

L'article 388 CP rend-il les sanctions des Ordonnances COVID inopérantes ?

Table des matières

I. Introduction	1
II. Flashback.....	2
III. Implications en droit pénal et questionnement.....	3
IV. L'article 388 alinéa 2 CP.....	4
V. Conclusion.....	9

I. Introduction

En date du 28 février 2020, un virus inconnu au nom de code COVID-19 (acronyme anglais de « *coronavirus disease 2019* ») pousse le Conseil fédéral à faire usage de l'article 6 al. 2 let. b de la loi sur les épidémies (LEp)¹ et à édicter une « Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus »². Il s'agit de la première d'une longue série d'ordonnances élaborées au gré des nombreuses transformations d'une situation sanitaire séquencée en différentes « vagues » et que le Conseil fédéral tente notamment de maîtriser au moyen de l'instrument du droit, y compris du droit pénal dont il espère mettre à profit la fonction dissuasive.

Cette situation véritablement historique met rapidement à l'épreuve les pouvoirs législatif et exécutif, qui se font alors les auteurs d'un « patchwork mouvant » de normes juridiques vouées à endiguer une pandémie elle-même en constante évolution. Sous l'angle pénal, ces efforts continus d'adaptation à l'inédit se traduisent par des allers-retours entre l'interdiction de certains comportements et leur décriminalisation, les sanctions associées à ceux-ci suivant le même mouvement³. De façon très résumée, certains actes sont criminalisés durant la première vague, décriminalisés dans l'entre-deux vagues, puis re-criminalisés durant la deuxième vague, pour finalement être re-décriminalisés. Il en va notamment ainsi de l'ouverture d'une partie des commerces et des rassemblements d'un certain nombre de personnes dans l'espace public.

Après avoir dressé un panorama (non-exhaustif mais néanmoins détaillé) de ces « vas-et-viens » législatifs dans le but d'en illustrer l'ampleur, nous tenterons d'évaluer leurs implications en droit pénal, ce plus spécifiquement au regard d'une norme relativement méconnue et potentiellement susceptible de mettre en question le caractère exécutable des

¹ Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012 (Loi sur les épidémies ; LEp ; RS 818.101), dans sa version du 1^{er} janvier 2017.

² Ordonnance [1] COVID-19 ; RO 2020 573 ; aRS 818.101.24.

³ Pour ce qui est de la compétence du Conseil fédéral d'introduire des sanctions pénales par le biais de ces ordonnances, voir l'interpellation 20.3402 (Lukas Reiman) « Base juridique insuffisante pour l'article 10f alinéa 1 de l'ordonnance 2 Covid-19 » du 6 mai 2020, ainsi que la réponse du Conseil fédéral du 1^{er} juillet 2020 consultable sur : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20203402> (24.03.2020).

sanctions pénales prévues par les « Ordonnances COVID-19 » fédérales. En effet, le Code pénal suisse contient, à son article 388 al. 2, une disposition transitoire précisément consacrée à l'application *a posteriori* d'une ancienne règle et qui remet en cause le principe de l'intangibilité des jugements en ces mots : « *Si le nouveau droit ne réprime pas l'acte pour lequel la condamnation a été prononcée, la peine ou la mesure prononcée en vertu de l'ancien droit n'est plus exécutée* ». C'est de la lecture de cet article que surgit donc cette interrogation, revenant à savoir si les amendes et éventuelles autres peines prononcées durant les périodes de criminalisation liée à la COVID-19 pour non-respect de restrictions ayant été levées par la suite sont véritablement exécutoires.

II. Flashback

À la fin du mois de février 2020, le Conseil fédéral édicte sa première ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus, parmi lesquelles il fait figurer l'interdiction des manifestations et rassemblements de plus de 1000 personnes, ce jusqu'au 15 mars 2020⁴. Pénalement parlant, les contrevenant·e·s s'exposent à une peine d'amende selon l'article 83 al. 1 let. j LEp.

En raison de l'ineffectivité à court terme de la mesure prévue par la première ordonnance, le Conseil fédéral arrête de nouvelles mesures par l'intermédiaire de l'« Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus »⁵ qui, à coup de modifications successives, couvre la période allant du 13 mars au 22 juin 2020. Ce texte, dans sa version initiale, prévoit une fermeture des frontières du pays, une interdiction des manifestations de plus de 100 personnes, une exclusion des personnes malades de toute manifestation et une restriction à 50 personnes dans les débits de boissons. Trois jours plus tard, les écoles et autres établissements de formation sont contraints de fermer leurs portes. Le lendemain, c'est au tour de l'ensemble des manifestations publiques ou privées d'être interdites, le Conseil fédéral imposant par ailleurs la fermeture des magasins non-essentiels, de tous les restaurants et débits de boissons, des établissements de divertissement (tels que cinémas, musées et centres sportifs), ainsi que des salons de coiffure, de beauté, de massage, etc. Le 21 mars, s'y ajoutent une interdiction de rassemblement de plus de 5 personnes dans l'espace public, puis le 26 mars une interdiction d'exportation de matériel de protection sans autorisation préalable et, enfin, le 17 avril, une interdiction du tourisme d'achat.

À partir de la fin de ce même mois d'avril 2020, le Conseil fédéral fait quelques pas en direction de la « normalisation » moyennant des plans de protection, si bien que les écoles, les magasins, les restaurants et les bars peuvent ouvrir à nouveau. Dans le courant du mois de mai, ce sont les musées qui retrouvent leurs visiteurs et visiteuses, peu avant que les rassemblements autorisés dans l'espace public passent de 5 à 30 personnes. Au début du mois de juin, les manifestations, notamment sportives, peuvent accueillir jusqu'à 300 personnes et les frontières s'ouvrent dès le milieu du mois de juin.

Une fois la première vague d'infections au coronavirus passée, le Conseil fédéral prend le temps de restructurer quelque peu la législation en la matière. C'est ainsi que l'« Ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus »⁶ prend le relais, elle aussi sujette à diverses modifications subséquentes. Parallèlement, un autre jeu d'ordonnances successives est créé sous le nom d'« Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de

⁴ En se fondant pour cela sur l'art. 19 al. 2 let. b LEp.

⁵ Ordonnance 2 COVID-19 ; RO 2020 773 ; aRS 818.101.24.

⁶ Ordonnance 3 COVID-19 ; RS 818.101.24.

COVID-19 en situation particulière »⁷. C'est par l'intermédiaire de cette dernière que nous suivrons la suite de la « saga ». L'été 2020 marque une forte diminution des cas d'infection et, corolairement, une diminution de cette densité normative. Au mois de juin, le nombre maximal de participant·e·s à une manifestation est étendu à 1000 personnes et les ligues majoritairement professionnelles sont même autorisées à organiser des matchs rassemblant plus de 1000 spectatrices et spectateurs dans une même enceinte dès le début du mois d'octobre.

Malheureusement, l'accalmie ne dure que quelques semaines, puisque le nombre d'infections explose à nouveau début octobre, initiant une deuxième vague largement plus importante que la première. Des règles sur l'interdiction des rassemblements de plus de 15 personnes dans l'espace public et sur l'obligation d'avoir une place assise pour consommer des aliments ou des boissons dans les restaurants, bars, discothèques et autres boîtes de nuit font leur apparition dans la version du 19 octobre 2020 de l'ordonnance susmentionnée. Dix jours plus tard, suivent l'interdiction d'organiser des manifestations publiques de plus de 50 personnes et de se réunir dans un cadre privé à plus de 10 personnes, ainsi que la fermeture des établissements de restauration entre 23 heures et 6 heures – puis entre 19 heures et 6 heures dès le 12 décembre, avant de fermer complètement le 22 décembre. Le 2 novembre 2020, les établissements de formation supérieure ferment leurs portes ; le 12 décembre les manifestations publiques sont interdites et les magasins doivent fermer à 19 heures et rester clos les dimanches ; le 22 décembre, les établissements culturels (musées, cinémas, etc.) sont fermés à leur tour ; le 18 janvier 2021, on introduit une interdiction de rassemblement de plus de 5 personnes dans l'espace public, ainsi qu'en privé.

Depuis le 1^{er} mars 2021, en réaction à une situation sanitaire s'améliorant quelque peu, on observe à nouveau un assouplissement de certaines mesures, à commencer par le passage de 5 à 15 personnes autorisées à se rassembler dans l'espace public, le droit pour des privé·e·s d'organiser une rencontre familiale ou entre ami·e·s comprenant 15 personnes pour autant qu'elle se déroule en extérieur, la réouverture des musées et des bibliothèques, ainsi que l'abrogation des heures et des jours de fermeture obligatoire des magasins⁸.

III. Implications en droit pénal⁹ et questionnement

En matière de droit pénal, les contrevenant·e·s s'exposent d'abord à une simple amende en vertu de l'article 83 LEp. Dès la version du 17 mars 2020 de l'« Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus », une disposition pénale est toutefois ajoutée et prévoit que « *Quiconque, intentionnellement, s'oppose aux mesures visées à l'art. 6 [nda : soit celui qui prévoit l'interdiction des manifestations et la fermeture de la presque totalité des activités économiques dans le pays], est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, à moins qu'il n'ait commis une infraction plus grave au sens*

⁷ Ordonnance COVID-19 situation particulière ; RS 818.101.26. Au mois de septembre 2020, le Parlement adopte par ailleurs une Loi fédérale sur les bases légales des Ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19 ; RS 818.102).

⁸ La présente contribution ayant été transmise à la RPS à la fin du mois de mars 2021, la suite de la « saga » n'y est pas relatée.

⁹ Certains choix ont été faits par les auteur·e·s de la présente contribution et les implications pénales de la pandémie de COVID-19 mentionnées ne sont pas exhaustives. Dans le but de pouvoir tracer le virus, ont notamment été instaurées des obligations de collecter les coordonnées des client·e·s des restaurants, bars, discothèques et boîtes de nuit, obligations dont il n'a pas été fait mention *supra* mais dont le non-respect était également érigé en contravention. Il en va par ailleurs de même du non-respect du plan de protection, ainsi que de l'exploitation d'un domaine skiable sans autorisation préalable et de l'organisation d'une foire ou d'un marché interdit à partir du 9 décembre 2020. Enfin, cette contribution se focalise sur les ordonnances COVID fédérales, sans évoquer celles édictées par les cantons.

du code pénal »¹⁰. Le 21 mars, cette disposition étend son champ d'application aux personnes se rassemblant à plus de 5 dans l'espace public, les rendant punissables d'une amende, laquelle peut par ailleurs être infligée selon la procédure de l'amende d'ordre¹¹. Le 26 mars, c'est l'exportation illicite de matériel de protection qui est érigée en contravention, puis le 2 avril le fait d'enfreindre les restrictions en matière de circulation transfrontalière (qui peuvent aussi être soumises à la procédure de l'amende d'ordre), et enfin le 17 avril le fait d'enfreindre l'interdiction du tourisme d'achats (également passible de l'amende d'ordre). Le 6 juin 2020, l'alinéa premier de la disposition pénale – soit celui qui érige certains comportements en délits passibles de trois ans de peine privative de liberté ou d'une peine pécuniaire – est précisé et subdivisé en six lettres distinctes.

Après cette période de pénalisation successive de comportements toujours plus nombreux, vient une période de retour en arrière et donc de dépenalisation. C'est ainsi que, dès la réouverture des écoles, les rassemblements de plus de 5 personnes dans les cours d'écoles redeviennent légaux ; suivent les rassemblements de 30 personnes dans tous les espaces publics dès la fin du mois de mai et les manifestations jusqu'à 300 personnes depuis le mois de juin, puis de 1000 personnes quelque temps plus tard.

Comme son prédécesseur, l'« Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière »¹² comprend une disposition pénale à son article 13, disposition qui prévoit l'infliction d'une amende à toute personne qui enfreint intentionnellement certaines prescriptions de ladite ordonnance. Ainsi, sont successivement criminalisées l'organisation de certaines manifestations de plus de 1000 personnes, puis de toutes celles de plus de 50 personnes, puis des manifestations quelles qu'elles soient. Le 1^{er} février 2021 voit par ailleurs l'introduction d'une norme qui incrimine non seulement des comportements commis *intentionnellement*, mais également le fait d'enfreindre *par négligence* les obligations liées aux plans de protection, l'usage *par négligence* de données collectées dans un but sanitaire à d'autres fins, ainsi que l'omission – *intentionnelle ou par négligence* – de détruire ces données après 14 jours et le non-port – *intentionnel ou par négligence* – du masque de protection dans un endroit où il est prescrit. Dans un même élan, la punissabilité de l'organisateur ou organisatrice d'une manifestation publique interdite est étendue de telle sorte qu'elle couvre dorénavant l'organisation *ou la participation* à une manifestation publique *ou privée* interdite.

Au fil du temps et à compter bien sûr qu'il n'y ait pas de troisième vague¹³ et que la vaccination portera ses effets d'immunisation collective, on observera très probablement un lent retour à la « normale » ou à tout le moins vers une situation d'équilibre qui induira inévitablement une déconstruction de ces normes pénales et donc une décriminalisation de certains – voire de l'ensemble – des comportements qui y sont incriminés. C'est pourquoi il sied de s'interroger sur le caractère exécutable des sanctions prononcées à raison de l'adoption desdits comportements, ce au regard de l'article 388 alinéa 2 CP.

IV. L'article 388 alinéa 2 CP

L'article 388 CP dispose que :

« ¹ Les jugements prononcés en application de l'ancien droit sont exécutés selon l'ancien droit. Sont réservées les exceptions prévues aux al. 2 et 3.

¹⁰ Art. 10d de l'Ordonnance 2 COVID-19 (n. 5), qui deviendra l'art. 10f dès le 26 mars 2020.

¹¹ À ce propos, voir la Loi sur les amendes d'ordre (LAO ; RS 314.1).

¹² Ordonnance COVID-19 situation particulière ; RS 818.101.26 (n. 7).

¹³ Pour rappel (n. 8), la présente contribution a été transmise à la RPS à la fin du mois de mars 2021.

² Si le nouveau droit ne réprime pas l'acte pour lequel la condamnation a été prononcée, la peine ou la mesure prononcée en vertu de l'ancien droit n'est plus exécutée.

³ Les dispositions du nouveau droit relatives au régime d'exécution des peines et des mesures et des droits et obligations du détenu s'appliquent aussi aux auteurs condamnés en vertu de l'ancien droit. »

Ainsi, à la simple lecture et interprétation grammaticale de l'alinéa 2 de cette disposition, on devrait conclure à la non-exécutabilité des sanctions prononcées selon un droit qui a été remplacé par de nouvelles normes n'incriminant plus l'acte pour lequel ces sanctions ont été prononcées¹⁴. Appliqué au contexte COVID-19 décrit précédemment, cela signifierait que toute personne condamnée en vertu de dispositions liées à une situation particulière (au sens de l'article 6 de la LEp¹⁵) ne devrait plus être amenée à exécuter la sanction prononcée à son encontre dès que la situation particulière a disparu.

Néanmoins, tout·e juriste sait que « [l]a loi doit être interprétée en premier lieu de manière autonome, c'est-à-dire selon son texte, son sens et son but, ainsi que selon les valeurs sur lesquelles elle repose, en se fondant sur une méthode d'interprétation téléologique. L'interprétation de la loi doit être guidée par l'idée que ce n'est pas le seul texte légal qui constitue la norme, mais bien la loi comprise et appliquée à un état de fait. On exige une décision objectivement fondée, dans un contexte normatif, afin d'obtenir un résultat concrètement satisfaisant vis-à-vis de la *ratio legis*. À cette fin, le TF s'inspire d'un pluralisme de méthodes pragmatique et refuse notamment de classer les divers éléments d'interprétation selon un ordre hiérarchique. Dans le cas de lois récentes en particulier, les travaux préparatoires doivent également être pris en considération, lorsqu'ils apportent une réponse claire à la question litigieuse et qu'ils fournissent ainsi une aide supplémentaire au tribunal »¹⁶.

Pour tenter de déterminer si l'interprétation littérale de l'article 388 al. 2 appliqué aux sanctions prononcées selon la législation COVID-19 se justifie, nous tenterons ainsi, dans un premier temps, de remonter à la source de cette disposition.

Si l'actuel article 388 apparaît pour la première fois dans le cadre de la révision du code pénal entrée en vigueur en 2007, ses racines sont toutefois plus lointaines. En effet, le Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse nous apprend que cette disposition – qui porte à ce stade le numéro d'article 390 – reprend le principe posé à l'article 336 aCP, qui en constitue donc l'ancêtre¹⁷. La lecture croisée de ces deux dispositions partageant une filiation commune montre plus précisément que l'article 388 al. 2 CP restitue en des termes relativement similaires le contenu de l'article 336 let. a aCP, lequel prévoit ce qui suit :

« L'exécution des jugements rendus en conformité de lois pénales antérieures à l'entrée en vigueur du présent code est soumise aux restrictions ci-après :

a. Si le présent code ne réprime pas l'acte à raison duquel la condamnation est intervenue, la peine ne pourra plus être exécutée.

[...] »

¹⁴ Les versions germanophone et italophone de la disposition ne diffèrent pas sensiblement et n'offrent donc pas d'autres possibilités d'interprétation littérale.

¹⁵ Voir n. 1.

¹⁶ Traduction de Madame Christine Moreno Dávila de l'ATF 140 IV 1 c. 3.1, reprise du JdT 2014 IV 271. Le TF renvoie par ailleurs à sa jurisprudence antérieure sur ce point, soit : ATF 138 III 694 c. 2.4 ; ATF 137 IV 249, JdT 2012 IV 205 c. 3.2 ; ATF 134 IV 297, JdT 2010 IV 13, SJ 2009 I 129 c. 4.3.1 ; ATF 131 I 74, JdT 2007 I 652 c. 4.1.

¹⁷ Message 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 fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998 (FF 1999 II), 1990 s. (cité ci-après : Message de 1998).

À l'époque et en conformité avec la logique d'unification du droit pénal qui sous-tend l'élaboration du CP, la fonction première de l'article 336 aCP est de « régler le passage du droit pénal cantonal au code pénal »¹⁸. Autrement dit, en 1937, la portée de cette règle semble intimement liée aux conditions spécifiques de sa naissance qui est la transition d'un ensemble de codes pénaux cantonaux à un code pénal fédéral. Ayant ceci à l'esprit, il faut déduire de son alinéa 2 que, si une peine a été prononcée à raison d'un acte considéré punissable par un code pénal cantonal mais qui n'est plus réprimé par le code pénal unifié, la peine prononcée sous l'empire de la loi pénale cantonale antérieure ne peut plus être exécutée¹⁹.

En tant que l'article 336a CP visait donc à régler le passage des codes pénaux cantonaux au code pénal fédéral, sa portée était *a priori* destinée à s'épuiser dans cette « tâche unique »²⁰. C'est pourquoi l'Office fédéral de la justice écrit en 1993, sur la base du rapport final de la Commission d'experts travaillant sur la révision du code pénal, que les lettres b, c et d de l'article 336 aCP sont désormais dépassées et peuvent dès lors « être biffées »²¹. Mais de manière intéressante, la lettre a de cette disposition est épargnée, le rapport prenant soin de préciser que celle-ci est « maint[enue] quant au fond »²², sans toutefois mentionner les raisons de ce choix. On pourrait voir en ce maintien – et, par là même, en la négation implicite de l'obsolescence de cette lettre – un indice d'une évolution dans l'interprétation de l'article 336 let. a aCP entre 1942 et 2006, ce dont témoigne en tout cas certains écrits doctrinaux, dont un commentaire de Hans Wiprächtiger posant que l'article 336, à l'exclusion de ses lettres b et c, « *gilt sinngemäss auch bei späteren Gestzesänderungen* »²³.

Aussi, en rupture avec le rôle qui lui est originellement affecté, l'article 336 let. a aCP voit sa portée s'étendre au-delà du seul contexte spécifique de transition des codes pénaux cantonaux au code pénal unifié, pour s'appliquer plus largement à toute modification ultérieure du code pénal lui-même. Pour illustrer ce cas de figure où un comportement érigé en infraction dans le code de 1942 est décriminalisé sous ce même régime, citons par exemple le duel, extrait du champ de la répression pénale lors de l'abrogation de son article topique en 1989²⁴.

Dans la continuité de l'extension de la portée de son prédécesseur, l'article 388 CP se voit conférer, dans le Message de 1998, un champ d'application sensiblement plus large que

¹⁸ Rapport concernant la révision de la Partie générale et du Troisième livre du Code pénal et concernant une Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, établi sur la base du rapport final de la commission d'experts, 1993, 116 (cité ci-après : Rapport de 1993).

¹⁹ Selon les propres termes du Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de code pénal suisse du 23 juillet 1918, FF 1918 IV 91 (cité ci-après : Message de 1918) : « Si le code nouveau ne réprime pas l'acte à raison duquel la condamnation est intervenue, la peine prononcée ne pourra plus être exécutée ».

²⁰ Rapport de 1993 (n. 18), 116.

²¹ Rapport de 1993 (n.18), 116 : « La fonction principale de l'article 336 CP était de régler le passage du droit pénal cantonal au code pénal. Il s'agissait d'une tâche unique, les dispositions correspondantes peuvent donc être biffées étant donné qu'elles sont dépassées aujourd'hui ».

²² Rapport de 1993 (n. 18), 116 : « On maintient quant au fond, l'article 336, lettre a, en vertu duquel l'exécution d'une peine est interdite, lorsque l'acte, à raison duquel la condamnation est intervenue, n'est plus passible d'une sanction selon le nouveau droit ».

²³ H. Wiprächtiger, in : Basler Kommentar Strafgesetzbuch II, M.A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), [1^{ère} éd.], Bâle 2003, Art. 336 N 1 qui renvoie à ATF 97 I 919 consid. 1, arrêt ne traitant toutefois pas de l'art. 336 let. a aCP mais de l'art. 336 let. e aCP, dont la portée est aussi considérée plus large que le seul passage des codes cantonaux au code fédéral. On parvient au même résultat à la lecture *a contrario* de J. Hurtado Pozo, Droit pénal – Partie générale I, 2^e éd., Zurich 1997, n° 531 (position confirmée dans J. Hurtado Pozo, Droit pénal – Partie générale, nouvelle édition refondue et augmentée, Genève/Zurich/Bâle 2008, n° 308). Dans le même sens que ces deux auteurs mais plus largement, C. Favre et al., Code pénal annoté, 2^e éd., Lausanne 2004, 728 écrivent : « L'art. 336 est également applicable en cas de modification ultérieure du code pénal ».

²⁴ RO 1989 2449, 2451. L'article 131 aCP incriminant le duel est plus précisément abrogé avec ses deux « dispositions sœurs » qu'étaient les articles 130 et 132 sur la provocation en duel et, respectivement, l'excitation au duel.

celui initialement attribué à l'article 336 aCP. D'abord, la nouvelle disposition étend l'ancien article 336 aux mesures²⁵. Ensuite et de manière d'autant plus significative au regard de la problématique qui nous occupe ici, il est dit que l'article 388 CP et, avec lui, les autres dispositions réglant l'exécution des peines et des mesures « ont une portée générale et ne se limitent pas à la présente révision »²⁶, étant du reste rappelé que cette norme ne saurait toutefois trouver application si, malgré la dépénalisation de l'acte considéré, les faits ayant mené à la condamnation remplissent les éléments constitutifs d'une autre infraction²⁷.

En d'autres termes, alors qu'on aurait pu se demander si l'article 388 CP suivrait une logique originelle identique à celle de l'article 336 let. a aCP et aurait pour vocation de régler exclusivement la transition entre l'ancien et le nouveau code pénal, le Conseil fédéral lève le voile sur ces incertitudes en distinguant clairement cette disposition des règles de droit transitoire spécifiques au projet de révision (il parle à l'inverse de « droit transitoire général » en se référant à l'article 388 CP)²⁸. La doctrine restitue la substance du Message en considérant les articles 388-390 CP, y compris donc l'article 388 al. 2 CP, comme des dispositions transitoires générales, susceptibles de trouver application pour toute modification ultérieure du Code²⁹.

Mais qu'en est-il de l'application de cette norme au-delà du CP et, plus spécifiquement, dans le cas qui nous occupe, en relation avec les ordonnances COVID fédérales ? Après avoir rapidement observé en début de chapitre que la lettre de la loi ne restreint pas, en soi, la portée de l'article 388 al. 2 CP au seul Code pénal, il apparaît que l'interprétation historique n'exclut pas non plus qu'il couvre d'autres lois, du moins pas explicitement. Aussi, à la lumière des enseignements tirés de cette première partie de l'analyse, les jugements prononcés en raison d'un acte réprimé par une disposition pénale d'une ordonnance COVID puis décriminalisé n'auraient pas à être exécutés, ce par le jeu de l'article 388 al. 2 CP, sous réserve bien sûr du cas où le comportement en cause serait néanmoins typique d'une autre infraction.

Il faut néanmoins affiner cette première approximation du problème, car force est tout de même de constater que les travaux préparatoires relatifs à l'article 388 al. 2 CP, s'ils ne confinent certes pas la portée de ce dernier dans les frontières du Code, n'envisagent toutefois guère qu'elle les transcende. De plus, la posture adoptée par François Paychère dans le

²⁵ Message de 1998 (n. 17), 1991 (sur ce point cf. ég. en doctrine *Wiprächtiger*, in : BSK Strafgesetzbuch II (n. 23), Art. 336 N 3 ; *B. Brägger*, in : Basler Kommentar Strafrecht II, M.A. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), 4^e éd., Bâle 2019, Art. 388 N 3. L'article 336 aCP ne s'appliquait en effet qu'aux peines, à l'exclusion des mesures : ATF 97 I 919, consid. 1 a ; *Favre et al.* (n. 23), 728.

²⁶ Message de 1998 (n. 17), 1990 s.

²⁷ Message de 1998 (n. 17), 1991 : « Cette disposition ne peut être invoquée que si, à la suite de la suppression de l'incrimination, le fait n'a plus le caractère d'une infraction pénale. Tel sera le cas si aucune autre qualification ne peut être appliquée aux faits ayant justifié la condamnation. En revanche, si une autre qualification peut être retenue, ces faits conservent le caractère d'une infraction pénale, et le *2e alinéa* ne trouve aucune application ». Cf. ég. *Brägger*, in : BSK Strafrecht II (n. 25), Art. 388 N 3 ; *S. Schlegel*, in : W. Wohlers/G. Godenzi/S. Schlegel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4^e éd., Berne 2020, Art. 388 N 3. Le Message du 29 juin 2005 relatif à la modification du code pénal dans sa version du 13 décembre 2002, FF 2005 4425 (cité ci-après : Message de 1995) ne fournit pas d'informations supplémentaires à cet égard ; tout au plus faut-il lui savoir gré de résumer sa portée avec clarté : « Pour les auteurs ayant déjà fait l'objet d'un jugement entré en force selon l'ancien droit, c'est l'art. 388 nCP qui s'applique. Selon cet article, les jugements prononcés en application de l'ancien droit sont exécutés selon l'ancien droit. Font exception les condamnations prononcées pour un acte que le nouveau droit ne réprime plus » (p. 4452).

²⁸ Message de 1998 (n. 17), 1990.

²⁹ Cf. not. *F. Paychère*, in : Commentaire romand, Code pénal I, L. Moreillon/A. Macaluso/N. Queloz/N. Dongois (édit.), 2^e éd., Bâle 2020, art. 388 ; *S. Trechsel/V. Lieber*, in : Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, S. Trechsel/M. Pieth (édit.), 3^e éd., Zurich/St-Gall 2017, Allgemeine Übergangsbestimmungen, 1764 ; *Schlegel*, in : Wohlers/Godenzi/Schlegel (n. 27), Vorbemerkungen zu den Art. 388 ff N 1, 924 ; *J. Schaub*, in : D. K. Graf (dir.), Annotierter Kommentar StGB, Berne 2020, Art. 388 N 1.

Commentaire romand écarte tout bonnement cette hypothèse, en ce sens précisément qu'elle restreint l'objet de l'article 388 CP à deux cas de figure qui se veulent apparemment exhaustifs : premièrement, « les jugements répondant à deux conditions : (a) avoir été prononcés avant le 1^{er} janvier 2007, (b) sans avoir été totalement exécutés à cette date »³⁰ ; et d'autre part, les « révisions postérieures du CP »³¹.

À y regarder de plus près, la position précitée s'aligne probablement avec – et se comprend à l'aune de – l'interprétation systématique de cet article 388 (alinéa 2) CP, dont nous ne saurions évidemment faire l'économie ici. Ainsi, la place de cette norme dans la loi est des plus éloquentes, en particulier au regard de l'article 333 CP qui règle l'applicabilité des dispositions du Code au droit pénal accessoire, et ce en des termes on ne peut plus clairs : « *Les dispositions générales du présent code sont applicables aux infractions prévues par d'autres lois fédérales, à moins que celles-ci ne contiennent des dispositions sur la matière* ». Or, non seulement l'article 388 CP ne fait-il pas partie du livre 1 contenant les dispositions générales du Code pénal mais il est de plus postérieur à l'article 333, ce qui devrait nous mener à revoir nos premiers constats, pour conclure à l'inapplicabilité de l'article 388 al. 2 CP aux révisions du droit pénal accessoire³², auquel appartiennent les dispositions pénales des ordonnances COVID.

Est-ce à dire que notre analyse touche ici son point final ? Loin de là, puisque la conclusion ci-dessus ne doit pas nous empêcher d'interroger l'adéquation de l'inapplicabilité de l'article 388 al. 2 CP au droit pénal accessoire. On peut en effet se demander s'il est opportun qu'une sanction prononcée à raison d'un acte potentiellement grave réprimé par le Code pénal puis décriminalisé ne doive pas être exécutée (dans l'hypothèse où ledit acte n'est pas constitutif d'une autre infraction bien sûr), alors qu'un jugement sanctionnant un acte éventuellement moins grave criminalisé par une autre loi puis autorisé doit en revanche être mis en œuvre. La question n'a d'ailleurs rien d'extravagant, pas plus qu'elle ne serait strictement prospective ; au contraire, elle pourrait bien se poser dans un avenir relativement proche – mais certes encore spéculatif –, par exemple si le cannabis venait à être légalisé, dans la foulée des débats très actuels sur le sujet.

Aussi n'apparaît-il pas déraisonnable de considérer l'opportunité d'appliquer par analogie l'article 388 al. 2 CP aux jugements prononcés en application d'une disposition pénale accessoire qui érige d'abord en infraction un certain comportement, puis le décriminalise. Rappelons à cet égard que l'analogie est interdite en droit pénal, sauf lorsqu'elle a pour effet de restreindre le domaine punissable en faveur de l'accusé·e, ce qui serait précisément le cas en l'espèce.

Reste qu'une application analogique de l'article 388 al. 2 CP à du droit pénal accessoire mérite sans doute d'être considérée avec un regard quelque peu différent dès l'instant où ce droit est dit d'« urgence », à l'instar des ordonnances COVID et de leurs dispositions pénales. En effet, *de facto* et *de jure*, ces dernières ont une existence limitée dans le temps et sont destinées à être modifiées – éventuellement très rapidement – en fonction de l'évolution et, cas échéant, la disparition de la situation particulière à laquelle elles sont intrinsèquement liées. Dans ces conditions tout à fait singulières et exceptionnelles où il s'agit, au fond, de régler une crise sanitaire en conservant des possibilités d'adaptation à son développement, il est inévitable que nous assistions à une multiplication des cas où des dispositions pénales d'une législation

³⁰ Paychère, in : CR CP I (n. 29), art. 388 N 1.

³¹ Paychère, in : CR CP I (n. 29), art. 388 N 1.

³² L'argument est de surcroît soutenu par le fait que d'autres dispositions postérieures à l'article 333 CP, telles que celles sur la grâce, l'amnistie et la révision, prévoient spécifiquement qu'elles s'appliquent « [p]our les jugements rendus en vertu du présent code ou d'une autre loi fédérale [...] » (art. 381 CP [nous soulignons]).

d'urgence sur la base desquelles des jugements sont entrés en force soient abrogées avant même que les sanctions aient été exécutées. En bref, les circonstances visées par l'article 388 al. 2 CP, ordinairement rares, sont susceptibles de devenir courantes dans le contexte d'une situation particulière, au sens de l'article 6 LEp par exemple.

Aussi, une application par analogie de l'article 388 al. 2 CP à des jugements prononcés en vertu de dispositions pénales accessoires contenues dans du droit d'exception aurait inmanquablement pour conséquence qu'une importante proportion des sanctions pénales prévues par ce droit seraient, *ab initio*, en quelque sorte destinées à ne jamais être exécutées. Somme toute, si l'on radicalise cette conclusion, on se trouverait dans une configuration où une norme juridique inviterait à la désobéissance civile, ce qui de toute évidence est en désaccord avec l'esprit de la loi. On imagine mal en effet que le Parlement ait souhaité cela en rédigeant l'article 388 al. 2 CP, même s'il y a fort à parier qu'il n'avait à ce moment-là guère anticipé l'émergence d'une situation d'urgence telle que celle liée à la pandémie de COVID-19, où des mouvements de pénalisation et dépenalisation seraient si fréquents.

V. Conclusion

Pour conclure, même si la doctrine suit manifestement l'interprétation systématique de l'article 388 al. 2 CP mis en relation avec l'article 333 al. 1 CP pour affirmer – très justement d'ailleurs – que l'article 388 ne s'applique qu'en cas de révision de dispositions des livres deuxième et éventuellement premier du Code pénal, la question de son application analogique aux dispositions pénales du droit pénal accessoire non seulement se défend, mais nous semble même faire sens. Par contre, l'extension de cette application par analogie au cas particulier qu'est le droit d'urgence apparaît plus délicate. En effet, cela dénaturerait le droit d'urgence en le vidant de toute possibilité de recourir à la force de persuasion du droit pénal et de ses sanctions. Cela risquerait notamment d'inciter les personnes condamnées à retarder l'exécution de leur sanction jusqu'à l'abrogation du droit d'urgence et la non-exécutabilité de la sanction qu'une telle abrogation engendrerait en vertu de l'article 388 al. 2 CP.

En d'autres termes, le développement présenté ci-avant nous permet d'affirmer qu'en matière de droit d'urgence et conformément aux interprétations historique, systématique et téléologique de l'article 388 al. 2 CP, celui-ci n'a pas pour conséquence d'empêcher l'exécution des sanctions des ordonnances COVID à la suite de la dépenalisation de l'acte à raison duquel elles ont été prononcées.