2	25
2.1.27	Art. 221, al. 1, let. c	25
2.1.28	Art. 222, al. 2	27
2.1.29	Art. 225, al. 3 et 5	27
2.1.30	Art. 228 <i>a</i> 28	
2.1.31	Art. 230, al. 3 et 4	30
2.1.32	Art. 231, al. 2	31
2.1.33	Art. 232, al. 1 et 2	32
2.1.34	Art. 233	32
2.1.35	Art. 236, al. 1	32
2.1.36	Art. 248	32
2.1.37	Art. 251 <i>a</i> 33	
2.1.38	Art. 266, al. 3	34
2.1.39	Art. 268	34
2.1.40	Art. 269, al. 2, let. a	35
2.1.41	Art. 273, al. 1	35
2.1.42	Art. 286	35
2.1.43	Art. 301, al. 1 ^{bis}	35
2.1.44	Art. 303 <i>a</i> 36	
2.1.45	Art. 316, al. 1 [ne concerne que le texte français]	36
2.1.46	Art. 318, al. 1 ^{bis} et 3	36
2.1.47	Art. 342, al. 1, phrase introductive, let. a et b, 1 ^{bis} , 1 ^{ter} et 2	37
2.1.48	Art. 352, al. 1, 1 ^{bis} et 3	37
2.1.49	Art. 352 <i>a</i> 38	
2.1.50	Art. 353, al. 2	40
2.1.51	Art. 354, al. 1, phrase introductive, let. a ^{bis} , 1 ^{bis} et 1 ^{ter}	41
2.1.52	Art. 355, al. 2	42
2.1.53	Art. 356, al. 4	42
2.1.54	Art. 364, al. 5	42
2.1.55	Art. 364 <i>a</i> 43	
2.1.56	Art. 364 <i>b</i> 44	
2.1.57	Art. 365, al. 3	45
2.1.58	Art. 366, al. 1 à 3	45
2.1.59	Art. 377, al. 4	46
2.1.60	Art. 388, al. 2, let. a à c	46
2.1.61	Art. 391, al. 2, 1 ^{re} phrase	47
2.1.62	Art. 393, al. 1, let. c	48

2.1.63	Art. 395, let. b	48
2.1.64	Art. 398, al. 1	49
2.1.65	Art. 410	49
2.1.66	Art. 431, titre	49
2.1.67	Art. 440, al. 1 à 4	49
2.1.68	Art. 442, al. 4	50
2.2	Droit pénal des mineurs	51
2.3	Procédure pénale applicable aux mineurs	53
2.4	Loi sur le Tribunal fédéral	54
2.5	Loi sur l'organisation des autorités pénales	54
2.6	Loi sur l'aide aux victimes	55
2.7	Loi sur l'entraide pénale internationale	55
3	Conséquences	56
3.1	Conséquences pour la Confédération	56
3.2	Conséquences pour les cantons et les communes	57
4	Relation avec le programme de la législature	57
5	Aspects juridiques	57
5.1	Constitutionnalité	57
5.1.1	Compétence législative	57
5.1.2	Conformité aux droits fondamentaux	58
5.2	Compatibilité avec les obligations internationales	58
	Bibliographie	61
	Documents préparatoires	63
	Code de procédure pénale (<i>avant-projet</i>)	99

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

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 interventions suivantes ont été déposées entre 2011 et 2016:

11.3911 Mo. Amherd, Détention 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); 11.3873 Ip. Bugnon, Coûts induits par le nouveau code de procédure pénale (liquidée); 12.3355 Ip. Poggia, Pour une procédure pénale soucieuse des droits des lésés (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); 12.4086 Ip. Janiak, Mesures techniques de surveillance et nouveaux outils de communication (liquidée); 12.4087 Ip. Janiak, Découvertes fortuites. Revoir les dispositions du code de procédure pénale (liquidée); 12.4096 Mo. Janiak, Code de procédure pénale. Elargir la possibilité d'ordonner des mesures de surveillance (liquidée); 12.4117 Ip. Sommaruga Carlo, Pour une procédure pénale plus performante notamment en cas de flagrant délit (liquidée); 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 qualifié (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); 13.3037 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 me-

¹ RS 312.0

naces (liquidée); 13.3295 Ip. Fluri, Code de procédure pénale. Combler une lacune de l'article 269 alinéa 2 (liquidée); 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); 13.427 Iv. pa. Schneider Schüttel, Code de procédure pénale. Simplification de la procédure par défaut (liquidée); 13.4296 Mo. Amherd, Exécution des décisions pénales. Uniformiser le droit procédural (liquidée); 13.466 Iv. pa. CAJ-N, Compensation des frais de justice avec les indemnités pour tort moral allouées en raison de mesures de contrainte illicites (traitée par le Conseil national); 14.3383 Mo. CAJ-E, Adaptation du code de procédure pénale (adoptée); 14.4218 Ip. Groupe BD, Procédure pénale pour pornographie infantile. Différences cantonales (liquidée); 14.462 Iv. pa. Reimann Lukas, CPP. Droit de participer à l'administration des preuves. Ne pas empêcher l'établissement des faits et la manifestation de la vérité (liquidée); 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); 15.324 Iv. ct. BL, Modification urgente du code de procédure pénale suisse (traitée par le Conseil des Etats); 15.3447 Po. Groupe Libéral-Radical, Accélérer les procédures pénales. Mesures réalisées (adopté); 15.3502 Po. CAJ-N, 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); 16.3447 Ip. Addor, Une procédure de comparution immédiate en Suisse ? (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 (pas encore traitée au Conseil); 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).

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

Les Chambres fédérales, en adoptant respectivement les 22 septembre 2014 et 11 mars 2015 la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E; Adaptation du code de procédure pénale), ont choisi d'éviter que se poursuive la pluie d'interventions demandant des adaptations ponctuelles du CPP et de procéder aux adaptations requises au moyen d'un examen et d'une révision revêtant un caractère global. Elles 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 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 personnes² 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)³ 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 Berne⁴ recommande six modifications législatives qui pourraient améliorer la position des victimes dans la procédure pénale. Le Conseil fédéral a attribué les mandats correspondants le 23 novembre 2016⁵.

² 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, Bellinzzone; Gless Sabine, professeure à l'Université de Bâle; Godenzi Gunhild, avocate, 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; Schaer 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.

³ RS 312.5

⁴ Rapport final 2015

⁵ Communiqué 2016

1.3 Dispositif proposé

1.3.1 Introduction

Les résultats des séances du groupe de travail, les avis fournis par d'autres acteurs concernés et les informations recueillies par l'OFJ dans la doctrine et la jurisprudence et par contacts directs ont permis de dresser une liste d'environ 130 points nécessitant un examen.

Les adaptations demandées allaient de simples modifications rédactionnelles à des changements qui modifieraient l'équilibre du système de procédure pénale (par ex. réglementation du droit de participer des parties, légitimation du ministère public à recourir contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte).

Les séances du groupe de travail ont aussi mis en lumière la nécessité de réviser la procédure pénale du 20 mars 2009 applicable aux mineurs (PPMin)⁶ et le droit pénal des mineurs du 20 juin 2003 (DPMIn)⁷.

Conformément au mandat donné au Conseil fédéral dans la motion de la CAJ-E, consistant à examiner les expériences faites dans la pratique avec le CPP et à proposer les modifications légales qui s'imposent, on n'interviendra pas sur tous les points recensés, mais uniquement sur ceux qui revêtent le caractère de difficultés pratiques.

Nous présentons brièvement ci-après les principales modifications prévues. Le détail de ces modifications figure dans le commentaire des dispositions au ch. 2.

1.3.2 Pas d'exceptions au principe de la «double instance»

La loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)⁸ dispose que le recours n'est recevable que contre les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance (art. 80, al. 1, 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 augmentent la charge du Tribunal fédéral en lui attribuant des tâches relevant d'une première autorité de recours. Cette attribution est contraire à la tâche primaire du Tribunal fédéral, autorité judiciaire suprême chargée de trancher des questions de droit en dernière instance et de garantir une application uniforme du droit⁹.

Le CPP ne doit plus compter d'exceptions au principe de la double instance. Il faut donc procéder à des adaptations aux art. 40, al. 1, 59, al. 1, 150, al. 2, 2^e phrase, 186, al. 2, 2^e phrase, et al. 3, 222, al. 2, 248, 393, al. 1, let. c, et 440, al. 3, CPP.

⁶ RS 312.1

⁷ RS 311.1

⁸ RS 173.110

⁹ Rapport explicatif 2015, ch. 2.4

1.3.3 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 sont consignées en substance et séance tenante. Une modification de l'art. 78 entrée en vigueur en 2013 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 une 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.

Ces règles sont trop restrictives au vu des moyens techniques existants (certains programmes enregistrent et reproduisent simultanément en texte les déclarations faites). Elles empêchent en outre une utilisation optimale des avantages de l'enregistrement, notamment parce qu'elles ne le prévoient que pour les débats.

On propose donc de mettre fin à l'obligation de dresser le procès-verbal séance tenante si l'audition est enregistrée par des moyens techniques et de permettre qu'il le soit à l'issue de l'audition. Il suffira là aussi que les dépositions soient consignées en substance et non mot pour mot. Les nouvelles règles vaudront également pour la procédure préliminaire. Il serait envisageable de les étendre en prévoyant l'obligation d'enregistrer les auditions plutôt qu'une simple possibilité. On pourrait par ailleurs renoncer à toute retranscription à l'issue des débats, si bien que les enregistrements eux-mêmes seraient versés au dossier.

En statuant une obligation, comme l'ont fait d'autres pays, on aboutirait à une pratique uniforme dans toute la Suisse. Les enregistrements auraient toutefois 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.

A première vue, les cantons pourraient réaliser des économies en renonçant totalement à la retranscription des auditions et en ne versant que les enregistrements au dossier. Les membres du tribunal saisi de l'affaire, le tribunal des mesures de contrainte, la défense et les représentants des autres parties auraient cependant la tâche complexe d'écouter longuement les enregistrements et de prendre des notes. Les coûts pourraient en définitive être plus élevés.

1.3.4 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). 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.

On propose donc que la partie plaignante doive présenter le calcul et la motivation des conclusions civiles au plus tard à la clôture de l'instruction. Le tribunal saisi de l'affaire pourra de la sorte ordonner à temps les mesures d'administration des preuves qui s'imposent en rapport avec l'action civile.

1.3.5 Désignation du défenseur d'office

Aux termes de l'art. 133 CPP, le défenseur d'office est désigné par la direction de la procédure compétente au stade considéré. Celle-ci prend en considération les souhaits du prévenu dans la mesure du possible. Dans la plupart des cas, c'est le ministère public qui désigne le défenseur d'office au stade de la procédure préliminaire. Or le ministère public et le prévenu s'opposent pendant les débats en qualité de parties (voir l'art. 104, al. 1). D'aucuns critiquent dès lors le fait que le ministère public puisse choisir le défenseur de la partie adverse. Certains cantons ont pris des mesures dont les plus connues sont la tenue d'une liste anonyme de défenseurs et l'attribution de la désignation du défenseur à un organe du ministère public indépendant de la direction de la procédure. Les cantons ont développé une certaine sensibilité en la matière. La situation actuelle présente néanmoins l'inconvénient que tous n'offrent pas les mêmes garanties et qu'il y a même lieu de douter que certaines des solutions mises en place soient conformes au CPP. Le Conseil fédéral propose une modification qui permettra à un organe indépendant de la direction de la procédure de choisir le défenseur d'office, plutôt que la direction de la procédure elle-même. Il pourra s'agir d'une autorité ou d'une organisation privée du style d'une association d'avocats. L'organe en question choisira le défenseur en prenant en considération les souhaits du prévenu dans la mesure du possible, mais aussi les particularités de la procédure (par ex: la langue du prévenu, l'objet de la procédure). Il reviendra comme actuellement à la direction de procédure de désigner le défenseur.

1.3.6 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 co-prévenus (art. 147). 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 co-prévenus 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 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). 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 à dire.

Une restriction du droit de participer est donc 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) comme l'exigent certains. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), il suffit pour mettre en œuvre le droit d'affronter les témoins à charge (y compris ses co-prévenus) 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.

Ce minimum ne satisfait pas à l'importance particulière que le CPP accorde au droit de participer. 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 préliminaire¹⁰. Il faut conserver cet équilibre voulu par le législateur, d'autant plus que le tribunal ne réitère l'administration des preuves déjà administrées lors de la procédure préliminaire que si la connaissance directe du moyen de preuve apparaît nécessaire au prononcé du jugement (art. 343, al. 3).

L'avant-projet propose de restreindre le droit de participer du prévenu lorsqu'il y a lieu de craindre qu'il adapte ses dépositions à celles de la personne à entendre, notamment si celle-ci est un co-prévenu ou un témoin. Cette crainte est d'autant plus forte si le prévenu n'a pas encore été interrogé sur les faits. Les exigences de preuves quant au fait que la personne à entendre risque d'adapter ses dépositions ne sont pas très strictes.

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

Dans le droit en vigueur, la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté ne peuvent être ordonnées en cas de risque de récidive que s'il y a sérieusement lieu de craindre que le prévenu compromette sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes ou des délits graves et que s'il a déjà commis des «infractions du même genre». Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette deuxième condition ne doit pas forcément être remplie.

La modification proposée dans l'avant-projet vise à adapter la disposition à la jurisprudence du Tribunal fédéral sans renoncer totalement à l'exigence d'une infraction préalable. Il ne sera plus nécessaire que plusieurs infractions du même genre aient déjà été commises; une seule, et pas forcément du même genre, suffira. On va ce faisant dans le sens de l'ancien code de procédure zurichois et de l'initiative parlementaire Jositsch¹¹. Les conditions de détention en cas de risque de récidive seront plus souples, mais il ne s'agira pas d'une pure détention relevant de la police de sécurité ni d'une pure détention préventive.

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

Comme indiqué au ch. 1.3.2, 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

¹⁰ ATF 139 IV 25, consid. 5.3

¹¹ Initiative parlementaire 12.495 (Jositsch, Détention provisoire en cas de risque de récidive qualifié)

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 public¹².

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, 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; voir les ch. 2.1.29 ss).

1.3.9 Procédure de l'ordonnance pénale

Le Conseil fédéral propose différentes modifications en rapport avec la procédure de l'ordonnance pénale. Celles-ci découlent en partie de l'*évaluation de la LAVI* (voir le ch. 1.2), le rapport pointant la nécessité d'améliorer la situation de la victime dans la procédure de l'ordonnance pénale¹³.

Pour arriver à reprendre une vie normale après ce qu'elles ont subi, les victimes d'infractions ont souvent besoin qu'un tribunal se penche sur les faits dans le cadre d'une procédure ordinaire plutôt que leur cas soit traité dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale. Il faut donc limiter le *champ d'application* de la procédure de l'ordonnance pénale lorsque les victimes sont parties à la procédure pénale et qu'une peine d'un certain niveau entre en ligne de compte (voir le ch. 2.1.48).

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 (voir le ch. 2.1.50).

Les modifications ci-après découlent quant à elles des *critiques* exprimées par *des praticiens et des auteurs de doctrine* et de la *jurisprudence du Tribunal fédéral*.

Pour des raisons liées à l'état de droit, le ministère public devra *impérativement entendre* le prévenu avant de rendre une ordonnance pénale à partir d'un certain niveau de peine (voir le ch. 2.1.49).

On supprime le *retrait (fictif) de l'opposition* en cas d'absence non excusée d'une personne à une audition ou aux débats. On évitera ainsi une inégalité de traitement matériellement injustifiée par rapport au prévenu qui ne se présente pas lors de la procédure ordinaire et qui a néanmoins droit à un procès, le cas échéant dans le cadre d'une procédure par défaut (voir les ch. 2.1.522 s.).

Il s'agit enfin 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 al. 1^{ter}, AP-CPP; voir le ch. 2.1.51).

¹² ATF 137 IV 22

¹³ Rapport final 2015, p. 48

1.3.10 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)¹⁴.

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. 365*b* AP-CPP, voir le ch. 2.1.56).

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 (voir le ch. 2.1.55).

1.4 Appréciation de la solution retenue

Les modifications proposées ne concernent 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.

2 Commentaire des dispositions

2.1 Code de procédure pénale

2.1.1 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'art. 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

¹⁴ 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

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.

2.1.2 Art. 40, al. 1

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁵, le recours auprès du Tribunal fédéral est directement ouvert contre la décision du premier procureur ou du procureur général qui tranche un conflit de for dans un canton.

Cette possibilité est contraire au principe de la double instance fixé en matière de droit pénal à l'art. 80, al. 2, LTF. Les dérogations à ce principe surchargent le Tribunal fédéral, qui doit ainsi assumer des tâches de première instance. C'est incompatible avec sa mission essentielle de trancher des questions juridiques en dernière instance et de garantir l'application uniforme du droit en sa qualité d'autorité judiciaire suprême¹⁶.

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.

2.1.3 Art. 55 (titre) et art. 55a

Dans la pratique de l'entraide judiciaire internationale, des difficultés se posent souvent dans deux cas de figure.

- Lorsque la Suisse demande à un Etat étranger d'exécuter une mesure au titre de l'entraide judiciaire, laquelle devrait selon le droit suisse être ordonnée ou approuvée par un tribunal des mesures de contrainte, il arrive que certains de ces tribunaux se déclarent incompétents du fait que les mesures doivent être exécutées à l'étranger alors que leur champ d'action se limite à la Suisse.
- Un certain nombre de pays, notamment ceux de *common law*, exigent une décision prononcée par un tribunal suisse pour exécuter des mesures de contrainte dans le cadre de l'entraide judiciaire, alors que le ministère public est seul compétent pour les ordonner en vertu du droit suisse: ces mesures doivent en effet être ordonnées par une autorité judiciaire selon le droit de ces pays. Le cas le plus fréquent est la saisie de valeurs.

¹⁵ ATF 138 IV 214

¹⁶ Rapport explicatif 2015, ch. 2.4

La nouvelle disposition de l'art. 55a prévoit que le tribunal des mesures de contrainte est compétent dans ces deux cas. La compétence à raison du lieu est déterminée selon les règles générales.

La let. b de l'art. 55a AP-CPP rend nécessaire la modification proposée à l'art. 30 EIMP: l'OFJ constatera que l'approbation d'un tribunal est requise d'après la législation de l'Etat 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'Etat 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'Etat 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.

2.1.4 Art. 59, al. 1, phrase introductive

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 le CPP (art. 380). 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.

2.1.5 Art. 78 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 cette possibilité 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'enregistrer les auditions par des moyens techniques¹⁷. Une telle obligation 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.

¹⁷ Obligation que postule pourtant *Melunovic*, PJA 2016, pp. 596 ss

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 consigner les dépositions en substance dans un procès-verbal établi sur la base des enregistrements, à l'issue de l'audition, ce qui permet de mener des auditions plus fluides, comme cela a déjà été expliqué. On ne sait pas si la pratique va déjà dans cette direction, mais en tout état de cause, le libellé de la loi doit être modifié afin de ne pas constituer un obstacle à cette évolution.

Plutôt que d'étendre la portée de l'art. 78, 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, dont la *let. a* indique clairement que les procès-verbaux ne doivent pas être établis séance tenante, mais qu'il est possible de les rédiger à l'issue des auditions en se basant sur les enregistrements. Les procès-verbaux établis ultérieurement ne sont pas nécessairement des procès-verbaux intégraux, mais ils doivent restituer les dépositions en substance. La *let. b* reprend l'actuel al. 5^{bis} de l'art. 78, qui est donc abrogé.

2.1.6 Art. 80, al. 1, 2^e phrase [ne concerne que le texte allemand]

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

2.1.7 Art. 82, al. 1, let. b

Comme nous l'avons 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 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.

2.1.8 Art. 88, al. 4

Si une décision ne peut pas être notifiée pour des raisons particulières, elle doit être publiée dans la Feuille officielle et est réputée notifiée par la publication. Il n'est toutefois pas obligatoire de publier les ordonnances pénales, qui sont réputées notifiées même sans la publication.

La doctrine est très critique vis-à-vis de cette réglementation¹⁸, qui pose des problèmes en raison du niveau de la peine pouvant être prononcée dans la procédure de l'ordonnance pénale. Il est ainsi possible que le prévenu doive purger une peine privative de liberté de six mois sans sursis, sans avoir vu l'ordonnance pénale ni même avoir pu en prendre connaissance.

De ce fait, il est prévu d'appliquer aux ordonnances pénales ne pouvant pas être notifiées les mêmes règles que celles régissant les jugements et les autres décisions. En revanche, la disposition relative aux ordonnances de classement demeure inchangée.

2.1.9 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 jugements et les décisions leur sont notifiés en raison de cette qualité (art. 84, al. 2 et 4). Une victime qui a dénoncé une infraction peut aussi demander à être informée sur la suite donnée à sa dénonciation (art. 301, al. 2). 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 LAVI¹⁹, il est recommandé d'introduire une disposition permettant à la victime de recevoir, même sans avoir qualité de partie, le dispositif du jugement et les considérants traitant des infractions commises à son encontre.

A la différence de ce qui est proposé dans cette recommandation, cette disposition ne figure pas dans l'avant-projet à l'art. 84. Celui-ci règle la notification des jugements, alors que l'information de la victime sur le jugement et sur ses considérants est une simple communication. C'est pourquoi ce droit est introduit à l'art. 117.

2.1.10 Art. 123

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 de la personne lésée par l'infraction. Si cette idée est juste en principe, des problèmes se

¹⁸ *Brüschweiler* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., ad art. 88 n° 8; BSK StPO-Arquint, ad art. 88 n° 11; *Riklin*, StPO-Kommentar, ad art. 88 n° 3; *Bernasconi/Galliani/Marcellini*, CPP Commentario ad art. 88 n° 6; *Moreillon/Parein-Reymond*, CPP, art. 88 n° 16, 18 s.; *Daphinoff*, p. 542

¹⁹ Rapport final 2015, p. 110

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), 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 à la date de la clôture de l'instruction permet de tenir compte des intérêts légitimes des tribunaux et de la partie défenderesse sans imposer d'obligations impossibles à la partie plaignante.

2.1.11 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.

2.1.12 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), contrairement à ce que permet la procédure applicable aux mineurs²⁰. 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 ch. 2.1.50). 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}*).

2.1.13 Art. 130, let. d

Selon le droit en vigueur, l'intervention du ministère public n'implique la défense obligatoire du prévenu que si les débats ont lieu devant le tribunal de première instance ou la juridiction d'appel. Par contre, le prévenu n'est pas obligé d'avoir un défenseur si le ministère public intervient personnellement devant le tribunal des mesures de contrainte.

Selon la doctrine en revanche, il y a lieu de commettre un défenseur d'office au prévenu si celui-ci peut subir une atteinte grave à sa liberté²¹. Le Tribunal fédéral a confirmé dans un cas la nécessité d'une défense durant la procédure de détention devant le tribunal des mesures de contrainte, en arguant que le prévenu devait pouvoir se défendre efficacement vu l'enjeu important que représente la restriction de sa

²⁰ Voir l'art. 32, al. 3, PPMIn

²¹ BSK StPO-Ruckstuhl, ad art. 130 n° 13

liberté personnelle, d'autant plus que le ministère public intervient personnellement devant ce tribunal. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a rejeté un recours contre la désignation d'un avocat d'office par le tribunal des mesures de contrainte en application de l'art. 132, al. 2²².

Même si le droit en vigueur permet dans certaines circonstances de désigner un défenseur d'office durant la procédure devant le tribunal des mesures de contrainte, il est justifié de prévoir explicitement la défense obligatoire en cas d'intervention personnelle du ministère public devant ce tribunal. Pour la personne concernée, l'effet de la restriction de la liberté est la même, que la décision ait été prise par le tribunal des mesures de contrainte ou par un tribunal de première instance. Or dans ce dernier cas, la défense est toujours obligatoire lorsque le ministère public intervient devant le tribunal.

2.1.14 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 CPP²³ prévoyait encore des investigations préalables permettant au ministère public de procéder à une première audition (art. 309 P-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 débats parlementaires, mais le libellé de l'actuel art. 131, al. 2 n'a pas été adapté²⁴.

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 art. 141).

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), à condition que leur exploitation soit indispensable pour élucider des infractions graves. Si l'on suit le libellé français, elles sont exploitables uniquement si le prévenu renonce à en répéter l'administration.

La majorité des auteurs de doctrine comprend la disposition au sens du texte français²⁵, ce qui est pertinent en l'occurrence. En effet, l'exigence selon laquelle le prévenu doit renoncer à répéter l'administration des preuves n'a pas de sens dans les versions allemande et italienne: en cas d'infractions graves, les preuves administrées

²² Arrêt 1B_195/2011 du 28 juin 2011, consid. 3.3

²³ FF 2006 1057

²⁴ Pour plus de détails, *Bommer*, notwendige Verteidigung, pp. 93 et 105 ss

²⁵ *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 inexploitablees au sens de l'art. 131, al. 3»)

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.

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

2.1.15 Art. 133

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. Sous l'angle de l'harmonisation du droit de la procédure, il n'est toutefois pas satisfaisant que certains cantons introduisent des mécanismes permettant d'éviter que le choix du défenseur d'office dépende de la seule volonté du ministère public, alors que d'autres ne le font pas. En outre, la question est de savoir dans quelle mesure les solutions cantonales en place sont conformes aux dispositions du CPP.

Il est donc prévu de modifier le droit en vigueur de telle manière que ce ne soit plus la direction de la procédure qui choisisse le défenseur d'office. Il est certes envisageable de confier cette tâche au tribunal des mesures de contrainte, mais cela prolongerait la procédure visant à commettre un défenseur d'office, conduisant ainsi à des difficultés liées aux délais légaux en cas de détention.

Le Conseil fédéral propose donc de séparer le choix et la commission du défenseur. Le choix sera effectué par un organe indépendant de la direction de la procédure compétente (*al. 1*); la direction de la procédure commettra ensuite la personne choisie par voie de décision (*al. 3*). La demande d'attribution d'un défenseur d'office sera toujours remise à la direction de la procédure compétente ; celle-ci ne procédera toutefois pas elle-même au choix, mais s'adressera à l'organe chargé de la désignation. Les cantons et la Confédération devront ainsi nommer un organe indépendant (autorité ou organisation «privée» comme une association d'avocats) s'ils ne l'ont pas encore fait. Le droit fédéral établira expressément la possibilité de déléguer cette tâche à des tiers (*al. 1, 2^e phrase*). Les cantons devront prévoir dans leurs lois d'organisation qui concrètement doit assumer cette tâche. La Confédération ne saurait intervenir dans l'autonomie organisationnelle des cantons. Le législateur fédéral désignera cet organe à l'échelon de la Confédération.

Le terme «choisir» à l'al. 1 exclut toute désignation au hasard. Celle-ci serait problématique puisque certains mandats, concernant par ex. les infractions écono-

miques, 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.

2.1.16 Art. 135, al. 1, 3 et 4

Dans la majorité des cantons, l'indemnisation du défenseur d'office est inférieure à celle d'un défenseur privé aussi bien en cas de déclaration de culpabilité qu'en cas d'acquiescement ou de classement de la procédure. Cette différence se justifie dans le cas d'une déclaration de culpabilité par le fait que le défenseur d'office, à la différence d'un défenseur privé, ne court pas le risque que ses honoraires soient irrécouvrables, vu que le débiteur est l'Etat. Par contre, cette justification n'est pas pertinente en cas d'acquiescement ou de classement: le défenseur privé ne court pas le risque de ne pas pouvoir recouvrer ses honoraires, car l'indemnité est versée par l'Etat. La réglementation actuelle conduit donc dans ces cas à un traitement moins favorable du défenseur d'office si le canton concerné ne prévoit pas une indemnisation complète. Afin de lever les différences cantonales et l'inégalité de traitement entre le défenseur d'office et le défenseur privé, l'al. 1 prescrit que le défenseur d'office a droit à des honoraires correspondant à l'indemnité prévue à l'art. 429, al. 1, let. a, en cas d'acquiescement ou de classement.

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'appel²⁶. 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 biffée.

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

²⁶ ATF 139 IV 199, consid. 5.5

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 ex. 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'Etat qui le commet. Toutes ces raisons commandent qu'on biffe la let. b de l'al. 4.

2.1.17 Art. 136, al. 1^{bis}

Selon le libellé actuel, l'assistance judiciaire ne peut être accordée à la partie plaignante que pour lui permettre de faire valoir ses prétentions civiles. Pourtant, le Tribunal fédéral²⁷ a accordé l'assistance judiciaire à une victime uniquement pour lui permettre de faire aboutir sa plainte pénale. En l'occurrence, la personne lésée a porté plainte contre trois fonctionnaires de police notamment pour lésions corporelles et s'est constituée partie plaignante sur le plan pénal. Elle n'a par contre pas pu faire valoir de prétentions civiles ni donc se constituer partie sur le plan civil: elle a été renvoyée au 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 fédérale²⁸ (Cst.; 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 droits²⁹.

Cette jurisprudence doit être inscrite dans la loi par souci de clarté. Une victime indigente qui se constitue partie plaignante sur le plan pénal aura droit à l'assistance judiciaire nécessaire à l'aboutissement de sa plainte pénale.

2.1.18 Art. 141, al. 4

L'al. 4 ne mentionne expressément l'interdiction d'exploiter des preuves recueillies par effet induit que pour celles recueillies à partir des preuves au sens de l'al. 2. D'après la doctrine dominante³⁰, 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.

²⁷ Arrêt 1B_355/2012 du 12 octobre 2012

²⁸ RS 101

²⁹ Arrêt 1B_355/2012 du 12 octobre 2012, consid. 5.1 et 5.2

³⁰ BSK StPO-Gless, ad art. 141 n° 89 s., et les références citées

2.1.19 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».

2.1.20 Art. 147, al. 3 et 3^{bis}

Dans la pratique, il arrive que les procédures à l'encontre de coauteurs ou de personnes accusées de participation soient conduites séparément pour ne pas devoir leur accorder le droit de participer, considéré comme trop restrictif et comme entravant la recherche de la vérité³¹. Or ce procédé est contraire à la règle selon laquelle les infractions sont poursuivies et jugées conjointement dans les cas où il y a plusieurs coauteurs ou participation (art. 29, al. 1, let. b). Il ressort de l'arrêt du Tribunal fédéral concerné qu'on ne peut remédier à une violation du droit de participer découlant de la conduite séparée des procédures en constatant ultérieurement que cette scission était illicite³².

Le nouvel art. 147a statue des exceptions au droit de participer. Il s'agira de veiller en pratique à ce que d'autres tactiques ne soient pas mises en place pour contourner ce droit.

Le nouvel art. 147, al. 3, statue un droit pour une partie ou son conseil juridique de demander que l'administration des preuves soit répétée lorsque le droit de participer a été illicitement contourné au moyen d'une séparation des procédures.

L'al. 3^{bis} reprend l'al. 3, 2^e phrase, du texte en vigueur. La possibilité de renoncer à la répétition de l'administration des preuves se limitera aux cas visés à l'al. 3, let. a, le but étant d'empêcher qu'une scission des procédures permette d'entraver le droit de participer.

2.1.21 Art. 147a

L'art. 147 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 co-prévenu, 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 co-prévenu.

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 auditions³³. Le Tribunal fédéral a toutefois déclaré que la scission des procédures impliquant plusieurs auteurs et participants était plus que problématique³⁴.

³¹ Voir par ex. l'arrêt 1B_124/2016 du 12 août 2016

³² Concernant cette question: *Godenzi*, *forum* poenale 2017, pp. 141 ss

³³ ATF 140 IV 172, consid. 1.2.3

³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_124/2016 du 12 août 2016, consid. 4.5

La tentative d'exclure un co-prévenu de l'audition en se prévalant de l'art. 146 a essuyé un net revers de la part du Tribunal fédéral³⁵.

Par contre, le Tribunal fédéral estime que le fait de ne pas prévoir de possibilité de limiter le droit prévu à l'art. 147 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 du CPP)³⁶.

La nouvelle réglementation proposée tient compte de cette réflexion. Cela étant, il ne faut pas que les exigences posées soient trop strictes pour démontrer que la personne qui n'a pas encore été entendue pourrait adapter ses déclarations à celles de la personne qui doit être auditionnée. S'il y a lieu de craindre que le prévenu puisse adapter ses propos à ceux de la personne à entendre, il doit pouvoir être exclu de l'audition. Le risque que le prévenu ajuste ses déclarations à celles d'autres personnes persiste tant qu'il n'a pas été lui-même entendu sur les faits en cause.

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 position du ministère public dans la procédure préliminaire³⁷. 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 contrepois au fait que, dans la phase des débats, le principe de l'immédiateté des preuves est restreint (voir l'art. 343, al. 3) 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.

L'intérêt premier de pouvoir assister à une audition n'est souvent pas de connaître tout de suite le contenu des dépositions, mais de comprendre de quelle manière celles-ci ont été obtenues. Il s'agit par exemple de savoir si des reproches ou des promesses qui ne ressortiraient pas d'un procès-verbal d'audition ont été faits à la personne entendue. Pour compenser l'exclusion de l'audition, il convient aussi de rendre obligatoire l'enregistrement audiovisuel, sauf si la personne exclue y renonce.

2.1.22 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.

³⁵ ATF 139 IV 25, consid. 4.1; 140 IV 220, consid. 4.3.1

³⁶ ATF 139 IV 25, consid. 5.5.4.1

³⁷ ATF 139 IV 25, consid. 5.3

2.1.23 Art. 154, al. 4, let. d

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».

2.1.24 Art. 170

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 dénoncer³⁸.

Cette jurisprudence doit figurer dans le texte de loi et un parallèle doit être établi avec l'art. 171, al. 2, let. a.

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

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

2.1.26 Art. 210, al. 2

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.

2.1.27 Art. 221, al. 1, let. c

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 lorsqu'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 grave³⁹. Si certains auteurs de doctrine critiquent vivement cette jurisprudence, qu'ils considèrent comme une dérogation inacceptable au texte de loi⁴⁰, d'autres considèrent que cette interprétation s'impose pour des raisons de fond et de politique criminelle⁴¹.

³⁸ ATF 140 IV 177

³⁹ ATF 137 IV 13

⁴⁰ *Bommer/Kaufmann*, RJB 2015, 909 s., et les références citées

⁴¹ BSK StPO-*Forster*, ad art. 221 n° 15

La jurisprudence du Tribunal fédéral a été à l'origine de deux interventions parlementaires. Les auteurs de la motion 12.4077 (Groupe libéral-radical. Définition de la détention provisoire. Abandon de l'exigence de la récidive effectivement réalisée) demandent, 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 récidive⁴². L'auteur de l'initiative parlementaire 12.495 (Jositsch. Détention provisoire en cas de risque de récidive qualifié)⁴³ souhaite 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 infractions⁴⁴.

La modification proposée établit le risque de récidive comme motif de détention au sens de l'ancienne réglementation zurichoise. Hormis la présomption sérieuse de culpabilité, une crainte fondée que le prévenu compromette sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes ou des délits graves est nécessaire pour qu'il soit possible d'ordonner la détention provisoire. Cette crainte doit être motivée par le fait que le prévenu a déjà commis un crime ou un délit grave compromettant la sécurité d'autrui.

À la différence de la réglementation actuelle, il n'est donc plus indispensable que le prévenu ait commis auparavant plusieurs infractions du même genre. On étend ainsi la possibilité de détention en raison du risque de récidive sans pour autant la transformer en une pure mesure préventive ou de sûreté. Ce n'est d'ailleurs pas nécessaire, vu que le risque de passage à l'acte mentionné comme motif de détention à l'al. 2 permet d'arrêter une personne au motif de ses déclarations ou de son comportement⁴⁵ lorsqu'il y a lieu de craindre que la sécurité d'autrui soit menacée.

Les textes allemand et italien comprennent une erreur: dans les expressions «schwere[n] Verbrechen oder Vergehen» ou «gravi crimini o delitti», les adjectifs «schwer» ou «gravi» se réfèrent à «Verbrechen» ou «crimini». Selon le Tribunal fédéral⁴⁶, c'est la version française qui est correcte («des crimes ou des délits graves»), de sorte que le libellé correct est «durch Verbrechen oder schwere Vergehen» en allemand et «crimini o delitti gravi» en italien.

L'assouplissement des conditions auxquelles une mise en détention peut être ordonnée en cas de risque de récidive peut avoir des répercussions importantes pour la gestion des menaces à l'échelon cantonal⁴⁷.

⁴² Les deux Chambres ont accepté cette motion.

⁴³ Les commissions des affaires juridiques des deux Chambres ont approuvé cette initiative parlementaire.

⁴⁴ § 58, ch. 3, CPP-ZH

⁴⁵ Selon l'ATF 137 IV 339 s, une menace d'homicide peut découler d'une tentative d'homicide.

⁴⁶ ATF 137 IV 84

⁴⁷ Voir le Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat Feri 13.3441 du 13.06.2013: La gestion des menaces, en particulier dans le contexte de la violence domestique.

2.1.28 Art. 222, al. 2

Selon le libellé actuel de la loi, 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).

Néanmoins, dans un arrêt de principe⁴⁸, 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 du législateur. Cette qualité serait en outre pertinente au regard du principe général du double degré de juridiction, 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. 5⁴⁹.

Cette jurisprudence du Tribunal fédéral doit être considérée comme établie⁵⁰.

Une partie de la doctrine a critiqué la décision du Tribunal fédéral d'accorder la qualité pour recourir au ministère public⁵¹, alors qu'une autre l'a applaudie⁵². L'intégration de cette jurisprudence dans la loi est aussi exigée par l'initiative parlementaire 12.497 du député au Conseil des Etats Daniel Jositsch («Décisions de mise en détention. Personnes habilitées à recourir»), à laquelle le Parlement a donné suite.

Puisque le Conseil fédéral propose l'application intégrale du principe du double degré de juridiction dans le CPP, 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 ch. 2.1.30).

2.1.29 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). 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).

⁴⁸ ATF 137 IV 22

⁴⁹ ATF 137 IV 230 et 137 IV 237, arrêt du Tribunal fédéral 1B_442/2011 du 4 janvier 2012

⁵⁰ Voir par ex. les ATF 137 IV 78, 137 IV 237, 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.

⁵¹ Pour des explications détaillées, voir Oberholzer, *forumpoenale* 2012, pp. 156 ss; Goldschmid/Thommen, *forumpoenale* 2011, pp. 142 ss; Donatsch/Hiestand, RPS 2014, pp. 1 ss; Fricker/Büttiker, *Jusletter* 2012; Schmid, *Handbuch*, n° 1041.

⁵² BSK StPO-Forster, ad art. 222 n° 6; Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, *StPO Komm.*, ad art. 222 n° 8

La modification de l'*al. 5* veut laisser 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. 228a AP-CPP, ch. 2.1.30)

2.1.30 Art. 228a

Comme cela a été exposé au ch. 2.1.28, la loi doit aussi accorder la qualité pour recourir contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte au ministère public. Cette légitimation n'est pas seulement nécessaire pour la première décision de détention (art. 225 s.), mais aussi pour les décisions de prolongation de la détention (art. 227) et de libération (art. 228).

En vertu de l'art. 5, al. 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. Le but de cette disposition est d'assurer un contrôle rapide, automatique et judiciaire de la détention ordonnée⁵³.

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, al. 4, CEDH (art. 31, al. 4, Cst.)⁵⁴. 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 maximal⁵⁵.

L'art. 224, al. 2, 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).

Si l'on accorde au ministère public la qualité pour recourir contre la toute première décision d'examen de la détention, la question qui se pose est de savoir si le délai prévu par la CEDH peut être considéré comme respecté dès le moment où la personne concernée a comparu devant l'autorité ou si tel n'est le cas qu'avec la décision du tribunal des mesures de contrainte, voire de l'autorité de recours.

Ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont répondu clairement à cette question. Seule la question du délai qui court jusqu'à la comparution est abordée expressément, sans préciser si le laps de temps qui s'écoule jusqu'à la décision définitive en fait partie ou non⁵⁶. 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 jours⁵⁷. Il n'est donc guère possible d'en tirer des conclusions probantes. D'après ce qui précède, la disposition doit vraisemblablement être comprise en ce sens que le moment de la comparution physique du prévenu devant le juge détermine si le délai de la CEDH est respecté.

⁵³ *Frowein/Peukert*, EMRK, ad art. 5 n° 101

⁵⁴ *Meyer-Ladewig/Harrendorf/ König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, ad art. 5 n° 75

⁵⁵ Cour EDH, affaire 1209/84, ch. 59 et 62 (*Brogan c. Royaume-Uni*)

⁵⁶ *Frowein/Peukert*, EMRK, ad art. 5 n° 72; *Trechsel*, Human Rights, p. 512

⁵⁷ Cour EDH, affaire n° 543/03, ch. 48 à 51 (*McKay c. Royaume-Uni*)

Compte tenu des contingences temporelles prévues par le droit international et le droit constitutionnel, on propose un nouvel art. 228a définissant une procédure de recours accélérée qui s'appliquerait uniquement en cas de recours du ministère public. Cette procédure n'est pas entièrement nouvelle, puisque la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵⁸ prescrit déjà un déroulement semblable, que les cantons ont adopté dans leur pratique.

Certes, les décisions de l'autorité de recours qui font suite à une demande de prolongation de la détention ou de libération n'ont pas la même urgence que les décisions à prendre lors du premier examen de la mise en détention. Néanmoins, conformément aux prescriptions de l'art. 5, al. 4, CEDH (art. 31, al. 4, Cst.), il faut statuer à bref délai. Ce critère vaut aussi pour les éventuelles voies de droit⁵⁹.

En raison de la maxime de célérité (art. 5, al. 2), du fait qu'un tribunal a déjà prononcé la non-prolongation de la détention ou la libération du prévenu, et que ce dernier reste donc en détention pendant la procédure de recours sans titre d'arrestation valable, il paraît judicieux que la décision soit prise rapidement dans ces cas aussi. L'avant-projet propose donc une procédure de recours uniforme.

En vertu de l'al. 1, le ministère public doit annoncer le recours au tribunal des mesures de contrainte par écrit ou oralement pour mention au procès-verbal, immédiatement après la notification de la décision. En pareil cas, le prévenu demeurera en détention jusqu'à la clôture de la procédure de recours. 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), afin que celui-ci puisse aussi annoncer immédiatement le recours au tribunal des mesures de contrainte.

Un éventuel recours du ministère public empêche le tribunal des mesures de contrainte de libérer le prévenu, ce qui pose la question de la conformité avec l'art. 5, al. 3, CEDH (art. 31, al. 3, Cst.), lequel exige notamment que le tribunal qui prononce la mise en détention ait la compétence de libérer la personne concernée s'il constate que les motifs de détention ne sont pas ou plus réunis⁶⁰. Il n'est toutefois pas possible de trancher cette question faute de jurisprudence claire de la Cour EDH⁶¹.

⁵⁸ ATF 137 IV 230 ss; arrêt du Tribunal fédéral 1B_422/2011 du 4 janvier 2012

⁵⁹ BSK BV-Schürmann, ad art. 31 n° 44 ss; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, ad art. 5 n° 102 ss

⁶⁰ Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, ad art. 5 n° 78

⁶¹ 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* pouvait en décider. Cependant, dans ce cas précis, seuls trois jours s'étaient écoulés entre son arrestation et la décision de la *High Court*, soit moins que le délai de quatre jours. Cet arrêt ne permet pas de ce fait de tirer de conclusions.

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 trois heures suivant la notification de la décision.

Le tribunal des mesures de contrainte transmettra alors immédiatement, conformément à l'*al.* 3, le recours et les motifs de la décision (art. 226, al. 2, 2^e phrase) à l'autorité de recours avec le dossier.

Selon l'*al.* 4, les art. 225 et 226, al. 1 à 5, AP-CPP, s'appliquent par analogie à la procédure devant l'autorité de recours. Pour statuer, cette dernière disposera donc de 48 heures à compter de la réception de la demande.

2.1.31 Art. 230, al. 3 et 4

Selon le droit actuel, le prévenu peut en principe présenter en tout temps une demande de mise en liberté (art. 228, al. 1, en relation avec l'art. 230, al. 1).

Après la mise en accusation, cette demande doit être adressée à la direction de la procédure du tribunal de première instance (art. 230, al. 2). Une demande de mise en liberté peut aussi être déposée par le ministère public (art. 230, al. 1).

Si la direction de la procédure donne une suite favorable à la demande, elle ordonne la libération immédiate du prévenu (art. 230, al. 3).

Étant donné que la direction de la procédure doit s'assurer d'office de la légalité de la détention pour des motifs de sûreté, et ce en permanence, elle peut aussi ordonner la libération du prévenu de sa propre initiative. Elle doit cependant demander l'accord du ministère public (art. 230, al. 4).

Si la direction de la procédure du tribunal de première instance n'entend pas donner une suite favorable à la demande (art. 230, al. 3, 2^e phrase) ou si le ministère public s'oppose à la libération que la direction de la procédure veut ordonner de son propre chef, la décision de libération est renvoyée au tribunal des mesures de contrainte (art. 230, al. 4, deuxième phrase).

Lorsque la direction de la procédure du tribunal de première instance (art. 61, let. d) décide de libérer le prévenu de la détention pour des motifs de sécurité (sur demande ou de son propre chef), il est légitime de se poser la question de l'impartialité du juge, s'il est appelé à statuer ultérieurement dans le même dossier. En effet, dans le cadre de l'examen de la mise en liberté, le juge doit notamment déterminer s'il y a de forts soupçons (art. 221, al. 1); or ces mêmes soupçons seront à nouveau examinés dans la phase des débats.

En vertu de l'art. 30, al. 1, Cst., toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a notamment droit à ce que celle-ci soit portée devant un tribunal impartial. Ce droit est violé lorsque les circonstances corroborent objectivement une apparence de partialité⁶². Pour déterminer si l'examen préalable ou multiple d'une cause viole le principe de l'impartialité, il faut se demander si le membre de l'autorité judiciaire concerné, par sa participation à la prise de décisions antérieures, s'est déjà positionné sur certains points dans une mesure telle que l'issue de la pro-

⁶² BSK BV-Reich, ad art. 30 n° 24

cédure semble déjà connue. Il n'y a pas de réponse générale à cette question et il convient donc d'examiner individuellement chaque cas d'espèce⁶³.

Le Tribunal fédéral n'a certes jamais contesté l'union personnelle du juge de l'arrestation et du juge du fond⁶⁴ et l'on pourrait aussi argumenter que, dans les cas où la direction de la procédure veut libérer le prévenu avant les débats, sa partialité serait à l'avantage du prévenu. Cette argumentation ne tient cependant pas assez compte du fait que l'impartialité ne doit pas être envisagée que dans l'optique du prévenu, mais aussi dans celle de la partie plaignante ou de la victime. Elles aussi ont droit à ce que la cause pénale et leurs éventuelles prétentions civiles soient jugées par un tribunal conforme à la Constitution. Si le tribunal qui statue sur le fond libère par exemple le prévenu de la détention provisoire avant les débats, au motif qu'il n'y a plus de fort soupçon, cela pourrait éveiller le sentiment, chez la partie plaignante ou la victime, que cette décision préjudicielle préjuge déjà de la décision finale du tribunal.

Enfin, le droit en vigueur exige que les membres du tribunal des mesures de contrainte n'interviennent pas en qualité de juges du fond dans la même cause. Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral propose de modifier les *al. 3 et 4* de sorte que seul le tribunal des mesures de contrainte soit appelé à statuer sur une éventuelle libération de la détention, et ce dans tous les cas.

2.1.32 Art. 231, al. 2

Pour les motifs déjà avancés, la direction de la procédure de l'autorité de recours ne doit plus pouvoir statuer de manière autonome sur une éventuelle mise en liberté.

Selon l'*al. 2*, cette décision doit incomber à la direction de la procédure de l'autorité de recours. Il semble problématique de conférer cette compétence au tribunal des mesures de contrainte dans la mesure où celui-ci se situe normalement en dessous de la juridiction d'appel dans la hiérarchie judiciaire.

La possibilité d'instituer un motif de récusation explicite pour les cas dans lesquels la direction de la procédure de la juridiction d'appel ordonne une mise en détention pour des motifs de sûreté ou une libération (art. 233) a aussi été examinée, mais elle a été rejetée. Le motif de récusation général prévu à l'art. 56, let. b, ne peut s'appliquer, car le dispositif de l'art. 232 prévaut sur les règles de récusation en tant que *lex specialis*. Il faudrait créer une règle par analogie à l'art. 18, al. 2 («Les membres du tribunal des mesures de contrainte ne peuvent pas statuer sur le fond dans la même affaire.»). Cette solution comporterait toutefois plusieurs difficultés: en cas de mise en détention ou de décision sur une demande de mise en liberté par la direction de la procédure, il faudrait justement remplacer la personne qui connaît généralement le mieux le dossier. Si l'on introduisait aussi un motif de récusation obligatoire pour l'examen de la demande de libération, cela reviendrait, de fait, à donner au prévenu la possibilité de retarder ou même de bloquer la procédure, par exemple en déposant constamment de nouvelles demandes de mise en liberté, forçant ainsi la direction de la procédure à se récuser. Par ce biais, le prévenu pourrait même mettre hors circuit des membres du tribunal qui ne lui conviennent pas.

⁶³ BSK BV-Reich, ad art. 30 n° 25 (avec renvois à la jurisprudence du Tribunal fédéral)
⁶⁴ ATF 117 Ia 182, 138 I 425; *Bommer*, RJB 2016, pp. 278 ss

2.1.33 Art. 232, al. 1 et 2

Compte tenu de ce qui précède, les *al. 1 et 2* sont modifiés de sorte que la détention pour des motifs de sûreté pendant la procédure devant la juridiction d'appel doit être examinée par la direction de la procédure de l'autorité de recours.

2.1.34 Art. 233

À l'avenir, la direction de la procédure de l'autorité de recours devra aussi statuer sur les demandes de libération du prévenu qui sont déposées pendant la procédure devant la juridiction d'appel.

2.1.35 Art. 236, al. 1

La modification de l'al. 1 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.

2.1.36 Art. 248

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 documents⁶⁵. Cette jurisprudence est prise en compte dans l'avant-projet 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.

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 sûreté⁶⁶. L'al. 1 est donc complété par le mot «immédiatement».

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 est donc insatisfaisante vu que c'est précisément le tribunal saisi de la cause pénale qui statue sur la levée des scellés⁶⁷.

Il est donc proposé 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 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

⁶⁵ ATF 140 IV 28, consid. 4.3.4

⁶⁶ BSK StPO-Thormann/Brechbühl, ad art. 248 n°11

⁶⁷ Pour d'autres critiques, voir BSK StPO-Thormann/Brechbühl, ad art. 248 n° 30.

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.

Selon l'al. 3, la décision relative à la demande de levée des scellés doit être prise dans le mois qui suit son dépôt. Ce délai est toutefois généralement impossible à tenir dans la pratique, vu que la procédure de levée des scellés implique l'examen de dossiers volumineux ou de grandes quantités de données. Il est donc plus honnête d'y renoncer purement et simplement dans la loi.

Enfin, il s'impose de 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)⁶⁸. 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.

2.1.37 Art. 251a

L'art. 12, al. 1, de l'ordonnance du 28 mars 2007 sur le contrôle de la circulation routière⁶⁹ énumère 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 nécessaire. 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 comporte aucune disposition à ce sujet, mais il ne s'agit pas là d'une mesure intrusive.

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.

⁶⁸ Arrêt 1B_595/2011 du 21 mars 2012, consid. 5.3

⁶⁹ RS 741.013

2.1.38 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 civil (CC)⁷⁰ sont séquestrés, y compris les droits distincts et permanents, immatriculés au registre foncier, les mines et les parts de copropriété d'un immeuble.

2.1.39 Art. 268

Le CPP ne comprend pas de dispositions sur le séquestre des valeurs patrimoniales en vue de l'exécution d'une créance compensatrice. Celui-ci fait l'objet de l'art. 71, al. 3, CP, qui n'a pas été intégré dans le CPP⁷¹. L'application du droit soulève donc la question de savoir si les dispositions de l'art. 268 CPP relatives au séquestre en couverture des frais, notamment l'al. 2, s'appliquent par analogie au séquestre en vue de l'exécution d'une créance compensatrice⁷². Par souci de clarté, l'art. 71, al. 3, CP est transféré à la nouvelle let. c de l'art. 268, al. 1, CPP, et biffé du CP.

La deuxième phrase de l'art. 71, al. 3, CP dispose que le séquestre ne fonde aucun droit de préférence en faveur de l'Etat lors de l'exécution forcée de la créance compensatrice. La loi ne dit pas dans quelle mesure cette disposition s'applique aussi aux autres types de séquestre en couverture des frais. D'après le Tribunal fédéral, le séquestre en couverture des frais prévaut sur celui relevant de la législation sur la poursuite pour dettes et la faillite. L'Etat est donc privilégié en tant que créancier par rapport aux créanciers privés du prévenu⁷³.

Cette jurisprudence suscite des critiques dans la doctrine⁷⁴: le fait de privilégier l'Etat est contraire au principe selon lequel les prétentions publiques ne prévalent pas sur les créances privées, appliqué par le Tribunal fédéral en matière de dettes fiscales⁷⁵. De même, il n'y a pas de raison de privilégier certains créanciers privés par rapport à d'autres pour la seule raison que leur créance est liée à une infraction⁷⁶.

Ces critiques sont justifiées, vu que l'art. 44 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite⁷⁷ ne prescrit pas non plus que le séquestre conduit à une priorité des créances privées ou publiques ainsi garanties sur d'autres prétentions. La règle précitée statue simplement une réserve en faveur de dispositions spéciales.

C'est pourquoi un nouvel *al. 4* prévoit que le séquestre au sens de l'art. 268 ne fonde aucun droit de préférence en faveur de l'Etat ou de tiers en cas d'exécution forcée.

⁷⁰ RS 210

⁷¹ *Heimgartner* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., ad art. 263 n° 2

⁷² En faveur de cette thèse: *Cour suprême du canton de Berne*, forumpoenale 2012, pp. 290 ss.

⁷³ Divers renvois figurent dans BSK StPO-Bommer/Goldschmid, ad art. 268 n° 17.

⁷⁴ *Heimgartner* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., ad art. 268 n° 2; BSK StPO-Bommer/Goldschmid, ad art. 263 n° 54 ss, et les références citées

⁷⁵ *Heimgartner* in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., ad art. 268 n° 2

⁷⁶ BSK StPO-Bommer/Goldschmid, ad art. 263 n° 58 s.

⁷⁷ RS 281.1

2.1.40 Art. 269, al. 2, let. a

Comme la modification de la loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire⁷⁸ 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. Ces erreurs doivent être corrigées.

2.1.41 Art. 273, al. 1

L'art. 273, al. 1, 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, 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 d'une victime par exemple (notamment celles relatives au lieu), celle-ci ne répond nullement aux exigences des ch. 1 et 2, si bien que le prélèvement de ces données est impossible, en tous les cas selon le libellé de la loi⁷⁹.

Le texte révisé prévoit de ce fait la possibilité de prélever les données secondaires de tiers. A la différence de la proposition de *Forster*⁸⁰, on renoncera à ce que les communications avec des personnes ou des raccordements tiers soient déterminantes pour l'instruction, car ce critère empêcherait le prélèvement de simples données relatives au lieu, qui peuvent pourtant s'avérer très importantes pour l'élucidation d'une infraction.

2.1.42 Art. 286

Voir les remarques relatives à l'art. 269, al. 2, let. a (ch. 2.1.40).

2.1.43 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 victimes 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} allant dans ce sens.

⁷⁸ RS 732.1

⁷⁹ 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.

⁸⁰ *Forster*, in: FS-Donatsch, pp. 366 s.

2.1.44 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)⁸¹.

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.

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.

2.1.45 Art. 316, al. 1 [ne concerne que le texte français]

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.

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

La plupart des procédures se concluent par une ordonnance pénale, si bien que les victimes risquent de ne pas pouvoir se constituer parties plaignantes à temps. Il s'agit donc d'exiger du ministère public qu'il indique aux victimes quelle issue il entend donner à la procédure et qu'il leur donne un délai pour se constituer parties plaignantes. Le ministère public n'aura cette obligation que si les victimes n'ont pas renoncé expressément à un stade antérieur de la procédure à se constituer parties plaignantes.

On ne pourra pas clore immédiatement l'instruction si une victime fait usage de cette nouvelle possibilité. Il faudra lui donner l'occasion de déposer des propositions relatives aux moyens de preuves, notamment en rapport avec d'éventuelles prétentions civiles.

⁸¹ 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.

2.1.47 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 organisationnelles⁸². 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 prévienne 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)⁸³.

Le Conseil fédéral propose une répartition des compétences en fonction du moment où est prise la décision de scission.

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*).

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}*.

On complète l'*al. 2* pour préciser que ni les décisions du tribunal ni celles de la direction de la procédure concernant la scission des débats ne sont sujettes à recours.

2.1.48 Art. 352, al. 1, 1^{bis} et 3

L'évaluation de la LAVI a porté notamment sur les répercussions de la procédure de l'ordonnance pénale sur les victimes⁸⁴.

Le rapport final d'évaluation mentionne à ce sujet qu'il est nécessaire d'améliorer le statut de la victime dans la procédure de l'ordonnance pénale⁸⁵.

Le rapport recommande de vérifier s'il est possible de restreindre le champ d'application de l'ordonnance pénale⁸⁶. Il semble important, pour que les victimes puissent surmonter les infractions qu'elles ont subies, que les auteurs soient jugés dans le cadre de la procédure ordinaire et non dans le cadre de la procédure de l'ordonnance

⁸² BSK StPO-*Hauri/Venetz*, ad art. 342 n° 10

⁸³ BSK StPO-*Hauri/Venetz*, ad art. 342 n° 10; *Schmid*, Handbuch, n° 1291

⁸⁴ Rapport final 2015, pp. 44 ss

⁸⁵ Rapport final 2015, p. 48

⁸⁶ Rapport final 2015, pp. 48 et 124

pénale pour qu'elles n'aient pas l'impression qu'on expédie le traitement d'événements qui sont pour elles très graves⁸⁷.

Le Conseil fédéral arrive très bien à comprendre le besoin des victimes de faire constater l'injustice qu'elles ont subie et la violation de leur intégrité personnelle lors d'une procédure (en principe) publique menée par une autorité indépendante (du ministère public).

Selon le droit en vigueur, le ministère public peut rendre une ordonnance pénale si, durant la procédure préliminaire, le prévenu a admis les faits ou que ceux-ci sont établis et que, incluant une éventuelle révocation d'un sursis ou d'une libération conditionnelle, il estime suffisants une amende, une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, un travail d'intérêt général de 720 heures au plus ou une peine privative de liberté de six mois au plus (art. 352, al. 1, CPP).

Le Conseil fédéral propose de restreindre le champ d'application de la procédure de l'ordonnance pénale dans les cas où des victimes sont concernées, mais seulement à certaines conditions.

La restriction ne s'appliquera pas aux cas légers, mais seulement à ceux d'une certaine gravité, comme le recommande le rapport sur l'évaluation de la LAVI⁸⁸. L'al. 1^{bis} précise de ce fait que la procédure de l'ordonnance pénale n'est exclue que si la peine pécuniaire dépasse 120 jours-amende ou que la peine privative de liberté dépasse quatre mois. Cette limite correspond à celle fixée à l'art. 132, al. 3, où il s'agit de déterminer dans quels cas une affaire n'est pas de peu de gravité.

La restriction n'a par ailleurs de sens que si la victime participe à la procédure. L'avant-projet exige, à titre de condition d'exclusion de la procédure d'ordonnance pénale et de dérogation aux règles de compétence, que la victime se soit constituée partie plaignante et que la peine encourue dépasse le plafond susmentionné.

On a examiné si la procédure ordinaire pourrait ne s'appliquer qu'à la demande de la victime ou si on devait lui attribuer un droit d'y renoncer. Certaines victimes ne souhaitent pas en effet de débats publics ni d'auditions successives.

Ces possibilités ont toutefois été rejetées. La compétence des autorités pénales ne devrait pas dépendre du comportement de l'une des parties en raison du risque d'abus, même s'ils demeurent rares. La victime pourrait par exemple être tentée de ne souhaiter une procédure ordinaire que pour empêcher le prévenu de bénéficier des avantages de la procédure pénale ou pour se faire rétribuer en échange de la renonciation à une procédure ordinaire.

Les adaptations des *al. 1 et 3* découlent de la nouvelle réglementation inscrite à l'al. 1^{bis}.

2.1.49 Art. 352a

Contrairement à ce que prévoyait le projet du Conseil fédéral⁸⁹, 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

⁸⁷ Rapport final 2015, pp. 45 s.

⁸⁸ Rapport final 2015, p. 119

⁸⁹ Voir l'art. 356 P-CPP.

obligation a été biffée du projet lors des délibérations parlementaires pour ne pas menacer l'efficacité de la procédure de l'ordonnance pénale⁹⁰.

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)⁹¹. 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'auditionner⁹².

Celle-ci peut être contrée par la possibilité qu'a le prévenu de faire opposition contre l'ordonnance pénale si elle n'est pas d'accord avec cette procédure. En cas d'opposition, le ministère public doit procéder à une nouvelle administration des preuves et, en particulier, auditionner le prévenu⁹³. Les oppositions sont rares en pratique (voir ci-après le ch. 2.1.51).

Une partie de la doctrine critique à juste titre le fait que le but de l'opposition comme moyen de recours n'est pas d'exiger a posteriori le respect des droits de procédure, dont celui d'être entendu, mais de se défendre contre une ordonnance pénale inappropriée sur le plan de la faute ou de la peine. Elle déplore en outre que le prévenu, en faisant opposition, s'expose à des frais supplémentaires, voire à une peine plus lourde⁹⁴.

Un autre représentant de la doctrine souligne que l'audition est indispensable en considération du principe général d'équité de la procédure lorsque la peine prévue atteint un certain degré de gravité. L'audition permettrait selon lui en outre de s'assurer que le prévenu a conscience des conséquences de l'ordonnance pénale (voir le ch. 2.1.51)⁹⁵.

Certains cantons émettent des directives obligeant les ministères publics à auditionner le prévenu à certaines conditions avant de rendre une ordonnance pénale⁹⁶. Les critiques ont néanmoins convaincu le Conseil fédéral qui croit en la nécessité d'instaurer des règles uniformes pour toute la Suisse. Il propose à cet effet un nouvel art. 352a.

L'obligation d'auditionner ne doit pas être généralisée car elle accroîtrait démesurément la charge des ministères publics. Elle doit dépendre de la gravité de l'infraction. Le Conseil fédéral propose donc les règles ci-après, fondées sur les directives en vigueur dans certains cantons, sur les codes de procédure cantonaux qui pré-

⁹⁰ BO E 2006, 984 et 1050; BO N 2007 1024

⁹¹ *Daphinoff*, *Strafbefehlsverfahren*, pp. 343 s.

⁹² *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

⁹³ *Daphinoff*, *Strafbefehlsverfahren*, pp. 343 s.; *Thommen*, *Prozess*, pp. 80 s.

⁹⁴ *Thommen*, *Prozess*, pp. 79 s.

⁹⁵ *Schwarzenegger*, in: *Donatsch/Hansjakob/Lieber*, *StPO Komm*, ad art. 352 n° 5

⁹⁶ *Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft über das Vorverfahren (WOSTA) des Kantons Zürich*, ch. 14.1.2, consultable à l'adresse: www.staatsanwaltschaften.zh.ch > *Strafverfahren* > *Erlasse*; *Weisung 4.4 Strafbefehl der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Schwyz*, ch. 2.2, consultable à l'adresse: www.sz.ch > *Behörden* > *Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Schwyz*

voyaient des auditions obligatoires avant que le CPP entre en vigueur⁹⁷ et sur l'art. 132, al. 4, CPP.

Le prévenu sera impérativement auditionné lorsqu'une peine privative de liberté de plus de quatre mois (*let. a*), une peine pécuniaire de plus de 120 jours-amende (*let. b*) ou la révocation du sursis à une peine privative de liberté (*let. c*) sont prévisibles.

Cette obligation s'appliquera même s'il est prévu de prononcer une peine avec sursis. Dans ce cas, l'ordonnance pénale n'aura pas d'effets tangibles, si ce n'est l'inscription au casier judiciaire. L'obligation d'auditionner se justifie néanmoins aussi dans ce cas en conséquence de l'art. 44, al. 3, CP, qui dispose que le juge explique au condamné la portée et les conséquences du sursis ou du sursis partiel à l'exécution de la peine.

Lorsque les conditions liées à la peine ne sont pas réunies, le ministère public aura toute latitude pour auditionner 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.

2.1.50 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). 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 ensemble⁹⁸.

Le Conseil fédéral propose dès lors un rapprochement avec la PPMin. Il n'y a en effet aucun sens à ce que le ministère public doive renvoyer au civil une créance certes contestée par le prévenu, mais liquide.

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 la personne lésée. Le Conseil fédéral propose par conséquent de la mettre à 30 000 francs, ce qui est aussi par exemple la valeur litigieuse minimale pour les recours au civil devant le Tribunal fédéral (art. 74, al. 1, LTF). La limite est aussi de 30 000 francs lorsque les cantons restreignent la capacité du juge unique de trancher les prétentions civiles.

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*)⁹⁹ et que le montant litigieux ne dépassera pas 30 000 francs (*let. b*).

⁹⁷ Voir la compilation dans *Gilliéron, Fehrlurteilen*, pp. 114 s.

⁹⁸ BSK StPO-*Riklin*, ad art. 353 n° 6; *Thommen, Prozess*, pp. 91 s.; *Saluz, Anwaltsrevue* 2012, p. 229; Rapport final 2015, p. 49

⁹⁹ BSK JStPO-*Hebeisen*, ad art. 32 n° 12

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

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 pénale¹⁰⁰. La doctrine est unanime sur le fait que la partie plaignante 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'Etat est apte à punir¹⁰¹.

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 fédéral¹⁰².

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 ch. 2.1.50).

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.

Le Conseil fédéral propose en outre à l'al. 1^{ter} un échelonnement des délais pour former opposition, la jurisprudence et la doctrine considérant respectivement que le délai de dix jours du droit en vigueur est trop court ou limite¹⁰³.

Les oppositions aux ordonnances pénales sont relativement rares en pratique¹⁰⁴. Il ne faut pas en conclure que toutes les personnes condamnées acceptent les ordonnances dont elles font l'objet. Il se peut qu'elles ne forment pas opposition pour la simple raison qu'elles n'ont plus suffisamment de temps pour faire approfondir les faits ou évaluer les chances de gagner le procès ou encore parce qu'elles ne comprennent ni le contenu ni la portée de l'ordonnance pénale faute de connaître suffisamment la langue, de savoir lire correctement ou d'avoir les capacités intellectuelles nécessaires¹⁰⁵. Vu la quantité de procédures pénales qui se concluent par une ordonnance, l'étendue de la compétence pénale du ministère public, les conséquences possibles de l'ordonnance pénale (par ex. inscription au casier judiciaire), et le fait qu'une ordonnance pénale peut être rendue sans audition préalable de la personne concernée, sous réserve de l'art. 352a AP-CPP, une prolongation du délai prévu pour former opposition est tout à fait justifiée dans certains cas.

¹⁰⁰ BSK StPO-Riklin, ad art. 354 n° 9 ss; Thommen, Prozess, pp. 110 ss

¹⁰¹ ATF 141 IV 231, consid. 2.3 s. (et les références citées)

¹⁰² ATF 141 IV 231, consid. 2.6

¹⁰³ Daphinoff, Strafbefehlsverfahren, p. 608; Thommen/Grädel, plaidoyer 2016, p. 12

¹⁰⁴ BSK-StPO-Riklin, ad art. 354 n° 3; Thommen/Grädel, plaidoyer 2016, p. 11

¹⁰⁵ Daphinoff, Strafbefehlsverfahren, p. 608; BSK-StPO-Riklin, ad art. 354 n° 3; Albrecht, plaidoyer 2014, p. 21; Thommen/Grädel, plaidoyer 2016, p. 10; Saluz, Anwaltsrevue 2012, p. 229

Le Conseil fédéral propose de conserver un délai de dix jours pour les ordonnances pénales remises en mains propres à la personne concernée, qui permettent au ministère public de lui en expliquer le contenu et, si nécessaire, les conséquences. Une prolongation du délai ne semble pas indiquée dans ce cas.

Dans tous les autres cas où l'ordonnance pénale est notifiée par exemple par voie postale ou par avis public, le délai prévu pour former opposition sera de 20 jours pour tenir compte des problèmes esquissés plus haut.

2.1.52 Art. 355, al. 2

Selon le droit en vigueur, l'opposition est réputée retirée si l'opposant, sans excuse, fait défaut à une audition malgré une citation (art. 355, al. 2, CPP).

Une partie de la doctrine critique ce schématisme, qu'elle considère comme incompatible avec le droit à un procès équitable consacré à l'art. 6, ch. 1, CEDH et comme étant la source d'une inégalité de traitement matériellement injustifiée dans la procédure de l'ordonnance pénale. Dans la procédure ordinaire, le prévenu qui, sans excuse, ne se présente pas à une audition a droit à un jugement, le cas échéant dans le cadre d'une procédure par défaut¹⁰⁶.

Le Tribunal fédéral a relativisé ce schématisme en considérant que l'opposant retirait tacitement son opposition à une ordonnance pénale si et seulement si l'ensemble de son comportement permettait de conclure qu'il se désintéresse de la poursuite de la procédure et qu'il renonce consciemment à la protection juridique dont il bénéficie. Le retrait (fictif) de l'opposition que la loi fait découler de l'absence non excusée à une audition implique dès lors que le prévenu a conscience des conséquences de sa non-apparition et qu'il renonce à ses droits en toute connaissance des règles juridiques¹⁰⁷.

Le Conseil fédéral propose de mettre fin à l'inégalité de traitement décriée en abrogeant l'al. 2.

2.1.53 Art. 356, al. 4

Pour les mêmes raisons que celles évoquées au ch. 2.1.522, il y a lieu de renoncer au schématisme du retrait de l'opposition en cas d'absence inexcusée de l'opposant aux débats. L'al. 4 doit être abrogé.

2.1.54 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) sont applicables lorsque la personne concernée ne se présente pas.

¹⁰⁶ BSK StPO-Riklin, ad art. 355 n° 2 (et les références citées)

¹⁰⁷ Arrêt du Tribunal fédéral du 27 mai 2013, 6B_152/2013, consid. 4.5.1

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 ne contiennent pas de dispositions particulières.

2.1.55 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.

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 ultérieure¹⁰⁸.

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

L'*al. 1* dispose que l'autorité compétente pour l'introduction de la procédure tendant à rendre une décision ultérieure pourra 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, consistant pour cette autorité 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]), a été rejetée car certains cantons ont donné compétence à des tribunaux d'exécution spécialisés pour lesquels il n'est pas indiqué, pour des raisons liées à la 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). Si tel n'est pas le cas, il faut introduire la procédure tendant à rendre une décision ultérieure et faire une demande au tribunal compétent (voir l'art. 364b AP-CPP).

¹⁰⁸ 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 StJVG ZH, art. 19 LEPM JU

L'al. 1 exige de plus qu'il y ait sérieusement lieu d'attendre que l'exécution d'une sanction privative de liberté soit 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)¹⁰⁹ et qu'il risque de prendre la fuite (*let. a*, par analogie à l'art. 221, al. 1, let. a, CPP) ou de commettre une nouvelle infraction grave (*let. b*, par analogie à l'art. 221, al. 1, let. c, CPP). L'hypothèse d'une récidive ne suffira pas, pas plus que la crainte que la personne concernée ne commette des infractions légères¹¹⁰.

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 à 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.; voir les ch. 2.1.29 ss).

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.

2.1.56 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 compétence¹¹¹.

L'absence de règle expresse concernant cette forme de détention pendant la procédure ultérieure, représentant pourtant une lourde 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 une règle fondée sur la jurisprudence du Tribunal fédéral dans le CPP.

L'al. 1 dispose que la direction de la procédure du tribunal compétent pour la décision ultérieure (par analogie à 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

¹⁰⁹ Voir par ex. l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_371/2016 du 11 novembre 2016, consid. 6.3

¹¹⁰ BSK StPO-Heer, ad art. 364 n° 9; ATF 137 IV 333, consid. 2.3.1

¹¹¹ 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

pour des motifs de sûreté avant l'introduction d'une procédure ultérieure (voir l'art. 364a AP-CPP).

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 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 l'autorité de recours (par analogie avec l'art. 232 AP-CPP).

Selon l'*al.* 3, l'art. 227 sera applicable par analogie à 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 AP-CPP).

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

2.1.57 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 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)¹¹². Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les décisions judiciaires ultérieures indépendantes sont susceptibles de recours, mais on ne peut faire appel de ces décisions¹¹³. La jurisprudence cantonale est divisée¹¹⁴.

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 concernées¹¹⁵.

Ces objections sont convaincantes. On complète par conséquent l'*al.* 3 en permettant le recours contre les décisions ultérieures (quelle que soit la forme du prononcé).

2.1.58 Art. 366, al. 1 à 3

Les modifications proposées visent à simplifier la procédure par défaut.

¹¹² ATF 141 IV 396, consid. 3.6 s. (et les références citées); FF 2006 1057 1282

¹¹³ ATF 141 IV 396, consid. 3.8 et 4.7

¹¹⁴ ATF 141 IV 396, consid. 3.6 s. (et les références citées); BSK StPO-Heer ad art. 365 n° 9

¹¹⁵ ATF 141 IV 396, consid. 3.9 s. (et les références citées); BSK StPO-Heer ad art. 365 n° 10

Selon le droit en vigueur, le tribunal ne peut en principe prononcer un jugement par défaut lorsque le prévenu ne comparaît 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 procédure¹¹⁶.

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. Le tribunal aura cette possibilité 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.

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'art. 368 CPP autorise la personne condamnée par défaut à demander un nouveau jugement. Même si un jugement par défaut pourra suite à la révision être prononcé dès les premiers débats, un nouveau jugement ne doit pas être accordé de manière inconditionnelle en raison du risque d'abus. Il faudra toujours que le condamné ait fait défaut aux débats sans excuse valable (art. 368, al. 3, CPP). C'est l'Etat qui porte le fardeau de la preuve. Il doit toutefois veiller à ne pas admettre à la légère que le prévenu a fait défaut par sa faute, d'autant plus si la procédure par défaut fait l'objet d'une simplification¹¹⁷.

2.1.59 Art. 377, al. 4

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 prévu qu'on puisse former appel contre les décisions judiciaires ultérieures indépendantes (voir le ch. 1.1.1), l'*al. 4* reprendra pour des raisons de cohérence l'appel en tant que voie de recours admissible contre une décision du tribunal sur l'opposition.

2.1.60 Art. 388, al. 2, let. a à c

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

¹¹⁶ BSK StPO-Maurer, ad art. 366 n° 15; iv. pa. 13.427 Schneider-Schüttel, Code de procédure pénale. Simplification de la procédure par défaut

¹¹⁷ Summers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm, ad art. 368 n° 8; Schmid, Handbuch, n° 1411; FF 2006 1057 1285

Le nouvel *al. 2* propose 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 paraît donc peu cohérent de laisser un (éventuel) collègue se pencher sur ces recours¹¹⁸. 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.

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 raisonnable¹¹⁹.

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 demandes¹²⁰.

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'elle¹²¹.

On ne peut toutefois invoquer un comportement procédurier ou abusif que dans certains cas extrêmes ou sans ambiguïté¹²².

2.1.61 Art. 391, al. 2, 1^{re} phrase

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe «non reformatio in pejus» n'interdit pas seulement l'*aggravation* à l'occasion d'un recours de la *sanction* prononcée initialement, mais *aussi* de la *faute* attribuée à l'auteur. Le Tribunal fédéral refuse de n'appliquer ce principe qu'à la sanction¹²³. Une instance de recours ne peut

¹¹⁸ BSK StPO-Guidon, ad art. 396 n° 8

¹¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 13 février 2004, 2A.77/2004, consid. 2

¹²⁰ BSK BGG-Belser/Bacher, ad art. 108 n° 31

¹²¹ BSK BGG-Belser/Bacher, ad art. 108 n° 30

¹²² BSK BGG-Belser/Bacher, ad art. 108 n° 29

¹²³ ATF 139 IV 282; arrêts du Tribunal fédéral 6B_245/2013 du 6 février 2014 et 6B_772/2013 du 11 juin 2014

donc pas condamner la personne concernée du fait d'une infraction pour laquelle la peine encourue serait plus élevée que celle prononcée initialement ni rendre la qualification juridique plus sévère (ce qui impliquerait une sanction plus sévère) alors qu'elle maintient la sanction.

Pour corriger cela, le ministère public doit faire un appel joint, même s'il est satisfait de la sanction prononcée. L'instance de recours a alors la possibilité de prononcer une sanction plus élevée, ce que le principe «non reformatio in pejus» est justement censé empêcher.

Cette situation insatisfaisante est critiquée à juste titre par la doctrine¹²⁴. L'avant-projet précise donc l'al. 2 de manière à ce que le principe s'applique uniquement à la sanction prononcée. L'instance de recours doit pouvoir corriger sur le plan de la faute un jugement juridiquement inexact indépendamment d'un éventuel appel joint du ministère public. Il conviendra alors aussi de veiller à ce que des condamnations matériellement exactes soient inscrites au casier judiciaire, afin de garantir sa fiabilité¹²⁵.

2.1.62 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).

L'avant-projet de révision de la LTF prévoit un recours à l'échelon cantonal notamment contre les décisions du tribunal des mesures de contrainte. Il ne devrait donc plus y avoir d'exception au principe de la double instance en droit de la procédure pénale (art. 80, al. 2, AP-LTF)¹²⁶.

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

2.1.63 Art. 395, let. b

L'art. 353, al. 2, let. b, AP-CPP (voir le ch. 2.1.62) autorise le ministère public à statuer sur les prétentions civiles liquides lorsque le montant litigieux n'excède pas 30 000 francs. Pour des raisons de cohérence, le Conseil fédéral propose aussi d'adapter le montant inscrit à l'art. 395, let. b.

Il ne s'agit pas à la let. b de prétentions civiles au sens propre, mais de prétentions comparables, puisqu'il s'agit de réparation du tort moral et d'indemnités.

¹²⁴ Wohlers, forumpoenale 2014, pp. 338 s.; Oehen, forumpoenale 2014, p. 292

¹²⁵ Pour plus de détails, Wohlers, forumpoenale 2014, pp. 338; Oehen, forumpoenale 2014, pp. 291 s.

¹²⁶ Rapport explicatif 2015, ch. 2.4

2.1.64 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, AP-CPP) et contre les décisions de confiscation indépendantes (art. 377, al. 4, AP-CPP).

2.1.65 Art. 410

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 une révision peut également être demandée contre des arrêts de la juridiction d'appel¹²⁷.

2.1.66 Art. 431, titre

Le titre de l'art. 431 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.

2.1.67 Art. 440, al. 1 à 4

L'art. 440 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 peine¹²⁸. 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, *let. a* à *c*. Cela n'implique pas de changement matériel, car les cas d'urgence comprennent notamment ceux indiqués dans les dispositions mentionnées.

Pour des questions de cohérence, l'al. 2 énumère les compétences permettant de statuer sur la détention pour des motifs de sûreté, par analogie aux dispositions applicables lors des débats et de la procédure d'appel (voir l'art. 229, al. 1, CPP et

¹²⁷ Rapport de gestion 2013 du Tribunal fédéral, p. 17

¹²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1055/2015 du 18 novembre 2015, consid. 2.1

les art. 231, al. 2, et 232, al. 1, AP-CPP; ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**)

La *let. a* énonce la règle de compétence qui s'applique en cas d'ordonnance pénale et qui se trouve actuellement à la *let. b*. Il ne s'agit donc que d'une modification de nature rédactionnelle. Par contre, ce n'est plus le tribunal qui a prononcé la peine ou la mesure qui sera lui-même compétent pour ordonner la détention pour des motifs de sûreté mais, conformément à la *let. b* (anciennement *let. a*), le tribunal des mesures de contrainte du for du tribunal de première instance ou, conformément à la *let. c*, la direction de la procédure de l'autorité de recours du for de la juridiction d'appel.

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*.

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 sur la base de l'art. 440. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine, cette décision incombe toutefois, par analogie à l'*al. 2* (du droit en vigueur), au tribunal qui a ordonné la sanction¹²⁹.

Par souci de cohérence, le Conseil fédéral propose toutefois, à l'*al. 4*, que la compétence en matière de libération de la détention pour des motifs de sûreté soit réglée par analogie à la disposition de l'*al. 2* (voir également aux art. 230 ss AP-CPP). Ainsi le tribunal qui a ordonné la détention pour des motifs de sûreté sera-t-il aussi compétent pour lever cette mesure.

De cette manière, une demande de mise en liberté sera examinée par le tribunal des mesures de contrainte si la sanction a été prononcée par un tribunal de première instance (par analogie aux art. 229 et 230 AP-CPP) et par la direction de la procédure de l'autorité de recours si la décision a été prise par la juridiction d'appel (par analogie aux art. 231 ss AP-CPP). Cela permettra de garantir qu'un tribunal ayant déjà traité le même dossier n'aura pas à statuer sur la mise en liberté.

2.1.68 Art. 442, al. 4

Selon le droit en vigueur, les autorités pénales peuvent compenser les prétentions découlant des frais de procédure avec les indemnités accordées à la partie débitrice dans la même procédure pénale (art. 429, al. 1, *let. a* et *b*, CPP) et avec des valeurs séquestrées. Une *compensation* avec des *prétentions en réparation du tort moral* (art. 429, al. 1, *let. c*, CPP) est en revanche *exclue*¹³⁰ étant donné que le but de cette réparation est de remédier à l'*iniquité* que la personne concernée a par exemple subi en étant placée de manière injustifiée en détention provisoire ou en détention pour des motifs de sûreté¹³¹.

L'initiative parlementaire 13.466 (Compensation des frais de justice avec les indemnités pour tort moral allouées en raison de mesures de contrainte illicites) de la Commission des affaires juridiques du Conseil national exige que les autorités pénales puissent compenser les créances portant sur des frais de procédure avec les

¹²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1055/2015 du 18 novembre 2015, consid. 2

¹³⁰ FF 2006 1057 1318; ATF 139 IV 243, consid. 5

¹³¹ BSK StPO-Wehrenberg/Frank, ad art. 429 n° 26 ss.

indemnités accordées à la partie débitrice, y compris celles allouées pour tort moral. La commission avance des raisons d'*économie de procédure* pour motiver sa demande. Elle considère comme insatisfaisant le fait que l'Etat doive verser des indemnités à la personne condamnée pour ensuite entamer des démarches visant à recouvrer les frais de procédure mis à la charge de cette même personne. Or, si le recouvrement n'aboutit pas, ces frais sont mis à la charge du contribuable¹³². Le Conseil national a donné suite à l'initiative le 7 septembre 2015.

L'al. 4 est complété dans le sens voulu par la commission.

2.2 Droit pénal des mineurs

Art. 3, al. 2 Conditions personnelles

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 DPMin 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). Lorsqu'une mesure est nécessaire, l'autorité de jugement ordonne celle qui est prévue par le code pénal ou par le DPMin, en fonction des circonstances (art. 3, al. 2, 3^e phrase).

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). Dans les autres cas, la procédure pénale relative aux adultes est applicable (art. 3, al. 2, 5^e phrase).

La doctrine et la jurisprudence *critiquent* tout particulièrement la réglementation procédurale à l'al. 2, 4^e phrase¹³³. Elles 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. Elles arguent en outre que l'application de la procédure pénale des mineurs au cas d'une personne de plus de 18 ans limite celle-ci dans ses droits procéduraux (par ex. huis clos, art. 14 PPMin; droit de participer restreint de la partie plaignante, art. 20 PPMin)¹³⁴. Il convient de ce fait de modifier l'art. 3, al. 2.

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

¹³² Rapport de la CAJ-N, 2015; BO 2015 N 1347

¹³³ ATF 135 IV 206, consid. 5.3; BSK StGB I-Gürber/Hug/Schläfli, ad art. 3 n° 12 ss; Riedo, JSiG/JSiPO, n° 515 ss. Voir également la motion Schwaller (09.4198), «Modification de l'article 3 alinéa 2 de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs», entre-temps retirée.

¹³⁴ BSK StGB I-Gürber/Hug/Schläfli, ad art. 3 n° 17 et 20 s.

permettront à chaque autorité de n'appliquer que les règles qu'elle connaît le mieux. Le CPP et la PPMIn n'ont pas la même conception. Le CP et le DPMIn reposent sur des *principes très différents* et ne prévoient pas les mêmes *sanctions*¹³⁵.

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 militaire (RS 311.01) 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 adulte.

Art. 36, al. 1^{bis} et 2, 1^{re} phrase Prescription de l'action pénale

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, CP¹³⁶.

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 médiation¹³⁷.

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, DPMIn¹³⁸. 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 dispose, 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 à la 1^{re} phrase de l'al. 2 sont purement rédactionnelles.

Art. 38 Dispositions complémentaires du Conseil fédéral

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

¹³⁵ BSK StGB I-Gürber/Hug/Schläfli, ad art. 3 n° 20; Riedo, PJA 2010, p. 186

¹³⁶ 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)

¹³⁷ Riedo, JStG/JStPO, n° 2611; Aebersold, Jugendstrafrecht, pp. 210 s.

¹³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_646/2016 du 3 janvier 2017, consid. 1.6.3

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 à l'art. 387, al. 1, CP.

2.3 Procédure pénale applicable aux mineurs

Art. 1 *Objet*

Suite aux changements proposés à l'art. 3, al. 2, DPMIn (voir le ch. 2.2), il pourra arriver que des autorités relevant du droit pénal des adultes poursuivent et jugent des infractions commises par des mineurs. 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. 3 *For*

Conformément à l'al. 1, la poursuite des infractions 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). 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 procédure pénale applicable aux mineurs 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.»¹³⁹. Cette phrase a néanmoins été biffée du projet remanié du 22 août 2007¹⁴⁰ au motif que la compétence qu'a l'autorité du lieu de l'infraction pour effectuer les actes d'instruction urgents découle des principes généraux en matière de procédure et n'a pas besoin d'être spécialement mentionnée¹⁴¹.

En pratique, l'art. 10, al. 1, PPMIn a néanmoins entraîné des conflits de compétence 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. Il s'agit pour l'essentiel d'actes si importants qu'ils ne peuvent souffrir aucun retard, au risque de menacer l'enquête (par ex. relever des traces sur le lieu de l'infraction, ordonner des mesures de contrainte, procéder aux premières auditions du prévenu et des témoins, etc.).

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 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

¹³⁹ FF **2006** 1543 1546

¹⁴⁰ FF **2008** 2793 2796

¹⁴¹ Rapport additionnel PPMIn, p. 2774

ailleurs. Les contraventions relevant d'atteintes minimales au patrimoine d'autrui ou de la consommation de stupéfiants sont autant d'indices qu'un jeune est menacé¹⁴². Cette réglementation 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 le patrimoine d'importance mineure, voies de fait et contraventions à l'intégrité sexuelle)¹⁴³.

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 la compétence de poursuivre toutes les infractions* (al. 1).

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

Les modifications proposées à l'art. 32 sont analogues à celles qui le sont à l'art. 354, al. 1, AP-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. On se reportera au ch. 2.1.51 pour plus de détails.

2.4 Loi sur le Tribunal fédéral

Art. 80, al. 2, 3^e phrase

L'abrogation de la troisième phrase de l'art. 80, al. 2, supprime des exceptions au principe de la double instance (voir également le commentaire de l'art. 59, al. 1, AP-CPP).

2.5 Loi sur l'organisation des autorités pénales

Art. 65, al. 2

Selon le droit en vigueur, dans les affaires relevant de la juridiction fédérale, il appartient au tribunal des mesures de contrainte du canton où le Ministère public de la Confédération (MPC) a son siège, ou à celui de l'antenne où la procédure est menée, de statuer. Mais cette règle pose des difficultés lorsque le MPC conduit une procédure en italien à son siège de Berne. C'est alors le tribunal des mesures de contrainte du canton de Berne, dont les langues officielles sont l'allemand et le français, qui est compétent et qui doit traiter un dossier dont les actes de procédure sont en italien. Cette règle pose aussi problème dans les cas où l'acte d'accusation a déjà été adressé au Tribunal pénal fédéral de Bellinzone et qu'une mise en détention pour des motifs de sûreté est demandée par la suite (art. 229 CPP). Dans ce cas, c'est le tribunal des mesures de contrainte du canton du Tessin qui est compétent et qui

¹⁴² BSK JStPO-Hug/Schläfli, ad art. 10 n° 7 s.; Jositsch/Murer, RPS 2009, pp. 309 s.

¹⁴³ 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

doit statuer, le cas échéant, dans des procédures qui sont conduites en français ou en allemand.

C'est pour cette raison que l'al. 2 institue la compétence du tribunal des mesures de contrainte du canton du Tessin pour les procédures menées en italien au siège du MPC, à Berne (*let. b*). La phrase introductive indique que la compétence établie pour la procédure préliminaire est maintenue après la mise en accusation.

2.6 Loi 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 donc 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 collaborateurs des autorités qui décident de l'octroi de prestations financières, apprenant 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.

2.7 Loi sur l'entraide pénale internationale

Art. 9

A la différence de la procédure pénale suisse, pour laquelle les art. 246 à 248 CPP ont été conçus, la procédure d'entraide judiciaire ne permet normalement pas à l'autorité de poursuite pénale (étrangère) de prendre connaissance directement des preuves administrées. Ces dernières sont d'abord conservées exclusivement par l'autorité d'entraide suisse, qui ne les livre en principe à l'autorité étrangère requérante qu'après le prononcé de la décision de clôture dans la procédure d'entraide. Cette décision est notifiée à l'ayant droit, qui dispose d'un droit de recours (art. 80e ss EIMP). Dans les procédures d'entraide et de recours, l'ayant droit peut aussi faire valoir que les documents ou objets saisis ne peuvent être transmis à l'autorité de poursuite pénale étrangère pour des motifs de protection du domaine secret.

Dans ces circonstances, une mise sous scellés est inutile dans le cadre de la procédure d'entraide. En effet, au moment de la perquisition ou du séquestre, il n'y a aucun risque que l'autorité étrangère puisse apprendre des faits dont elle ne devrait pas avoir connaissance en raison d'intérêts au maintien du secret. Ce sera éventuellement dans le cadre de la procédure de recours contre la décision de clôture qu'il conviendra de déterminer quelles sont les informations dont l'autorité de poursuite pénale étrangère pourra prendre connaissance.

La mise sous scellés ne s'impose donc que dans certains cas de figure. Tout d'abord, lorsque l'autorité de poursuite pénale étrangère assiste à l'exécution des actes d'entraide (par ex. perquisition ou séquestre de moyens de preuve). Ensuite, dans certains cas, l'autorité étrangère a la possibilité de prendre connaissance des résultats des actes d'entraide (tri des pièces) *avant* que la décision de clôture ne soit prononcée. Enfin, il est aussi nécessaire de protéger les preuves au moyen d'une mise sous scellés lorsque l'autorité d'entraide judiciaire suisse mène une procédure pénale (suisse) dans la même affaire, en parallèle à la procédure d'entraide pénale internationale. C'est uniquement dans ces cas de figure que, à défaut de mise sous scellés, l'autorité de poursuite pénale requérante, qui conduit la procédure, pourrait venir à la connaissance d'un secret. Une mise sous scellés dans le cadre de la procédure d'entraide ne doit donc être possible que dans ces cas.

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'Etats – 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 AP-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 art. 30, al. 5, EIMP, qui oblige l'OFJ à informer l'autorité de poursuite pénale suisse lorsque l'Etat 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 AP-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'Etat 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.

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

Les modifications proposées dans l'avant-projet, notamment l'application systématique du principe de la «double instance» 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 *cantonales*.

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

Il est difficile d'estimer les conséquences directes de l'avant-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. Ces cas devraient néanmoins être plutôt rares. Ils se verront aussi attribuer de nouvelles tâches en matière d'entraide judiciaire internationale.
- Les règles relatives à la désignation d'un défenseur d'office et l'obligation d'entendre le prévenu pourraient rendre la procédure de l'ordonnance pénale plus complexe dans certains cas. Elles codifient toutefois 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.

4 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 2019¹⁴⁴ et dans l'arrêté fédéral du 14 juin 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019¹⁴⁵.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

5.1.1 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.

¹⁴⁴ FF 2016 981 1105

¹⁴⁵ FF 2016 1113

5.1.2 Conformité aux droits fondamentaux

Les art. 29 à 32 de la Constitution 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)¹⁴⁶. L'avant-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. L'avant-projet ne modifie en rien ces délais conformes à la Constitution. Il peut donc s'écouler un maximum de 144 heures entre l'arrestation du prévenu et son éventuelle libération par l'autorité de recours. Faute de jurisprudence univoque (voir le ch. 2.1.30), 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 AP-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 AP-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.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales

Comme l'indique le message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale¹⁴⁷, 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)¹⁴⁸ et la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH)¹⁴⁹. Ils statuent un ensemble de garanties largement concor-

¹⁴⁶ *Kiener/Kälin*, Grundrechte, pp. 485 s.

¹⁴⁷ FF 2006 1057 1368

¹⁴⁸ RS 0.103.2

¹⁴⁹ RS 0.101

dantes, qui doivent être respectées dans le cadre de la procédure pénale. A 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 légitimation du ministère public à 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 clarté¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Voir le commentaire des dispositions concernées (voir les ch. 2.1.30 et 5.1.2).

Bibliographie

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

Albrecht Peter, La justice pénale est toujours plus sécuritaire, plaidoyer 4/2014 (cit. *Albrecht*, plaidoyer).

Bernasconi Paolo / Galliani Maria / Merellini Luca et al. (éd.), Codice Svizzero di Procedura Penale (CPP), Zurich/St-Gall, 2010 (cit. *Bernasconi/Galliani/Merellini*, CPP Commentario).

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).

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).

Marc Forster, 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 04.01.2012 (cit. *Fricker/Büttiker*, Jusletter 2012).

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

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).

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).

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).

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

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

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

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*).

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).

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*).

Wohlers Wolfgang, *Urteilsbesprechung Nr. 59*, *forumpoenale* 6/2014 (cit. *Wohlers*, *forumpoenale* 2014).

Documents préparatoires

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

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 «Evaluation 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.ofj.admin.ch > Etat & Citoyen > Projets législatifs en cours > Loi sur le Tribunal fédéral (cit. rapport explicatif 2015).

