

00.000

**Erläuternder Bericht
zur Änderung des Strafgesetzbuches und des
Militärstrafgesetzes (Änderungen des Sanktionenrechts)**

Übersicht

Aufgrund der anhaltenden Kritik vor allem aus der Praxis sollen zum Einen an der Geldstrafe Änderungen vorgenommen werden: Diese soll nur noch unbedingt und nur noch bis zu 180 statt wie bisher zu 360 Tagessätzen ausgesprochen werden können. Zum Andern sollen auch kurze Freiheitsstrafen wieder möglich sein; der Vorrang der Geldstrafe anstelle sog. kurzer Freiheitsstrafen von bis zu sechs Monaten soll aufgegeben werden.

Am 13. Dezember 2002 haben die Eidgenössischen Räte die Änderung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (AT-StGB) verabschiedet¹, am 24. März 2006 die entsprechenden Parallelbestimmungen im Militärstrafgesetz. Noch vor ihrem Inkrafttreten wurde diese Revisionen erneuten Änderungen unterzogen: Neben Anpassungen beim Straf- und Massnahmensystem im StGB und MStG wurden im bürgerlichen Strafrecht auch Änderungen im Bereich der Verwahrung, vorgenommen². Beim Straf- und Massnahmensystem erfolgte die Ergänzung von Artikel 42 StGB bzw. Artikel 36 MStG je um einen Absatz 4, welcher die Verbindung einer bedingten Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder einer Busse zulässt. Diese Möglichkeit wollte der vor allem von Seiten der Strafverfolgungspraxis geäußerten Kritik Rechnung tragen, wonach der revidierte AT-StGB die Aussprechung gerechter Sanktionen im Grenzbereich zwischen Übertretungen und Vergehen erschwere. Am 1. Januar 2007 traten die in den beschriebenen zwei Schritten geänderten Allgemeinen Teile des StGB und des MStG in Kraft.

Die Kritik am neuen Straf- und Massnahmensystem verstummte damit aber nicht, sondern manifestierte sich in verschiedenen parlamentarischen Vorstößen. Kritik erfuhr das neue Sanktionensystem auch aus der Praxis.

Die Hauptkritik richtet sich gegen die bedingte Geldstrafe und die bedingte gemeinnützige Arbeit, die beide als Strafen ohne das nötige Abschreckungspotenzial beurteilt werden. Bei der Geldstrafe wird sodann die gesetzliche Festlegung eines Mindesttagessatzes gefordert; die gemeinnützige Arbeit solle wieder als Vollzugsform und nicht als eigenständige Sanktion konzipiert werden.

Mit der erneuten Revision soll diesen Einwänden Rechnung getragen werden. Generell will die Revision die Geldstrafe zurückdrängen; sie will deren Vorrang gegenüber der Freiheitsstrafe sowie die Möglichkeit des bedingten Vollzugs von Geldstrafen abschaffen.

Dies führt dazu, dass wieder vermehrt kurze unbedingte Freiheitsstrafen ausgesprochen werden können und vollzogen werden müssen. Deshalb soll der Einsatz technischer Geräte und deren feste Verbindung mit der verurteilten Person (sog. Electronic Monitoring) als Vollzugsform gesetzlich vorgesehen werden; zudem soll auch der Vollzug in Form der gemeinnützigen Arbeit möglich werden. Diese ist nach geltendem Recht noch als eigenständige Strafe ausgestaltet, hat sich aber in dieser Form nicht bewährt und soll deshalb zu einer reinen Vollzugsform werden.

Die Revision sieht sodann die Wiedereinführung der strafrechtlichen Landesverweisung vor. Dieses Instrument ermöglicht es, dass über das

¹ BBl 2002 8240

² BBl 2005 4689

aufenthaltsrechtliche Schicksal verurteilter Personen bereits im Zeitpunkt ihrer (bedingten) Entlassung definitiv entschieden ist.

Wie bei der Revision von 2002 und Änderungen von 2005 sollen auch jetzt die Bestimmungen des StGB und des MStG parallel geändert werden.

Im Jugendstrafgesetz schliesslich wird Forderungen aus der Jugendstrafrechtspraxis entsprechend die Altersobergrenze für die Beendigung angeordneter Massnahmen von 22 auf 25 Jahre angehoben.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	2
1 Grundzüge der Vorlage	5
1.1 Ausgangslage	5
1.1.1 Die Revisionen des StGB von 2002 und 2006	5
1.1.2 Parlamentarische Vorstösse	5
1.1.3 Kritik aus der Strafrechtspraxis und den Kantonen	6
1.2 Die vorgeschlagenen Änderungen im Überblick	7
2 Die Änderungen im Einzelnen	8
2.1.1 Bei der Geldstrafe (Art. 34 Abs. 1 und 2, 43 StGB, Art. 28 Abs. 1 und 2, 37 MStG)	8
2.1.2 Bei der Freiheitsstrafe (Art. 40, 41 und 46 Abs. 1 dritter Satz StGB, Artikel 34, 34a und 40 Abs. 1 dritter Satz MStG)	9
2.1.3 Beim bedingten Vollzug (Art. 42 StGB, Art. 36 MStG)	10
2.1.4 Beim teilbedingten Vollzug (Art. 43 StGB und Art. 37 MStG)	11
2.1.5 Bei der gemeinnützigen Arbeit (Art. 36 Abs. 3 Bst. c und Abs. 4, Art. 37, 38, 39 und 79a StGB, Art. 30 Abs. 3 Bst. c und Abs. 4, Art. 31, 32, 33 MStG)	12
2.1.6 Die Landesverweisung (Art. 67c <i>neu</i> StGB, Art. 50a ^{ter} <i>neu</i> MStG)	12
2.1.7 Bei der Halbgefangenschaft und beim tageweisen Vollzug (Art. 77b und 79 StGB)	13
2.1.8 Beim elektronisch überwachten Vollzug ausserhalb der Vollzugsanstalt (sog. Electronic Monitoring; Art. 79b StGB)	14
2.1.9 Zu den Änderungen bisherigen Rechts	14
3 Finanzielle und personelle Auswirkungen	15
3.1 Auswirkungen auf den Bund	15
3.2 Auswirkungen auf die Kantone	15
4 Verhältnis zur Legislaturplanung	15
5 Rechtliche Aspekte	15
5.1 Verfassungsmässigkeit	15
5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	15

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Die Revisionen des StGB von 2002 und 2006

Am 13. Dezember 2002 haben die Eidgenössischen Räte die Änderung des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (AT-StGB) verabschiedet³. Noch vor ihrem Inkrafttreten wurde diese Revision erneuten Änderungen unterzogen: zum Einen im Bereich der Verwahrung, zum Andern beim Straf- und Massnahmensystem⁴. Hier erfolgte die Ergänzung von Artikel 42 StGB um einen Absatz 4, welcher die Verbindung einer bedingten Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder einer Busse zulässt. Diese Möglichkeit wollte der vor allem von Seiten der Strafverfolgungspraxis geäusserten Kritik Rechnung tragen, wonach der revidierte AT-StGB die Aussprechung gerechter Sanktionen im Grenzbereich zwischen Übertretungen und Vergehen erschwere. Am 1. Januar 2007 trat der in den beschriebenen zwei Schritten geänderte AT-StGB in Kraft.⁵

1.1.2 Parlamentarische Vorstösse

Die Kritik am neuen Straf- und Massnahmensystem verstummte damit aber nicht, sondern manifestierte sich in verschiedenen parlamentarischen Vorstössen, von denen der Nationalrat im Sommer 2009 in einer Sondersession die folgenden angenommen hat⁶:

- 09.3233 Motion Bättig vom 19. März 2009. Abschaffung der bedingten gemeinnützigen Arbeit;
- 09.3300 Motion Stamm vom 20. März 2009. Wiedereinführung von Freiheitsstrafen unter sechs Monaten;
- 09.3313 Motion Stamm vom 20. März 2009. Abschaffung der Freiwilligkeit bei der gemeinnützigen Arbeit;
- 09.3427 Motion Rickli vom 30. April 2009. Verlängerung der Widerrufsfrist bei Nichtbewährung;
- 09.3428 Motion Rickli vom 30. April 2009. Abschaffung des teilbedingten Strafvollzugs für Strafen über 2 Jahre;
- 09.3444 Motion Häberli-Koller vom 30. April 2009. Fehlende Wirkung bedingter Geldstrafen;
- 09.3445 Motion Hochreutener vom 30. April 2009. Verstärkte Berücksichtigung der Sicherheit potentieller Opfer im Strafrecht;
- 09.3450 Motion Amherd vom 30. April 2009. Wiedereinführung kurzer Haftstrafen.

Demgegenüber hat der Ständerat am 10. Dezember 2009 die Motion 09.3300 (Motion Stamm vom 20. März 2009. Wiedereinführung von Freiheitsstrafen unter sechs Monaten) abgelehnt und die andern vom Nationalrat angenommenen

³ BBl **2002** 8240

⁴ BBl **2005** 4689

⁵ AS **2006** 3459

⁶ AB **2009** N 987

Motionen in Prüfungsaufträge umgewandelt.⁷ Der Nationalrat ist dem Ständerat am 3. März 2010 gefolgt⁸.

Im Bereich des Jugendstrafrechts hat der Nationalrat im Sommer 2009 die Motion 08.3797 (Motion Galladé Chantal vom 11. Dezember 2008. Erhöhung des Massnahmenalters bei jugendlichen Straftätern) angenommen, welche eine Erhöhung des Massnahmenalters von 22 auf 25 Jahre verlangt. Der Ständerat hat diesen Vorstoss noch nicht behandelt.

1.1.3 Kritik aus der Strafrechtspraxis und den Kantonen

Kritik erfuhr das neue Sanktionensystem auch aus der Praxis, wobei sich vor allem die Strafverfolgungspraxis und weniger die Gerichtspraxis zu Wort meldete.⁹ Diese vor allem in den Medien geäusserte Kritik veranlasste das Bundesamt für Justiz (BJ), verschiedene Fachpersonen aus der Strafrechtspraxis Ende 2008 anzuhören. Die eingeladenen Personen aus der Strafverfolgungs- und Strafgerichtspraxis sowie dem Strafvollzug kritisierten zwar zahlreiche Bestimmungen, waren jedoch der Auffassung, eine Revision sei nicht dringend. Zudem sollten Änderungen am neuen Sanktionensystem nicht isoliert und nicht ohne eine sorgfältige Evaluation vorgenommen werden.

Im März 2009 befragte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) mit einem Fragebogen zu ihren Erfahrungen mit dem neuen Sanktionensystem und ersuchte um Stellungnahme zu konkreten Änderungsvorschlägen.

In den Antworten richtete sich die Hauptkritik der Kantone gegen die bedingte Geldstrafe und die bedingte gemeinnützige Arbeit: Diese beiden Sanktionen erhielten sowohl hinsichtlich ihrer präventiven Wirksamkeit als auch hinsichtlich ihrer Funktion als schuldangemessener Tatausgleich eine schlechte Beurteilung. Bei der Geldstrafe wurde sodann die gesetzliche Festlegung eines Mindesttagessatzes gefordert; bei der gemeinnützigen Arbeit erachtete die Mehrheit der Befragten die frühere Regelung als besser, wonach die gemeinnützige Arbeit eine Vollzugsform und nicht eine eigenständige Sanktion war. Gefordert wurden überdies die Wiedereinführung der bedingten Freiheitsstrafe und die Möglichkeit der freien Wahl zwischen kurzer Freiheitsstrafe und Geldstrafe. Sodann verlangten fünf Kantone¹⁰ die Beschränkung der Tagessätze auf 180. Sechs Kantone¹¹ verlangten die bundesrechtliche Regelung des elektronisch überwachten Vollzugs (sog. Electronic Monitoring) als Vollzugsform und Vollzugsstufe. Mit Bezug auf die strafrechtliche Landesverweisung war die grosse Mehrheit der Kantone dagegen der Ansicht, der Wegfall dieser Massnahme aus dem Strafgesetzbuch habe keine Lücke hinterlassen, die wieder gefüllt werden müsste.

⁷ AB 2009 S 1304

⁸ AB 2010 N 128

⁹ Dass die Meinung in den Reihen der Strafverfolgung keineswegs einhellig ist, belegt indes die Aussage der Staatsanwältin Obwalden, welche die neuesten Revisionsbestrebungen als „sachfremd und widersinnig“ beurteilt (*Esther Omlin*, Die Geldstrafe - Noch kaum einheitlich praktiziert und schon wieder geändert?, *forumpoenale*, 2009, 300). Daneben gibt es Stimmen aus der Praxis, die sich besorgt über die Kadenz von Revisionen äussern und eine Rückkehr zur Beständigkeit des Rechts wünschen (*Marc Pellet*, *Noli me tangere*, *forumpoenale*, 2010, 109).

¹⁰ AG, BE, SZ, TG, VD

¹¹ BS, BL, GE, SO, VD

Auch die Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz (KSBS) gelangte im Mai 2009 mit Änderungsvorschlägen für den AT-StGB an das EJPD.¹² Grundsätzlich vertrat die KSBS die Meinung, der AT-StGB solle nicht vorschnell revidiert, sondern seine Bewährung erst nach einlässlicher Auswertung, d.h. nach mehreren Jahren, beurteilt werden. Dennoch machte die KSBS einzelne Vorschläge: So verlangte sie bei der Geldstrafe die Abschaffung des bedingten Vollzugs, die Beschränkung auf 180 Tagessätze und die Festlegung eines Mindestbetrags. Als Folge eines Verzichts auf die Möglichkeit des bedingten Vollzugs der Geldstrafe stellt die KSBS „das Hilfskonstrukt der Verbindungsstrafe gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB“ zur Diskussion.

1.2 Die vorgeschlagenen Änderungen im Überblick

Bestand das Hauptziel der Revision von 2002 noch darin, die kurze Freiheitsstrafe zurückzudrängen und sie durch andere Sanktionen, namentlich der Geldstrafe, zu substituieren, so soll der dargestellten Kritik nunmehr mit einer Einschränkung der Geldstrafe - und damit einer (Wieder-)Ausdehnung der Freiheitsstrafe - Rechnung getragen werden. Grob wird folgendes „System“ vorgeschlagen:

- Die Freiheitsstrafe ist - bedingt und unbedingt - wieder ab drei Tagen bis zu 20 Jahren möglich.
- Eine voll- und teilbedingte Geldstrafe wird ausgeschlossen.
- Der teilbedingte Vollzug ist nur für Freiheitsstrafen von bis zu zwei Jahren möglich.
- Die Höchstzahl der Tagessätze bei der Geldstrafe beträgt 180.
- Das Gesetz schreibt neu einen Mindesttagessatz von 30 Franken vor.
- Im Bereich von bis zu 180 Tagen besteht kein Vorrang der Geldstrafe mehr.
- Die gemeinnützige Arbeit ist keine eigenständige Sanktion mehr, sondern wird zur Vollzugsform. Sie ist ausgeschlossen bei Übertretungen.
- Electronic Monitoring wird als Vollzugsform für Freiheitsstrafen von bis zu 180 Tagen und als Vollzugsstufe am Ende langer Freiheitsstrafen eingeführt.
- Bei Bussen wird ein Umrechnungssatz von 100 Franken auf einen Tag Ersatzfreiheitsstrafe eingeführt.
- Die Landesverweisung wird wieder eingeführt, wobei keine Möglichkeit des probeweisen Aufschubs bestehen soll.

Wie bei der Revision von 2002 und den Änderungen von 2005 sollen auch jetzt die Bestimmungen des StGB und des MStG parallel geändert werden.

Im Jugendstrafgesetz soll die Altersobergrenze für Massnahmen von derzeit 22 auf 25 Jahre angehoben werden.

¹² Die Eingabe ist abrufbar unter: http://www.ksbs-caps.ch/docs_aktu/brf_aenderungsvorschl_at_stgb.pdf.

2 Die Änderungen im Einzelnen

2.1.1 Bei der Geldstrafe (Art. 34 Abs. 1 und 2, 43 StGB, Art. 28 Abs. 1 und 2, 37 MStG)

Mit dem Inkrafttreten des revidierten AT-StGB wurde die Geldstrafe zur häufigsten Strafe. Im Jahre 2008 machte sie 85.7% aller Strafen aus; sie wurde zudem in 86.7% der Fälle als bedingte Sanktion ausgesprochen. Dies gründet darin, dass der Vollzug auch von Geldstrafen gemäss Artikel 42 Absatz 1 StGB bzw. Artikel 36 Absatz 1 MStG „in der Regel“ aufzuschieben ist. Diese Gleichstellung von Freiheitsstrafe und Geldstrafe bezüglich des bedingten Vollzugs erscheint in der Sache jedoch fragwürdig, denn nur die Zurückdrängung des Vollzugs von Freiheitsstrafen, nicht aber jener der Geldstrafe oder von gemeinnütziger Arbeit war Ziel der Revision des AT-StGB¹³.

In der Lehre wird als Korrektiv denn auch vorgeschlagen, unterschiedliche Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzugs für Freiheitsstrafen einerseits und Geldstrafe sowie gemeinnützige Arbeit andererseits zu statuieren¹⁴.

Der Nachteil einer solchen Regelung liegt jedoch darin, dass die Voraussetzungen, unter denen eine Geldstrafe bedingt ausgesprochen werden könnte, kaum mit der wünschbaren Bestimmtheit festgelegt werden können¹⁵. Es würde im Wesentlichen dem Belieben der Praxis obliegen, ob sie eine Geldstrafe bedingt aussprechen wollte. Deshalb schlägt der Bundesrat vor, bei der Geldstrafe auf die Möglichkeit des bedingten Vollzugs überhaupt zu verzichten. Dies bedarf einer Änderung von Artikel 42 Absatz 1 StGB und Artikel 36 Absatz 1 MStG, der nunmehr die Möglichkeit des bedingten Vollzugs auf die Freiheitsstrafe beschränkt. Die Änderungen der Artikel 42 StGB bzw. Artikel 36 MStG sind Folgen des Wegfalls der bedingten Geldstrafe.

Ebenfalls soll auf die Möglichkeit des teilbedingten Vollzugs einer Geldstrafe verzichtet werden, weshalb Artikel 43 StGB bzw. Artikel 37 MStG zu ändern sind. Zwar liesse sich der teilbedingte Vollzug der Geldstrafe nicht wie bisher als Verschärfung des Regelfalls des bedingten Vollzugs sehen, sondern als mildere Form des Normalfalls der unbedingten Geldstrafe. Dementsprechend müsste der unbedingte Vollzug nicht erforderlich erscheinen, um bestimmte Ziele der Spezial- und der Generalprävention zu erreichen. Dem steht jedoch entgegen, dass die Beurteilung, ob generalpräventive Gründe einem teilbedingten Vollzug entgegenstehen, „angesichts völliger Ungewissheit über Erfordernisse wirksamer Generalprävention“¹⁶ kaum verlässlich wird vorgenommen werden können. Damit würde es letztlich allein vom Willen des Gerichts abhängen, ob eine Geldstrafe teilbedingt ausgesprochen würde.

Ein zentrales Anliegen der Revision des AT-StGB war der Ersatz von kurzen Freiheitsstrafen durch andere Sanktionen. Dabei wurden als kurze Freiheitsstrafen

¹³ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, BBl 1999 1985, 2032 (im Folgenden: Botschaft).

¹⁴ Günter Stratenwerth, Immer noch: Die Strafen im Bagatellbereich nach neuem Recht, *forumpoenale*, 2009, 231 (Strafen).

¹⁵ Dies räumt auch Stratenwerth (Strafen, 231) ein.

¹⁶ Stratenwerth, Strafen, 231 Fn. 10.

solche von einer Dauer unter sechs Monaten verstanden¹⁷; dennoch sieht das geltende Recht eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen vor. Weil die Geldstrafe kurze Freiheitsstrafen ersetzen soll, ist eine Begrenzung der Geldstrafe auf 180 Tagessätze angezeigt. Das führt zur beabsichtigten stärkeren Gewichtung der Freiheitsstrafe. Deshalb sind die Artikel 34 Absatz 1 StGB bzw. Artikel 28 Absatz 1 MStG entsprechend zu ändern.

Das geltende Recht schreibt keine Mindesthöhe des Tagessatzes vor¹⁸, sondern legt nur den Maximalbetrag auf 3'000 Franken fest. In den parlamentarischen Beratungen vermochten sich Anträge auf Festsetzung einer Mindesthöhe nicht durchzusetzen. Hingegen empfiehlt die KSBS für den Regelfall einen Mindesttagessatz von 30 Franken¹⁹. Nachdem sich das Bundesgericht zunächst noch gegen einen Mindesttagessatz ausgesprochen hatte²⁰, präzisierte es später seine Rechtsprechung und hielt fest, eine Geldstrafe sei nicht bloss symbolisch, wenn der Tagessatz für mittellose Täter wenigstens 10 Franken betrage²¹.

Nach Auffassung des Bundesrates ist ein gesetzlicher Mindesttagessatz vorzusehen, wobei die Höhe 30 Franken betragen soll. Dies zum einen, weil sich die maximale Höhe der Geldstrafe wegen der neuen Begrenzung auf 180 Tagessätze reduziert und sich daher die wirtschaftlichen Verhältnisse durch entsprechende Zahlungsmodalitäten (Art. 35 Abs. 1 StGB bzw. Art. 29 Abs. 1 MStG) auch bei einem Mindesttagessatz von 30 Franken hinreichend berücksichtigen lassen. Zudem haben Berechnungen von Praktikern gezeigt, dass ein Tagessatz von 30 Franken auch bei finanziell schwachen Verurteilten im Regelfall angemessen ist²², jedenfalls soweit es nach geltendem Recht um eine niedrige bis mittlere Anzahl Tagessätze geht²³. Nach künftigem Recht wird dies umso mehr gelten, weil die Höchstzahl der Tagessätze von heute 360 auf 180 reduziert wird.

2.1.2 Bei der Freiheitsstrafe (Art. 40, 41 und 46 Abs. 1 dritter Satz StGB, Artikel 34, 34a und 40 Abs. 1 dritter Satz MStG)

Die Revision von 2002 hat Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten Dauer durch Geldstrafen und gemeinnützige Arbeit ersetzt. Bedingte Freiheitsstrafen unter sechs Monaten sind ausgeschlossen; unbedingte Freiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten sind nur möglich, wenn eine Geldstrafe oder die gemeinnützige Arbeit voraussichtlich nicht vollzogen werden kann (Art. 41 Abs. 1 StGB bzw. Art. 34a Abs. 1 MStG)²⁴.

Mit der jetzigen Änderung sollen Freiheitsstrafen ab drei Tagen wieder ermöglicht werden. Dahinter steht die Überzeugung, dass kurze Freiheitsstrafen gewisse Täter

¹⁷ *Botschaft*, 1985

¹⁸ Der Vorentwurf sah ein Mindesttagessatz von 2 Franken vor (Art. 29 Abs. 2 VE). Deutschland kennt eine solchen von 1 Euro (§ 40 dStGB), Österreich einen solchen von 2 Euro (§ 19 Abs. 2 öStGB).

¹⁹ Zusatzempfehlungen der KSBS zur Strafzumessung, verabschiedet von der Delegiertenversammlung am 3. November 2006, abrufbar unter: www.ksbs-caps.ch/docs_empf/zusatzempfehlungen_d.pdf.

²⁰ BGE 134 IV 60, 72 E. 6.5.2.

²¹ BGE 135 IV 180, 184 E. 1.4.

²² *Annette Dolge*, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen-Top oder Flop, ZStrR 128 (2010) 58, 64; *Horst Schmitt*, Mindesttagessatz? Zur Bemessung eines Tagessatzes für Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen, *forumpoenale* 2009, 48.

²³ *Annette Dolge*, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen - Top oder Flop, ZStrR 128 (2010) 64.

²⁴ Zu den Gründen für diese Regelung einlässlich *Botschaft*, 2032 ff.

besser vor weiterer Delinquenz abzuhalten und Freiheitsstrafen die Vergeltungsbedürfnisse der Rechtsgemeinschaft besser zu befriedigen vermögen als blosse Geldstrafen.

Die Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafe bedingt eine Änderung der Artikel 40 StGB und 34 MStG. Dabei wird die Mindestdauer auf drei Tage festgelegt. Eine Ausnahme ist für jene Fälle zu machen, in denen eine nicht geleistete Geldstrafe oder Busse in Freiheitsstrafe umgewandelt wird; hier können sich auch Freiheitsstrafen von einem oder zwei Tagen ergeben.

Im Bereich der Strafen bis zu sechs Monaten sind somit eine bedingte oder unbedingte Freiheitsstrafe sowie eine (unbedingte) Geldstrafe möglich. Ist eine Strafe von nicht mehr als sechs Monaten schuldangemessen, so hat das Gericht zu bestimmen, ob eine Geld- oder Freiheitsstrafe auszusprechen ist. Das Gesetz gibt bewusst keine Kriterien vor, nach denen die Strafart (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe) bestimmt werden muss. Kein Zweifel kann jedenfalls darüber bestehen, dass das Gericht immer dann eine Freiheitsstrafe aussprechen wird, wenn eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden können. Daneben sind aber auch andere Gründe denkbar, welche für die Wahl der einen oder anderen Sanktion sprechen, so insbesondere spezial- und generalpräventive Überlegungen. Diese lassen sich jedoch kaum mit der erforderlichen Bestimmtheit formulieren, weshalb von der Nennung von Kriterien im Gesetz abgesehen wird. Weil somit der Vorrang der Geldstrafe gegenüber kurzen Freiheitsstrafen wegfällt, sind Artikel 41 und Artikel 46 Absatz 1 dritter Satz StGB bzw. Artikel 34a und Artikel 40 Absatz 1 dritter Satz MStG zu streichen.

2.1.3 Beim bedingten Vollzug (Art. 42 StGB, Art. 36 MStG)

Als Folge des Verzichts auf die gemeinnützige Arbeit als eigenständige Sanktion und der Möglichkeit der bedingten Geldstrafe sind diese beiden Sanktionen in der Bestimmung über die bedingten Strafen (Art. 42 StGB und Art. 36 MStG) nicht mehr vorzusehen. Neu kann nur noch für eine Freiheitsstrafe der bedingte Vollzug gewährt werden. Das erfordert redaktionelle Anpassungen.

Eine materielle Änderung erfolgt hingegen mit der Aufhebung von Absatz 4. Die Möglichkeit, mit einer bedingt ausgesprochenen Strafe eine Geldstrafe oder Busse zu verbinden, wurde erst mit den Korrekturen am Sanktions- und Strafregisterrecht vom 24. März 2006²⁵ eingefügt. Vorrangiges Ziel war die Entschärfung der sogenannten Schnittstellenproblematik: Es wurde als Systemwidrigkeit angesehen, dass eine Übertretung stets mit einer Busse, mithin einer unbedingt vollstreckbaren pekuniären Strafe, geahndet werden muss, während gegen den Täter eines Vergehens in den Regel eine bedingte Geldstrafe, also eine - vorbehaltlich eines Widerrufs - nicht spürbare pekuniären Strafe, ausgesprochen wird. Besonders stossend erschien dies bei Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz, wo ähnliches Verhalten im leichten Fall als Übertretung, im schwereren als Vergehen sanktioniert wird. Überdies sollte die Verbindungsstrafe auch die Möglichkeit eröffnen, gegenüber einem Täter eine unbedingte, spürbare Sanktion auszusprechen, selbst wenn die Prognose insgesamt nicht schlecht, und deshalb der bedingte Vollzug zu gewähren war. Auch dieses Bedürfnis nach einem Denkkettel stand in

²⁵ AS **2006** 3539. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003 vom 29. Juni 2005 BBl **2005** 4689.

engstem Zusammenhang mit der bedingten Geldstrafe, der sowohl in spezial- wie in generalpräventiver Hinsicht bloss ein geringes Abschreckungspotential attestiert wurde²⁶.

Mit dem Wegfall der Möglichkeit, auch bei Geldstrafen den bedingten oder teilbedingten Vollzug zu gewähren, fällt auch das Bedürfnis nach einer Verbindungsstrafe weg. Denn im Schnittstellenbereich steht der (unbedingten) Busse für das leichtere Delikt nicht mehr eine bedingte Geldstrafe für das schwerere gegenüber, sondern eine unbedingte Geldstrafe oder eine (bedingte oder unbedingte) Freiheitsstrafe. Soweit das schwerere Delikt mit einer Geldstrafe geahndet wird, stehen sich zwei gleichartige, unbedingt vollziehbare pekuniäre Sanktionen gegenüber, soweit eine Freiheitsstrafe ausgesprochen wird, ist diese gegenüber der Busse immer als schwerere Sanktion zu betrachten, ungeachtet dessen, ob sie unbedingt oder bedingt vollzogen wird²⁷.

2.1.4 Beim teilbedingten Vollzug (Art. 43 StGB und Art. 37 MStG)

Die Möglichkeit des teilbedingten Vollzugs soll für Freiheitsstrafen beibehalten werden, für Geldstrafen hingegen nicht.

Bei der Freiheitsstrafe wird als einzige Änderung die Reduktion der Obergrenze für einen teilbedingten Vollzug von drei auf zwei Jahre vorgesehen und damit die gleiche Grenze wie für den bedingten Vollzug (Art. 42 Abs. 1 StGB, Art. 36 MStG) festgelegt. Insofern entspricht die Regelung jener von Artikel 43 Absatz 4 StGB bzw. Artikel 37 Absatz 4 MStG gemäss den Entwürfen des Bundesrates vom 21. September 1998²⁸. Dort war jedoch noch vorgesehen, dass der in der Regel vollbedingte Vollzug nur teilweise aufgeschoben werde, wenn es notwendig erscheine, um den Täter von weiteren Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Dies hätte dazu geführt, dass für die Gewährung des bedingten Vollzugs zunächst eine gute Prognose hätte vorliegen müssen bzw. eine schlechte zu verneinen gewesen wäre; in einem zweiten Schritt aber hätte die Notwendigkeit eines unbedingten Vollzugs bejaht werden müssen, um den Täter vor weiteren Delikten abzuhalten. Die Gewährung des bedingten Vollzugs wäre somit an die gleiche Voraussetzung geknüpft gewesen wie dessen teilweise Verweigerung. Diese paradoxe Situation hätte in der Praxis zu kaum lösbaren Schwierigkeiten geführt; zudem bestand das gesetzgeberische Motiv für die Einführung des teilbedingten Vollzugs nicht in der Spezialprävention, sondern darin, Vergeltungsbedürfnissen Rechnung zu tragen. Deshalb hat das Parlament als Voraussetzung für die Gewährung des teilbedingten Vollzugs festgelegt, dieser müsse notwendig sein, „um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen“ (Art. 43 Abs. 1 StGB bzw. Art. 37 Abs. 1 MStG). Freiheitsstrafen von bis zu zwei Jahren sind somit beim Fehlen einer schlechten Prognose bedingt zu vollziehen; aus Gründen der Vergeltung kann auch ein bloss teilbedingter Vollzug gewährt werden. Bei Strafen von zwei bis drei Jahren dagegen kann diese Überlegung nicht mehr spielen, weil diese immer unbedingt zu vollziehen sind. Es ergibt offensichtlich keinen Sinn, eine grundsätzlich unbedingt zu vollziehende Strafe nur teilweise zu vollziehen, um Vergeltungsbedürfnissen

²⁶ Einlässlich zur Verbindungsstrafe *Max Imfeld*, *Variatio delectat?* Die neue Verbundstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB, ZStrR 126 (2008) 41 sowie *Omar Abo Youssef*, Die Schnittstellenproblematik im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZStrR 128 (2010) 46.

²⁷ BGE 134 IV 80, 90 E. 7.2.2.

²⁸ BBl 1999 1979.

Rechnung zu tragen. Das Bundesgericht hat deshalb der Möglichkeit des teilbedingten Vollzugs für Freiheitsstrafen von bis zu zwei Jahren einen andern Sinn beigemessen als für Strafen von zwei bis drei Jahren²⁹, was indes zu Verwerfungen führt und dem Umstand nicht Rechnung trägt, dass der teilbedingte Vollzug stets als Ausgleich für die Erhöhung der Grenze des bedingten Vollzugs gedacht war³⁰. Demnach sind Freiheitsstrafen zwischen einem und zwei Jahren dann teilbedingt auszusprechen, wenn dies aus Gründen der Spezialprävention geboten sei.

Aus diesen Gründen soll insoweit zum ursprünglichen Konzept des bundesrätlichen Entwurfs von 1998 zurückgekehrt werden, als für den teilbedingten und den bedingten Vollzug die gleiche Obergrenze gelten soll. Damit wird der teilbedingte Vollzug wieder der auf Bedürfnisse der Generalprävention und der Vergeltung zugeschnittene Sonderfall des bedingten Vollzugs.

2.1.5 Bei der gemeinnützigen Arbeit (Art. 36 Abs. 3 Bst. c und Abs. 4, Art. 37, 38, 39 und 79a StGB, Art. 30 Abs. 3 Bst. c und Abs. 4, Art. 31, 32, 33 MStG)

Im geltenden Recht ist die gemeinnützige Arbeit als eigenständige Strafe neben der Freiheitsstrafe und der Geldstrafe ausgestaltet. Ihre Höchstdauer beträgt 720 Stunden (Art. 37 [geltendes] StGB und Art. 31 [geltendes] MStG), was bei einem Umwandlungssatz von vier Stunden pro Tag (Art. 39 Abs. 2 [geltendes] StGB und Art. 33 Abs. 2 [geltendes] MStG) einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten entspricht.

Wie vorne³¹ erwähnt, verlangt eine Mehrzahl der befragten Kantone die Ausgestaltung der gemeinnützigen Arbeit als Vollzugsform statt als eigenständige Sanktion.

Dementsprechend wird die gemeinnützige Arbeit neu als Vollzugsform für Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten vorgesehen (Art. 79a StGB). Erforderlich ist nicht wie heute zur Aussprechung einer gemeinnützigen Arbeit die Zustimmung des Täters, sondern ein entsprechendes Gesuch. Im Übrigen bleibt die Regelung der gemeinnützigen Arbeit gleich wie nach geltendem Recht.

2.1.6 Die Landesverweisung (Art. 67c neu StGB, Art. 50a^{ter} neu MStG))

Nach den bis Ende 2006 geltenden StGB und MStG war die strafrechtliche Landesverweisung als so genannte Nebenstrafe ausgestaltet. Unabhängig vom Entscheid über die Hauptstrafe konnte sie bedingt (gestützt auf Art. 41 aStGB bzw. Art. 32 aMStG) oder unbedingt verhängt werden. Bei der unbedingt verhängten Landesverweisung wurde im Zeitpunkt der Entlassung aus dem Straf- oder Massnahmenvollzug nochmals geprüft, ob sie probeweise aufgeschoben werden soll (vgl. Art. 55 Abs. 2 aStGB bzw. Art. 40 Abs. 2 aMStG). Mit der Revision des AT-StGB wurde das Institut der Landesverweisung aus folgenden Gründen aufgehoben: (1) Weil neben der strafrechtlichen Landesverweisung auch eine ausländerrechtliche

²⁹ BGE 134 IV 53

³⁰ Näher zu den Inkongruenzen, die sich aus dem Auseinanderfallen der Grenze für den bedingten und jener für den teilbedingten Vollzug ergeben, *Günter Stratenwerth*, Bemerkungen zu BGE 135 IV 53, *forum*poenale 2008, 169 f.

³¹ Ziff. 1.1.3

Ausweisung nach dem damaligen Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern (ANAG) möglich war, konnte es zwischen gerichtlicher Landesverweisung und administrativer Ausweisung teilweise zu widersprüchlichen Entscheidungen kommen, die für den Verurteilten und die Öffentlichkeit schwer zu verstehen waren. (2) Die Landesverweisung und die ausländerrechtliche Ausweisung verfolgten je unterschiedliche Zwecke und konnten kaum aufeinander abgestimmt werden. (3) Es überwog die Meinung, die ausländerrechtliche Ausweisung mit ihren harten praktischen Konsequenzen genüge und es bestehe keine Notwendigkeit, im Strafrecht weiterhin ein analoges Instrument vorzusehen, das in den meisten anderen Ländern nicht bekannt ist.

Der Nachteil von Widersprüchen zwischen gerichtlicher Landesverweisung und ausländerrechtlicher Ausweisung lässt sich beheben, indem für beide Massnahmen die gleichen Voraussetzungen aufgestellt werden. Zudem ist der Bundesrat der Auffassung, dass für die strafrechtliche Landesverweisung aus folgenden Gründen durchaus eine Notwendigkeit besteht:

- Mit der strafrechtlichen Landesverweisung lässt sich eine einheitliche Praxis sicherstellen.
- Durch den Wegfall der Möglichkeit des bedingten Aufschubs wird sichergestellt, dass verurteilte Personen am Tag der Entlassung aus dem Freiheitsentzug aus der Schweiz entfernt werden können.
- Weil die Landesverweisung in einem öffentlichen, gerichtlichen Verfahren ausgesprochen wird, ist ihre generalpräventive Wirkung besser, als wenn eine administrative fremdenpolizeiliche Massnahme verfügt wird.

Die vorgesehene Regelung lehnt sich an die Regelung von Artikel 62 Buchstabe b des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)³² an, die den strafrechtlichen Grund für den Widerruf von Bewilligungen enthält. Anders als in der genannten Bestimmung wird nicht auf das Kriterium der Verurteilung „zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe“ abgestellt, sondern auf jenes der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr. Damit wird der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Artikel 62 Buchstabe b AuG Rechnung getragen, welche den Begriff der längerfristigen Freiheitsstrafe in diesem Sinn auslegt³³.

2.1.7 Bei der Halbgefangenschaft und beim tageweisen Vollzug (Art. 77b und 79 StGB)

Die hier vorgesehenen Änderungen sind nicht materieller Natur, sondern betreffen allein die Systematik: Neu wird in Artikel 77b die Vollzugsform der Halbgefangenschaft und in Artikel 79 der tageweise Vollzug geregelt. Im heutigen Recht ist die Halbgefangenschaft dagegen sowohl in Artikel 77b als auch in Artikel 79 geregelt.

³² SR 142.20

³³ BGE 135 II 377

2.1.8 Beim elektronisch überwachten Vollzug ausserhalb der Vollzugsanstalt (sog. Electronic Monitoring; Art. 79b neu StGB)

Nach geltendem Recht kann der Bundesrat den Vollzug von Freiheitsstrafen in der Form des Electronic Monitorings gestützt auf Artikel 387 Absatz 4 Buchstabe a StGB versuchsweise und für eine beschränkte Zeit bewilligen. Der Bundesrat erteilte 1999 den Kantonen Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Tessin, Waadt und Genf und 2003 dem Kanton Solothurn die Bewilligungen, entsprechende Versuche durchzuführen.

Am 4. Dezember 2009 hat der Bundesrat die den genannten Kantonen erteilten Bewilligungen erneut verlängert und ihnen erlaubt, Freiheitsstrafen von mindestens 20 Tagen bis höchstens einem Jahr sowie lange Freiheitsstrafen am Ende oder an Stelle des Arbeitsexternats für die Dauer von mindestens 1 Monat bis höchstens 1 Jahr in der Form des Electronic Monitoring zu vollziehen. Diese Versuche sind bis längstens Ende 2015 befristet, sofern nicht vorher eine definitive gesetzliche Grundlage eingeführt wird. Diese soll nunmehr geschaffen werden.

In der Sache übernimmt der neue Artikel 79b weitgehend die Regelung, wie sie heute aufgrund der Versuchsbewilligung des Bundesrates besteht. Ein Unterschied besteht jedoch insoweit, als Electronic Monitoring für den Vollzug von Freiheitsstrafen zwischen einem und sechs Monaten und nicht wie heute zwischen 20 Tagen und einem Jahr zulässig sein soll. Damit wird Electronic Monitoring zur alternativen Vollzugsform der wieder möglichen kurzen Freiheitsstrafen unter sechs Monaten. Angesichts des nicht unerheblichen Aufwandes, den jeder einzelne Fall von Electronic Monitoring verursacht, soll diese Vollzugsform jedoch nicht für kürzeste Strafen, sondern erst für solche ab einem Monat möglich sein.

Die weiteren Voraussetzungen orientieren sich an den Regelungen, wie sie die an den Versuchen beteiligten Kantone kennen.

2.1.9 Zu den Änderungen bisherigen Rechts

Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003 (JStG): Die Erhöhung der Altersobergrenze von 22 auf 25 Jahre für die Beendigung von Massnahmen im Jugendstrafgesetz (Art. 19 Abs. 2 JStG) ermöglicht es, dass Jugendliche während einer Massnahme eine Berufslehre abschliessen können. Die Praxis hat gezeigt, dass dies mit der bisherigen Grenze von 22 Jahren oftmals nicht möglich ist. Dies kann dazu führen, dass Jugendliche aus dem Massnahmenvollzug entlassen werden müssen, obschon ihnen die Grundlagen nicht vollständig haben vermittelt werden können, deren sie für ein geordnetes Leben bedürfen. Die Übergangsbestimmung (Art. 48^{bis} JStG) führt zu einer Erhöhung der Altersobergrenze für Jugendliche, die sich beim Inkrafttreten der Änderung in einer Massnahme befinden. Diese Übergangsbestimmung ist zulässig, weil sie nicht zu einer rückwirkenden Erhöhung einer Strafe führt, sondern die Möglichkeit verbessert, massnahmebedürftige Jugendliche zu betreuen.

Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO): Weil die gemeinnützige Arbeit nicht mehr als eigenständige Sanktion, sondern nur noch als Form des Vollzugs vorgesehen wird, ist Artikel 352 Absatz 1 StPO anzupassen, der festlegt, welche Strafen im Strafbefehlsverfahren ausgesprochen werden dürfen.

Militärstrafprozess vom 23. März 1979 (MStP): Die Änderung von Artikel 119 Absatz 1 MStP hat den gleichen Grund wie die oben beschriebene der Strafprozessordnung.

3 Finanzielle und personelle Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

Für den Bund ergeben sich aus den vorgeschlagenen Änderungen keine unmittelbaren zusätzlichen finanziellen oder personellen Auswirkungen.

3.2 Auswirkungen auf die Kantone

Die unmittelbaren finanziellen und personellen Auswirkungen auf die Kantone lassen sich nur sehr schwer abschätzen.

Auf der einen Seite dürfte sich finanziell positiv auswirken, dass nur noch unbedingte, aber nicht mehr bedingte Geldstrafen ausgesprochen werden können.

Auf der andern Seite dürften sich finanzielle Mehrbelastungen ergeben, weil auch kurze Freiheitsstrafen wieder möglich und zu vollziehen sind und weil alle Kantone den Vollzug in Form des Electronic Monitoring ermöglichen müssen.

4 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist im Bericht über die Legislaturplanung 2007-2011 nicht angekündigt, weil zum Zeitpunkt der Erstellung der Legislaturplanung die Dringlichkeit der erneuten Revision nicht ersichtlich war.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungsmässigkeit

Nach Artikel 123 BV ist der Bund zur Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts befugt.

5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Es ergeben sich keine direkten Berührungspunkte zum Völkerrecht.

00.000

**Rapport explicatif
relatif à la modification du code pénal et du code pénal
militaire (réforme du droit des sanctions)**

Au vu des critiques persistantes émanant essentiellement de la pratique, les modifications doivent en premier lieu porter sur la peine pécuniaire: elle sera prononcée uniquement en tant que peine ferme et jusqu'à 180 jours-amende au lieu de 360 actuellement. Par ailleurs, la courte peine privative de liberté doit être réintroduite et la primauté de la peine pécuniaire sur la peine privative de liberté de courte durée (six mois au plus) doit être supprimée.

Les Chambres fédérales ont adopté la modification de la partie générale du code pénal (PG-CP) le 13 décembre 2002¹ et des dispositions parallèles du code pénal militaire (CPM) le 24 mars 2006. Ces nouvelles normes ont encore été modifiées avant même d'entrer en vigueur: outre des adaptations du régime des peines et des mesures dans le CP et le CPM, le droit pénal civil a été modifié² sur un point, à savoir l'internement. Pour ce qui est du régime des peines et des mesures, l'art. 42 CP et l'art. 36 CPM ont été complétés par un al. 4 permettant de combiner une peine assortie du sursis avec une peine pécuniaire sans sursis ou avec une amende. Cette possibilité avait pour but de prendre en compte les critiques émanant essentiellement des praticiens de la poursuite pénale selon lesquelles la nouvelle PG-CP permettait difficilement de prononcer de justes sanctions dans le domaine situé à la limite entre la contravention et le délit. Les modifications des parties générales du CP et du CPM, effectuées au cours des deux étapes décrites, sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

Les critiques à l'égard du nouveau régime des peines et des mesures n'ont toutefois pas cessé, s'exprimant à la fois à travers diverses interventions parlementaires et par la voix des praticiens de la poursuite pénale.

La principale doléance porte sur la peine pécuniaire avec sursis et sur le travail d'intérêt général avec sursis, tous deux considérés comme des peines dépourvues du potentiel dissuasif requis. A propos de la peine pécuniaire, il est en outre demandé de fixer dans la loi un montant minimum du jour-amende; le travail d'intérêt général en tant que peine en soi est rejeté, il doit redevenir une forme de l'exécution.

Ces objections ont été prises en compte dans la nouvelle révision qui, d'une manière générale, vise à donner moins d'importance à la peine pécuniaire, à éliminer sa primauté sur la peine privative de liberté et à supprimer la possibilité du sursis pour les peines pécuniaires.

De ce fait, il sera à nouveau possible de prononcer davantage de courtes peines privatives de liberté sans sursis et ces peines devront être exécutées. La loi doit donc prévoir l'utilisation de dispositifs techniques pouvant être fixés à la personne condamnée (surveillance électronique) comme forme de l'exécution des peines; en outre, l'exécution des peines doit également être possible sous forme de travail d'intérêt général; selon le droit en vigueur, celui-ci constitue une peine à part entière. Elle n'a toutefois pas donné satisfaction sous cette forme et doit donc redevenir une forme de l'exécution.

¹ FF 2002 7658

² FF 2005 4425

La présente révision prévoit par ailleurs de réintroduire l'expulsion judiciaire, instrument grâce auquel au moment de leur libération (conditionnelle), il a déjà été statué de manière définitive sur le séjour des personnes condamnées.

Comme lors de la révision de 2002 et des modifications de 2005, les dispositions du CP et du CPM seront modifiées en parallèle.

Enfin, dans le droit pénal des mineurs, conformément aux revendications émanant des praticiens du droit pénal des mineurs, la limite de l'âge auquel prennent fin les mesures ordonnées est relevée de 22 à 25 ans.

Table des matières

Condensé	2
1 Grandes lignes du projet	5
1.1 Contexte	5
1.1.1 Les révisions du CP de 2002 et 2006	5
1.1.2 Interventions parlementaires	5
1.1.3 Critiques émanant des praticiens du droit pénal et des cantons	6
1.2 Vue d'ensemble des propositions de modification	7
2 Détail des modifications	8
2.1.1 A propos de la peine pécuniaire (art. 34, al. 1 et 2, et 43 CP, art. 28, al. 1 et 2, et 37 CPM)	8
2.1.2 A propos de la peine privative de liberté (art. 40, 41 et 46, al. 1, troisième phrase, CP, art. 34, 34a et 40, al. 1, troisième phrase, CPM)	10
2.1.3 A propos du sursis (art. 42 CP, art. 36 CPM)	10
2.1.4 A propos du sursis partiel (art. 43 CP et art. 37 CPM)	11
2.1.5 A propos du travail d'intérêt général (art. 36, al. 3, let. c, et 4, 37, 38, 39 et 79a CP, art. 30, al. 3, let. c, et 4, 31, 32, 33 CPM)	12
2.1.6 A propos de l'expulsion (art. 67c <i>nouveau</i> CP, art. 50a ^{1er} <i>nouveau</i> CPM)	13
2.1.7 A propos de la semi-détention et de l'exécution par journées séparées (art. 77b et 79 CP)	14
2.1.8 A propos de l'exécution sous surveillance électronique (art. <i>nouveau</i> 79b)	14
2.1.9 A propos des modifications du droit en vigueur	14
3 Conséquences pour les finances et le personnel	15
3.1 Conséquences pour la Confédération	15
3.2 Conséquences pour les cantons	15
4 Relation avec le programme de législature	15
5 Aspects juridiques	15
5.1 Constitutionnalité	15
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	16

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Les révisions du CP de 2002 et 2006

Les Chambres fédérales ont adopté la modification de la partie générale du code pénal (PG-CP) le 13 décembre 2002³. Avant même d'entrer en vigueur, cette révision a fait l'objet de nouvelles modifications portant d'une part sur l'internement, de l'autre sur le régime des peines et mesures⁴. L'art. 42 CP a été complété par un al. 4 autorisant la combinaison entre une peine avec sursis et une peine pécuniaire sans sursis ou une amende. Cette possibilité avait pour but de prendre en compte les critiques émanant essentiellement des praticiens de la poursuite pénale selon lesquels la nouvelle PG-CP ne permettrait pas de prononcer de justes sanctions dans le domaine situé à la limite entre la contravention et le délit. La modification de la PG-CP, effectuée au cours des deux étapes décrites, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007⁵.

1.1.2 Interventions parlementaires

Malgré cela, les critiques à l'égard du nouveau régime des peines et mesures n'ont pas cessé et se sont exprimées à travers diverses interventions parlementaires dont certaines ont été acceptées par le Conseil national durant l'été 2009 au cours d'une session spéciale⁶ :

- 09.3233 Motion Bättig du 19 mars 2009. Abolition du sursis à l'exécution d'un travail d'intérêt général;
- 09.3300 Motion Stamm du 20 mars 2009. Réintroduction des peines privatives de liberté de moins de six mois;
- 09.3313 Motion Stamm du 20 mars 2009. Ne plus solliciter l'accord de l'auteur d'une infraction pour l'accomplissement d'un travail d'intérêt général;
- 09.3427 Motion Rickli du 30 avril 2009. Prolongation du délai de révocation en cas d'échec de la mise à l'épreuve;
- 09.3428 Motion Rickli du 30 avril 2009. Suppression du sursis partiel à l'exécution des peines de plus de deux ans;
- 09.3444 Motion Häberli-Koller du 30 avril 2009. Inefficacité des peines pécuniaires avec sursis;
- 09.3445 Motion Hochreutener du 30 avril 2009. Droit pénal. Meilleure prise en compte de la sécurité des victimes potentielles;
- 09.3450 Motion Amherd du 30 avril 2009. Réintroduction des courtes peines privatives de liberté.

Le Conseil des Etats a rejeté le 10 décembre 2009 la motion 09.3300 (Motion Stamm du 20 mars 2009. Réintroduction des peines privatives de liberté de moins de

³ FF **2002** 7658

⁴ FF **2005** 4425

⁵ RO **2006** 3459

⁶ BO **2009** N 987

six mois) et a transformé en mandats d'examen les autres motions acceptées par le Conseil national⁷. Le Conseil national a suivi le Conseil des Etats le 3 mars 2010⁸.

Dans le domaine du droit pénal des mineurs, durant la session d'été 2009, le Conseil national a accepté la motion 08.3797 (motion Galladé Chantal du 11 décembre 2008. Délinquants juvéniles. Relèvement de l'âge maximum de placement) qui demandait que l'âge limite pour l'application des mesures soit relevé de 22 à 25 ans. Le Conseil des Etats n'a pas encore traité cette intervention.

1.1.3 Critiques émanant des praticiens du droit pénal et des cantons

Les critiques visant le nouveau système des sanctions émanaient des praticiens de la poursuite pénale surtout et, dans une moindre mesure, des tribunaux⁹. Ces appréciations s'étant exprimé essentiellement dans les médias, l'Office fédéral de la justice (OFJ) décide fin 2008 de consulter différents experts de l'application du droit pénal. Spécialistes de la poursuite pénale, des tribunaux pénaux et de l'exécution des peines, ces spécialistes ont critiqué bon nombre de dispositions tout en estimant qu'une révision n'était pas urgente. Ils ont considéré par ailleurs qu'il ne fallait pas modifier le nouveau système des sanctions sans vue d'ensemble et sans évaluation précise préalable.

En mars 2009, le Département fédéral de justice et police (DFJP) envoie à la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) un questionnaire portant sur les premières expériences tirées du nouveau système des sanctions, en leur demandant de fournir des propositions de révision concrètes.

Les cantons ont principalement dirigé leurs critiques sur la peine pécuniaire avec sursis et sur le travail d'intérêt général avec sursis : ces deux sanctions ont été critiquées, tant sous l'angle de leur effet préventif que de leur rôle de sanction adaptée à la faute. A propos de la peine pécuniaire, il a été demandé que soit fixé dans la loi un montant minimum du jour-amende ; à propos du travail d'intérêt général, la majorité des cantons ont considéré comme meilleure l'ancienne réglementation selon laquelle le travail d'intérêt général était une forme de l'exécution et non pas une peine en soi. Certains ont en outre demandé que soient réintroduites la peine privative de liberté avec sursis et la possibilité de choisir entre la courte peine privative de liberté et la peine pécuniaire. Par ailleurs, cinq cantons¹⁰ ont demandé que le nombre des jours-amende soit limité à 180. Six cantons¹¹ ont requis que l'exécution des peines sous surveillance électronique soit régie par le droit fédéral à titre de forme de l'exécution et de phase de l'exécution. Quant à

⁷ BO 2009 E 1304

⁸ BO 2010 N

⁹ L'appréciation de la procureure du canton d'Obwald selon laquelle les récentes tentatives de révision sont « sachfremd und widersinnig » (inadéquates et absurdes) est bien la preuve que les opinions sont partagées parmi les rangs de la poursuite pénale (*Esther Omlin, Die Geldstrafe - Noch kaum einheitlich praktiziert und schon wieder geändert?*, *forumpoenale*, 2009, p. 300). Par ailleurs, certains parmi les praticiens ont exprimé leurs préoccupations face à la cadence des révisions et demandent un retour à la permanence du droit (*Marc Pellet, Noli me tangere, forumpoenale*, 2010, p. 109).

¹⁰ AG, BE, SZ, TG, VD

¹¹ BS, BL, BE, GE, SO, VD

l'expulsion judiciaire, la grande majorité des cantons ont par contre estimé que le retrait de cette mesure du code pénal n'avait pas laissé de lacune qu'il conviendrait de combler.

En mai 2009, la Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS) a elle aussi transmis au DFJP ses propositions de modification de la PG-CP¹². D'une manière générale, la CAPS a estimé qu'il ne fallait pas réviser la PG-CP avec précipitation, mais plutôt en faire une évaluation précise au terme de plusieurs années. La CAPS a toutefois émis quelques propositions : au sujet de la peine pécuniaire, elle a demandé la suppression de l'exécution avec sursis, la limitation à 180 jours-amende et la fixation d'un montant minimum. Dans le contexte d'un l'abandon de la peine pécuniaire avec sursis, elle a également lancé la discussion sur la possibilité de combiner les peines conformément à l'art. 42, al. 4, CP.

1.2 Vue d'ensemble des propositions de modification

Si l'objectif principal de la révision de 2002 avait été de restreindre la peine privative de liberté de courte durée et de lui substituer d'autres sanctions comme la peine pécuniaire, des voies s'élèvent désormais pour limiter la peine pécuniaire et (re)donner ainsi à la peine privative de liberté un plus grand champ d'application. Voici, dans les grandes lignes, le « système » proposé :

- La peine privative de liberté, avec et sans sursis, est à nouveau possible à partir de trois jours jusqu'à 20 ans.
- Le sursis total ou partiel à l'exécution de la peine pécuniaire est exclu.
- Le sursis partiel n'est possible que pour les peines privatives de liberté de deux ans au plus.
- Le nombre maximum de jours-amende pour les peines pécuniaires est de 180.
- La loi prescrit un montant minimum pour les jours-amende de 30 francs.
- Au-dessous de 180 jours, la peine pécuniaire n'a plus la primauté.
- Le travail d'intérêt général n'est plus une sanction en soi, mais une forme de l'exécution. Il est exclu en cas de contravention.
- La surveillance électronique est introduite comme forme de l'exécution des peines privatives de liberté allant jusqu'à 180 jours et comme phase de l'exécution à la fin des longues peines privatives de liberté.
- En cas d'amende, un taux de conversion de 100 francs par jour est instauré pour les peines privatives de liberté de substitution.
- L'expulsion est réintroduite sans possibilité de report à titre d'essai.

Comme lors de la révision de 2002 et des modifications de 2005, les dispositions du CP et du CPM doivent être modifiées en parallèle.

¹² Ces propositions peuvent être consultées sur Internet à l'adresse suivante:
http://www.ksbs-caps.ch/docs_aktu/brf_aenderungsvorschl_at_stgb.pdf.

Dans le droit pénal des mineurs, la limite d'âge concernant les mesures est repoussée de 22 à 25 ans.

2 Détail des modifications

2.1.1 A propos de la peine pécuniaire (art. 34, al. 1 et 2, et 43 CP, art. 28, al. 1 et 2, et 37 CPM)

Avec l'entrée en vigueur de la nouvelle PG-CP, la peine pécuniaire est devenue la peine la plus courante. En 2008, elle représentait 85,7 % de toutes les peines ; elle était en outre prononcée dans 86,7 % des cas avec sursis. Cela s'explique par le fait qu'également dans le cas des peines pécuniaires, l'exécution doit être « en règle générale » suspendue conformément à l'art. 42, al. 1, CP et à l'art. 36, al. 1, CPM. Cette mise sur un pied d'égalité de la peine privative de liberté et de la peine pécuniaire en ce qui concerne l'exécution avec sursis semble toutefois contestable. En effet, la révision de la PG-CP n'avait pour but que la limitation de l'exécution des peines privatives de liberté, et non celle des peines pécuniaires ou du travail d'intérêt général¹³.

La doctrine propose à titre de correctif de soumettre l'octroi du sursis à des conditions différentes pour les peines privatives de liberté d'une part et pour les peines pécuniaires et le travail d'intérêt général d'autre part¹⁴.

Cette réglementation a toutefois un inconvénient, à savoir que les conditions dans lesquelles une peine pécuniaire peut être prononcée avec sursis peuvent difficilement être fixées avec le degré de précision souhaité¹⁵. Il incomberait pour l'essentiel aux responsables de l'application du droit de décider s'ils entendent prononcer une peine pécuniaire avec sursis. Pour cette raison, le Conseil fédéral propose d'éliminer la possibilité de l'exécution avec sursis pour la peine pécuniaire. Cela nécessite une modification de l'art. 42, al. 1, CP et de l'art. 36, al. 1, CPM qui limitera la possibilité de l'exécution avec sursis à la peine privative de liberté. Les modifications apportées aux art. 42 CP et 36 CPM sont les conséquences de l'abandon du sursis pour la peine pécuniaire.

Il convient également d'abandonner la possibilité d'assortir la peine pécuniaire d'un sursis partiel, raison pour laquelle les art. 43 CP et 37 CPM doivent être modifiés. Certes, l'exécution avec sursis partiel de la peine pécuniaire ne se présenterait plus comme un durcissement de la règle générale de l'exécution avec sursis, mais comme une forme atténuée du cas normal de la peine pécuniaire sans sursis. En d'autres termes, le sursis partiel ne serait prononcé que si la peine ferme n'apparaît pas nécessaire afin d'atteindre certains objectifs de la prévention spéciale et de la prévention générale. S'oppose néanmoins à cela le fait qu'on ne pourra guère apprécier de manière fiable si des motifs de prévention générale s'opposent à une exécution avec sursis partiel « angesichts völliger Ungewissheit über Erfordernisse

¹³ Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (Dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire, ainsi qu'une loi régissant le droit pénal des mineurs, FF **1999** 1791 s., 1837 (ci-après : *message*).

¹⁴ *Günter Stratenwerth*, Immer noch: Die Strafen im Bagatellbereich nach neuem Recht, *forumpoenale*, 2009, p. 231 (cit. Strafen).

¹⁵ Ce que concède également *Stratenwerth* (Strafen, p. 231).

wirksamer Generalprävention»¹⁶. De ce fait, la prononciation d'une peine pécuniaire avec un sursis partiel dépendrait en définitive uniquement de la volonté du juge.

La révision de la PG-CP avait entre autres pour objectif le remplacement des courtes peines privatives de liberté par d'autres peines. L'on considérait alors que la courte peine privative de liberté était inférieure à six mois¹⁷; or le droit en vigueur prévoit une peine pécuniaire allant jusqu'à 360 jours-amende. Du fait que la peine pécuniaire doit remplacer les courtes peines privatives de liberté, il est opportun de limiter la peine pécuniaire à 180 jours-amende. Cela donne un poids plus grand à la peine privative de liberté, ce qui est d'ailleurs l'effet voulu. L'art. 34, al. 1, CP et l'art. 28, al. 1, CPM doivent donc être modifiés en conséquence.

Le droit en vigueur ne prévoit pas de montant minimum du jour-amende¹⁸, il n'en prévoit que le montant maximum de 3000 francs. Au cours des débats parlementaires, les propositions visant à fixer un montant minimum n'ont pas réussi à s'imposer. La CAPS pour sa part a recommandé d'appliquer en règle générale un montant minimum de 30 francs pour le jour-amende¹⁹. Après s'être dans un premier temps prononcé contre un jour-amende minimum²⁰, le Tribunal fédéral a ensuite précisé sa jurisprudence et établi qu'une peine pécuniaire ne peut plus être considérée comme symbolique lorsque le montant du jour-amende pour les condamnés les plus démunis est de dix francs au moins²¹.

De l'avis du Conseil fédéral, il convient de fixer dans la loi un montant minimum de 30 francs pour le jour-amende. Cela d'une part parce que le montant maximum de la peine pécuniaire sera réduit en raison de la nouvelle limitation à 180 jours-amende et parce que les modalités de paiement (art. 35, al. 1, CP et art. 29, al. 1, CPM) permettront de tenir suffisamment compte de la situation économique du condamné même si le jour-amende minimum est de 30 francs. En outre, les calculs des responsables de l'application du droit ont montré qu'un jour-amende de 30 francs était en général adéquat même pour les auteurs d'infractions les plus démunis²², en tout cas dans la mesure où conformément au droit actuel il s'agit d'un petit nombre ou d'un nombre moyen de jours-amende²³. Cela sera d'autant plus le cas puisque, selon le droit à venir, le nombre maximum de jours-amende passera de 360 aujourd'hui à 180.

¹⁶ « étant donné l'incertitude totale régnant quant aux nécessités d'une prévention générale efficace », *Stratenwerth*, Strafen, p. 231, note 10.

¹⁷ *Message*, 1791

¹⁸ L'avant-projet prévoyait un montant minimum du jour-amende de 2 francs (art. 29, al.2, AP). En Allemagne, le jour-amende minimum s'élève à un euro (§ 40 dStGB), en Autriche à deux euros (§ 19, al. 2, öStGB).

¹⁹ Recommandations complémentaires de la CAPS à propos de la fixation de la peine, adoptées lors de l'assemblée des délégués du 3 novembre 2006, consultables sur Internet à l'adresse suivante : www.ksbs-caps.ch/docs_empf/zusatzempfehlungen_d.pdf.

²⁰ ATF 134 IV 60, 72, cons. 6.5.2.

²¹ ATF 135 IV 180, 184, cons. 1.4.

²² *Annette Dolge*, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen-Top oder Flop, RPS 128 (2010) p. 58, 64; *Horst Schmitt*, Mindesttagessatz? Zur Bemessung eines Tagessatzes für Personen in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen, *forumpoenale* 2009, p. 48.

²³ *Annette Dolge*, Geldstrafen als Ersatz für kurze Freiheitsstrafen - Top oder Flop, RPS 128 (2010), p. 64.

2.1.2 A propos de la peine privative de liberté (art. 40, 41 et 46, al. 1, troisième phrase, CP, art. 34, 34a et 40, al. 1, troisième phrase, CPM)

La révision de 2002 a remplacé les peines privatives de liberté de moins de six mois par des peines pécuniaires et des travaux d'intérêt général. Les peines privatives de liberté avec sursis inférieures à six mois sont exclues et les peines privatives de liberté sans sursis inférieure à six mois ne peuvent être prononcées que si une peine pécuniaire ou un travail d'intérêt général ne peut vraisemblablement pas être exécuté (art. 41, al. 1, CP et art. 34a, al. 1, CPM)²⁴.

La présente modification permettra à nouveau de prononcer des peines privatives de liberté à partir de trois jours. Cette option repose sur la conviction que les courtes peines privatives de liberté sont à même de détourner certains auteurs de commettre d'autres infractions et que les peines privatives de liberté sont mieux à même de satisfaire les besoins de répression de la communauté juridique que les simples peines pécuniaires.

La réintroduction de la courte peine privative de liberté nécessite une modification de l'art. 40 CP et de l'art. 34 CPM réduisant la durée minimale à trois jours. Exceptionnellement, elle peut être encore plus courte si elle résulte de la conversion d'une peine pécuniaire ou d'une amende, que le condamné n'a pas payée, en peine privative de liberté ; dans ce cas, des peines privatives de liberté d'un à deux jours peuvent être prononcées.

Les peines de moins de six mois pourront donc prendre la forme d'une peine privative de liberté avec ou sans sursis ou d'une peine pécuniaire (sans sursis). Si une peine de six mois au plus correspond à la faute, le tribunal devra déterminer s'il faut prononcer une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté. La loi ne fournit délibérément pas de critères permettant de déterminer le genre de peine (peine pécuniaire ou peine privative de liberté). Mais une chose reste sûre : le tribunal peut toujours prononcer une peine privative de liberté lorsqu'une peine pécuniaire ne pourra vraisemblablement pas être exécutée. On peut également envisager d'autres motifs en faveur du choix de l'une ou de l'autre sanction, notamment des considérations de prévention générale ou spéciale. Il est toutefois difficile de les formuler avec la précision requise, raison pour laquelle la loi ne mentionne pas de critères. La primauté de la peine pécuniaire à l'égard des courtes peines privatives de liberté disparaît donc et, de ce fait, les art. 41 et 46, al. 1, troisième phrase, CP et les art. 34a et 40, al. 1, troisième phrase, CPM doivent être supprimés.

2.1.3 A propos du sursis (art. 42 CP, art. 36 CPM)

Le travail d'intérêt général en tant que sanction autonome et la peine pécuniaire avec sursis doivent être supprimés de la disposition sur le sursis à l'exécution des peines (art. 42 CP et art. 36 CPM). Le sursis ne pourra plus être accordé que pour la peine privative de liberté, ce qui nécessite des adaptations rédactionnelles.

La suppression de l'al. 4 par contre est une modification d'ordre matériel. La possibilité d'associer une peine prononcée avec sursis à une peine pécuniaire ou une amende n'avait été introduite qu'avec les corrections du 24 mars 2006 portant sur le

²⁴ Pour plus de précisions sur les motifs de cette révision, cf. *message*, 1837 ss

régime des sanctions et le casier judiciaire du 24 mars 2006²⁵. L'objectif premier était alors d'atténuer les problèmes de différenciation entre les infractions selon leur degré de gravité : il avait été considéré comme contraire au système qu'une contravention soit toujours punie d'une amende, par conséquent d'une peine d'argent exécutable sans sursis, alors qu'en général, une peine pécuniaire avec sursis, donc une peine d'argent abstraite, à moins que le sursis ne soit révoqué, était prononcée contre l'auteur d'un délit. Le fait était particulièrement choquant dans les cas d'infractions à la loi sur la circulation routière où un comportement semblable est sanctionné dans les cas de peu de gravité comme contravention, dans les cas graves comme délit. En outre, la peine complémentaire devait également donner la possibilité de prononcer à l'encontre d'un auteur une sanction ferme et tangible même lorsque le pronostic global n'était pas mauvais et que pour cette raison le sursis à l'exécution devait être accordé. Cette volonté de donner une leçon à l'auteur d'une infraction également était étroitement liée à la peine pécuniaire prononcée avec sursis dont l'expérience a prouvé qu'elle n'avait qu'un faible potentiel dissuasif, que ce soit sous l'angle de la prévention spéciale ou de la prévention générale²⁶.

Avec la disparition de la possibilité d'assortir l'exécution des peines pécuniaires d'un sursis ou d'un sursis partiel disparaît aussi la nécessité de combiner les peines. En effet, si pour une infraction de moindre importance, la peine infligée reste l'amende (ferme), une infraction plus grave ne pourra plus donner lieu à une peine pécuniaire avec sursis mais sera passible d'une peine pécuniaire ferme ou une peine privative de liberté (avec sursis ou ferme). Si l'infraction grave est punie d'une peine pécuniaire, on a affaire à deux sanctions en argent similaires, exécutables sans sursis ; si une peine privative de liberté est prononcée, il faut toujours considérer celle-ci comme une sanction plus grave que l'amende, qu'elle soit ferme ou avec sursis²⁷.

2.1.4 A propos du sursis partiel (art. 43 CP et art. 37 CPM)

La possibilité d'un sursis partiel à l'exécution doit être maintenue pour les peines privatives de liberté. Par contre, elle ne doit pas l'être pour les peines pécuniaires.

En relation avec la peine privative de liberté il n'y a modification que sur un seul point : la limite supérieure de l'exécution avec un sursis partiel passe de trois à deux ans. Elle est donc la même que pour l'exécution avec sursis (art. 42, al. 1, CP et art. 36 CPM). Cette limite correspond à la règle figurant aux art. 43, al. 4, CP et 37, al. 4, CPM tels qu'ils figurent dans les projets du Conseil fédéral du 21 septembre 1998²⁸. Ce dernier projet prévoyait cependant que l'exécution généralement assortie d'un sursis total puisse être partiellement suspendue uniquement lorsque cela paraissait nécessaire pour détourner l'auteur de commettre de nouveaux crimes ou

²⁵ RO **2006** 3539. Message du 29 juin 2005 relatif à la modification du code pénal suisse dans sa version du 13 décembre 2002 et du code pénal militaire dans sa version du 21 mars 2003, FF **2005** 4425.

²⁶ Pour plus de détails sur les peines combinées, *Max Imfeld*, Variatio delectat? Die neue Verbundstrafe nach Art. 42 Abs. 4 StGB, RPS 126 (2008), p. 41, ainsi qu'*Omar Abo Youssef*, Die Schnittstellenproblematik im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts, RPS 128 (2010), p. 46.

²⁷ ATF 134 IV 80, 90, cons. 7.2.2

²⁸ FF **1999** 1787

délits. Donc l'octroi d'un sursis à l'exécution de la peine aurait dû en premier lieu reposer sur un pronostic favorable (ou le refus sur un pronostic défavorable); mais dans un deuxième temps, le juge aurait dû constater que la peine ferme était nécessaire pour détourner l'auteur de commettre d'autres infractions.

L'octroi du sursis et le refus partiel de celui-ci auraient donc été fondés sur le même critère. Dans la pratique, cette situation paradoxale aurait créé des difficultés presque insolubles; en outre, la motivation du législateur quant à l'instauration du sursis partiel n'était pas son effet de prévention spéciale, mais la prise en compte des nécessités de la répression. Le Parlement a donc établi comme condition de l'octroi du sursis partiel que celui-ci devait être nécessaire « afin de tenir compte de façon appropriée de la faute de l'auteur » (art. 43, al. 1, CP et art. 37, al. 1, CPM). L'exécution des peines privatives de liberté de deux ans au plus doit faire l'objet d'un sursis en l'absence d'un pronostic négatif; des motifs de répression peuvent aussi justifier un simple sursis partiel. Par contre, en cas de peine de deux à trois ans, cette considération n'entre plus en ligne de compte puisqu'il s'agit de peines fermes. Il n'y a manifestement aucun sens à n'exécuter que partiellement une peine en principe ferme afin de satisfaire aux nécessités de la répression. Le Tribunal fédéral a donc donné à la possibilité de l'exécution partielle des peines privatives de liberté de deux ans au plus un autre sens que pour les peines de deux à trois ans²⁹, ce qui se traduit toutefois par des certaines incohérences et ne tient pas compte du fait que le sursis partiel a toujours été conçu comme compensation au relèvement de la limite de l'exécution avec sursis³⁰. Les peines privatives de liberté d'un à deux ans doivent donc être assorties d'un sursis partiel si cela s'impose pour des motifs touchant à la prévention spéciale.

Pour ces motifs, il convient revenir au concept initial du projet du Conseil fédéral de 1998 en ce sens que la même limite supérieure sera applicable à l'exécution avec sursis et à l'exécution avec sursis partiel. Ainsi, l'exécution assortie d'un sursis partiel redeviendra le cas spécial de l'exécution avec sursis, répondant à des considérations de prévention générale et aux nécessités de la répression.

2.1.5 A propos du travail d'intérêt général (art. 36, al. 3, let. c, et 4, 37, 38, 39 et 79a CP, art. 30, al. 3, let. c, et 4, 31, 32, 33 CPM)

Dans le droit en vigueur, le travail d'intérêt général est conçu comme peine à part entière aux côtés de la peine privative de liberté et de la peine pécuniaire. Sa durée maximum est de 720 heures (art. 37 [en vigueur] CP et art. 31 [en vigueur] CPM), ce qui correspond à une peine privative de liberté de six mois si l'on se base sur un taux de conversion de quatre heures par jour (art. 39, al. 2 [en vigueur], CP et art. 33, al. 2 [en vigueur] CPM)

Comme nous l'avons mentionné plus haut³¹, la majorité des cantons consultés demandent que le travail d'intérêt général constitue une forme de l'exécution et non une sanction à part entière.

²⁹ ATF 134 IV 53

³⁰ Pour plus de précisions sur les inconvénients qui découlent de l'abandon de la limite pour l'exécution avec sursis et de celle pour l'exécution ferme, *Günter Stratenwerth*, *Bemerkungen zu ATF 135 IV 53*, *forumpoenale* 2008, p. 169 et s.

³¹ Cf. ch. 1.1.3

Le travail d'intérêt général sera donc prévu comme forme de l'exécution des peines privatives de liberté de six mois au plus (art. 79a CP). Pour ordonner un travail d'intérêt général, il ne faudra pas, comme c'est le cas actuellement, obtenir l'accord de l'auteur de l'infraction, mais celui-ci devra déposer une demande. Pour le reste, la réglementation du travail d'intérêt général demeurera la même que dans le droit en vigueur.

2.1.6 A propos de l'expulsion (art. 67c nouveau CP, art. 50a^{ter} nouveau CPM)

Selon le CP et le CPM en vigueur avant la fin 2006, l'expulsion judiciaire était une peine dite accessoire. Indépendamment de la décision sur la peine principale, elle pouvait être assortie d'un sursis (conformément à l'art. 41 ancien CP et à l'art. 32 ancien CPM) ou être ferme. Dans le cas de l'expulsion ferme, le juge réexaminait, au moment où l'étranger était libéré de l'exécution de la peine ou de la mesure si l'expulsion devait être reportée à titre d'essai (cf. art. 55, al. 2, ancien CP et art. 40, al. 2, ancien CPM). Lors la révision de la PG-CP, l'instrument de l'expulsion a été supprimé pour les raisons suivantes : (1) étant donné qu'à côté de l'expulsion judiciaire, il était aussi possible de prononcer une expulsion en vertu du droit des étrangers conformément à l'ancienne loi du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE), on pouvait se trouver parfois face à des décisions contradictoires entre l'expulsion judiciaire et l'expulsion administrative difficilement compréhensibles pour la personne condamnée et l'opinion publique. (2) L'expulsion judiciaire et l'expulsion administrative poursuivaient des buts différents et il était pratiquement impossible de les harmoniser. (3) De l'avis d'une large majorité, l'expulsion administrative, avec ses conséquences pratiques dures, était suffisante et il n'était pas nécessaire de maintenir en droit pénal un instrument analogue inconnu dans la plupart des autres pays.

On peut remédier aux contradictions régnant entre l'expulsion judiciaire et l'expulsion administrative en introduisant les mêmes conditions pour les deux mesures. En outre, le Conseil fédéral estime que l'expulsion judiciaire correspond à une nécessité pour les raisons suivantes :

- l'expulsion judiciaire permet d'établir une pratique uniforme;
- l'abandon de la possibilité du sursis garantit que les personnes condamnées puissent être éloignées de Suisse le jour de leur libération;
- du fait que l'expulsion soit prononcée dans une procédure judiciaire publique, elle a un meilleur effet préventif général que lorsqu'une mesure administrative est ordonnée par la police des étrangers.

La réglementation prévue s'appuie sur celle figurant à l'art. 62, let. b, de la loi du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)³² qui permet la révocation d'une autorisation pour un motif de droit pénal. Contrairement à la disposition mentionnée, on ne se base pas sur le critère de la condamnation à « une peine privative de liberté de longue durée », mais sur le critère de la condamnation à une peine privative de liberté de plus d'un an. Il est ainsi tenu compte de la jurisprudence du Tribunal

³² RS 142.20

fédéral relative à l'art. 62, let. b, LEtr qui interprète dans ce sens la notion de la peine privative de liberté de longue durée³³.

2.1.7 A propos de la semi-détention et de l'exécution par journées séparées (art. 77b et 79 CP)

Les modifications ici prévues ne sont pas de nature matérielle, elles ne concernent que la systématique: la semi-détention sera régie par l'art. 77b et l'exécution par journées séparées par l'art. 79. Dans le droit actuel, la semi-détention est régie par l'art. 77b et par l'art. 79.

2.1.8 A propos de l'exécution sous surveillance électronique (art. 79b nouveau CP)

Selon le droit actuel, le Conseil fédéral peut autoriser l'exécution de peines privatives de liberté sous forme de surveillance électronique à titre d'essai et pour une durée limitée en vertu de l'art. 387, al. 4, let. a, CP. En 1999, le Conseil fédéral a accordé l'autorisation de pratiquer ce type d'essai aux cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Tessin, Vaud et Genève, et en 2003 au canton de Soleure.

Le 4 décembre 2009, il a de nouveau prolongé les autorisations accordées aux cantons mentionnés et les a autorisés à faire exécuter les peines privatives de liberté de 20 jours à un an ainsi que les soldes des longues peines privatives de liberté à la fin ou en lieu et place du travail externe sous surveillance électronique pour une durée d'un mois à un an. La validité de ces autorisations expire au plus tard le 31 décembre 2015 sauf si une base légale définitive est établie auparavant. C'est celle-ci qu'il s'agit de créer aujourd'hui.

Sur le fond, le nouvel art. 79b reprend largement le contenu des autorisations accordées par le Conseil fédéral de pratiquer ce type d'essais. Il y a néanmoins une différence, à savoir que la surveillance électronique sera autorisée pour l'exécution de peines privatives de liberté d'un à six mois, et non plus de 20 jours à un an comme c'est le cas aujourd'hui. La surveillance électronique deviendra donc une autre forme de l'exécution des peines privatives de liberté de moins de six mois désormais réintroduites. Etant donné les moyens considérables engagés dans chaque cas de surveillance électronique, cette forme de l'exécution ne sera possible non pas pour les peines très courtes, mais seulement pour les peines à partir d'un mois.

Pour le reste, les conditions sont celles que connaissent déjà les cantons participant à ce type d'essais.

2.1.9 A propos des modifications du droit en vigueur

Droit pénal des mineurs du 20 juin 2003 (DPMin): le relèvement, dans le droit pénal des mineurs, de l'âge limite pour la fin des mesures de 22 à 25 ans (art. 19, al. 2, DPMin) permet aux mineurs de terminer un apprentissage pendant une mesure. La pratique a montré que dans bien des cas, la limite actuelle de 22 ans les en empêchait. Les jeunes doivent interrompre l'exécution de leur peine alors qu'on n'a

³³ ATF 135 II 377

pas pu encore leur transmettre toutes les bases dont ils ont besoin pour mener une vie réglée. La disposition transitoire (art. 48^{bis} DPMIn) se traduira par un relèvement de l'âge limite pour les mineurs qui exécutent une mesure au moment de l'entrée en vigueur de la modification. Cette disposition transitoire est licite parce qu'elle n'entraîne pas une aggravation rétroactive de la peine, mais améliore la possibilité d'accompagner les jeunes nécessitant une mesure.

Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP): le travail d'intérêt général n'étant plus prévu comme sanction proprement dite mais uniquement comme forme de l'exécution, il faut adapter l'art. 352, al. 1, CPP ; cet article établit quelles peines peuvent être prononcées dans la procédure de l'ordonnance pénale.

Procédure pénale militaire du 23 mars 1979 (PPM): la modification de l'art. 119, al. 1, PPM répond au même but que celle décrite plus haut du code de procédure pénale.

3 Conséquences pour les finances et le personnel

3.1 Conséquences pour la Confédération

Les modifications proposées n'ont pas d'effet direct supplémentaire pour la Confédération, que ce soit au niveau des finances ou du personnel.

3.2 Conséquences pour les cantons

Il est difficile d'estimer les effets directs au niveau des finances et du personnel pour les cantons.

D'une part, le fait que les peines pécuniaires prononcées seront uniquement des peines fermes, et non plus avec sursis, devrait avoir des répercussions positives.

Mais d'autre part, ces modifications devraient se traduire par des charges financières supplémentaires car les peines privatives de liberté de courte durée seront à nouveau possibles et elles devront être exécutées ; de plus, tous les cantons devront permettre l'exécution sous forme de surveillance électronique.

4 Relation avec le programme de législation

Le présent projet n'est pas annoncé dans le programme de la législature 2007 à 2011 car au moment de l'établissement de celle-ci, la nécessité d'une nouvelle révision n'était pas manifeste.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

En vertu de l'art. 123 Cst., la législation en matière de droit pénal relève de la compétence de la Confédération.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le présent projet n'a pas de lien direct avec le droit international.