

**Par e-mail uniquement**

Département des institutions et du numérique  
Direction juridique  
Rue de l'Hôtel-de-Ville 14  
Case postale 3952  
1211 Genève 3

*À l'attention de Mme Laure LUCHETTA MYIT,  
Directrice*

Genève, le 11 septembre 2023

**Projet de loi modifiant la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP – E 4 10)**

Madame la Directrice,  
Chère Madame,

L'Ordre des avocats de Genève (**ODAGE**) vous remercie de l'avoir consulté sur le projet de loi modifiant la Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (**LaCP** ; E 4 10; le **projet de loi**).

Dans le délai aimablement prolongé à ce jour, l'ODAGE se détermine comme suit :

**I. Généralités**

L'ODAGE tient à souligner la qualité du travail effectué au sein du Département des institutions et du numérique (le **Département**) pour adapter un certain nombre de dispositions du droit genevois, en particulier de la LaCP, à la réforme du Code de procédure pénale adoptée par le parlement fédéral le 17 juin 2022, à l'interprétation de certaines dispositions de cette même loi par le Tribunal fédéral ainsi qu'à quelques autres réformes du droit fédéral.

L'ODAGE relève néanmoins que si la majorité des modifications proposées s'avère pleinement justifiée, tel ne lui semble en revanche pas être le cas s'agissant des modifications suivantes.

## II. Commentaires relatifs à des dispositions particulières

### A. Art. 3 al. 2 let. s) et t) LaCP

L'art. 3 al. 2 let. s) et t) LaCP (nouvelle teneur) prévoit que :

<sup>2</sup> // [Tribunal d'application des peines et des mesures] *est compétent pour* : [...]

- s) *restituer au lésé et remettre au tiers les objets et les valeurs patrimoniales confisqués lorsque ces mesures n'ont pas été ordonnées dans le jugement, l'ordonnance pénale ou l'ordonnance de confiscation (art. 70 al. 4 phr. 2 CP) ;*
- t) *allouer au lésé le montant de la peine pécuniaire et de l'amende, les objets et les valeurs patrimoniales confisqués ou le produit de leur réalisation, les créances compensatrices et le montant du cautionnement préventif lorsque ces mesures n'ont pas été ordonnées dans le jugement, l'ordonnance pénale ou l'ordonnance de confiscation (art. 73 al. 3 CP) ;*

Ces deux lettres demeurent inchangées par rapport à l'ancien droit. La modification de la LaCP constitue toutefois une bonne occasion de préciser la portée de ces dispositions sur deux points :

- la restitution au lésé ou l'allocation au lésé de valeurs patrimoniales confisquées ou d'une créance compensatrice peut également être ordonnée dans une ordonnance de classement (art. 320 al. 2 phr. 2 CPP en lien avec l'art. 73 al. 1 let. b ou c CP ; cf. Message CPP, FF 2006 1057, 1256) ;
- l'art. 73 al. 1 let. a CP prévoit l'allocation du « montant de la peine pécuniaire ou de l'amende payées par le condamné ».

Pour tenir compte de ce qui précède, les modifications mineures suivantes devraient être apportées à l'art. 3 al. 2 let. s) et t) LaCP :

<sup>2</sup> *Il est compétent pour* : [...]

- s) *restituer au lésé et remettre au tiers les objets et les valeurs patrimoniales confisqués lorsque ces mesures n'ont pas été ordonnées dans le jugement, l'ordonnance pénale, l'ordonnance de classement ou l'ordonnance de confiscation (art. 70 al. 4 phr. 2 CP) ;*
- t) *allouer au lésé le montant de la peine pécuniaire et de l'amende payées par le condamné, les objets et les valeurs patrimoniales confisqués ou le produit de leur réalisation, les créances compensatrices et le montant du cautionnement préventif lorsque ces mesures n'ont pas été ordonnées dans le jugement, l'ordonnance pénale, l'ordonnance de classement ou l'ordonnance de confiscation (art. 73 al. 3 CP) ; [...].*

### B. Art. 3 al. 3 let. a, d et g en lien avec art. 41 al. 3 let. b et 42 al. 1 let. b LaCP

Conformément aux art. 363 al. 3 et 439 al. 1 phr. 1 CPP, le droit cantonal est tenu de désigner les autorités compétentes et de régler la procédure s'agissant des décisions ultérieures qui, à teneur du Code pénal, ne sont pas de la compétence d'un tribunal.

Le législateur genevois a, dès lors, choisi, d'une part, de désigner le Tribunal d'application des peines et des mesures (**TAPEM** ; art. 41 al. 1 LaCP), et, d'autre part, de rendre applicable le Code de procédure pénale – notamment ses art. 363 à 365 CPP – à titre de droit cantonal supplétif (art. 41 al. 2 LaCP).

Comme le relève l'exposé des motifs du projet de loi, un alinéa 3 a été ajouté à l'art. 365 CPP afin que les décisions judiciaires ultérieures indépendantes, soit celles que le Code pénal place impérativement dans la compétence du « juge » (art. 363 à 365 CPP), puissent faire l'objet d'un appel au sens des art. 398 à 409 CPP.

Pour certaines décisions ultérieures que le Code pénal ne place pas dans la compétence du « juge », visées à l'art. 3 al. 3 LaCP, le Département propose de reformuler l'art. 41 al. 2 phr. 2 LaCP de manière à exclure le nouvel art. 365 al. 3 CPP des dispositions qui s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif.

Il en découle que seule la voie du recours est ouverte contre ces ordonnances et décisions (cf. art. 42 al. 1 let. b LaCP).

À ce propos, le Département retient que « [d]ans le domaine de l'exécution des peines et des mesures (art. 439 à 444 CPP), il n'est pas opportun de reprendre la modification précitée et d'instaurer l'appel comme unique voie de droit, permettant de contester l'ensemble des prononcés du Tribunal d'application des peines et des mesures. » (p. 15 du projet de loi).

L'ODAGE ne peut en aucun cas souscrire au raisonnement qui précède et propose, au contraire, d'instaurer l'appel comme voie de droit unique, permettant de contester l'ensemble des prononcés du Tribunal d'application des peines et des mesures, conformément au principe prévu par le droit fédéral (art. 365 al. 3 CPP) et ce, dans le souci de garantir aux mieux les droits fondamentaux des personnes condamnées, impactées par l'ensemble des prononcés visés dans le projet de loi (art. 3 al. 2 et 3 LaCP). En ce sens, l'ODAGE propose d'inclure les cas visés à l'art. 3 al. 3 LaCP parmi ceux de l'art. 3 al. 2 LaCP ainsi que de supprimer les art. 41 al. 3 let. b et 42 al. 1 let. b LaCP.

Cela étant et si le principe de l'instauration de l'appel comme voie de droit unique et générale ne devait pas être retenu, l'ODAGE souhaiterait, à titre subsidiaire et *a minima*, que le projet de loi soit modifié afin que les décisions relatives à la libération conditionnelle (lettres a, d et g de l'art. 3 al. 3 LaCP), soit celles qui déterminent concrètement le sort des personnes condamnées, puissent être contestées par la voie de l'appel.

Bien que le Code pénal soumette ces décisions à l'« *autorité compétente* », la décision essentielle rendue en matière d'exécution des mesures et des peines est bien celle de la libération conditionnelle car elle représente souvent le moment à partir duquel la personne condamnée cesse d'être privée de sa liberté.

À titre d'exemple, lorsque la phase de libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle s'est déroulée positivement, la décision prononçant la levée de la mesure (cf. art. 3 al. 2 let. e *ab initio* LaCP) n'est souvent qu'une simple formalité en pratique, ne nécessitant parfois même pas l'audition préalable de la personne condamnée. Partant, c'est bien la décision de libération conditionnelle (art. 3 al. 3 let. a *ab initio* LaCP) qui est centrale en tant qu'elle détermine si la personne condamnée sera remise en liberté ou non.

Compte tenu de cet enjeu fondamental, l'ODAGE propose donc de soumettre les décisions relatives à la libération conditionnelle à la voie de l'appel et non à celle du recours aux fins de garantir aux personnes condamnées la possibilité de comparaître en personne devant les juges qui rendent la décision concernée, lors d'une procédure orale (art. 405 CPP). Les enjeux humains de telles procédures sont en effet si grands que la possibilité pour le condamné d'être entendu oralement à tous les stades de la procédure cantonale apparaît nécessaire.

Il doit encore être rappelé que dans le cadre d'une procédure d'appel la forme écrite peut, à certaines conditions, être appliquée (art. 406 CPP), ce qui permettrait selon les circonstances de procéder par écrit, étant relevé que la possibilité inverse, soit de soumettre une procédure de recours à la forme orale n'existe pas (art. 396 al. 1 et 397 al. 1 CPP).

Enfin, l'ODAGE relève que dans le canton de Genève, jusqu'en décembre 2016, la voie de l'appel était empruntée pour contester toutes les décisions du TAPEM, y compris celles concernant la libération conditionnelle, ce qui ne soulevait aucune difficulté pratique. À la suite d'un arrêt du Tribunal fédéral imposant la voie du recours *stricto sensu* pour contester les ordonnances/décisions de la compétence d'un juge soumis aux art. 363 ss CPP (ATF 141 IV 396), le législateur genevois a décidé de modifier la LaCP et de soumettre également la contestations des décisions ultérieures qui, à teneur du Code pénal, ne sont pas de la compétence d'un tribunal à la procédure de recours au sens strict, et non plus à la procédure d'appel (CPR GE, 23.05.2017, ACPR/340/2017, c. 1.1 [premier arrêt appliquant le nouveau droit] ; CPAR GE, 19.12.2016, AARP/520/2016, c. 1.1 [dernier arrêt appliquant l'ancien droit]). La modification, en janvier 2017, de la pratique genevoise n'a ainsi été dictée que par des considérations formelles et ne faisait aucunement écho à des problèmes rencontrés dans l'application de la procédure d'appel.

En définitive et compte tenu de ce qui précède, l'ODAGE propose de modifier le projet de loi en supprimant les cas visés aux lettres a, d et g de l'art. 3 al. 3 LaCP et en les insérant dans la liste de l'art. 3 al. 2 LaCP.

### C. Art. 1 al. 1 let. b LPG

L'art. 1 al. 1 let. b de la Loi pénale genevoise (**LPG** ; E 4 05 ; nouvelle teneur) est formulé comme suit :

*<sup>1</sup> Sauf prescription contraire de la loi, les dispositions suivantes s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif aux infractions prévues par la législation genevoise : [...]*

- b) les articles 1 à 37 de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 20 juin 2003,*  
*1° hormis l'article 1, alinéa 2, lettres m et n ;*  
*2° ainsi que les articles 372 à 379, 381 à 383, 388, alinéas 1 et 2, 389 et 390 du code pénal suisse, du 21 décembre 1937.*

Cette disposition rend diverses dispositions de la Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (**DPMIn** ; RS 311.1) applicables à titre de droit cantonal supplétif aux infractions prévues par la législation genevoise.

Le DPMIn prévoit que les dispositions du Code pénal listées à l'art. 1 al. 2 DPMIn s'appliquent par analogie. La lettre n. de cet alinéa prévoit l'application des articles du Code pénal suivants : « *n. art. 333 à 392 (Livre 3: Entrée en vigueur et application du code pénal), à l'exception des art. 380 (Frais), 387, al. 1, let. d, et 2 (Dispositions complémentaires du Conseil fédéral) et 388, al. 3 (Exécution des jugements antérieurs);* ».

L'ODAGE comprend du projet de loi que la volonté du Département consiste à appliquer, au droit pénal des mineurs, les art. 1 à 37 DPMIn, à l'exclusion de l'art. 1 al. 2 let. m et n DPMIn, ainsi que les art. 372 à 379, 381 à 383, 388, alinéas 1 et 2, 389 et 390 CP.

Or, la formulation construite autour de la préposition « *hormis* » et de la conjonction « *ainsi que* » rend le texte légal difficilement lisible.

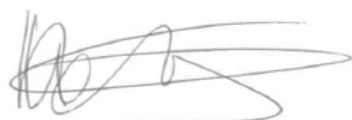
Pour plus de clarté, l'ODAGE propose de modifier l'art. 1 al. 1 let. b LPG (nouvelle teneur) comme suit :

*<sup>1</sup> Sauf prescription contraire de la loi, les dispositions suivantes s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif aux infractions prévues par la législation genevoise : [...]*

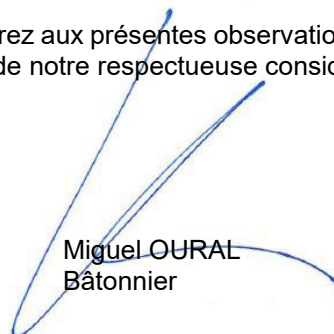
- b) les articles 1 à 37 de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, du 20 juin 2003,*  
*~~1° hormis à l'exclusion de l'article 1, alinéa 2, lettres m et n;~~ complétés par les*  
*~~2° ainsi que les articles 372 à 379, 381 à 383, 388, alinéas 1 et 2, 389 et 390 du code pénal suisse, du 21 décembre 1937.~~*



Nous vous remercions par avance de l'accueil que vous réserverez aux présentes observations et vous prions de croire, Madame la Directrice, chère Madame, à l'assurance de notre respectueuse considération.



Karim RAHO  
Président de la Commission de  
droit pénal



Miguel OURAL  
Bâtonnier