

Rapport explicatif
sur
la modification du code pénal
et sur
la modification du droit pénal des mineurs
(Train de mesures. Exécution des sanctions)

Office fédéral de la justice
6 mars 2020

Table des matières

Condensé	6
1 Grandes lignes de l'avant-projet relatif à la modification du code pénal (avant-projet 1)	8
1.1 Contexte	8
1.1.1 Motion 11.3767 Rickli Natalie. Halte aux congés et aux sorties pour les personnes internées	8
1.1.2 Motion 16.3002 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N). Unifier l'exécution des peines des criminels dangereux	8
1.1.3 Motion 17.3572 Guhl. Internement. Intervalle plus long entre les expertises après trois résultats négatifs	9
1.2 Droit applicable et nécessité de légiférer	9
1.2.1 Régime des sanctions du CP et exécution des sanctions pénales en Suisse	9
1.2.2 Congé pour les personnes internées	12
1.2.3 Examen de l'internement	13
1.2.4 Calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté	13
1.2.5 Compétences pour lever, modifier ou prolonger une mesure thérapeutique	13
1.2.6 Commission d'évaluation de la dangerosité	15
1.2.7 Assistance de probation et règles de conduite	16
1.2.8 Cautionnement préventif	18
1.2.9 Harmonisation terminologique	19
1.3 Aperçu de la réglementation proposée	19
1.3.1 Interdiction des congés non accompagnés pour les délinquants internés dans un établissement fermé	19
1.3.2 Modification de la fréquence de réexamen de l'internement	19
1.3.3 Calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté	20
1.3.4 Compétences pour lever, modifier ou prolonger une mesure thérapeutique	20
1.3.5 Composition de la commission d'évaluation de la dangerosité et saisine de cette commission	22
1.3.6 Renforcement de l'assistance de probation et des règles de conduite	22
1.3.6.1 Faut-il étendre l'internement ?	22
1.3.6.2 Vers une nouvelle mesure de surveillance ?	23
1.3.6.3 Proposition du Conseil fédéral	24
1.3.6.4 Vers un durcissement de la sanction pour non-respect de l'assistance de probation ou des règles de conduite ?	25

1.3.7	Harmonisation terminologique	28
2	Commentaire des dispositions de l'avant-projet 1	29
2.1	Interdiction de toute sortie non accompagnée pour les délinquants internés en milieu fermé	29
	Art. 84, al. 6 ^{bis} et 6 ^{ter} ; art. 90, al. 4 ^{bis} , AP-CP	29
2.2	Modification de la fréquence de réexamen de l'internement	29
	Art. 64b, al. 3, AP-CP	29
2.3	Calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté	29
	Art. 57a, al. 1, AP-CP	30
	Art. 57a, al. 2, AP-CP	31
	Art. 57a, al. 3, AP-CP	31
2.4	Compétences pour lever, modifier ou prolonger une mesure thérapeutique	31
	Art. 62c, al. 1 (phrase introductive) et 5 ; art. 62d, al. 1 ; art. 63a, al. 1 et 2 (phrase introductive)	31
	Art. 65a AP-CP ; art. 81, al. 1, let. b, ch. 8, AP-LTF	32
2.5	Participation de la commission d'évaluation de la dangerosité et saisine de cette commission	32
	Art. 62c, titre marginal, AP-CP	32
	Art. 62d, al. 2, AP-CP	32
	Art. 62e AP-CP	33
	Art. 64, al. 5, AP-CP	34
	Art. 64a, titre marginal, AP-CP	34
	Art. 64b, al. 2, let. c, AP-CP	34
	Art. 75a, al. 1 et 3, AP-CP	34
	Art. 90, al. 1 et 1 ^{bis} , AP-CP	35
	Art. 91a AP-CP	35
	Art. 91b AP-CP	37
	Art. 28, al. 3, AP-DPMin	38
2.6	Renforcement de l'assistance de probation et des règles de conduite	38
	Art. 41a AP-CP et art. 34a ^{bis} AP-CPM	38
	Art. 62, al. 4, let. b, et al. 5, AP-CP	40
	Art. 62f AP-CP	40
	Art. 89a AP-CP	42
	Art. 93 AP-CP	44
	Art. 94 AP-CP	45
	Art. 95, al. 2, AP-CP	47
	Art. 95a AP-CP	47
2.7	Harmonisation terminologique	48
3	Grandes lignes de l'avant-projet relatif à la modification du droit pénal des mineurs (avant-projet 2)	49

3.1	Contexte	49
3.1.1	Motion 16.3142 Caroni	49
3.1.2	Droit en vigueur	50
3.1.3	Nécessité de légiférer	53
3.1.4	Consultation d'experts	55
3.1.5	Solutions étudiées et solution retenue	56
3.1.5.1	Aucune modification législative	56
3.1.5.2	Extension du champ d'application du placement à des fins d'assistance au sens de l'art. 426 CC	56
3.1.5.3	Nouvelle mesure de droit policier	57
3.1.5.4	Introduction d'une mesure de sécurité relevant du droit pénal des mineurs	58
3.1.5.5	Mesure de droit pénal des adultes succédant à la mesure de droit pénal des mineurs	59
3.1.5.6	Conclusion	61
3.1.6	Autres modifications	62
3.1.7	Modifications écartées	62
3.2	Aperçu de la réglementation proposée	63
3.2.1	Résumé	63
3.2.2	Infractions susceptibles de mener à une mesure du CP	63
3.2.3	Pronostic négatif (au moment du jugement / au moment du prononcé)	64
3.2.4	Réserve de la mesure dans le jugement de condamnation	65
3.2.5	Mesures du CP	66
3.2.6	Mesures du CP à l'issue du placement en établissement fermé	66
3.2.7	Mesures du CP à l'issue de la privation de liberté	67
3.2.8	Compétence pour ordonner la mesure	67
3.2.9	Placement à des fins d'assistance	67
3.2.10	Exécution de la mesure	68
3.2.11	Droit de la procédure	68
	Procédure pénale applicable aux mineurs (PPmin)	68
	CPP	69
3.2.12	Droit du casier judiciaire	69
4	Commentaire des dispositions de l'avant-projet 2	69
4.1	DPMin 69	
	Art. 3, al. 2 et 3	69
	Art. 14, al. 2	69
	Art. 15a	70
	Art. 19, al. 1 ^{bis} et 1 ^{ter}	71
	Art. 19a	72
	Art. 19b	73
	Art. 19c	74
	Art. 25a	75
	Art. 27a	76

5	Relation avec le programme de la législature	76
6	Conséquences sur l'état du personnel et conséquences financières	77
6.1	Conséquences pour la Confédération	77
6.1.1	Avant-projet 1	77
6.1.2	Avant-projet 2	77
6.2	Conséquences pour les cantons	77
6.2.1	Avant-projet 1	77
6.2.2	Avant-projet 2	78
7	Aspects juridiques	79
7.1	Constitutionnalité	79
7.1.1	Compétence législative	79
7.1.2	Conformité aux droits fondamentaux	79
7.1.2.1	Nouveautés introduites par l'avant-projet 1	79
7.1.2.2	Nouveautés introduites par l'avant-projet 2	79
7.1.2.2.1	Droits fondamentaux	80
7.1.2.2.2	Conclusion	81
7.2	Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	81
7.2.1	CEDH et Convention relative aux droits de l'enfant	81
7.2.2	Art. 5 CEDH : droit à la liberté et à la sûreté	81
7.2.3	Art. 6 CEDH : droit à un procès équitable	83
7.2.4	Art. 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant	83

Condensé

Le train de mesures. Exécution des sanctions comprend différentes mesures spécifiques. Celles-ci sont indépendantes les unes des autres et n'interagissent pas entre elles. C'est pourquoi le Conseil fédéral sépare les modifications en deux avant-projets distincts : l'avant-projet 1 concerne les modifications apportées au code pénal (CP), l'avant-projet 2 celles apportées au droit pénal des mineurs (DPMIn).

Contenu des avant-projets

Avant-projet 1 : modification du CP

Le CP en vigueur offre un régime de sanctions flexible, relativement étanche en ce sens qu'il laisse peu de portes de sortie pour les délinquants condamnés pour des infractions graves, qui permet de réinsérer les délinquants dangereux ou, si cela s'avère impossible, de les maintenir à l'écart de la société tant que cela est nécessaire pour empêcher la commission de nouvelles infractions graves. Il fournit aujourd'hui déjà un niveau de sécurité très élevé. Un examen de l'exécution des sanctions a toutefois mis en évidence qu'il était possible d'apporter un certain nombre d'améliorations au droit fédéral, améliorations aussi attendues par les cantons. L'avant-projet présenté permettra de mettre en œuvre ces améliorations.

L'avant-projet met en œuvre trois motions (mo. 11.3767 Rickli, Halte aux congés et aux sorties pour les personnes internées ; mo. 16.3002 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, Unifier l'exécution des peines des criminels dangereux ; mo. 17.3572 Guhl, Internement. Intervalle plus long entre les expertises après trois résultats négatifs).

La proposition du Conseil fédéral qui met en œuvre la motion 11.3767 assurera qu'aucun congé non accompagné ne soit accordé à des délinquants qui subissent un internement ou une peine privative de liberté en milieu fermé.

La mise en œuvre de la motion 17.3572 vise à réduire la charge administrative induite par l'expertise annuelle en vue de l'examen de la libération conditionnelle de l'internement : cette expertise n'interviendra d'office que tous les trois ans si la libération conditionnelle a été refusée trois fois de suite.

En vue de la réalisation de la motion 16.3002, l'Office fédéral de la justice, en collaboration avec les cantons, a établi un rapport qui évalue la situation et la nécessité d'agir. Au vu des conclusions du rapport, le Conseil fédéral propose quatre modifications :

- clarification des dispositions relatives à la composition et à la saisine de la commission d'évaluation de la dangerosité des délinquants afin d'éliminer les incertitudes juridiques dans la pratique et de renforcer le rôle de la commission ;*
- attribution au tribunal des compétences pour lever, modifier ou prolonger une mesure et aménagement d'un droit de recours à l'autorité d'exécution dans le but d'accélérer la procédure de modification de la sanction et de la rendre plus efficace ;*
- clarifier et unifier le calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté par les autorités d'exécution.*

-
- *renforcement des mesures de contrôle et d'accompagnement (assistance de probation et règles de conduite) au terme de l'exécution d'une peine ou d'une mesure dans le but de combler la lacune en matière de sécurité qui peut survenir lorsqu'un délinquant dangereux n'est pas amendable et présente un risque de récidive, mais ne nécessite pas un internement en raison d'une dangerosité particulière ;*

Avant-projet 2 : modification du DPMIn

Cet avant-projet met œuvre la motion 16.3142 Caroni « Droit pénal des mineurs. Comblant une lacune en matière de sécurité ». Les jeunes délinquants qui ne peuvent pas ou plus être éduqués ou subir un traitement doivent actuellement être libérés de l'exécution d'une mesure de protection - le cas échéant après avoir purgé le reste de la peine - alors même qu'ils présentent un danger pour les tiers. Le DPMIn ne prévoit aucune mesure spécifique destinée à protéger les tiers. Le placement à des fins d'assistance prévu par le code civil, qui est applicable à des personnes réfractaires à une action éducative ou à un traitement, représentant une menace grave pour autrui, et qui peut être demandé au terme d'une mesure de protection prononcée en vertu du DPMIn, ne constitue pas une mesure de sécurité.

Il est rare qu'un jeune délinquant passe entre les mailles de tous les filets de sécurité mis en place par le DPMIn et doive être libéré d'une sanction alors qu'il est un « délinquant dangereux ». Il n'y a donc pas lieu de modifier le DPMIn dans sa substance, mais simplement de combler certaines lacunes en matière de sécurité. La portée de la réglementation proposée est limitée afin de ne pas remettre en question les principes généraux du DPMIn.

La réglementation proposée, après analyse des différentes solutions possibles, permet d'ordonner une mesure du CP pour des personnes de 18 ans révolus contre lesquels une sanction a été prononcée en application du DPMIn. Rédigées restrictivement, ces dispositions ne trouveront application qu'à l'encontre de délinquants qui ont commis des infractions très graves et qui, à l'expiration de la sanction prononcée en application du DPMIn, risquent sérieusement de commettre à nouveau une infraction aussi grave.

1 Grandes lignes de l'avant-projet relatif à la modification du code pénal (avant-projet 1)

1.1 Contexte

1.1.1 Motion 11.3767 Rickli Natalie. Halte aux congés et aux sorties pour les personnes internées

La motion Rickli a été modifiée par le Conseil des États le 15 décembre 2015 et adoptée par le Conseil national le 14 juin 2016. Le Conseil fédéral est chargé de soumettre au Parlement une modification de l'art. 64 du code pénal (CP)¹ afin d'exclure tout congé non accompagné et toute sortie non accompagnée pour les personnes faisant l'objet d'un internement.

1.1.2 Motion 16.3002 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N). Unifier l'exécution des peines des criminels dangereux

Le Conseil national et le Conseil des États ont adopté la motion 16.3002 CAJ-N respectivement le 3 mars et le 29 septembre 2016. Cette motion invite le Conseil fédéral à définir, en collaboration avec les cantons et sur la base des concordats existants, des critères et des standards minimaux pour régler de manière unifiée l'exécution des peines des condamnés dangereux.

Pour la mise en œuvre de la motion, l'Office fédéral de la justice (OFJ), en collaboration avec une délégation de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) composée de représentants des concordats sur l'exécution des peines et des autorités cantonales d'exécution des peines et mesures, a établi un rapport² publié le 20 novembre 2018.

Le groupe de travail a examiné différents points relatifs à l'exécution des peines et mesures des délinquants dangereux. Le rapport se propose en premier lieu de vérifier, quatre ans après la publication du rapport donnant suite au postulat Amherd³, si des différences subsistent dans la pratique des cantons et des concordats. Il analyse dans un deuxième temps si ces différences posent des problèmes. Il conclut en proposant des solutions destinées à écarter les lacunes mises en évidence.

Le rapport de l'OFJ ébauche un instrument possible destiné à assister et à contrôler les délinquants dangereux à l'issue de la sanction, simplifier la procédure en ce qui concerne l'attribution des compétences entre les autorités administratives et judiciaires, régler clairement la durée des mesures et fixer la composition et la

¹ RS 311.0

² Rapport de l'OFJ du 20 novembre 2018 relatif à la motion 16.3002 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 22 janvier 2016 « Unifier l'exécution des peines des criminels dangereux » (ci-après : rapport de l'OFJ relatif à la motion 16.3002), www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-11-20/ber-straftaeter-f.pdf (état au : 2.7.2019)

³ Rapport de l'OFJ du 18 mars 2014 donnant suite au postulat 11.4072 Amherd du 15 décembre 2011 « Contrôle de l'exécution des peines et des mesures en Suisse », www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/smv/dokumentation/ber-po-amherd-f.pdf (état au : 2.7.2019)

saisine de la commission spécialisée chargée de se prononcer sur la dangerosité des délinquants.

Dans ce rapport, l'OFJ n'a, en revanche, pas considéré que l'échange d'informations, notamment la question de la transmission de renseignements et du respect du secret médical, représentait un champ d'action prioritaire. En effet, la majorité des cantons ont, ces dernières années, légiféré en la matière⁴ dans le cadre de leurs propres compétences en droit de la santé et de l'exécution et l'Académie Suisse des Sciences Médicales a publié des directives médico-éthiques traitant de ce sujet⁵.

La motion 16.3002 ne traite pas des mesures de lutte contre les menaces terroristes en dehors de l'exécution judiciaire. Le Conseil fédéral a élaboré un projet spécifique en vue de lutter contre ce phénomène et l'a soumis au Parlement⁶.

1.1.3 Motion 17.3572 Guhl. Internement. Intervalle plus long entre les expertises après trois résultats négatifs

La motion Guhl a été adoptée par le Parlement le 28 février 2018. Le Conseil fédéral est chargé de modifier l'art. 64b CP pour que l'autorité compétente n'examine une libération conditionnelle qu'après trois ans ou sur demande fondée si l'expertise en vue d'une libération conditionnelle d'un délinquant interné a donné trois fois de suite un résultat négatif.

1.2 Droit applicable et nécessité de légiférer

1.2.1 Régime des sanctions du CP et exécution des sanctions pénales en Suisse

Le CP suisse distingue les peines des mesures. Le régime des sanctions est conçu pour être dualistique et vicariant. Cela signifie que les autorités qui appliquent le droit peuvent ou doivent prononcer conjointement des peines et des mesures⁷, mais qu'elles doivent imputer la durée de la privation de liberté subie dans le cadre de l'exécution d'une mesure à la peine privative de liberté qu'il reste à purger⁸. L'exécution de la mesure prime celle de la peine (art. 57, al. 2, CP).

Depuis qu'il a été révisé en 2007, le régime des sanctions se distingue par sa grande flexibilité⁹. Il est possible d'ordonner ultérieurement une mesure thérapeutique institutionnelle ou ambulatoire à l'encontre d'un auteur pendant l'exécution d'une peine privative de liberté (art. 65, al. 1, CP)¹⁰. Le droit des mesures permet en outre

⁴ Rapport de l'OFJ relatif à la motion 16.3002 (note 2), ch. 5.4.5

⁵ ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, Exercice de la médecine auprès des personnes détenues, Berne 2018, ch. 10

⁶ 19.032 Objet du Conseil fédéral. Projet de loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (MPT)

⁷ Dualisme, art. 57, al. 1, CP

⁸ Vicariance, art. 57, al. 3, 62b, al. 3 et 63b, al. 1 CP

⁹ A ce sujet, ATF 145 IV 167 consid. 1.7

¹⁰ Au sujet de la mesure ambulatoire ultérieure, cf. l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_82/2019 du 1^{er} juillet 2019, consid. 2.3.5 et 2.3.8. Au sujet de la mesure thérapeutique institutionnelle ultérieure prévue à l'art. 65, al. 1, CP, cf. Cour EDH *Kadusic c. Suisse*, arrêt du 9 janvier 2018, n° 43977/13 et arrêt du Tribunal fédéral 6F_8/2018 du 22 mai 2018, consid. 2.2.3.

d'ordonner ultérieurement un internement, par exemple lorsqu'une mesure thérapeutique institutionnelle (art. 59 CP) est restée sans effet (art. 62c, al. 4, CP)¹¹.

Lorsqu'un auteur exécutant une peine privative de liberté ne remplit pas les conditions nécessaires pour subir une mesure thérapeutique institutionnelle, il est possible d'ordonner ultérieurement un internement en vertu de l'art. 65, al. 2, CP. Cette disposition a été introduite et discutée de manière approfondie lors de la révision de la partie générale du CP (correctifs en matière de sanctions et casier judiciaire) de 2005¹².

Étant donné qu'un tel prononcé correspond à une modification du jugement de condamnation, il est seulement possible de le faire en respectant les règles strictes de la révision (« révision en la défaveur de la personne condamnée »). Du point de vue juridique, il n'existe pas de marge de manœuvre pour ne pas appliquer strictement les conditions nécessaires de l'art. 65, al. 2, CP, d'autant plus que la réglementation en vigueur est presque unanimement critiquée par les auteurs de doctrine¹³. La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) avait déclaré que la réglementation allemande au sujet de la détention de sûreté (*Sicherungsverwahrung*) violait la Convention¹⁴. Une affaire impliquant la Suisse et portant sur un internement ultérieur prononcé en application de l'art. 65, al. 2, CP est actuellement en suspens devant la Cour EDH (état : janvier 2020)¹⁵.

En conclusion, il faut retenir que le régime des sanctions en vigueur est flexible et relativement étanche, ce qui permet de réinsérer les délinquants dangereux ou, si cela s'avère impossible, de les maintenir à l'écart de la société tant que cela est nécessaire pour empêcher la commission de nouvelles infractions graves.

¹¹ Cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_81/2011 du 16 mai 2011, consid. 4 ; en tenant compte de la conformité à la CEDH ATF 145 IV 167, consid. 1.7 s.

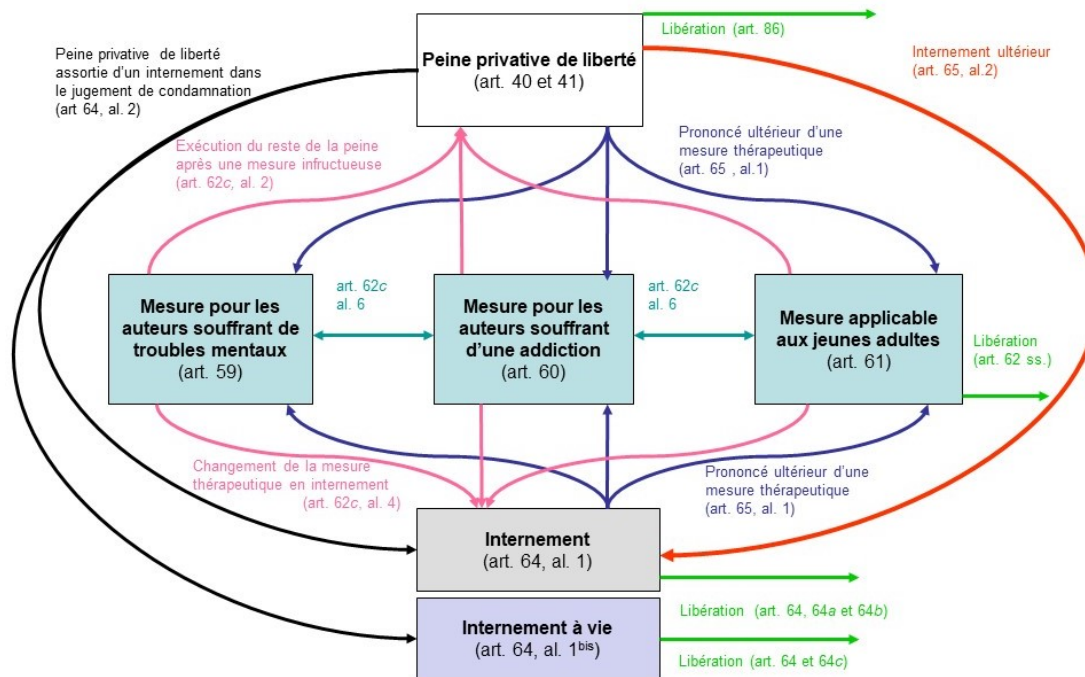
¹² Résumé des débats disponible sur le site <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20050060#/tab-panel-acc-9>

¹³ Cf. HEER MARIANNE, in: Niggli Marcel A./ Wiprächtiger Hans (éd.), *Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz*, tome I, 4^e éd., Bâle 2019, ad art. 65 n° 58 ss.

¹⁴ Cour EDH, *M. c. Allemagne*, arrêt du 17 décembre 2009, n° 19359/04

¹⁵ C'est l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_896/2014 du 16 décembre 2015 qui est contesté.

Schéma : Possibilités de modifier la sanction prévues dans le CP¹⁶



¹⁶ Le schéma ne contient pas les possibilités d'ordonner une mesure ambulatoire ou l'exécution progressive dans le cadre de la libération conditionnelle (prononcé d'une assistance de probation, et de règles de conduite, réintégration), cf. à ce sujet le ch. 1.2.7.

L'exécution des peines et des mesures est du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi (art. 123, al. 2 de la Constitution [Cst.]¹⁷ et art. 372 CP). Ils doivent mettre à disposition les moyens nécessaires, à savoir les autorités d'exécution, l'assistance de probation et les établissements de privation de liberté.

En vue d'accomplir ensemble leurs tâches, les cantons se sont regroupés en trois concordats régionaux sur l'exécution des peines. Ces derniers contribuent essentiellement à l'harmonisation des pratiques en matière d'exécution et à une planification efficace des établissements pénitenciers. La Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) a pris des mesures importantes en vue de l'harmonisation de l'exécution des peines et des mesures en adoptant des bases communes pour l'exécution des sanctions en Suisse ainsi qu'en fondant le Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions pénales (CSCSP).

Dans son rapport en réponse au postulat Amherd 11.4072 sur le contrôle de l'exécution des peines et des mesures en Suisse, le Conseil fédéral a décrit les tâches relevant de l'exécution des sanctions pénales en détail. De ce fait, nous ne présentons ici qu'un bref résumé de la situation.

Les tâches des autorités et des établissements d'exécution des sanctions pénales sont vastes. Elles vont de l'exécution de la détention avant une condamnation définitive jusqu'à la mise en œuvre de l'assistance de probation après la libération conditionnelle. Les points centraux de l'action des autorités sont systématiquement la protection de la sécurité publique et la resocialisation des auteurs d'actes punissables.

Les autorités d'exécution ont pour mandat légal de poursuivre un double objectif : la resocialisation et la prévention de la récidive. Conformément à l'art. 75, al. 1, CP, l'exécution des peines vise à améliorer le comportement social du détenu, en particulier son aptitude à vivre sans commettre d'infractions. Les récidives d'actes criminels doivent être évitées afin de protéger la société. Selon le principe de la prévention spéciale positive, le but de l'exécution des sanctions pénales est de soutenir durablement la réintégration des délinquants et, ce faisant, de fortement contribuer à la protection de la sécurité publique.

Pour remplir ces tâches, les autorités cantonales d'exécution disposent d'établissements spécialisés, par exemple d'établissements pénitentiaires ouverts ou fermés, d'établissements d'exécution des mesures, d'établissements de détention pour femmes et d'institutions pour jeunes adultes.

1.2.2 Congé pour les personnes internées

Le droit en vigueur exclut sans exception tout allègement dans l'exécution de la peine (art. 123a, al. 1, Cst., art. 84, al. 6^{bis}, et 90, al. 4^{ter}, CP) pour les personnes internées à vie (art. 64, al. 1^{bis}, CP). Pour celles condamnées à un internement ordinaire (art. 64, al. 1, CP), un allègement de l'exécution – sous forme de congé accompagné ou non accompagné – n'est pas exclu (art. 84, al. 6, en rel. avec l'art. 90, al. 4 et 2^{bis}, CP).

Pour décider de l'octroi d'un allègement dans l'exécution à un délinquant qui a été condamné selon l'art. 64, al. 1, CP, il faut examiner si les conditions relatives au caractère dangereux pour la collectivité énoncées à l'art. 75a, al. 3, CP sont remplies.

La motion 11.3767 Rickli visait à interdire tous les « congés et sorties pour les personnes internées ». Elle a été modifiée par le Conseil des États le 15 décembre 2015 et adoptée par le Conseil national dans sa version modifiée le 14 juin 2016. Le Conseil fédéral est chargé dès lors de soumettre au Parlement une modification de l'art. 64 CP qui exclue tout congé et toute sortie *non accompagnés* pour les personnes internées.

1.2.3 Examen de l'internement

D'après l'art. 64b, al. 1, let. a, CP, l'autorité compétente examine, d'office ou sur demande, au moins une fois par an et pour la première fois après une période de deux ans, si l'auteur peut être libéré conditionnellement de l'internement.

L'examen annuel en vue de la libération conditionnelle occasionne une charge administrative considérable. Pendant ce laps de temps d'un an, le risque de récidive chez les délinquants internés ne diminue pas dans une mesure telle qu'elle permettrait d'envisager un allègement dans l'exécution de la peine.

1.2.4 Calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté

Le droit en vigueur ne contient aucune disposition sur le calcul de la durée des mesures thérapeutiques. L'on ne sait par exemple pas avec certitude si la détention avant l'entrée dans un établissement d'exécution approprié (détention à des fins d'organisation [*Organisationshaft*]) doit être imputée à la durée de la mesure. Au cours de ces dernières années, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer plusieurs fois suite à des incertitudes quant au calcul des délais¹⁸.

Pour assurer un calcul uniforme de la durée des mesures privatives de liberté dans la pratique, il est nécessaire de codifier et de préciser la jurisprudence du Tribunal fédéral. Les autorités d'exécution rencontreraient ainsi moins de difficultés dans la gestion des délais, si bien que les requêtes de prolongation ou de modification pourraient être introduites en temps utile.

1.2.5 Compétences pour lever, modifier ou prolonger une mesure thérapeutique

Le droit pénal en vigueur attribue à deux autorités distinctes les compétences pour lever une mesure existante et en prononcer une nouvelle : tandis que la levée est de la compétence de l'autorité d'exécution, la modification ou la prolongation ressortissent au juge. En raison du lien étroit existant entre ces deux types de décisions, les cantons peuvent aussi attribuer au juge la compétence pour lever une mesure¹⁹.

¹⁸ Cf. en particulier ATF 142 IV 105, consid. 4.2 ; 145 IV 65, consid. 2.3 ; au sujet de la détention à des fins d'organisation (*Organisationshaft*) cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_564/2018 du 2 août 2018, consid. 2.5.5

¹⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1098/2018 du 21 mars 2019, consid. 1.5, publication prévue

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁰, l'autorité d'exécution doit avoir préalablement levé la mesure en vigueur en vertu du droit cantonal avant que le juge n'ordonne une autre mesure en rendant une décision ultérieure indépendante selon les art. 363 ss. du code de procédure pénale (CPP)²¹.

Cette compétence partagée en matière de modification d'une sanction est critiquée par la doctrine²² et soulève des difficultés dans la pratique. Elle est non seulement inutile, mais comporte le risque de donner lieu à des décisions contradictoires²³.

Le cas E. illustre ces difficultés : E a été condamné à une peine privative de liberté de cinq ans et à une amende de 200 francs pour viol et actes d'ordre sexuel avec des enfants. En sus, une mesure thérapeutique institutionnelle à exécuter en milieu fermé a été prononcée (art. 59, al. 3, CP). Avant l'expiration de la durée de cinq ans de la mesure, l'autorité d'exécution a demandé au tribunal de prononcer la prolongation de la mesure, estimant que E. nécessitait toujours une prise en charge. En effet, le risque de récidive pour des infractions à l'intégrité sexuelle est toujours qualifié de très élevé. Statuant sur recours contre la décision de prolongation de la mesure rendue en première instance, le tribunal relève que malgré plusieurs années de thérapie, la situation de E. par rapport aux infractions commises n'a pas vraiment évolué. Il ne semble pas vouloir s'investir dans un traitement et se confronter à sa pédophilie. Aussi, de l'avis du tribunal, la mesure ne peut être prolongée²⁴.

Dans certaines situations, le droit applicable a pour conséquence que des délinquants dangereux doivent être mis ou maintenus en détention pour motifs de sûreté selon les art. 229 ss CPP parce que l'ancienne mesure rendue à leur encontre a été levée alors que la nouvelle n'a pas encore été ordonnée²⁵. Le fait de prononcer une détention pour des motifs de sûreté constitue ici un expédient dont la base légale suscite des interrogations²⁶. La Cour EDH a arrêté que l'application par analogie de la réglementation de la procédure de première instance lors d'une procédure ultérieure viole la CEDH²⁷. De plus, le transfert du délinquant dans un établissement pénitentiaire paraît inadéquat s'il doit poursuivre un traitement ou s'il manifeste la volonté de se soumettre à une thérapie.

Ces problèmes se présentent moins souvent lorsque la même autorité se prononce sur la modification de la sanction et ordonne à titre incident la levée de la mesure dans la même décision.

²⁰ ATF 134 IV 246, consid. 3.4; 141 IV 49, consid. 2.4 s.

²¹ RS 312.0

²² HEER MARIANNE, in : Niggli Marcel A./ Wiprächtiger Hans (éd.), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz, tome I, 4^e éd., Bâle 2019, ad art. 62 n° 9 s., 18 ss.

²³ Rapport de l'OFJ relatif à la motion 16.3002 (note 2), ch. 6

²⁴ Jugement de la Chambre de recours du Tribunal cantonal du canton de Soleure BKBES.2016.15 du 16 septembre 2016

²⁵ Pour une application analogue dans des procédures régies par le CPP lors d'une décision ultérieure indépendante du tribunal, cf. arrêts du Tribunal fédéral 1B 486/2018 du 22 novembre 2018, consid. 1 et 1B 41/2019 du 19 février 2019, consid. 2.3

²⁶ Cf. à ce sujet ATF 139 IV 175 et 142 IV 105 ; ainsi que Cour EDH, *T.B. c. Suisse*, arrêt du 30 avril 2019, n° 1760/15

²⁷ Cour EDH, *I.L. c. Suisse*, arrêt du 3 décembre 2019, n° 72939/16 (§ 52 ss). La base légale pour la détention de sécurité sera créée dans le cadre de la révision du CPP actuellement pendante au Parlement, cf. aussi le ch. 1.3.4.

Il convient de relever que dans des cantons comme par ex. celui du Valais, les problèmes pouvant résulter du partage des compétences ne se posent pas dès lors qu'un tribunal de l'exécution rend non seulement des décisions en matière d'exécution, mais aussi des décisions ultérieures indépendantes, comme cela est prévu par les art. 363 ss CPP.

Le Ministère public a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral contre les décisions ultérieures (art. 81, al. 1, let. b, ch. 3, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF]²⁸). Les autorités cantonales d'exécution en revanche ne sont pas légitimées à former un recours²⁹. Il appartient au Ministère public de défendre les intérêts des autorités d'exécution³⁰. Comme il est très rare que le Ministère public soit directement impliqué dans l'exécution des sanctions, il semble dès lors judicieux de conférer aux autorités d'exécution la qualité pour recourir tant au niveau de la procédure cantonale que devant le Tribunal fédéral.

1.2.6 Commission d'évaluation de la dangerosité

La commission pluridisciplinaire prévue à l'art. 62d, al. 2, CP a pour rôle d'évaluer la dangerosité et de fournir un préavis à l'autorité d'exécution lorsque celle-ci statue sur des allègements dans l'exécution³¹.

Plusieurs dispositions règlent la saisine de la commission d'évaluation de la dangerosité (art. 62d, al. 2, art. 64b, al. 2, let. c, art. 75a, al. 1, en lien avec l'art. 90, al. 4^{bis}, CP) et il existe une pratique discordante en la matière dans le cadre de la libération conditionnelle d'une mesure ou d'un internement (art. 62d et art. 64b CP)³². Du point de vue de la sécurité du droit, cette situation n'est pas satisfaisante. Il convient, à cet égard, de définir précisément les situations dans lesquelles la commission doit être saisie.

L'art. 62d, al. 2, CP règle la composition de la commission spécialisée dans les grandes lignes. D'une part, cet article dispose que les membres de la commission proviennent de l'un des trois domaines professionnels expressément indiqués (poursuite pénale, exécution, psychiatrie) mais n'exige pas d'autres qualifications spécifiques. Il n'est pas clair non plus si des experts dotés d'un profil professionnel complémentaire peuvent également siéger au sein de cette commission. En pratique, les cantons ont réglé l'organisation, le fonctionnement et la composition des commissions d'évaluation de dangerosité de manière différente³³. Ainsi, dans plusieurs cantons, d'autres spécialistes sont membres de la commission.

²⁸ RS 173.110

²⁹ ATF 133 IV 121, consid. 1.2 et ATF 145 IV 65, consid. 1.2

³⁰ ATF 145 IV 65, consid. 1.2

³¹ Selon l'art. 75a, al. 2, CP, des allègements dans l'exécution consistent en des adoucissements du régime de privation de liberté, notamment le transfert en établissement ouvert, l'octroi de congés, l'autorisation de travailler ou de loger à l'extérieur ainsi que la libération conditionnelle.

³² Cf. détails au ch. 2.5 ; rapport de l'OFJ relatif à la motion 16.3002 (note 2), ch. 6.2

³³ ZERMATTEN AIMÉE H./FREYTAG THOMAS, Commission de dangerosité, in : Brägger Benjamin F./Vuille Joëlle (éd.), Lexique pénitentiaire suisse – De l'arrestation provisoire à la libération conditionnelle, Bâle 2016, p. 84 ss ; rapport de l'OFJ relatif à la motion 16.3002 (note 2), ch. 5.3.3

D'autre part, seule la récusation des experts et des représentants de la psychiatrie est mentionnée. Dans les faits, les membres du ministère public ou de l'autorité d'exécution peuvent également avoir déjà eu affaire avec la personne évaluée, d'autant plus dans les cantons latins qui possèdent chacun une commission cantonale d'évaluation de la dangerosité.

1.2.7 Assistance de probation et règles de conduite

Le droit actuel prévoit que l'assistance de probation et les règles de conduite au sens des art. 93 et 94 CP³⁴ sont ordonnées en cas de sursis ou de sursis partiel (art. 44, al. 2, CP), durant le délai d'épreuve imparti à la libération conditionnelle (art. 62, al. 3, art. 64a, al. 1, art. 87, al. 2), lors de l'exécution de certaines mesures (art. 63, al. 2, art. 67, al. 6, art. 67b, al. 4, art. 67c, al. 7^{bis}).

Il est possible de prolonger le délai d'épreuve (et, de ce fait, la possibilité d'ordonner une assistance de probation et d'imposer des règles de conduite) pour les auteurs internés qui se trouvent en liberté conditionnelle aussi longtemps que cela paraît nécessaire (art. 64a, al. 2, CP). Il en va de même pour les auteurs qui ont commis une infraction au sens de l'art. 64, al. 1, mais qui n'ont pas été internés (art. 87, al. 3, CP).

Cela étant, dans certains cas, le droit actuel ne connaît pas la possibilité de prolonger indéfiniment l'assistance de probation et les règles de conduite, par exemple suite à l'octroi de la libération conditionnelle d'une peine privative de liberté lorsque l'auteur n'a pas commis une infraction grave au sens de l'art. 64, al. 1, CP.

L'actuel régime des sanctions du CP est très flexible et relativement étanche en ce sens qu'il laisse peu de portes de sortie pour les délinquants condamnés pour des infractions graves. Il peut toutefois être amélioré en ce qui concerne l'exécution de peines en cas d'infractions moins graves : lors de procédures ultérieures au sujet de l'exécution d'une sanction prononcée pour une infraction d'une faible gravité, si une autre sanction ne peut pas être prononcée ou si la mesure ne peut pas être prolongée et qu'il n'y a plus de solde de peine privative de liberté à exécuter ou s'il subsiste un solde mais que l'auteur n'est logiquement pas éligible à une libération conditionnelle car il est évalué dangereux, il est alors libéré sans préparation suffisante, sans prise en charge et sans cadre, selon le droit pénal, censé prévenir la récidive et favoriser sa réinsertion. Il est même possible que, , l'auteur n'ait auparavant pas bénéficié d'allègements de régime permettant de le tester en liberté, notamment parce qu'il a été considéré qu'il risquait de récidiver.

Les cas ci-après illustrent les difficultés exposées.

- A. a été condamné à une peine privative de liberté de quatre ans et demi ainsi qu'à une mesure ambulatoire pour extorsion, chantage, brigandage qualifié, filouterie d'auberge et délit contre la loi fédérale du 16 décembre

³⁴ Jusqu'à l'entrée en vigueur de la révision de la PG-CP en 2007, le CP prévoyait des mesures de contrôle et d'accompagnement sous le titre « patronage », cf. art. 47, aCP. Cf. à ce sujet HAFTER ERNST, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts – Allgemeiner Teil, Berne 1946, p. 290 s.

2005 sur les étrangers et l'intégration³⁵. Constatant que A. arrive au terme de sa peine privative de liberté et qu'il présente un risque de récidive pour des actes de violence, l'autorité d'exécution a requis le prononcé ultérieur d'un internement. Le Tribunal fédéral a, ici, reconnu que les conditions de l'art. 65, al. 2, CP n'étaient pas remplies³⁶.

Au terme de sa peine, ne satisfaisant *a priori* pas aux conditions d'une libération conditionnelle, A. devrait être libéré sans encadrement.

- B. exécute une mesure thérapeutique institutionnelle au sens de l'art. 59 CP pour s'être rendu coupable, à répétées reprises, d'actes d'ordre sexuel avec des enfants, pornographie et désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel³⁷. Après avoir refusé la libération conditionnelle de la mesure et avoir levé cette dernière, l'autorité d'exécution a requis le prononcé d'un internement. Le Tribunal fédéral a jugé que les actes commis par B. ne remplissaient pas le critère de « grave atteinte » de l'art. 64, al. 1, CP et que, partant, B. ne pouvait être condamné à un internement³⁸. La mesure ayant été levée, s'il ne subsiste plus de solde de peine privative de liberté, B. doit être libéré sans conditions, ni suivi accompagnant sa réintégration dans la collectivité.
- C. a été condamné pour dénonciation calomnieuse, menaces (à répétées reprises), tentative de contrainte, plusieurs incendies intentionnels (dommage de peu d'importance), tentative de menaces alarmant la population, induction de la justice en erreur et plusieurs injures à une peine pécuniaire et à une peine privative de liberté de trois ans. En outre, une mesure thérapeutique institutionnelle au sens de l'art. 59 CP a été ordonnée. Durant l'exécution de la mesure, C. commet un nouvel incendie intentionnel pour lequel il écope d'une peine privative de liberté de deux ans. Jugeant l'exécution de la mesure comme vouée à l'échec, l'autorité d'exécution lève cette dernière, demande au tribunal que C. purge le solde de ses peines et qu'il soit ordonné un internement à son encontre. Le Tribunal fédéral a jugé que malgré que C. nécessite une thérapie (mais n'y est actuellement pas apte) et présente un risque de récidive, le prononcé d'un internement ne pouvait être considéré comme une solution puisque C. n'avait pas commis une infraction assez grave rendant un internement possible³⁹.

Le Tribunal fédéral a récemment reconnu la possibilité d'ordonner une mesure ambulatoire, une assistance de probation et des règles de conduite dans un cas où la

³⁵ RS 142.20

³⁶ ATF 143 IV 445

³⁷ Par souci de clarté, il convient de préciser que les actes d'ordre sexuel avec des enfants en au sens de l'art. 187 CP ne couvrent ni la contrainte sexuelle (art. 189 CP) ni le viol (art. 190 CP) d'enfants. Il y a concours parfait entre ces infractions : les articles s'appliquent cumulativement.

³⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_746/2016 du 8 décembre 2017

³⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1035/2019 du 22 octobre 2019

mesure thérapeutique institutionnelle (art. 59 CP) avait été levée pour cause d'échec, la peine privative de liberté intégralement purgée et qu'il apparaissait opportun de ne pas relâcher purement et simplement l'auteur mais de continuer à le soumettre à une prise en charge⁴⁰. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a également souligné qu'il était nécessaire que le droit des mesures soit flexible. Il a rappelé, à l'instar de ce que prévoit le présent avant-projet⁴¹, les buts de prévention de la récidive et d'intégration sociale des mesures d'accompagnement.

1.2.8 Cautionnement préventif

Le cautionnement préventif au sens de l'art. 66 CP est un instrument de prévention spéciale du droit en vigueur permettant de mieux contrôler le risque d'infractions, du moins dans certains cas⁴². Le recours à cette mesure suppose que l'auteur menace de commettre un crime ou un délit⁴³ et que la personne menacée requière l'engagement⁴⁴ qu'il ne commette pas l'infraction. L'auteur peut être astreint à fournir des sûretés suffisantes pour cautionner son engagement (al. 1). S'il refuse de s'engager ou ne fournit pas les sûretés, il peut être détenu pendant deux mois au plus (al. 2). S'il commet l'infraction dans les deux ans à partir du jour où il a fourni les sûretés, celles-ci sont acquises à l'État (al. 3).

Certains auteurs de doctrine considèrent que le cautionnement préventif n'est pas efficace⁴⁵. Cela semble questionnable, dans la mesure où il est rarement ordonné. Toutefois, en Grande-Bretagne, cette mesure est un instrument classique de la lutte contre la criminalité⁴⁶. D'aucuns pensent qu'on a peu recours au cautionnement préventif parce qu'il est mal connu⁴⁷. Or le CPP comporte un instrument semblable à son art. 238 : s'il y a danger de fuite, le tribunal peut astreindre le prévenu au versement d'une somme d'argent afin de garantir qu'il se présentera aux actes de procédure⁴⁸.

Faute de retours venant de la pratique, il est difficile de déterminer si le cautionnement préventif est réellement efficace dans sa conception actuelle (notamment le fait qu'une requête de la personne menacée soit nécessaire et le fait

⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_82/2019 du 1^{er} juillet 2019, consid. 2.3.5 et 2.3.8

⁴¹ Cf. ch. 1.3.6.3.

⁴² Cf. KISSLING RENÉ, Warum fristet die Friedensbürgschaft ein Mauerblümchendasein?, Plaidoyer 6/2010, p. 13, avec des indications relatives au facteur temps, déterminant en matière de cautionnement préventif (par ex. dans l'affaire « Carl Hirschmann »).

⁴³ Il semble disproportionné de recourir au cautionnement préventif pour empêcher des contraventions, cf. arrêt du Tribunal fédéral 6B_190/2011 du 11 juillet 2011, consid. 2.4.5 s. (considérants non publiés dans l'ATF 137 IV 258).

⁴⁴ Il ne s'agit pas d'une plainte au sens de l'art. 30 CP.

⁴⁵ TRECHSEL STEFAN/BERTOSSA CARLO, StGB Praxiskommentar, Zurich/St-Gall 2018, ad art. 66 n° 1 (avec d'autres références)

⁴⁶ Cf. KISSLING RENÉ in: Niggli Marcel A./ Wiprächtiger Hans (éd), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz, tome I, 4^e éd., Bâle 2019, ad. art. 66 n° 1 ss.

⁴⁷ KISSLING, note 46, ad art. 66 n° 4

⁴⁸ Il arrive que tant le cautionnement préventif du CP que la fourniture de sûretés au sens du CPP soient utilisés en parallèle dans la procédure pénale. Pour des précisions HÄRRI MATTHIAS in: Niggli Marcel A./ Heer Marianne/ Wiprächtiger Hans (éd.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014, ad. art. 238 n° 2.

que la détention préventive ne puisse excéder deux mois). C'est pourquoi l'on renonce à proposer une adaptation de l'art. 66 CP dans l'avant-projet.

1.2.9 Harmonisation terminologique

Les dispositions légales sur les mesures de contrainte utilisent indifféremment les notions d'« autorité d'exécution » (par ex. à l'art. 59, al. 4, CP) et d'« autorité compétente » (par ex. à l'art. 62d, al. 1, CP), ce qui nuit à la lisibilité et à la compréhension de la loi.

1.3 Aperçu de la réglementation proposée

1.3.1 Interdiction des congés non accompagnés pour les délinquants internés dans un établissement fermé

Art. 84, al. 6^{bis} et 6^{ter}, et 90, al. 4^{bis}, AP-CP

L'interdiction de « sorties » non accompagnées est mise en œuvre par le biais d'une modification des art. 84 et 90 CP. Dans le Code pénal, le terme « congé » est utilisé en référence aux allègements dans l'exécution (art. 84, al. 6, CP).⁴⁹

Le terme correspondant utilisé par le CP pour l'allègement de l'exécution est celui de « congé » (art. 84, al. 6, CP. Attendu que, d'après l'art. 64, al. 2, CP, l'exécution d'une peine privative de liberté précède l'internement, les délinquants qui ont été condamnés à une peine privative de liberté et à l'internement ne devraient pas pouvoir se voir octroyer un congé non accompagné durant l'exécution de la peine.

Le critère de l'« exécution dans un établissement fermé » tient compte du fait que certains délinquants internés ne sont plus dangereux : des personnes internées peuvent, dans le cadre du régime progressif de l'exécution, passer d'un établissement fermé à un établissement ouvert si elles ne sont plus dangereuses. Un logement et un travail externes sont en principe également admis (art. 90, al. 2^{bis}, CP). Interdire des congés non accompagnés dans de telles situations ne serait pas raisonnable.

Afin de préparer les délinquants internés à ne pas récidiver après leur libération, il convient de leur donner la possibilité de faire leurs preuves pendant les allègements dans l'exécution (notamment lors de sorties non accompagnées) si les autorités compétentes ne les considèrent plus comme dangereux⁵⁰ et s'ils se trouvent en milieu ouvert. L'octroi d'un congé non accompagné assorti d'un moyen de contrôle juste avant une éventuelle libération conditionnelle se révèle utile pour l'établissement d'un pronostic et, partant, pour la sécurité.

1.3.2 Modification de la fréquence de réexamen de l'internement

Art. 64b, al. 3, AP-CP

D'après la motion 17.3572 Guhl, l'autorité d'exécution ne devrait examiner une libération conditionnelle qu'après trois ans ou sur demande fondée de la personne détenue si l'expertise annuelle en vue d'une libération conditionnelle de l'internement a donné trois fois de suite un résultat négatif.

⁴⁹ Voir à ce sujet arrêts du Tribunal fédéral 6B_664/2013 du 16. décembre 2013 consid. 2.3.3 et 6B_619/2015 du 18. décembre 2015 c. 2.4.

⁵⁰ Cf. art. 90, al. 4^{bis}, CP en rel. avec art. 75a CP et 91b AP-CP

Le fait que l'expertise ait été négative trois fois de suite n'est pas déterminant, mais bien la décision qu'elle fonde : lorsqu'elle doit se déterminer sur la libération conditionnelle, l'autorité d'exécution peut se référer à une expertise antérieure si les conditions n'ont pas changé depuis lors⁵¹. En revanche, une nouvelle expertise est indispensable si l'écoulement du temps et une modification des circonstances ont rendu la précédente caduque⁵².

Il importe donc avant tout que l'autorité compétente ait rendu trois fois de suite une *décision* négative entrée en force *sur la libération conditionnelle*. L'art. 64b, al. 3, AP-CP pose la condition suivante : si l'autorité compétente a refusé trois fois de suite la libération conditionnelle, elle ne la réexaminera d'office qu'après trois ans.

L'*examen sur requête de la personne intéressée* n'est pas touché par la modification proposée.

1.3.3 Calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté

Art. 57a AP-CP

La durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté se calcule en principe à partir du jour de l'entrée en force de leur prononcé⁵³. La détention avant l'entrée dans l'établissement approprié (détention à des fins d'organisation [*Organisationshaft*]) ne doit pas conduire à une prolongation de la privation de liberté.

Si le condamné se trouve en liberté avant l'exécution de la mesure, il faut prendre en compte les circonstances effectives et non le jour de l'entrée en force pour calculer le délai. C'est donc le moment à partir duquel la personne condamnée est privée de liberté qui sera déterminant pour l'exécution de la mesure ordonnée.

La décision de prolongation d'une mesure rendue avant la fin de cette dernière ne doit pas avoir d'incidence sur la durée totale de la mesure. La mesure doit être exécutée dans son entier, conformément à la décision, avant que ne commence la prolongation⁵⁴.

1.3.4 Compétences pour lever, modifier ou prolonger une mesure thérapeutique

Art. 81, al. 1, let. b, ch. 8, AP-LTF, art. 62c, al. 1 (phrase introductive) et 5, art. 62d, al. 1, art. 63a, al. 1 et 2 (phrase introductive) et art. 65a AP-CP

Il semble judicieux que le tribunal compétent pour rendre des décisions ultérieures indépendantes en vertu du CPP puisse se prononcer simultanément sur la levée de la mesure ordonnée préalablement. Deux variantes de mise en œuvre sont envisageables.

- Variante A : le droit fédéral attribue au tribunal la compétence pour lever toutes les mesures thérapeutiques.

⁵¹ ATF 128 IV 241, consid. 3.4

⁵² ATF 134 IV 246, consid. 4.3

⁵³ ATF 145 IV 65, consid. 2.2 ss.

⁵⁴ ATF 145 IV 65, consid. 2.8

Cette variante simplifie l'application du droit des sanctions : toutes les décisions qui ont trait à la *levée* d'une mesure ressortissent au tribunal. La décision relative aux *modalités de l'exécution*, soit notamment la décision d'allègement dans l'exécution, y compris la libération conditionnelle, reste de la compétence de l'autorité d'exécution.

Alors que la charge des tribunaux pénaux s'en trouve nettement accrue, les autorités d'exécution et les juges administratifs voient leur travail allégé.

En outre, il est fort probable que les décisions d'une instance judiciaire indépendante jouissent d'une meilleure acceptation que celles rendues par une autorité administrative chargée de l'exécution et liée par des instructions.

L'art. 64c, al. 3 et 4, CP prévoit déjà la levée de l'internement à vie par le juge.

- Variante B : le droit fédéral ne règle que les cas où la décision relative à la levée de la mesure coïncide avec celle portant sur une modification de la sanction.

Cette variante prévoit une compétence partagée lorsque la décision porte sur la levée de la mesure : lorsque l'autorité d'exécution entend modifier ou prolonger la mesure, c'est le tribunal pénal qui tranche dans le cadre de la décision ultérieure indépendante rendue dans la procédure en vertu du CPP. Dans les autres cas, l'autorité d'exécution (ou, le cas échéant, le tribunal administratif) tranche conformément au droit cantonal.

Le dualisme problématique du droit en vigueur ne serait pas éliminé, mais seulement déplacé.

De plus, cette solution est source de complications car elle ne s'applique pas sans exception dans tous les cas de levée de la mesure, mais uniquement dans certaines situations. Dans la pratique, cela rendrait plus fastidieuse l'application du droit des sanctions, ce qui n'est pas souhaitable du point de vue de la sécurité.

D'une manière plus générale, on peut aussi se demander s'il est correct qu'une autorité administrative puisse être habilitée à lever la décision du juge ordonnant une mesure thérapeutique et, corollairement, à influencer sur la levée de la sanction ordonnée.

Au vu de ce qui précède, l'avant-projet prévoit d'unifier la réglementation des compétences en matière de mesures thérapeutiques et, conformément à la variante A, d'attribuer exclusivement au tribunal pénal la compétence pour lever les mesures. Le droit fédéral consacrerait ainsi une compétence similaire à celle que certains cantons⁵⁵ ont déjà aménagée dans leur droit cantonal au moyen de tribunaux d'exécution. La compétence de ces tribunaux va au-delà de celle proposée ici,

⁵⁵ Cantons de Genève, Vaud, Valais et Tessin.

puisque'ils décident aussi de la libération conditionnelle d'une peine ou d'une mesure⁵⁶. Ces réglementations cantonales doivent continuer à s'appliquer.

L'autorité d'exécution serait en outre légitimée à recourir contre les décisions de lever, modifier ou prolonger une mesure thérapeutique rendues dans une procédure cantonale ou devant le Tribunal fédéral. Elle n'aurait en revanche pas qualité pour recourir contre d'autres décisions ultérieures (par ex. une décision de confiscation indépendante). La LTF devrait alors prévoir un droit de recours des autorités dans le domaine de l'exécution des peines et mesures, que les cantons règlent de façon autonome⁵⁷.

Le projet de révision du CPP comporte une base légale visant à permettre la détention pour des motifs de sûreté dans la perspective d'une décision ultérieure indépendante⁵⁸.

1.3.5 Composition de la commission d'évaluation de la dangerosité et saisine de cette commission

Art. 62c, titre marginal, art. 62d, al. 2, art. 62e, 64, al. 5, art. 64a, titre marginal, art. 64b, al. 2, let. c, art. 75a, al. 1 et 3, art. 90, al. 1, 1^{bis}, art. 91a et 91b AP-CP, art. 28, al. 3, AP-DPMin

Les modifications législatives envisagées doivent définir clairement les situations dans lesquelles l'autorité d'exécution requiert le préavis de la commission d'évaluation de la dangerosité. Il est également prévu de préciser la composition ainsi que les qualifications des membres de la commission et d'étendre le devoir de récusation à son ensemble.

On précise les règles sur la commission d'évaluation de la dangerosité des délinquants et on les déplace dans une nouvelle disposition légale (art. 91a AP-CP). La définition légale de la dangerosité figurera immédiatement à la suite de la disposition régissant la commission d'évaluation (art. 91b AP-CP).

1.3.6 Renforcement de l'assistance de probation et des règles de conduite

Art. 41a, 62, al. 4, let. b, et al. 5, art. 62f, 89a, 93, 94, 95, titre marginal, et al. 2, art. 95a AP-CP, art. 34a^{bis} AP-CPM

1.3.6.1 Faut-il étendre l'internement ?

Si l'on souhaite éliminer les problèmes de sécurité dus au fait qu'un délinquant n'est pas amendable et que les conditions de dangerosité pour un internement ne sont pas réunies, il y aurait lieu d'étendre le champ d'application de l'internement. Cette *mesure de sécurité impliquant une privation de liberté* toucherait également les auteurs dont la dangerosité se situe en dessous du seuil que le droit actuel fixe pour l'internement.

⁵⁶ Cf. art. 10 de la loi d'application du code pénal du 12 mai 2007 du canton du Valais (LACP)

⁵⁷ Cf. à ce sujet message du 15 juin 2018 relatif à la modification de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF), FF **2018** 4713, 4744 s.

⁵⁸ Art. 364a P-CPP, cf. message du 28 août 2019 concernant la modification du code de procédure pénale, FF **2019** 6351 6414 ss 6431

L'internement, en tant que privation de liberté de durée indéterminée constitue – avec la peine privative de liberté à vie (si elle est effectuée dans son entier) – la *sanction la plus lourde* du CP. Il s'agit donc là d'un moyen ultime (« *ultima ratio* », cf. art. 56, al. 2, et l'art. 56a, al. 1, CP)⁵⁹.

Selon l'objectif poursuivi par le législateur dans la nouvelle réglementation sur l'internement dans la révision de PG-CP de 2002, une infraction qui porte uniquement atteinte au patrimoine ne peut avoir comme conséquence juridique un internement. Les actes qui lèsent les *biens juridiques individuels* énumérés à l'art. 64, al. 1, CP et qui constituent une *atteinte grave* sont passibles d'une peine privative de liberté de cinq ans au moins. Dans certains cas, l'internement peut être à vie. Pour des motifs de proportionnalité, il convient de ne pas étendre cette mesure privative de liberté aux atteintes de peu de gravité à des biens juridiques individuels ni aux infractions contre le patrimoine. Cela équivaldrait à remettre en vigueur l'ancienne réglementation relative à l'internement des délinquants d'habitude.

L'extension de l'internement aux atteintes à des *biens juridiques collectifs* comme le bien juridique indistinct que constitue la sécurité publique irait trop loin. De telles infractions se distinguent par le fait qu'elles répriment pénalement des actes dangereux abstraits ou des actes préparatoires qui précèdent la violation d'un bien juridique classique (cf. par ex. art. 258, 260^{bis}, 260^{quinquies} ou 261 CP). Dans ce cas, l'internement remplacerait, sans en porter le nom, la détention préventive. La détention préventive relève toutefois de prescriptions de police et n'est autorisée que dans des limites matérielles et temporelles strictes, notamment pour prévenir un danger concret et imminent. Dans un État de droit libéral, de tels instruments ne doivent être utilisés qu'avec une grande retenue.

De plus, en abaissant le seuil de l'internement, on accroîtrait le nombre de personnes internées, ce qui nécessiterait la création de *places* supplémentaires appropriées.

Si les conditions pour ordonner l'internement devaient devenir moins sévères, il faudrait aussi assouplir celles pour la *libération* de l'internement. Or la pratique actuelle, généralement stricte, en matière de libération de l'internement – pratiquement plus aucun délinquant n'est mis en libération conditionnelle⁶⁰ – serait difficilement compatible avec une multiplication des profils de délinquants.

Pour les motifs exposés ci-dessus, le Conseil fédéral n'entend pas étendre le champ d'application de l'internement. Ce sont donc plutôt des mesures de sécurité impliquant une privation de liberté qui s'appliqueront aux délinquants qui ne satisfont pas aux conditions de dangerosité pour un internement, mais qui présentent néanmoins un risque certain de récidive à la fin de la sanction.

1.3.6.2 Vers une nouvelle mesure de surveillance ?

Dans le but de combler la lacune décrite au ch. 1.2.7, le rapport de l'OFJ soumet à discussion une nouvelle mesure de surveillance⁶¹.

⁵⁹ ATF 139 IV 57, consid. 1.3.3

⁶⁰ Cf. FREYTAG THOMAS/ ZERMATTEN AIMÉE, Bedingte Entlassung aus dem Straf- versus Massnahmenvollzug: Sind die Praktiken gleich?, in: Fink et al (éd.), Kriminalität, Strafrecht und Föderalismus, Berne 2019, p. 219 ss., 234 s.

⁶¹ Par ex. sur le modèle de la « *Führungsaufsicht* » du droit pénal allemand (§ 68 ss. D-StGB), cf. rapport de l'OFJ relatif à la motion 16.3002 (note 2), ch. 7.1.1.

Une telle mesure ne s'articulerait pas comme une sanction privative de liberté mais comme une mesure *restreignant* la liberté⁶². Comme elle interviendrait au terme de l'exécution d'une sanction, elle présente, tant du point de vue formel que temporel, des liens étroits avec l'assistance de probation et les règles de conduite des art. 93 s. CP.

La création d'une nouvelle mesure autonome serait difficile à concilier avec la réglementation actuelle sur l'assistance de probation et les règles de conduite : il faudrait à tout le moins éviter les dépenses occasionnées par une double procédure et une organisation parallèle. L'application du droit des mesures serait encore plus fastidieuse. Les différences d'ordre matériel et organisationnel entre la sanction déjà exécutée et la nouvelle mesure soulèveraient de nouveaux problèmes de sécurité lors du passage de l'une à l'autre.

Même si on renonçait à une nouvelle mesure autonome, l'extension des mesures de contrôle et de surveillance nécessiterait la mise à disposition de ressources financières et humaines supplémentaires. Notamment, les adaptations compliquées du casier judiciaire (VOSTRA) qu'exigerait la nouvelle mesure engendreraient des frais supplémentaires.

Le contenu d'une nouvelle mesure de surveillance est préétabli. Il pourrait se matérialiser aussi bien sous la forme d'une nouvelle mesure autonome que d'une extension d'institutions et d'instruments du CP déjà existants ne change rien à l'affaire.

1.3.6.3 Proposition du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral est d'avis qu'il se révélera plus économique et efficace de compléter les règles existantes en matière d'assistance de probation et de règles de conduite, lesquelles combinent déjà assistance et contrôle⁶³. Cette solution aurait l'avantage de préciser la réglementation actuelle du CP, pour le moins sommaire.

Une assistance de probation et des règles de conduite plus strictes et au champ d'application plus large pourront être ordonnées à l'encontre des délinquants dangereux et assorties d'autres moyens de contrôle (notamment la surveillance électronique).

En particulier, on pourra prolonger aussi souvent que possible, si le cas considéré le requiert, l'assistance de probation et les règles de conduite même au terme d'une peine privative de liberté ou de la libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique privative de liberté ou après la levée d'une telle mesure. Le juge pourra prononcer, avec réserve, dans le jugement de condamnation, une assistance de probation et des règles de conduite au terme de la peine qu'il a infligée (art. 41a AP-CP), ce qui constitue une nouveauté. Ces mesures ne seront toutefois effectives que si le juge les ordonne à la demande de l'autorité d'exécution (art. 89a, al. 1, AP-CP). La possibilité d'ordonner directement ces mesures d'accompagnement à la fin de l'exécution de la peine privative de liberté a été écartée pour des motifs de constitutionnalité.

⁶² Cf. également à ce sujet ch. 1.3.6.1.

⁶³ L'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1332/2019 du 10 décembre 2019 (consid. 1.3) illustre un cas d'application de ces mesures d'accompagnement.

Les dispositions proposées se concentrent sur la dangerosité des délinquants sans tenir compte de leurs motivations ou convictions⁶⁴. Il s'agit le plus souvent de délinquants condamnés pour des actes de nature violente ou sexuelle qui ne réunissent pas les conditions de l'internement. Des personnes condamnées pour une infraction violente fondée sur des motifs idéologiques ou politiques pourront également tomber sous le coup des nouvelles règles.

En élargissant le champ d'application de l'assistance de probation et des règles de conduite, il s'agit d'éviter que des auteurs dangereux, arrivant au terme de leur peine ou mesure, se retrouvent en liberté sans conditions, sans surveillance mais également sans accompagnement favorisant leur réinsertion dans la société (cf. ch. 1.2.7).

Pour cette raison, les personnes condamnées à une mesure ambulatoire (art. 63 CP) ne sont pas visées puisque le cadre légal actuel (art. 63, al. 2 et 4, CP) et celui prévu (art. 41a et 89a AP-CP) permettent le prononcé d'une assistance de probation et de règles de conduite.

Les art. 93, 94 et 95 sont modifiés afin que la nouvelle réglementation de l'avant-projet soit plus précise, notamment l'art. 94 listant, sans exhaustivité, les possibles règles de conduite. Ceci répond à une exigence de flexibilité dans la pratique. Il est en effet primordial de pouvoir adapter les règles de conduite aux risques, aux besoins et à la situation personnelle de chaque auteur. À cet effet, une base légale est créée permettant d'ordonner des règles de conduite induisant des restrictions particulièrement sévères des droits fondamentaux (par ex. une assignation à un lieu de séjour approprié aux besoins de l'auteur ou un traitement médical) dans le respect des règles de l'état de droit et notamment du principe de proportionnalité. Lorsqu'elles interviendront au terme de la sanction, les règles de conduite devront toujours être ordonnées par un tribunal. Pour les délinquants qui ont été condamnés uniquement à une peine privative de liberté, une assistance de probation et des règles de conduite ne pourront être ordonnées après la fin de l'exécution de la peine que si le jugement de condamnation formule une réserve en ce sens.

Le nouvel art. 95a traite de la procédure et des conséquences en cas de violation du cadre établi ou si celui-ci n'est plus adapté, plus nécessaire ou ne peut plus être exécuté.

1.3.6.4 Vers un durcissement de la sanction pour non-respect de l'assistance de probation ou des règles de conduite ?

Quiconque se soustrait à l'assistance de probation ordonnée ou viole les règles de conduite imposées peut être puni de l'amende en vertu de l'art. 295 CP. On peut se demander si le durcissement de la peine encourue constituerait un moyen proportionné pour contraindre le délinquant libéré à respecter l'assistance de probation ordonnée ou les règles de conduite imposées.

L'art. 295 CP a été introduit - en même temps que la modification de l'art. 294 CP (infraction à l'interdiction d'exercer une activité, à l'interdiction de contact ou à l'interdiction géographique) - dans le cadre du contre-projet indirect à l'initiative

⁶⁴ Pour plus de détails, cf. rapport de l'OFJ relatif à la motion 16.3002 (note 2), ch. 5.1.

populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec les enfants »⁶⁵, et est entré en vigueur en 2015. Le message justifie la nécessité de cette disposition pour des situations où tout particulièrement la réintégration dans l'exécution d'une peine ou d'une mesure s'avère impossible et où une éventuelle violation des obligations reste sans conséquences significatives : l'art. 295 CP est censé combler cette lacune⁶⁶.

Il ne semble pas indiqué de modifier cette disposition après un laps de temps si court ; il convient d'acquérir préalablement de l'expérience pratique. Fournir des données statistiques sur l'application de l'art. 295 CP n'est à l'évidence pas possible, car les condamnations qui résultent de sa violation ne sont en principe pas inscrites au casier judiciaire informatisé (VOSTRA). S'agissant de l'art. 294 CP, il appert qu'aucun jugement n'a été rendu entre 2006⁶⁷ et 2014 pour infraction à l'interdiction d'exercer une profession⁶⁸. Entre 2015 et 2018, on dénombre 13 condamnations⁶⁹ pour quelque 200 interdictions d'exercer une profession ou une activité, interdictions de contact ou interdictions géographiques, prononcées depuis 2007⁷⁰.

Un durcissement de l'art. 295 CP ne paraît pas souhaitable pour les motifs exposés ci-dessous.

- Premièrement, l'art. 295 CP sanctionne uniquement le non-respect de conditions et de règles de conduite dont le contenu va de la simple obligation de communiquer jusqu'au devoir de se soumettre à un traitement médical ordonné par le juge, en passant par l'obligation de suivre une formation spécifique. Tout comme l'art. 292 CP (insoumission à une décision de l'autorité), l'art. 295 CP est une norme pénale qui ne précise pas le contenu de l'obligation violée (*Blankettstrafnorm*) et qui ne se matérialise que par le prononcé. La punissabilité ne repose pas nécessairement sur l'atteinte ou la mise en danger (même indirecte) d'un droit individuel juridiquement protégé. Cette norme se différencie en ce sens de la disposition pénale plus spécifique de l'art. 294 CP (infraction à l'interdiction d'exercer une activité, à l'interdiction de contact ou à l'interdiction géographique). De telles sanctions disciplinaires de droit pénal ne protègent en aucun cas des droits individuels.

65 Cf. à ce sujet message du Conseil fédéral du 10 octobre 2012 relatif à l'initiative populaire « Pour que les pédophiles ne travaillent plus avec les enfants » et à la loi fédérale sur l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (modification du code pénal, du code pénal militaire et du droit pénal des mineurs) en tant que contre-projet indirect, FF **2012** 8151.

66 Message (note 65), FF **2012** 8151 8199.

67 Avant la révision de la PG-CP, les infractions au sens de l'art. 294 aCP étaient érigées en contraventions et n'étaient pas inscrites au casier judiciaire.

68 Office fédéral de la statistique (OFS), statistique des condamnations pénales, tableau « Adultes : Condamnations pour un délit ou un crime au sens des articles du code pénal (CP) », état au : 20.5.2019

69 OFS, statistique des condamnations pénales, tableau « Adultes et mineurs : Condamnations et personnes condamnées pour un délit ou un crime au sens des articles du code pénal (CP) », état au : 20.5.2019

70 OFS, statistique des condamnations pénales, tableau « Adultes : Condamnations pour un délit ou un crime avec une interdiction d'exercer une activité et/ou interdiction de contact ou géographique », état au : 20.5.2019

L'argumentation selon laquelle la dangerosité de l'auteur requiert une privation de liberté assortie d'une sanction mélange la violation de l'obligation de se conformer à une règle (obligation de communiquer, etc.) avec l'infraction elle-même (infraction sexuelle ou infraction avec violence). Or la dangerosité du délinquant ne doit se mesurer qu'à l'aune de l'infraction commise. Dans cette optique, s'il y a lieu de craindre un acte de violence grave, il est possible d'ordonner, suivant les cas, une détention pour motifs de sûreté selon les règles du CPP ou une garde à vue prolongée conformément aux dispositions cantonales de police. En tous les cas, on ne saurait conclure à la légèreté de la dangerosité de l'auteur parce qu'il a violé une règle de conduite (ou autre). La condamnation à une peine privative de liberté ferme pour une simple insoumission prête à la critique car elle poursuivrait des objectifs cachés : l'auteur n'écoperait pas d'une peine privative de liberté à titre principal pour avoir violé une obligation de communiquer (ou une autre règle de conduite). Cette violation constituerait bien plus l'acte qui, de manière détournée, servirait à l'empêcher de commettre de nouveaux actes délictueux (aussi indéterminés soient-ils) puisqu'elle serait le motif de la privation de liberté. Cela reviendrait à ordonner une détention préventive en érigeant en infraction une simple insoumission à une décision de l'autorité, et ce en toute inadéquation avec le principe de la faute. Ce procédé serait difficilement compatible avec les conditions strictes qui sont posées par l'art. 221, al. 1, let. c, CPP pour ordonner une détention pour des motifs de sûreté. D'après le CPP, il faut notamment que le prévenu soit fortement soupçonné d'avoir commis un crime ou un délit⁷¹ et qu'il compromette la sécurité de tiers par des crimes ou des délits graves⁷². On pourrait se demander si les dispositions de la CEDH sur la détention préventive⁷³ ne seraient pas contournées sous couvert d'une disposition pénale relative, dans les faits, à des questions disciplinaires (et violant le principe de la faute).

Le Conseil fédéral considère la détention préventive comme un instrument adapté seulement dans des situations particulièrement graves et dans des limites clairement définies. Dans un récent projet de loi fédérale sur les

71 D'après le projet de révision du CPP, l'exigence d'infractions préalables pourrait être exceptionnellement levée en cas de danger sérieux, cf. message du 28 août 2019 concernant la modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États « Adaptation du code de procédure pénale », FF 2019 6351 6371 et 6393 ss. (commentaires relatifs à l'art. 221 P-CPP).

72 Pour des précisions sur la détention préventive, la détention pour des motifs de sûreté et le cautionnement préventif fondés au moins en partie par des prescriptions de police dans le droit pénal fédéral, cf. Donatsch Andreas, Umgang mit gefährlichen Personen. Mögliche gesetzgeberische Lösungen auf Stufe Bund und Kantone, avis de droit du 4 avril 2019 rédigé à l'intention de la CCDJP et du Département fédéral de justice et police [DFJP]), n° 8 ss. (consultable sur le site internet de la CCDJP, état au : 8.10.2019).

73 Au sujet de la proportionnalité du prononcé de la détention sur ordre de la police pour des raisons de sécurité après l'exécution de la peine ou de la mesure et au sujet de la conformité à la CEDH cf. DONATSCH (note 75), n° 31 ss. (en particulier 45 et 47 s.) et 76 ss.

mesures policières de lutte contre le terrorisme, il a renoncé à proposer au Parlement l'introduction d'une détention préventive sous forme de placement sécurisé⁷⁴.

- Deuxièmement, on peut s'interroger sur l'efficacité réelle d'un durcissement de l'art. 295 CP. Eu égard à la nature disciplinaire de cette disposition et au bien juridique qu'elle protège, il serait difficilement imaginable de prononcer presque systématiquement une (courte) peine privative de liberté en application de l'art. 41 CP. De même, il serait inéquitable de prononcer systématiquement une peine privative de liberté ferme en vertu de l'art. 42, al. 2, CP.
- Troisièmement, la punissabilité du non-respect d'une obligation découlant de l'assistance de probation et des règles de conduite se trouve en contradiction avec le traitement privilégié dont jouit une personne qui entrave l'action pénale pour elle-même. Il est illogique de punir la transgression d'une règle alors que celui s'évade (cf. art. 310 CP) ou se soustrait par la fuite à l'exécution d'une peine ou d'une mesure (cf. art. 305 CP) n'est pas punissable.

Dans certains cas, un cautionnement préventif (art. 66 CP) peut aussi s'avérer être une alternative efficace à une norme pénale uniquement prévue en vue de la prévention spéciale⁷⁵.

1.3.7 Harmonisation terminologique

Art. 63, al. 3, art. 64b, al. 1, art. 64c, al. 1 et 2, art. 67b, al. 3, art. 67c, al. 4 à 6, art. 84, al. 4, art. 86, al. 1 à 3, art. 89, al. 2, AP-CP

L'harmonisation terminologique porte sur le terme d'« autorité compétente » aux art. 56 à 92a CP. En lieu et place, on utilisera toujours celui d'« autorité d'exécution » ou de « tribunal ». Il s'agit d'une adaptation purement linguistique sans incidence sur le fond. L'unification de la terminologie devrait améliorer la lisibilité du droit des mesures et en faciliter l'application.

Cette modification terminologique n'aura aucune conséquence sur la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de compétences dans la procédure cantonale⁷⁶. D'après l'avant-projet, le tribunal sera seul compétent pour décider de la levée d'une mesure ; l'autorité d'exécution n'aura plus cette compétence⁷⁷. Au surplus, les cantons demeurent libres de désigner de manière autonome l'« autorité d'exécution » et l'« autorité compétente ». C'est précisément d'après cette même jurisprudence du Tribunal fédéral que les cantons disposent aussi de la faculté de désigner un tribunal comme autorité d'exécution au sens du CP.

⁷⁴ Message du 22 mai 2019 concernant la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme, FF **2019** 4541 4558 ss.

⁷⁵ Cf. ci-dessus, ch.1.2.8.

⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_1098/2018 du 21 mars 2019, consid. 1.5, publication prévue.

⁷⁷ Cf. à ce sujet commentaire des art. 62c, al. 1, 62d, al. 1, et 63a, al. 1 et 2, AP-CP au ch. 1.3.4

2 Commentaire des dispositions de l'avant-projet 1

L'avant-projet 1 prévoit de nombreuses mesures indépendantes les unes des autres, qui nécessitent souvent des modifications de détail dans différentes dispositions. Afin de mettre en évidence le lien matériel existant entre ces modifications, les dispositions ne sont pas commentées selon l'ordre numérique de l'AP-CP, mais résumées par thèmes.

Une modification du code pénal militaire (CPM)⁷⁸ n'est nécessaire qu'en lien avec une réserve contenue dans la décision imposant une assistance de probation et des règles de conduite : en vertu des renvois prévus aux art. 47 et 54 CPM, les autres modifications proposées dans le CP s'appliqueront directement au CPM.

2.1 Interdiction de toute sortie non accompagnée pour les délinquants internés en milieu fermé

Art. 84, al. 6^{bis} et 6^{ter} ; art. 90, al. 4^{bis}, AP-CP

En interdisant toute sortie non accompagnée à des délinquants internés qui purgent une peine ou une mesure en milieu fermé, la réglementation proposée vise à accroître la sécurité. Les délinquants dangereux doivent être accompagnés par des *personnes expertes en matière de sécurité* (policiers ou personnel pénitentiaire formé à cet effet) lors de leurs sorties. L'accompagnement par des thérapeutes n'est pas suffisant car ils doivent eux aussi être protégés de tout danger⁷⁹.

2.2 Modification de la fréquence de réexamen de l'internement

Art. 64b, al. 3, AP-CP

En vertu de l'art. 64b, al. 3, AP-CP, la libération conditionnelle de l'internement (art. 64a, al. 1, CP) ne sera examinée *d'office* que tous les trois ans si l'autorité compétente a rendu au moins trois fois de suite une décision de refus entrée en force.

L'examen sur demande de la personne concernée n'est pas touché par la modification proposée. Le dépôt d'une demande de mise en liberté est un droit strictement personnel au sens de l'art. 407 du code civil (CC)⁸⁰.

Les règles du droit de la protection de l'adulte des art. 388 ss. CC sont applicables aux personnes détenues incapables de discernement. Elles garantissent aux personnes qui ont besoin d'aide dans le cadre de l'exécution un soutien ou une assistance appropriés pour faire valoir leurs droits.

2.3 Calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté

La réglementation proposée à l'art. 57a AP-CP concerne les mesures thérapeutiques institutionnelles (art. 59 CP), le traitement des addictions (art. 60 CP), les mesures applicables aux jeunes adultes (art. 61 CP) et un cas particulier du traitement ambulatoire (art. 63, al. 3, CP).

Ces mesures thérapeutiques sont limitées dans le temps de manière relative (art. 59, al. 4, CP) ou absolue (art. 60, al. 4, art. 61, al. 4 et art. 63, al. 3, CP). Pour les

⁷⁸ RS 321.0

⁷⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_254/2019 du 12 juin 2019, consid. 1.4

⁸⁰ RS 210

mesures prévues notamment à l'art. 59 CP, la réglementation proposée énonce pour chaque cas l'échéance déterminante pour examiner s'il y a lieu d'ordonner la mesure.

Art. 57a, al. 1, AP-CP

La durée légale maximale d'une mesure ne coïncide pas nécessairement avec le durée effective de la mesure ordonnée : en application du principe de proportionnalité, le tribunal peut, ou doit le cas échéant définir une durée qui peut être aussi inférieure à la durée maximale fixée par la loi.

L'al. 1 dispose que la durée d'une mesure thérapeutique privative de liberté doit être calculée à partir du jour de l'entrée en force de son prononcé⁸¹. Le fait qu'une place appropriée pour l'exécution soit disponible immédiatement ou après un certain délai ne relève pas de la personne détenue. La détention à des fins d'organisation (*Organisationshaft*)⁸² ne doit par conséquent pas être au détriment de la personne à détenir, ni conduire à une prolongation de la privation de liberté liée à la mesure. L'al. 1 s'appliquera également aux situations où la décision de prolonger la mesure ne s'enchaîne pas immédiatement avec celle qui s'achève⁸³ : lorsqu'il ordonnera la prolongation de la mesure, le juge devra, pour des motifs de proportionnalité, prendre en considération la période de privation de liberté (détention en vue de l'exécution ou à des fins d'organisation) et de traitement écoulée dans l'intervalle. En aucun cas il ne sera autorisé à dépasser la durée maximale absolue de la mesure (par ex. celle fixée à l'art. 60, al. 4 ou à l'art. 61, al. 4, CP).

L'al. 1 trouvera aussi application en cas d'*exécution anticipée des mesures* au sens de l'art. 236 CPP : dans ce cas, la mesure ordonnée par le jugement au fond commencera également à courir le jour de son entrée en force. Le jugement au fond annulera le délai fixé par la direction de la procédure lorsqu'elle a autorisé l'exécution anticipée de la mesure. En application du principe de proportionnalité, le tribunal devra toutefois prendre en compte le temps de l'exécution anticipée par rapport à la durée des mesures imposées dans un cas particulier et dans le respect des limites maximales fixées.

Lorsque la loi impose une limite maximale absolue à la durée d'une mesure privative de liberté, l'exécution anticipée d'une mesure ne doit pas mener au dépassement de cette durée. Ce principe découle de l'art. 236, al. 4, CPP. Le tribunal devra par conséquent tenir compte de l'exécution anticipée dans son jugement. De plus, la direction de la procédure ne peut autoriser une exécution anticipée d'une mesure que si une place dans un établissement thérapeutique approprié est disponible (cf. art. 56, al. 5, et 62c, al. 1, let. c, CP)⁸⁴.

⁸¹ ATF 145 IV 65, consid. 1.2

⁸² Cf. à ce sujet arrêt du Tribunal fédéral 6B_564/2018 du 2 août 2018, consid. 2.5.5. Au sujet des conséquences possibles de la détention à des fins d'organisation HEER MARIANNE, *Die Dauer therapeutischer Massnahmen und die Tücken deren Berechnung*, forum poenale 3/2018, p. 180 ss, ch. I.3.

⁸³ Concernant une demande de prolongation tardive, cf. ATF 145 IV 65, consid. 2.9.

⁸⁴ Cf. aussi ATF 142 IV 105, consid. 5.8.

Art. 57a, al. 2, AP-CP

Dans les cas où la personne condamnée se trouve en liberté avant l'exécution de la mesure, le calcul de la durée doit se faire en fonction des circonstances effectives. En effet, le jour de l'entrée en force du prononcé ne coïncide pas nécessairement avec celui à partir duquel la mesure peut être exécutée et où la privation de liberté peut intervenir ; c'est par exemple le cas si la personne a pris la fuite.

Le moment déterminant est celui où la personne condamnée est privée de sa liberté aux fins d'exécution de la mesure ordonnée. D'après la réglementation de l'al. 2, la durée d'une éventuelle détention pour des motifs de sûreté (art. 440 CPP) doit être prise en compte dans le calcul de la durée de la mesure dont le prononcé est entré en force. Pour ce qui est de la durée, il en est de la détention pour des motifs de sûreté au sens de l'al. 1 comme de la détention à des fins d'organisation.

Art. 57a, al. 3, AP-CP

La décision de prolongation d'une mesure rendue avant la fin de cette dernière ne doit pas avoir d'incidences sur la durée totale de la mesure. La mesure doit être exécutée dans son entier, conformément à la décision, avant que ne commence la prolongation ordonnée, dûment entrée en force⁸⁵.

L'al. 3 ne concerne que la prolongation de la mesure. Lorsque la mesure n'est pas prolongée (en raison de sa levée ou de sa modification), le tribunal décide du moment de sa levée en fonction des circonstances du cas d'espèce.

2.4 Compétences pour lever, modifier ou prolonger une mesure thérapeutique

Art. 62c, al. 1 (phrase introductive) et 5 ; art. 62d, al. 1 ; art. 63a, al. 1 et 2 (phrase introductive)

Le tribunal qui, dans une procédure, rend une décision ultérieure indépendante en vertu du CP sera seul compétent pour lever une mesure thérapeutique. La décision de lever une mesure – tout comme celle de la prolonger ou de la modifier – constitue une décision ultérieure indépendante conformément à l'art. 363, al. 1, CPP.

Le tribunal rend sa décision à la demande de l'autorité d'exécution. Cette dernière examine, soit sur demande de l'intéressé, soit d'office, si les conditions pour la levée, la modification ou la prolongation de la mesure sont réunies. Lorsque la loi l'exige, l'autorité d'exécution sollicite également l'avis de la commission d'évaluation de la dangerosité. Les exigences applicables à la demande de l'intéressé sont identiques à celles énoncées à l'art. 364, al. 2, CPP pour la demande d'introduction d'une procédure en vue d'obtenir une décision ultérieure indépendante du tribunal.

Il est imaginable que l'état de santé de l'intéressé puisse évoluer rapidement, surtout s'il suit un traitement contre la toxicomanie. Dans de tels cas, l'examen d'office prescrit par l'art. 62d, al. 1, CP, qui doit avoir lieu au moins une fois par an, peut sembler insuffisant pour qu'un changement de situation (rapide, suivant les circonstances) soit pris en compte. C'est pourquoi, si la personne concernée soumet

⁸⁵ ATF 145 IV 65, consid. 2.8

une demande écrite et motivée tendant à la levée d'une mesure, l'autorité d'exécution doit toujours transmettre cette requête au juge. Selon les circonstances, cette dernière porte sur la levée de la mesure, sur le refus de la lever (maintien), sur sa prolongation ou encore sur sa levée et sa modification.

L'autorité appelée à juger doit permettre à la personne détenue d'exercer son droit d'être entendue au moins une fois au cours de la procédure (cf. art. 107 CPP). Comme il découle de l'art. 62d, al. 1, CP que l'autorité d'exécution décide si la personne peut être libérée conditionnellement ou si elle doit présenter une demande au juge afin que ce dernier se prononce sur la levée et la modification de la mesure (cf. art. 62c CP), l'obligation d'entendre la personne détenue incombe suivant le cas aux deux autorités.

Art. 65a AP-CP ; art. 81, al. 1, let. b, ch. 8, AP-LTF

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral⁸⁶, l'autorité d'exécution n'a pas d'intérêt juridiquement protégé à former recours.

Se fondant sur l'art. 104, al. 2, CPP, l'art. 65a AP-CP dispose que l'autorité d'exécution peut former recours dans le cadre des procédures engagées contre des décisions judiciaires ultérieures indépendantes du tribunal en vertu du CPP lorsque la décision porte sur la levée, la modification ou la prolongation d'une mesure thérapeutique. L'autorité d'exécution n'est pas légitimée à recourir contre d'autres décisions ultérieures.

L'énumération de l'art. 81, al. 1, let. b, LTF doit toutefois être complétée pour donner à l'autorité d'exécution la qualité pour recourir en matière pénale au Tribunal fédéral contre les décisions ultérieures.

Par souci d'économie de procédure, il serait opportun que les autorités légitimées à recourir se consultent. Si les deux autorités soutiennent des opinions manifestement divergentes, l'intérêt de la cause commanderait qu'un tribunal se prononce sur ces propositions opposées.

2.5 Participation de la commission d'évaluation de la dangerosité et saisine de cette commission

Art. 62c, titre marginal, AP-CP

L'actuel titre marginal de l'art. 62c CP mentionne uniquement la levée de la mesure thérapeutique institutionnelle. Si l'al. 1 traite de la levée de la mesure, les autres alinéas concernant les conséquences de cette levée et notamment le changement de la mesure thérapeutique institutionnelle en une autre sanction. Par conséquent, il convient de donner un titre marginal plus clair (Levée et changement de la mesure) à cette disposition.

Art. 62d, al. 2, AP-CP

L'art. 62d CP doit être rédigé de façon plus claire. Pour ce faire, on déplace la disposition portant sur la commission d'évaluation de la dangerosité des délinquants dangereux dans un autre article. L'al. 2 règle uniquement la mention du recours à l'expertise (comme l'art. 56, al. 4, CP).

⁸⁶ ATF 133 IV 121, consid. 1.2. et ATF 145 IV 65, consid. 2.2 ss.

S'agissant de la composition de la commission d'évaluation de la dangerosité, une disposition générale valable pour les peines et les mesures doit être créée (voir art. 91a AP-CP). Pour les mesures thérapeutiques institutionnelles, une disposition propre doit régler les situations dans lesquelles l'autorité d'exécution s'adresse à la commission (art. 62e AP-CP). L'avant-projet régleme aussi les cas de saisine de la commission pour les peines privatives de liberté (art. 75a, al. 1, AP-CP) et pour l'internement (art. 64, al. 5, et 64b, al. 2, let. c, AP-CP).

Art. 62e AP-CP

L'art. 62e AP-CP indique, tout d'abord, les situations dans lesquelles l'autorité d'exécution consulte la commission d'évaluation de la dangerosité. Dans tous les cas, il faut que l'auteur ait commis une infraction au sens de l'art. 64, al. 1, CP.

La let. a concerne le placement dans un établissement ouvert lorsque celui-ci intervient au début de l'exécution de la mesure et non lors de la progression dans l'exécution de la sanction (art. 62e, al. 1, let. a, AP-CP). Ce cas est couvert par la let. b qui prévoit l'intervention de la commission lors d'allègements de régime tel que défini à l'art. 75a, al. 2, CP. Il paraît, en effet, pertinent que la commission ne soit pas saisie qu'au moment de l'examen de la libération conditionnelle. L'autorité d'exécution s'adresse également à la commission d'évaluation de la dangerosité lorsqu'elle transmet une demande de levée de la mesure au juge en application de l'art. 62c CP. À l'instar de l'art. 62d, al. 2, CP traitant de l'examen de la libération et de la levée de la mesure, il est important que la commission puisse se déterminer sur la suite de l'exécution d'une mesure, notamment lorsqu'il est question de lever la mesure pour éventuellement en prononcer une autre. Cependant, puisque la décision de lever la mesure appartient à un tribunal, il s'avère pertinent de prévoir une disposition potestative à la let. c. Autrement dit, l'autorité d'exécution ne consulte la commission d'évaluation de la dangerosité que dans les cas où elle possède un doute sur la dangerosité de l'auteur telle que définie à l'art. 91b AP-CP (système identique à celui prévu aux art. 75a, al. 1, et 95a, al. 5, AP-CP).

Enfin, la commission d'évaluation de la dangerosité ne devrait être saisie que lorsque l'autorité d'exécution envisage de donner une suite positive dans les deux premiers cas d'application prévus, soit : placer la personne concernée dans un établissement ouvert (art. 62e, al. 1, let. a., AP-CP) ou lui accorder des allègements dans l'exécution (art. 62e, al. 1, let. b., AP-CP).

Ainsi, l'autorité qui constate que la personne condamnée ne remplit pas les conditions de la libération conditionnelle de la mesure n'a pas à présenter ce cas à la commission.

S'agissant des allègements de régime, en particulier des sorties, l'autorité n'a pas à soumettre chaque sortie à la commission d'évaluation de la dangerosité. Il suffit que celle-ci se prononce une fois sur la planification envisagée dans le plan d'exécution de la sanction pénale, par exemple sur l'octroi d'un nombre défini de congés d'une certaine durée et selon un cadre déterminé durant une période fixée. À l'instar de ce qui prévaut en matière d'actualité de l'expertise psychiatrique⁸⁷, ce n'est que si les circonstances entourant la sortie prévue et présentée comme telle à la commission

⁸⁷ ATF 128 IV 241, consid. 3.4

changent que l'autorité doit présenter à nouveau la situation aux membres de la commission.

Art. 64, al. 5, AP-CP

L'art. 90, al. 4^{bis}, CP renvoie à l'art. 75a CP s'agissant du placement en milieu ouvert et des allègements de régime dans l'exécution des mesures. Pour les personnes internées, le recours à la commission n'est actuellement, de par la loi, pas systématique puisque l'art. 75a, al. 1, let. b, CP le prévoit uniquement lorsque l'autorité d'exécution ne peut se prononcer de manière catégorique sur le caractère dangereux du détenu pour la collectivité. Au vu la dangerosité présumée des personnes internées et à l'instar de la réglementation proposée pour les mesures thérapeutiques institutionnelles (art. 62e AP-CP), il apparaît nécessaire de saisir la commission d'évaluation de la dangerosité dans tous les cas lorsque l'autorité d'exécution envisage d'accorder des allègements dans l'exécution à une personne internée au sens de l'art. 64 CP.

Art. 64a, titre marginal, AP-CP

Contrairement à l'énoncé du titre marginal en français (« Levée et libération ») et en allemand (*Aufhebung und Entlassung*), le législateur n'a pas prévu, à l'art. 64a, CP, de véritable levée de l'internement comme pour les autres mesures thérapeutiques (art. 62c et 63a CP). En ce sens, l'art. 64a CP traite plutôt de la fin de la sanction, comme l'indique le titre marginal en italien (*fine dell'internamento e liberazione*). En effet, l'internement prend fin lorsque la personne, au bénéfice d'une libération conditionnelle, a subi avec succès le délai d'épreuve fixé (art. 64a, al. 5, CP) ou lorsque l'exécution de l'internement fait place à l'exécution d'une des mesures prévues aux art. 59 à 61 CP (art. 65, al. 1, CP). Afin de remédier à cette ambiguïté, le titre marginal est modifié en ne conservant que l'expression « libération », laquelle englobe la libération conditionnelle (al. 1 à 4) et la libération définitive (al. 5).

Art. 64b, al. 2, let. c, AP-CP

Le renvoi à l'art. 62d, al. 2, CP est remplacé par le renvoi au nouvel art. 91a AP-CP relatif à la commission d'évaluation de la dangerosité.

Art. 75a, al. 1 et 3, AP-CP

L'art. 75a, al. 1, AP-CP correspond dans les grandes lignes à l'art. 75a, al. 1, CP. La disposition a, toutefois, subi plusieurs modifications.

Premièrement, elle fait place à la notion de « doute », plus ouverte que la formulation « ne peut se prononcer d'une manière catégorique » (art. 75a, al. 1, let. b, CP). À cet égard, la compétence de l'autorité d'exécution pour soumettre les situations à la commission, en cas de doute, est précisée.

Deuxièmement, l'expression « caractère dangereux pour la collectivité » est remplacée par le terme « dangerosité », lequel fait référence à la dangerosité en général et non plus à une menace pour la société⁸⁸.

⁸⁸ Cf. aussi commentaire de l'art. 91b AP-CP

Enfin, à l'instar de la réglementation prévue à l'art. 62e AP-CP, la commission ne devrait évaluer une situation que lorsque l'autorité envisage le placement dans un établissement ouvert (au début de l'exécution⁸⁹) ou l'octroi d'allègements dans l'exécution.

L'art. 75a, al. 3, CP est abrogé au profit du nouvel art. 91b AP-CP. Il paraît en effet plus clair d'avoir une seule disposition à la suite de celle sur la commission d'évaluation de la dangerosité établissant la notion de « dangerosité » utilisée aux art. 75a, al. 1, et 95a, al. 5, AP-CP.

Art. 90, al. 1 et 1^{bis}, AP-CP

L'art. 90, al. 1, CP traite des conditions de l'isolement ininterrompu pour les personnes exécutant une mesure prévue aux art. 59 à 61 CP. Il convient d'étendre cette réglementation aux personnes internées et internées à vie, lesquelles peuvent également se trouver isolées de manière ininterrompue pour des motifs sécuritaires ou disciplinaires, à l'instar du régime prévu pour les personnes purgeant une peine privative de liberté (art. 78, let. b et c, CP).

En revanche, en ce qui concerne les personnes internées et internées à vie n'exécutant pas de mesure thérapeutique, l'actuelle let. a de l'art. 90, l'al. 1, CP ne leur est pas applicable. De ce fait, il convient de créer un nouvel al. 1^{bis} reprenant la teneur de l'art. 90, al. 1, let. a, CP pour les personnes exécutant une mesure thérapeutique institutionnelle.

Les art. 62e, 64, al. 5, et 64b, al. 2, AP-CP précisant les situations dans lesquelles l'autorité compétente saisit la commission d'évaluation de la dangerosité, le renvoi à l'art. 75a CP n'a plus lieu d'être. L'art. 90 al. 4^{bis} CP doit ainsi être abrogé⁹⁰.

Art. 91a AP-CP

D'un point de vue systématique, il a été décidé de placer le nouvel article traitant de la commission d'évaluation de la dangerosité dans la partie « 4. Dispositions communes » des peines et mesures (art. 91 à 92a CP). La commission est, en effet, consultée dans la situation d'auteurs exécutant une peine ou une mesure.

La réglementation prévue à l'al. 1 conserve la composition de la commission d'évaluation de la dangerosité telle qu'elle figure actuellement à l'art. 62d, al. 2, CP mais précise, par l'expression « au moins », que l'énumération des représentants n'est pas exhaustive. Il est, en effet, pertinent que d'autres experts possédant des connaissances spécifiques complémentaires puissent être membres d'un tel organe. On pense notamment aux criminologues et aux agents de probation. En outre et dans ce sens, l'expression représentants des « milieux de la psychiatrie » est remplacée par représentants de la « psychiatrie ou de la psychologie ». En effet, les évaluations de la dangerosité et du risque sont, en pratique, fréquemment conduites par des psychologues légaux⁹¹. Il est, à cet égard, pertinent que les commissions d'évaluation de la dangerosité profitent de leur expertise.

⁸⁹ Puisque le placement ultérieur durant l'exécution consiste en un allègement de régime, lequel est réglé par la let. b.

⁹⁰ Toutefois, cf. nouvel art. 90, al. 4^{bis}, AP-CP

⁹¹ C'est notamment le cas au sein des services chargés de mener des évaluations du risque dans la perspective d'une exécution des sanctions orientée vers les risques.

Les al. 2 et 3 traitent des tâches de la commission d'évaluation de la dangerosité. Il revient à la commission d'apprécier la dangerosité lors d'un placement en milieu ouvert (art. 62e, let. a, et 75a, al. 1, let. a, AP-CP), de l'octroi d'allègements dans l'exécution (art. 62e, let. b, 64, al. 5, 64b, al. 2, let. c, et 75a, al. 1, let. a, AP-CP), de la levée d'une mesure (art. 62e, let. c, AP-CP) ou de la levée de l'assistance de probation et des règles de conduite prononcées au terme de l'exécution (art. 95a, al. 5, AP-CP). La commission transmet à l'autorité d'exécution un préavis motivé. Dans sa prise de position, elle peut également donner des recommandations sur la suite et les modalités d'exécution de la sanction pénale, par exemple les démarches que l'autorité d'exécution pourrait entreprendre auprès du tribunal si elle juge qu'un changement de sanction serait adéquat ou qu'il est nécessaire de requérir une nouvelle expertise psychiatrique.

En particulier, lorsque la commission se détermine favorablement pour un placement en milieu ouvert ou l'octroi d'allègements dans l'exécution (al. 3), on attend qu'elle fournisse des recommandations telles que le lieu d'exécution d'une mesure, les conditions d'une sortie notamment les mesures de sécurité et d'accompagnement, les détails d'une prise en charge thérapeutique, etc.

Au vu du rôle significatif joué par la commission d'évaluation de la dangerosité et de ses tâches très spécifiques, il s'avère indispensable que seuls soient nommés des membres pouvant justifier de connaissances suffisantes. On pense, ici, en particulier, aux psychiatres forensiques et aux psychologues légaux qui doivent avoir suivi une formation spécifique pour la prise en charge et l'évaluation des personnes ayant commis une infraction⁹². L'al. 4 s'inspire de la disposition régissant les qualifications des membres de la Commission fédérale chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie⁹³.

L'art. 62d, al. 2, 2^{ème} phrase, CP prévoit, que seuls les membres issus du domaine de la psychiatrie ne doivent ni avoir traité l'auteur ni s'être occupés de lui d'une quelconque manière. Il semble aujourd'hui important d'étendre, à l'al. 5, ce devoir de récusation à tous les membres de la commission. En effet, il ne se justifie pas de limiter ce devoir de récusation à une seule catégorie professionnelle alors que d'autres membres de la commission, notamment les représentants des autorités d'exécution ou de poursuite, ont également pu avoir affaire, dans le cadre de leur activité professionnelle, avec la personne évaluée. Cette réalité est d'autant plus vraie dans les cantons s'étant dotés d'une commission cantonale de dangerosité et ne connaissant pas un système de tournus⁹⁴. À cet égard, les commissions de dangerosité des deux Concordats alémaniques d'exécution des sanctions pénales ont prévu un devoir de récusation plus large que seul celui des médecins⁹⁵.

⁹² Cf. dans ce sens : profils requis (II./4.) des membres dans le règlement de la commission spécialisée du Concordat pour l'exécution des peines de la Suisse centrale et du Nord-Ouest du 1^{er} janvier 2013, https://www.konkordate.ch/download/pictures/b7/fclwy6mgowoxlut2uutwu26noq8dkk/05.2_reglement_kofako_dezember_2013.pdf (état au : 2.7.2019).

⁹³ Art. 3, al. 2, de l'ordonnance du 26 juin 2013 sur la Commission fédérale chargée de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie (RS **311.039.2**)

⁹⁴ ZERMATTEN/FREYTAG (note 33), p. 87

⁹⁵ III/2., al. 3, du règlement de la commission spécialisée du Concordat pour l'exécution des peines de la Suisse centrale et du Nord-Ouest; ch. 3.3, let. a, des directives de la

Art. 91b AP-CP

La nouvelle disposition sur la dangerosité doit également figurer dans la partie « 4. Dispositions communes » (art. 91 à 92a CP) du titre sur l'exécution des peines et mesures

Le type d'infraction tel que décrit à l'art. 75a, al. 3, CP doit être repris dans l'art. 91b AP-CP. Selon l'art. 75a, al. 3, CP, un détenu est considéré comme dangereux pour la collectivité lorsqu'il risque de s'enfuir et de commettre une autre infraction par laquelle il porterait gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui. La jurisprudence du Tribunal fédéral a précisé que le délinquant présente un caractère dangereux lorsque son état mental est si gravement atteint qu'il est fortement à craindre qu'il ne commette de nouvelles infractions⁹⁶. L'évaluation de la dangerosité de l'auteur pour la collectivité doit se faire au regard de la gravité, de l'imminence du danger ainsi que de la nature ou de l'importance des biens juridiques menacés⁹⁷. La « dangerosité » est de ce fait une notion relative et ne peut pas être définie de façon absolue. Dans un cas concret, la valeur du bien juridique menacé, la gravité de l'atteinte à ce bien juridique et le degré de probabilité que cette atteinte ait effectivement lieu dans un délai donné permettent de déterminer la dangerosité.

La qualification de la dangerosité repose sur une évaluation de différents éléments. Outre la commission d'une infraction grave, l'auteur doit posséder certaines caractéristiques criminologiques, personnelles et psychiatriques⁹⁸, dont une partie sont dynamiques et évoluent durant l'exécution de la sanction. Ainsi, la personne souffrant d'un trouble mental la poussant à commettre des infractions peut voir ce facteur criminogène disparaître en suivant une thérapie. L'évaluation de la dangerosité dépend, en outre, des circonstances dans lesquelles elle est conduite. L'autorité ne procédera pas au même examen si elle statue sur la libération conditionnelle ou sur une sortie accompagnée⁹⁹. Par conséquent, il est important que l'autorité procède à des examens réguliers de la dangerosité de l'auteur et que ce dernier ne se retrouve pas définitivement étiqueté comme tel. Ainsi, les art. 75a, al. 1, et 95a, al. 5, AP-CP renvoient à la notion de dangerosité telle que prévue à l'art. 91b AP-CP.

La nouvelle disposition prévue ne fait plus référence au « caractère dangereux pour la collectivité » (*Gemeingefährlichkeit*) mais uniquement à la dangerosité. En effet, un auteur peut se révéler dangereux uniquement pour un cercle restreint de personnes (par exemple, contre son ou sa partenaire ou un membre de sa famille

commission d'exécution des peines de la Suisse orientale du 26 octobre 2012 sur l'exécution de peines privatives de liberté et de mesures privatives de liberté à l'encontre de délinquants potentiellement dangereux (Richtlinien der Ostschweizer Strafvollzugskommission vom 26. Oktober 2012 über den Vollzug von Freiheitsstrafen und freiheitsentziehenden Massnahmen bei potentiell gefährlichen Straftätern und Straftäterinnen) ; LEHNER DOMINIK/ HUBER ANDREAS, Fachkommission, in : Brägger Benjamin F. (éd.), Das schweizerische Vollzugslexikon – von der vorläufigen Festnahme zur bedingten Entlassung, Bâle 2014, p. 169 s. ; HEER (note 22), ad art. 62d n° 27.

⁹⁶ ATF 137 IV 201, consid. 1.2

⁹⁷ ATF 127 IV 1, consid. 2a

⁹⁸ ROHNER BARBARA, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62d Abs. 2 StGB, Zurich/Bâle/Genève 2016, p. 95

⁹⁹ ROHNER (note 98), p. 98 s.

dans le cas de violence domestique). L'art. 91b AP-CP ne mentionne pas non plus le risque de fuite comme élément constitutif de la dangerosité. Le risque de fuite peut, à juste titre, conduire l'autorité d'exécution à refuser le placement d'un détenu dans un établissement ouvert ou à lui accorder des sorties mais il n'est pas un indicateur de la dangerosité¹⁰⁰.

Le placement dans un établissement ouvert est par ailleurs déjà exclu, en application *a contrario* des art. 59, al. 3, et 76, al. 2, CP, pour les auteurs présentant un risque de fuite et de récidive. Il n'est également pas envisageable initialement pour les personnes internées (art. 64, al. 4, CP).

Art. 28, al. 3, AP-DPMin

Le renvoi à la commission spécialisée est adapté à l'art. 28, al. 3, AP-DPMin.

2.6 Renforcement de l'assistance de probation et des règles de conduite

Art. 41a AP-CP et art. 34a^{bis} AP-CPM

L'art. 41a AP-CP prévoit la possibilité pour le juge de prononcer, avec réserve, dans le jugement, une assistance de probation et des règles de conduite au terme de l'exécution de la peine qu'il a également infligée.

Afin que le juge réserve dans son jugement une assistance de probation et des règles de conduite, plusieurs conditions doivent être cumulativement remplies.

- Premièrement, l'auteur doit avoir commis un crime par lequel il a porté ou voulu porter atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui (let. a). Cette condition reprend en partie la formulation de l'art. 64, al. 1, CP. Toutefois, il est renoncé ici à un catalogue précis d'infractions ou à la mention d'une peine menace minimale. La commission d'un crime au sens de l'art. 10, al. 2, CP, soit le type d'infraction le plus grave, suffit. Il est proposé de se limiter aux infractions touchant l'intégrité physique, psychique ou sexuelle. Il convient, en effet, de restreindre le champ d'application aux délinquants représentant une menace pour les biens juridiques de la plus haute valeur.

À la différence de l'art. 64, al. 1, CP, l'atteinte n'a pas besoin d'être grave. En effet, les changements législatifs envisagés concernent des auteurs qui ne peuvent se trouver en liberté sans encadrement ni conditions mais pour lesquels une autre sanction n'est pas applicable et qui ne sont pas assez dangereux pour être internés.

On pense, en particulier, aux auteurs d'actes d'ordre sexuel avec des enfants de peu de gravité¹⁰¹, qui ne remplissent pas les conditions de l'internement, pour lesquels une mesure thérapeutique (art. 59 ou 63 CP) n'est pas ou plus indiquée et qui présentent toutefois certaine menace de sorte qu'ils ne peuvent être remis en liberté sans surveillance ni mesure favorisant leur réintégration.

¹⁰⁰ Cf. aussi ROHNER (note 98), p. 118 s. ; HEER (note 22), ad art. 62d n° 11.

¹⁰¹ Cf. le cas B. exposé au ch. 1.2.3

-
- Deuxièmement, l’auteur doit avoir été condamné pour ce crime à une peine privative de liberté minimale de deux ans (let. b). Cette condition entend restreindre l’application des mesures d’accompagnement aux personnes condamnées à une peine relativement sévère et pour lesquelles d’autres formes d’exécution de la sanction (semi-détention, travail d’intérêt général, surveillance électronique) sont déjà exclues en raison de la quotité de la peine privative de liberté infligée. Puisque la réserve de l’assistance de probation et des règles de conduite suppose un risque de récidive (let. d), la peine privative de liberté de deux ans ne peut pas être une peine avec sursis ou sursis partiel (art. 42, al. 1, et art. 43, al. 1, CP) mais uniquement une peine privative de liberté ferme.
 - Troisièmement, le tribunal ne doit pas avoir prononcé d’internement (let. c). En effet, la personne internée n’a pas besoin d’une mesure de surveillance supplémentaire puisque l’exécution de l’internement suit celle de la peine privative de liberté prononcée conjointement et que les dispositions relatives à la libération conditionnelle de la peine privative de liberté (art. 86 ss CP) ne sont pas applicables (art. 64, al. 2, CP). En outre, en cas de libération conditionnelle de l’internement, l’assistance de probation et les règles de conduite sont prolongeables indéfiniment (art. 64a, al. 2, CP).
 - Quatrièmement, les circonstances du passage à l’acte ainsi que la personnalité de l’auteur au moment du jugement laissent craindre un risque de récidive (let. d). Ces éléments sont semblables à ceux figurant à l’art. 64, al. 1, let. a, CP.

Les circonstances du passage à l’acte correspondent aux motivations de l’auteur, au contexte dans lequel le crime s’inscrit, au *modus operandi*, etc. L’appréciation sera différente s’il s’agit déjà d’une récidive spécifique ou si l’on a affaire à un primo-délinquant. Par personnalité de l’auteur, on pense notamment aux troubles psychiques au sens large, sans que ceux-ci soient forcément constitutifs d’un diagnostic au sens de la CIM-10 (Classification internationale des maladies) ou du DSM-5 (manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux)¹⁰². Pour ce qui a trait à la récidive, il ne s’agit pas de la commission de n’importe quelle infraction mais d’un crime tel que décrit à la let. a.

Enfin, il est important que la détermination du juge quant au risque de récidive, ce risque étant évolutif, soit effectuée au moment du jugement et non à un autre moment (lors de commission de l’infraction ou avant, durant la détention préventive, etc.).

Il demeure, à ce titre, important que la réserve, respectivement le prononcé effectif de ces mesures au terme de l’exécution de la sanction ne devienne pas la règle. Les mesures ne doivent pas non plus constituer une alternative aux difficultés auxquelles l’autorité peut être confrontée durant l’exécution d’une mesure thérapeutique

¹⁰² QUELOZ NICOLAS/ BROSSARD RAPHAËL, in : Roth Robert / Moreillon Laurent (éd.), code pénal I, Bâle 2009, ad art. 64 n° 23 s. ; HEER MARIANNE/ HABERMAYER ELMAR (note 22), ad art. 64 n° 37 ss

institutionnelle (déli, refus du traitement, manque de coopération, etc.), lesquelles peuvent également n'être que de nature passagère.

La possibilité de réserver une assistance de probation ou des règles de conduite doit s'appliquer aussi à la juridiction militaire. Cette réserve est réglée à l'art. 34a^{bis} AP-CPM. Les autres dispositions s'appliqueront par le biais du renvoi aux art. 93 à 96 CP qui figure à l'art. 54 CPM.

Art. 62, al. 4, let. b, et al. 5, AP-CP

Cette modification concerne la fin de la sanction de l'auteur libéré conditionnellement d'une mesure thérapeutique institutionnelle prévue à l'art. 60 ou 61 CP et dont le délai d'épreuve, prolongé à une reprise, arrive à son terme.

En effet, l'art. 62, al. 4, CP permet la prolongation indéfinie du délai d'épreuve pour la mesure de l'art. 59 CP mais pas pour les deux autres mesures thérapeutiques institutionnelles. Dans ce cas, il convient de permettre le prononcé de manière illimitée d'une assistance de probation et de règles de conduite avant que l'auteur ne soit libéré définitivement de l'exécution de la mesure au sens de l'art. 60 ou 61 CP, comme cela est envisagé au terme de l'exécution d'une peine privative de liberté (art. 89a, al. 1, AP-CP).

Eu égard à la modification prévue à l'al. 4, let. b, l'actuel al. 5 fixant une limite de six ans pour le délai d'épreuve en cas de libération conditionnelle d'une des mesures prévues aux art. 60 et 61 CP, est abrogé.

Art. 62f AP-CP

L'art. 62f AP-CP fixe les conditions, le champ d'application et certaines modalités d'exécution de l'assistance de probation et des règles de conduite au terme de l'exécution d'une mesure thérapeutique institutionnelle.

Il est proposé de limiter le champ d'application aux seuls auteurs exécutant une mesure thérapeutique institutionnelle au sens des art. 59 à 61 CP et de ne pas prévoir de disposition légale similaire pour les personnes soumises à une mesure ambulatoire (art. 63 CP) ou à un internement¹⁰³.

Afin que l'assistance de probation et les règles de conduite puissent être prononcées, il est tout d'abord nécessaire que la mesure thérapeutique institutionnelle prévue aux art. 59 à 61 CP ait été levée en raison d'une des causes énoncées à l'art. 62c, al. 1, CP (échec, atteinte de la durée légale maximale ou absence d'établissement approprié). En outre, l'auteur doit satisfaire trois conditions cumulatives.

- Premièrement, il doit avoir commis un crime par lequel il a porté ou voulu porter atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui (let. a)¹⁰⁴. Comme à l'art. 41a, al. 1, let. a, AP-CP, il n'est pas nécessaire que l'atteinte soit grave (à l'instar de celle de l'art. 64, al. 1, CP). Il est toutefois attendu, en lien avec la let. c et l'art. 41a, al. 1, let. b, AP-CP, que le condamné nait été privé de sa liberté pour au moins deux ans.

¹⁰³ Cf. à ce sujet ch. 1.3.2

¹⁰⁴ Cf. explication complémentaire concernant l'art. 41a, let. a, AP-CP

-
- Deuxièmement, on peut craindre qu’il commette à nouveau un crime semblable (let. b)¹⁰⁵.
 - Troisièmement, condition propre aux mesures thérapeutiques institutionnelles, il faut que l’une des conséquences de la levée de la mesure prévue à l’art. 62c, al. 2, 3, 4 ou 6 CP (soit l’exécution du solde de peine, le changement du reste de la peine en une nouvelle mesure ou en un internement, ou le prononcé d’une autre mesure thérapeutique institutionnelle avant ou pendant l’exécution de la mesure), ne trouve pas application. En effet, si tel est le cas, l’auteur ne se retrouve pas en liberté et il n’est pas nécessaire d’assurer sa prise en charge.

La compétence d’ordonner une assistance de probation et des règles de conduite appartient à une autorité judiciaire, laquelle se prononce suite à une requête de l’autorité d’exécution.

L’al. 2 traite du prononcé des mesures d’accompagnement au terme de l’exécution du solde de la peine privative de liberté devant être subie suite à la levée de la mesure thérapeutique institutionnelle (art. 62c, al. 2, CP). Pour le reste, le partage de compétences entre les autorités est réglé comme à l’al. 1.

L’al. 3 impose au juge d’entendre l’auteur avant de statuer. D’un côté, l’assistance de probation et les règles de conduite restreignent la liberté de l’auteur (par exemple au travers d’interdictions, de contrôles, d’obligations d’annoncer) ; de l’autre, elles peuvent également servir ses propres intérêts (par exemple avec des formations, offres de soutien). Afin que ces mesures atteignent leur objectif, un minimum de collaboration de la part de l’auteur est nécessaire. Il est, dès lors, important que ce dernier puisse donner son point de vue.

L’al. 4 règle la durée de l’assistance de probation et des règles de conduite. Celle-ci s’échelonne entre un et cinq ans afin de laisser une grande marge de décision au juge selon les caractéristiques individuelles de chaque auteur. Le juge arrête la durée des mesures d’accompagnement en raison de différents critères comme la gravité de l’infraction commise, les biens juridiques touchés, la sanction exécutée, le comportement durant l’exécution de la sanction, les antécédents, les caractéristiques personnelles de l’auteur et le cadre de vie qui sera le sien à sa libération, etc. La durée fixée n’est toutefois qu’indicative puisqu’il est possible de lever en tout temps l’assistance de probation et les règles de conduite (art. 95a, al. 3, let. b et c, et al. 4, AP-CP) et que celles-ci peuvent être prolongées autant que nécessaire (art. 62f, al. 6, AP-CP).

La 2^{ème} phrase de l’al. 4 correspond à la nouvelle formulation de l’art. 95, al. 2, AP-CP. Il s’agit pour le juge de détailler et motiver le contenu de l’assistance de probation et des règles de conduite. La liste des règles de conduite de l’art. 94 AP-CP étant non exhaustive afin de répondre aux spécificités individuelles, il est particulièrement important que le juge en fixe précisément les contours, c’est-à-dire les obligations, les restrictions, les interdictions et autres conditions que l’auteur doit

¹⁰⁵ Cf. explication complémentaire concernant l’art. 89a AP-CP

respecter mais aussi les éléments de la prise en charge (formation, thérapie, etc.) dont il bénéficie¹⁰⁶. Dans cette perspective, on attend du juge qu'il se renseigne régulièrement auprès d'agents de probation ainsi que d'autres intervenants ou spécialistes de l'exécution des sanctions pénales afin de se déterminer sur le contenu exact des règles de conduite, leur faisabilité et les différentes possibilités pour les mettre en œuvre.

L'assistance de probation et les règles de conduite devraient débiter immédiatement, c'est-à-dire lorsque le jugement levant la mesure thérapeutique institutionnelle et ordonnant les mesures d'accompagnement entre en force (al. 5). En ce sens et conformément à l'art. 387 CPP, tout recours contre le prononcé de ces deux mesures est dénué d'effet suspensif.

L'al. 6 prévoit la prolongation de l'assistance de probation et des règles de conduite pour une durée maximale de cinq ans à chaque fois. La durée et la possibilité de prolonger ces mesures d'accompagnement correspondent à l'art. 62, al. 2 et 4, let. a, CP qui réglemente le délai d'épreuve assortissant la libération conditionnelle du traitement des troubles mentaux (art. 59 CP). La possibilité de prolongation illimitée selon l'avant-projet du CP se justifie également car il est ici question de personnes arrivant au terme de leur mesure mais étant toujours considérées comme dangereuses. Ainsi, le juge n'ordonne la prolongation que s'il conclut à un risque de récidive qualifié, à savoir que l'auteur présente le risque de perpétrer une infraction grave, soit un crime par lequel il porterait atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui. Cette condition reprend celle énoncée à l'al. 1, let. a, qui fixe le champ d'application de l'assistance de probation et des règles de conduite au terme de l'exécution de la mesure thérapeutique institutionnelle.

Art. 89a AP-CP

L'art. 89a AP-CP règle la mise en œuvre de l'assistance de probation et des règles de conduite au terme de l'exécution d'une peine privative de liberté, lorsque le juge les a prononcées avec réserve au sens de l'art. 41a AP-CP. Il revient à l'autorité d'exécution de demander au juge, celui qui a réservé l'assistance de probation et les règles de conduite (art. 363, al. 1, CPP), de les ordonner. Elle doit déposer sa requête avant que le condamné ne soit libéré définitivement, c'est-à-dire avant qu'il n'ait purgé l'entier de la peine privative de liberté ou avant le terme du délai d'épreuve assortissant la libération conditionnelle.

L'art. 89a AP-CP s'inspire de la réglementation de l'art. 87, al. 3, CP, laquelle prévoit la possibilité, au terme du délai d'épreuve, de prolonger d'un à cinq ans, à chaque fois, l'assistance de probation et les règles de conduite pour l'auteur libéré conditionnellement d'une peine privative de liberté pour une infraction selon l'art. 64, al. 1, CP. À la différence de l'art. 87, al. 3, CP, la réglementation prévue aux art. 41a et 89a s'adresse aussi aux personnes condamnées non éligibles à la libération conditionnelle, notamment en raison du risque de récidive, et rend possible le prononcé de mesures d'accompagnement aux auteurs ayant commis une infraction grave (cf. art. 41a, let. a, et 89a, al. 1, AP-CP) mais non liée au catalogue de l'art. 64, al. 1, CP.

¹⁰⁶ Cf. commentaire relatif à l'art. 94 AP-CP

Le juge ordonne une assistance de probation et des règles de conduite lorsque deux conditions cumulatives sont remplies (art. 89a, al. 2, AP-CP) :

- une assistance de probation et des règles de conduite avec réserve, selon l’art. 41a AP-CP, ont été prononcées à l’encontre de l’auteur (let. a) ; et
- il faut s’attendre à ce que l’auteur commette un nouveau crime par lequel il porterait atteinte à l’intégrité physique, psychique ou sexuelle d’autrui (let. b).

En exigeant une atteinte à l’intégrité physique, psychique ou sexuelle d’autrui, la let. b correspond à la première condition prévue à l’art. 41a, let. a, AP-CP mais va moins loin que la condition énoncée à l’art. 64, al. 1, CP pour l’internement. En effet, le pronostic au moment du prononcé avec réserve des mesures d’accompagnement doit toucher des auteurs dangereux mais qui ne présentent pas la dangerosité particulière exigée pour un internement.

À ce titre, le juge établit la présence d’un risque de récidive en se basant sur des indices concrets : par exemple, le non-respect du cadre de l’exécution de la peine privative de liberté, des menaces s’agissant de la commission de nouvelles infractions graves, un comportement hétéro-agressif en détention, la présence de troubles psychiques, de précédentes condamnations pour des actes de violence, la mise en échec d’une ou de précédentes libérations conditionnelles ou d’autres allègements de régime, etc. Il est, à cet égard, essentiel que le juge procède à une appréciation globale de différents critères et requière, au besoin, l’avis de spécialistes en évaluation du risque et de la dangerosité.

L’al. 3 consacre le droit d’être entendu de l’auteur puisque le juge statue sur l’assistance de probation et les règles de conduite après avoir entendu l’auteur (cf. aussi art. 62f, al. 3, AP-CP). À l’instar de ce qui est prévu pour les mesures (art. 62f, al. 4, AP-CP), l’al. 4 traite de la durée de l’assistance de probation et des règles de conduite. Il indique également que leur contenu doit être précisé¹⁰⁷.

Comme déjà indiqué dans les explications relatives à l’art. 62f AP-CP, les règles de conduite et l’assistance de probation doivent avoir effet tout de suite, au terme de l’exécution de la peine (al. 5). En ce sens et conformément à l’art. 387 CPP, tout recours contre le prononcé de ces deux mesures est dénué d’effet suspensif.

Certains délinquants violents ou sexuels ont besoin d’un encadrement de longue durée et il apparaît pertinent que l’autorité d’exécution puisse en requérir la prolongation aussi longtemps que nécessaire. L’al. 6 prévoit la prolongation de l’assistance de probation et des règles de conduite pour une durée maximale de cinq ans à chaque fois. Cette disposition s’inspire, pour ce qui est de la durée, de la réglementation prévue pour la prolongation du délai d’épreuve accompagnant la libération conditionnelle de la mesure thérapeutique institutionnelle de l’art. 59 CP (art. 62, al. 4, let. a, CP).

La réglementation prévue requiert toutefois la présence d’un risque de récidive qualifié, à savoir qu’il soit à craindre que l’auteur commette une infraction grave,

¹⁰⁷ Cf. commentaire relatif à l’art. 62f, al. 4, AP-CP

soit un crime par lequel il porterait atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui. Cette dernière condition est identique à celle justifiant le prononcé de ces mesures (art. 41a, let. a et d, 89a, al. 2, let. b, AP-CP).

Art. 93 AP-CP

Il est envisagé de simplifier l'art. 93 CP relatif à l'assistance de probation. L'actuelle formulation de l'al. 1 est conservée à l'exception de l'expression « aide nécessaire » remplacée par « prise en charge adaptée ». En effet, l'assistance de probation représente une mesure de prévention et d'accompagnement répondant aux caractéristiques propres de l'auteur. En outre, dans l'esprit des modifications envisagées, l'assistance de probation au terme de l'exécution de la sanction se conçoit comme une prolongation de la prise en charge durant l'exécution de la sanction.

L'art. 93, al. 2 et 3, CP règle la divulgation d'informations relatives au mandat d'assistance de probation. Le législateur souhaitait ici renforcer la relation de confiance entre l'agent de probation et la personne prise en charge en prévoyant une réglementation proche de celle du secret professionnel de l'art. 321 CP¹⁰⁸.

Depuis l'entrée en vigueur de l'art. 93 CP, la situation a changé. Tout d'abord, sur le plan organisationnel, une grande partie des cantons a intégré l'autorité chargée de l'assistance de probation et du contrôle des règles de conduite au sein de l'entité s'occupant de l'exécution des sanctions pénales¹⁰⁹. À l'heure actuelle, les autres structures (fondation privée¹¹⁰ ou services sociaux¹¹¹) font figure d'exception. Dans les cantons ayant rapproché exécution des sanctions pénales et probation, la personne responsable de cas peut, par ailleurs, se charger de l'accompagnement social du probationnaire, rendre des décisions à son endroit et rédiger les rapports à l'attention des autorités.

Ensuite, la majorité des cantons ont réglé, ces dernières années, la question du partage d'informations dans le domaine de l'exécution des sanctions pénales¹¹². La transmission de renseignements à l'autorité compétente apparaît effectivement essentielle afin que cette dernière puisse juger de l'évolution des mesures d'accompagnement ordonnées et, le cas échéant, statuer sur leur sort. Ceci est d'autant plus vrai que les modifications proposées dans l'avant-projet prévoient la possibilité de prolonger autant que nécessaire l'assistance de probation et les règles de conduite (art. 62f, al. 6, art. 89a, al. 6, AP-CP). L'art. 95a, al. 1, AP-CP régleme à cet égard la transmission d'un rapport, à l'instar de l'art. 95, al. 1 et 3, CP.

Pour ces raisons, une réglementation spécifique uniquement pour les agents de probation ne se justifie plus. Il semble aujourd'hui difficilement concevable que les

¹⁰⁸ 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 fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 1787, 1933 s.

¹⁰⁹ Par ex. les cantons d'Argovie, Berne, Fribourg, Grisons, Lucerne, Neuchâtel, Valais, Zoug, Zurich.

¹¹⁰ Canton de Vaud : Fondation vaudoise de probation

¹¹¹ Cantons de Glaris et de Nidwald

¹¹² Rapport de l'OFJ relatif à la motion 16.3002 (note 2), ch. 5.4.5

agents de probation soient soumis à un devoir de discrétion différent des collaborateurs chargés de la mise en place puis du contrôle des mesures thérapeutiques ambulatoires ou des mesures d'interdiction des art. 67 ss. CP, ou qu'ils ne soient pas assujettis au même régime selon le dossier qu'ils gèrent. En outre, la protection du secret de fonction conférée par l'art. 320 CP s'applique aux informations partagées durant le mandat d'assistance de probation. Le Conseil fédéral juge qu'il convient de laisser aux cantons le soin de réglementer plus en détail, si nécessaire, les rapports entre les différentes autorités selon la structure qui leur est propre. C'est pourquoi, il convient d'abroger les al. 2 et 3 de l'art. 93 CP.

Art. 94 AP-CP

L'art. 94 AP-CP donne, comme l'art. 93 CP, une définition des règles de conduite. Il rappelle qu'il est primordial que le juge ou l'autorité d'exécution impose des règles de conduite en lien avec l'infraction commise et adaptées aux caractéristiques personnelles de l'auteur. Ainsi, le juge ou l'autorité d'exécution pourra, par exemple, soumettre l'auteur souffrant de problèmes d'addiction et ayant commis des infractions en lien avec la consommation de stupéfiants à une prise en charge thérapeutique ainsi qu'à des contrôles médicaux servant à contrôler l'abstinence aux stupéfiants. À l'instar de l'assistance de probation, les règles de conduite possèdent un aspect sécuritaire visant à contrôler l'auteur mais également un aspect prosocial devant accompagner ainsi que favoriser l'intégration ou réintégration de l'auteur au sein de la société.

L'avant-projet établit la possibilité d'ordonner des règles de conduite au terme de la peine privative de liberté ou de la mesure et non seulement durant le délai d'épreuve, raison pour laquelle cette dernière indication a été supprimée. Pour le reste, l'art. 94, al. 2, AP-CP énonce plus clairement les règles de conduite pouvant être ordonnées. Cette liste s'inspire de l'actuel art. 94 CP mais également des mesures de substitution de l'art. 237, al. 2, CPP. Cette liste est exemplative mais non exhaustive (« en particulier »).

Par « lieu de séjour approprié aux besoins de l'auteur » (let. a), on pense notamment au placement dans une institution ouverte où l'auteur peut bénéficier d'une prise en charge globale adaptée (cadre structuré, occupation, encadrement social et personnel, thérapie, etc.) tout en étant soumis à une certaine surveillance. Ce type de prise en charge peut, par exemple, se révéler nécessaire pour des délinquants sexuels, nécessitant un accompagnement de longue voire très longue durée, et pour lesquels le cadre de la mesure thérapeutique institutionnelle s'est révélé infructueux.

L'art. 94, al. 2, let. a, AP-CP, ne constitue pas une base légale permettant une privation de liberté dans un établissement pénitentiaire, un centre d'exécution de mesures, une clinique psychiatrique fermée, une institution pour les placements à des fins d'assistance ou tout établissement destiné à la privation de liberté.

L'activité occupationnelle concerne l'activité professionnelle (figurant déjà à l'art. 94 CP) mais également les loisirs ou la participation à la vie associative (let. b). Il s'agit d'enjoindre au condamné de s'occuper par le biais d'une activité structurée, d'un emploi ou d'une autre occupation. L'interdiction d'exercer une activité tout comme l'interdiction géographique ou de contact ne sont pas visées ici, puisqu'elles

sont ordonnées par le juge au moment du jugement (art. 67 et 67*b* CP) ou postérieurement à certaines conditions (art. 67*d*, al. 2, CP).

L'art. 94, al. 2, let. c, AP-CP reprend la formulation de l'art. 94 CP concernant les soins médicaux et psychologiques. Ceux-ci consistent non seulement en des soins psychothérapeutiques et somatiques mais également en toute prise en charge à visée thérapeutique au sens large (par exemple le suivi par un coach, l'art-thérapie) dont l'objectif principal est la prévention de la récidive et l'intégration sociale de l'auteur.

L'obligation de se soumettre à des contrôles toxicologiques (let. d) concerne les prises d'urine, les prises de sang ou les autres contrôles visant à déterminer la présence de substances dans le corps. Les contrôles toxicologiques peuvent aider l'autorité à surveiller une abstinence à l'alcool ou aux drogues mais, par exemple, aussi la prise d'un médicament.

Sous « interdiction de fabriquer, de faire usage, de disposer ou de posséder d'une autre manière tout objet en lien avec l'infraction » (let. e), on pense notamment à l'interdiction d'avoir une arme pour l'auteur d'un brigandage ou à celle d'utiliser internet pour le consommateur de pornographie dure.

Par réparation du dommage (let. f), on entend non seulement les efforts financiers consentis par l'auteur mais également toute démarche de justice restaurative après la condamnation.

Comme l'activité professionnelle, la formation ou formation continue (let. g) vise à garantir une occupation sensée prévenir la récidive et contribuer à l'intégration sociale pour les personnes devant se former ou continuer à se former afin de pouvoir s'intégrer sur le marché du travail, par exemple les jeunes adultes ou les personnes ne disposant pas d'une formation de base.

L'obligation de se présenter régulièrement à un service administratif (let. h) figure dans le code de procédure pénale à titre de mesure de substitution (art. 237, al. 2, let. d, CPP). Il s'agit, ici, par exemple de s'assurer que la personne condamnée s'annonce à échéance régulière auprès du service de probation, d'un poste de police ou auprès d'une autre entité administrative.

Il peut également être nécessaire de prononcer une interdiction d'utiliser un véhicule à moteur au-delà de la limite maximale de cinq ans fixée à l'art. 67*e* CP (let. i), par exemple pour un auteur qui aurait passé plus de cinq ans en exécution de peine ou de mesure et qui représenterait un éventuel risque au volant, à sa sortie. L'interdiction se fonde sur les mêmes conditions que celles de l'art. 67*e* CP, à savoir que l'auteur doit avoir utilisé un véhicule automobile pour commettre un crime ou un délit.

L'art. 94, al. 3, AP-CP prévoit que lorsqu'il est question d'ordonner le séjour de l'auteur dans un établissement spécialisé, ou des soins médicaux ou psychologiques, soit une prise en charge thérapeutique au sens large, le juge ou l'autorité d'exécution se fonde sur une expertise au sens de l'art. 56, al. 3, CP. Il n'est, en effet, pas justifiable qu'une expertise soit nécessaire pour un traitement ambulatoire pouvant être exécuté en liberté mais non pour une thérapie comparable ordonnée à titre de règle de conduite. Dans tous les cas, le juge ou l'autorité d'exécution peut s'appuyer

sur l'avis d'agents de probation ou d'autres spécialistes lorsqu'il s'agit de définir l'encadrement adéquat¹¹³.

Comme pour les mesures de substitution de la procédure pénale (art. 237, al. 3, CPP), l'interdiction de contact et l'interdiction géographique (art. 67*b*, al. 3, CP), il convient de créer une base légale, à l'al. 4, pour contrôler le respect des règles de conduite au moyen d'appareils techniques pouvant être fixés à l'auteur (surveillance électronique). La surveillance électronique consistant surtout en un moyen de contrôler les déplacements de l'auteur et de le localiser, son application est circonscrite aux lieux où la présence de l'auteur est requise sans qu'elle puisse être directement contrôlée, soit les règles de conduite ayant trait au lieu de séjour (let. a) et à l'activité occupationnelle (let. b).

Art. 95, al. 2, AP-CP

L'art. 95, al. 2, CP est reformulé en exigeant que le jugement ou la décision établisse clairement le cadre imposé et les obligations de l'auteur envers l'autorité. Autrement dit, il s'agit de décrire en détail et de motiver le contenu de l'assistance de probation et des règles de conduite. Une réglementation identique est prévue aux art. 62*f*, al. 4, 2^{ème} phrase, et 89*a*, al. 4, 2^{ème} phrase, AP-CP¹¹⁴.

Art. 95*a* AP-CP

L'art. 95*a*, al. 1, AP-CP reprend, en partie, la formulation de l'art. 95, al. 3, CP.

L'al. 1 traite des situations dans lesquelles le cadre fixé n'est pas respecté par la personne condamnée ou n'est pas/plus adéquat. Dans le premier cas, il s'agit, par exemple, de l'absentéisme aux rendez-vous, de contrôles positifs aux tests d'urine visant à contrôler l'abstinence à l'alcool et plus généralement de toute infraction au cadre établi et ordonné par le juge. Dans le second cas, l'assistance de probation et les règles de conduite peuvent s'avérer insuffisantes car elles n'encadrent pas assez l'auteur ; il est alors possible de renforcer le cadre (art. 95*a*, al. 3, let. c, AP-CP). *A contrario*, il se peut que l'auteur évolue très favorablement et n'ait plus besoin d'être pris en charge. L'assistance de probation et les règles de conduite doivent alors être levées (art. 95*a*, al. 3, let. b et c, AP-CP).

Dans toutes les situations décrites à l'al. 1, l'autorité chargée de l'assistance de probation et du contrôle des règles de conduite fournit un rapport à l'autorité d'exécution. Le rapport doit mentionner la mise en place des mesures et leur exécution (collaboration, difficultés posées, etc.). Il est important qu'il soit suffisamment étayé afin que le cas échéant, le juge puisse statuer en application de l'al. 3. Dans tous les cas, la personne condamnée doit être informée du contenu de ce rapport et des suites qui pourront y être données.

Les conséquences de l'al. 1 figurent aux al. 2 et 3. L'al. 2 règle les compétences de l'autorité d'exécution. Celle-ci peut ainsi avertir l'auteur, modifier les règles de conduite ordonnées ou transmettre une requête au juge. C'est également à l'autorité d'exécution que revient d'effectuer l'examen annuel de levée de l'assistance de probation ou des règles de conduite prévu à l'al. 4. Les compétences de l'autorité judiciaire sont données à l'al. 3 qui prévoit que le juge peut également avertir le

¹¹³ Cf. explication concernant l'art. 62*f*, al. 4, AP-CP

¹¹⁴ Cf. également commentaire des art. 62*f*, al. 4, 2^{ème} phr., et 89*a*, al. 4, 2^{ème} phr., AP-CP

condamné, ordonner l'assistance de probation (pour le cas où, par exemple, seules des règles de conduite auraient été imposées), modifier les règles de conduite, les révoquer ou en prononcer de nouvelles.

L'existence de compétences parallèles se justifie par le fait qu'il est primordial que l'autorité d'exécution puisse intervenir rapidement en modifiant le cadre imposé si nécessaire. En revanche, les décisions impliquant une restriction plus importante des droits fondamentaux comme le fait d'imposer de nouvelles règles de conduite doivent ressortir à une autorité judiciaire. Ainsi, il revient à l'autorité d'exécution d'adapter, par exemple, le cadre thérapeutique ou la fréquence des contrôles toxicologiques imposés mais non d'obliger l'auteur à avoir une activité occupationnelle, sans que cela ait été précédemment ordonné par le juge. Cette réglementation correspond à celle prévue à l'art. 67*d*, al. 1, CP concernant l'extension des mesures d'interdiction.

À l'instar du système prévu pour les mesures (art. 62*d*, al. 1, art. 63*a*, al. 1, art. 64*b*, al. 1, let. a, CP), l'al. 4, prévoit que l'autorité d'exécution examine, d'office ou sur demande au moins une fois par année, si l'assistance de probation ou les règles de conduite peuvent être levées. Si elle estime que tel est le cas, elle soumet une requête en ce sens au juge qui statue en application de l'al. 3, let. b et c. Si l'assistance de probation ou les règles de conduite sont levées, elles prennent fin.

L'autorité d'exécution observe également chaque année si les règles de conduite doivent être modifiées. Le cas échéant et en fonction de la restriction à la liberté entraînée par la modification, elle peut statuer directement (si la restriction n'est pas sensiblement plus importante et va dans le sens du jugement), en application de l'al. 2, ou soumettre une demande au juge, selon l'al. 3, let. c. Comme pour les mesures (art. 62*d*, al. 1, art. 63*a*, al. 1, art. 64*b*, al. 2, let. a et c, CP), l'autorité d'exécution entend la personne condamnée et se base sur un rapport fourni par l'autorité chargée de l'assistance de probation et du contrôle des règles de conduite.

L'al. 5 prévoit le recours à la commission d'évaluation de la dangerosité instituée à l'art. 91*a* AP-CP lorsque l'autorité compétente a un doute sur la dangerosité de l'auteur et qu'elle envisage la levée de l'assistance de probation et des règles de conduite ordonnée en application des art. 62*f* et 89*a* AP-CP. La saisine de la commission est réglée de manière semblable qu'à l'art. 75*a*, al. 1, AP-CP à savoir que la commission n'intervient que lorsqu'il subsiste un doute sur la dangerosité de l'auteur au sens de l'art. 91*b* AP-CP et que la levée des mesures d'accompagnement apparaît possible.

La saisine systématique de la commission n'est pas indiquée. Coûteuse, elle risquerait de surcharger les commissions.

2.7 Harmonisation terminologique

L'harmonisation terminologique concerne les art. 63, al. 3, 64*b*, al. 1, 64*c*, al. 1 et 2, 67*b*, al. 3, 67*c*, al. 4 à 6, 84, al. 4, 86, al. 1 à 3 et 89, al. 2, AP-CP.

Cf. explications au ch. 1.3.7.

3 Grandes lignes de l'avant-projet relatif à la modification du droit pénal des mineurs (avant-projet 2)

3.1 Contexte

3.1.1 Motion 16.3142 Caroni

La motion 16.3142 Caroni « Droit pénal des mineurs. Combler une lacune en matière de sécurité » a été adoptée par le Conseil des États le 2 juin 2016 et par le Conseil national le 27 septembre 2016. Sa teneur est la suivante :

« Le Conseil fédéral est chargé de proposer des modifications législatives afin que l'autorité compétente puisse ordonner les mesures nécessaires ou la poursuite des mesures nécessaires à l'encontre de jeunes qui compromettent gravement la sécurité de tiers lorsque des mesures de protection relevant du droit pénal des mineurs (DPMIn)¹¹⁵ ordonnées à leur encontre prennent fin parce qu'ils ont atteint l'âge limite fixé par la loi (art. 19 al. 2 DPMIn). »

Elle est développée comme suit :

« Les mesures de protection relevant du DPMIn (art. 12 ss.) comportent une dangereuse lacune lorsque les jeunes à l'encontre desquels des mesures ont été ordonnées représentent une grave menace pour la sécurité de tiers.

Parmi les mesures de protection prévues par le DPMIn, l'autorité peut ordonner le placement en établissement fermé « si la protection personnelle ou le traitement du trouble psychique » le requiert (art. 15, al. 2, let. a) ou si le mineur « représente une grave menace pour des tiers et que cette mesure est nécessaire pour les protéger » (art. 15, al. 2, let. b). Cependant, dès que le jeune a 22 ans (ou 25 ans selon le nouveau droit), toutes les mesures prennent fin (art. 19, al. 2, DPMIn).

L'autorité d'exécution peut certes requérir « les mesures tutélaires appropriées » si la menace subsiste (art. 19, al. 3, DPMIn), mais ces mesures tutélaires ne sont conçues que pour les cas où le jeune a lui-même besoin de protection en raison de troubles psychiques, de déficience mentale ou de grave état d'abandon (art. 426 CC). Dès lors, si les mesures ordonnées en vertu de l'art. 15, al. 2, let. a, DPMIn (mise en danger de sa propre personne ou trouble psychique) peuvent être prolongées, celles ordonnées notamment en vertu de l'art. 15, al. 2, let. b, DPMIn (pure mise en danger de tiers, pas de trouble psychique) doivent impérativement prendre fin.

Selon le Tribunal fédéral, on peut aussi voir un besoin de protection personnelle au sens de l'art. 426 CC dans le simple fait de mettre un tiers en danger¹¹⁶. Cette jurisprudence a cependant été vivement critiquée par la doctrine, sans compter que, dans l'affaire en question, le jeune souffrait d'un trouble psychique.

Pour protéger correctement les tiers gravement menacés lorsque le jeune ne souffre pas de trouble psychique ou ne met pas sa propre personne en danger, il faut introduire la possibilité d'ordonner ou de poursuivre les mesures nécessaires même

¹¹⁵ RS 311.1

¹¹⁶ Cf. ATF 138 III 593, consid. 5.2

si les mesures ordonnées en vertu du DPMIn doivent prendre fin parce que le jeune a atteint l'âge limite prévu par la loi.

Ce système n'est pas nouveau : il est appliqué pour l'interdiction de prendre contact avec des personnes et l'interdiction géographique (art. 16a DPMIn) depuis le 1^{er} janvier 2015 (cf. art. 19, al. 4, DPMIn). Il est d'autant plus nécessaire lorsque la menace à l'encontre de tiers est encore plus grave.

3.1.2 Droit en vigueur

Placement en établissement fermé au sens de l'art. 15, al. 2, DPMIn

Le placement dans un établissement fermé sert avant tout à l'éducation ou au traitement du mineur. Un placement est ordonné si les conditions de l'art. 15, al. 1, sont réunies et que la protection personnelle ou le traitement du trouble psychique du mineur l'exigent impérativement (let. a) ou si l'état du mineur représente une grave menace pour les tiers et que le placement est nécessaire pour les protéger (let. b). Les conditions de l'al. 2, let. b, sont remplies lorsqu'au vu de la situation personnelle du mineur et des infractions qu'il a commises, il est à craindre qu'il ne commette à nouveau des infractions graves telles qu'un assassinat ou un viol, par exemple s'il s'échappait de l'institution.

Si le mineur a 17 ans, le placement peut être exécuté ou poursuivi dans un établissement pour jeunes adultes (art. 61 CP) (art. 16, al. 3, DPMIn). Cette possibilité rend la séparation entre les auteurs mineurs et les auteurs majeurs moins stricte¹¹⁷.

L'autorité compétente peut dans tous les cas ordonner, ultérieurement, un changement de mesure (art. 18 DPMIn).

Les mesures de protection prennent fin au plus tard lorsque la personne a atteint l'âge de 25 ans¹¹⁸. L'autorité d'exécution doit examiner chaque année si et quand la mesure peut être levée. Cette dernière est levée si son objectif est atteint ou s'il est établi qu'elle n'a plus d'effet éducatif ou thérapeutique (art. 19, al. 1,

DPMIn).

Si, dans un tel cas, le solde de la privation de liberté ne peut pas être exécuté, la personne doit être libérée même si elle est encore dangereuse. Elle doit par ailleurs être libérée même si elle présente encore un danger à l'issue de l'exécution du solde de sa privation de liberté. Les jeunes délinquants profitent parfois de cette règle. Ils résistent à la prise en charge éducative ou thérapeutique afin d'être libérés (après avoir éventuellement subi une courte privation de liberté)¹¹⁹, ce qui accroît encore le danger qu'ils représentent pour la sécurité publique.

Actuellement, la seule possibilité qui s'offre aux autorités est de prononcer une mesure de droit civil. Si la fin d'une mesure de protection expose l'intéressé à des inconvénients majeurs ou compromet gravement la sécurité d'autrui et qu'il ne peut

¹¹⁷ Cf. ch. 3.1.5.5

¹¹⁸ Avant le 30 juin 2016, cet âge était fixé à 22 ans.

¹¹⁹ HUG CHRISTOPH/ SCHLÄFLI PATRICIA/ VALÄR MARTINA, in : Niggli Marcel A./ Wiprächtiger Hans (éd.), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetz, tome II, 4^e éd., Bâle 2018, remarque précédant le commentaire de l'art. 1 DPMIn, n° 35

être paré d'une autre manière à ces risques, l'autorité d'exécution peut requérir en temps utile les mesures tutélaires appropriées (art. 19, al. 3, DPMIn).

L'autorité pénale des mineurs peut demander à l'autorité civile d'ordonner une mesure appropriée quand la privation de liberté est sur le point de prendre fin (art. 20, al. 1, let. a, DPMIn).

Placement à des fins d'assistance au sens de l'art. 426 CC

Une personne peut être placée à des fins d'assistance si elle est en état de faiblesse et qu'elle a besoin d'être protégée. Une personne est en état de faiblesse lorsqu'elle souffre de troubles psychiques, d'une déficience mentale ou d'un grave état d'abandon. On considère qu'il existe un besoin de protection particulier lorsqu'une assistance ou un traitement qui ne peuvent pas être fournis d'une autre manière que par une privation de liberté sont nécessaires en raison de cet état de faiblesse¹²⁰.

Le placement à des fins d'assistance garantit que la personne concernée bénéficie d'une assistance personnelle et de soins. La prise en charge doit, dans la mesure du possible, permettre à la personne de sortir de l'institution dans un délai raisonnable.

Aujourd'hui, le placement à des fins d'assistance sert principalement à protéger la personne concernée et non pas à protéger son entourage. La mise en danger d'autrui n'est donc une condition ni nécessaire ni suffisante pour ordonner un placement. Dans le message sur la révision du droit de la tutelle¹²¹, le Conseil fédéral a écrit ce qui suit : « La protection des tiers est un facteur qui doit lui aussi être pris en compte lors de l'appréciation de la situation, même s'il n'est pas déterminant à lui seul. Empêcher une personne n'ayant plus tous ses esprits de commettre un crime grave fait partie du mandat qu'a l'autorité de protéger la personne concernée. »

Dans un arrêt prononcé sous l'ancien droit de la tutelle, le Tribunal fédéral a autorisé le prononcé d'une privation de liberté à des fins d'assistance (selon l'ancien droit) après une mesure du droit pénal des mineurs¹²². Il s'agissait d'un délinquant souffrant de troubles psychiques (sadisme sexuel et trouble de la personnalité de type antisocial), qui remplissait donc en principe la première condition d'un placement à des fins d'assistance : l'état de faiblesse. Le Tribunal fédéral devait déterminer à quel point il était nécessaire de traiter ces troubles psychiques dans un établissement fermé (c'est-à-dire, s'il y avait un besoin de protection). Il a pris en compte la mise en danger de tiers comme critère supplémentaire pour justifier l'existence du besoin de protection. Il a considéré que du fait qu'un malade mental pourrait mettre en danger autrui, il résultait presque nécessairement un besoin d'aide et d'assistance. En effet, celui qui menace la sécurité d'autrui a besoin d'une assistance personnelle. Il ne résultait en principe rien d'autre de l'art. 426 nCC, qui énonce les conditions d'un placement à des fins d'assistance en vigueur à partir du

¹²⁰ GEISER THOMAS/ETZENSBERGER MARIO, in : Geiser Thomas/ Fountoulakis Christiana (éd.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, tome I, 6^e éd., Bâle 2018, ad. art. 426 n° 7

¹²¹ Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635, 6696, ch. 2.2.11

¹²² ATF 138 III 593 ; confirmé et approfondi dans les arrêts du Tribunal fédéral 5A_614/2013 du 22 novembre 2013 ; 5A_500/2014 du 8 juillet 2014 ; 5A_692/2015 du 11 novembre 2015 et 5A_617/2016 du 9 novembre 2016

1^{er} janvier 2013. Cette disposition ne reconnaît pas non plus la mise en danger d'autrui comme un motif de placement. La protection de tiers devait néanmoins être prise en compte dans l'appréciation, d'autant plus que le mandat de protection comprend aussi le soin d'empêcher une personne malade ou qui n'a plus tous ses esprits de commettre un crime grave¹²³. Le Tribunal fédéral a ainsi conclu qu'il fallait retenir que le recourant souffrait d'une maladie mentale et présentait un état de faiblesse au sens de l'art. 397a, al. 1, CC, alors en vigueur. Le recourant avait en outre besoin de soins sous la forme d'un traitement de sa maladie qui ne pouvait être exécuté que dans un établissement en raison de la situation à risque concrète¹²⁴.

Cet arrêt est vivement critiqué dans la doctrine. Ses opposants considèrent que la seule mise en danger de tiers a suffi comme motif au Tribunal fédéral pour prononcer une privation de liberté à des fins d'assistance (ou, comme on l'appelle actuellement, un placement à des fins d'assistance). Ils mettent en garde contre un amalgame dangereux entre l'assistance (personnelle) et la protection de tiers¹²⁵. Ils considèrent que la privation de liberté à des fins d'assistance (ou placement à des fins d'assistance) a été détournée de sa fonction. Dans ces circonstances, elle équivaut à un traitement institutionnel relevant du droit pénal des adultes ou à un internement. On ne vise donc plus un objectif de droit civil mais des objectifs de droit pénal ou de droit policier. Si la personne concernée était majeure, elle aurait été internée conformément à l'art. 64 CP.

Dans son arrêt T.B. c. Suisse¹²⁶, la Cour EDH conclut que dans le cas susmentionné, la personne concernée a été détenue dans un établissement pénitentiaire sans base légale et à titre purement préventif¹²⁷. La Cour EDH rappelle que d'après sa propre jurisprudence concernant l'art. 5, § 1, let. e de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)¹²⁸, la détention d'une personne souffrant de troubles mentaux en vertu de l'art. 5, § 1, CEDH, peut s'imposer non seulement lorsqu'elle a besoin d'une thérapie, mais également lorsqu'il s'avère nécessaire de la surveiller pour l'empêcher, par exemple, de se faire du mal ou de faire du mal à autrui¹²⁹. Dans le cas étudié, il a été

¹²³ ATF 138 III 593, consid. 5.2.

¹²⁴ ATF 138 III 593, consid. 9 ; la jurisprudence du Tribunal fédéral n'autorise donc pas de placer à des fins d'assistance une personne en raison du danger qu'elle représente pour des tiers (uniquement sur la base de l'art. 426, al. 2, CC, sans état de faiblesse et sans qu'un traitement ne soit nécessaire).

¹²⁵ Cf. GEISER/ ETZENSBERGER (note 120), ad. art. 426 n° 43a ; MEYER LÖHRER BEDA, «Im Ergebnis eine rein polizeilich motivierte Fürsorge», Plaidoyer 6/2012, 20 ss. ; RÜTSCHKE BERNHARD, Verwahrung aus Fürsorge, Revue Suisse de Criminologie (RSC) 1/2013, 30 ss.

Certains avis étaient toutefois positifs : AEBI-MÜLLER REGINA, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht, Jusletter du 6 mai 2013 2013, 43 s. ; WOLF STEFAN/ THUT DANIEL/ SCHMUCKI DEBORAH, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, Revue de la société des juristes bernois (ZBJV) 2013, 670 ss. ; HÄBERLI THOMAS/ MEIER PHILIPPE, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Vormundschaftsrecht (Juli bis Oktober 2012), Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA) 2012, 486 ss., 513.

¹²⁶ Cour EDH, T.B. c. Suisse, arrêt du 30 avril 2019, n° 1760/15

¹²⁷ L'objet de la décision de la Cour EDH est l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_500/2014 du 8 juillet 2014.

¹²⁸ RS 0.101

¹²⁹ Cour EDH, T.B. c. Suisse (note 126), ch. 54

médicalement établi que la personne concernée présente des troubles psychiques, et qu'elle remplit en l'espèce la première condition nécessaire à un placement à des fins d'assistance (état de faiblesse)¹³⁰. En ce qui concerne la deuxième condition (le besoin de protection), la Cour EDH considère en revanche que les considérations relatives à l'assistance personnelle et à la sécurité sont entremêlées dans l'art. 426, al. 2, CC. Renvoyant au message du Conseil fédéral sur la révision du droit de la tutelle¹³¹ et à l'arrêt de principe du Tribunal fédéral¹³², la Cour EDH fait observer que la protection de tiers peut constituer un élément supplémentaire dans l'appréciation de la situation mais qu'elle n'est pas déterminante à elle seule. Elle ajoute que l'art. 426, al. 2, CC ne saurait justifier, en tant que base légale, la détention de la personne concernée¹³³ et conclut sur la base de ces éléments que la personne concernée a été détenue sans base légale.

Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a confirmé que l'art. 426 CC n'était pas une base légale suffisante pour ordonner un placement à des fins d'assistance au seul motif de la mise en danger de tiers¹³⁴.

En conclusion, conformément au message du Conseil fédéral sur la révision du droit de la tutelle et à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le placement à des fins d'assistance peut être ordonné en vertu de l'art. 426, al. 1, CC, si la personne concernée souffre de troubles psychiques et que sa maladie nécessite une assistance sous forme d'un traitement qui ne peut être exécuté que dans un établissement en raison de la situation à risque concrète (art. 426, al. 2, CC).

La CEDH permet la privation de liberté également en d'autres circonstances : la privation de liberté : selon la jurisprudence de la Cour EDH, en vertu de l'art. 5, §1, let. e, CEDH, il est possible de détenir une personne souffrant de troubles mentaux non seulement lorsqu'elle a besoin d'un traitement clinique, mais également lorsqu'il s'avère nécessaire de la surveiller pour l'empêcher, par exemple, de se faire du mal ou de faire du mal à autrui.

Dans tous les cas¹³⁵, le seul besoin de protéger les tiers d'une personne (art. 426, al. 2, CC) ne permet pas de justifier un placement à des fins d'assistance.

3.1.3 Nécessité de légiférer

Les jeunes délinquants dont la prise en charge éducative ou thérapeutique n'a pas porté ses fruits peuvent être libérés de l'exécution d'une mesure de protection (éventuellement après avoir purgé le solde de la peine), même s'ils présentent un risque pour les tiers. Le DPMIn ne prévoit pas de mesures purement sécuritaires destinées à assurer la protection de tiers.

Le placement à des fins d'assistance prévu par le CC, qui peut être demandé à la fin d'une mesure de protection relevant du droit pénal des mineurs, n'a pas été conçu

¹³⁰ Cour EDH, *T.B. c. Suisse*, ch. 59

¹³¹ FF **2006** 6635 (note 121), ici 6696, ch. 2.2.11

¹³² ATF **138** III 593, consid. 5.2

¹³³ Cour EDH, *T.B. c. Suisse* (note 126), ch. 60-63

¹³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_407/2019 du 28 octobre 2019, consid. 8

¹³⁵ Aussi bien conformément au message du Conseil fédéral sur la révision du droit de la tutelle et la jurisprudence du Tribunal fédéral que conformément à l'arrêt de la Cour EDH, *T.B. c. Suisse*.

pour faire office de mesure de sécurité pour les personnes qui n'ont pas pu être éduquées ou traitées et qui constituent un grave danger pour les tiers. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour EDH, le placement à des fins d'assistance ne peut pas remplir cette fonction.

Le texte de la motion Caroni porte sur toutes les personnes considérées comme dangereuses une fois qu'elles ont atteint l'âge limite de 25 ans. Il ressort néanmoins du développement qu'il s'agit en premier lieu des personnes dangereuses ne remplissant pas les conditions nécessaires pour que l'autorité ordonne un placement à des fins d'assistance de droit civil selon la doctrine majoritaire.

La motion part en outre du principe qu'un jeune délinquant dangereux sera placé en établissement fermé en vertu de l'art. 15, al. 2, let. b, DPMIn, jusqu'à ses 25 ans dans tous les cas. En pratique, on doit s'efforcer d'y garder les délinquants dangereux aussi longtemps que possible (si possible jusqu'à l'âge limite). Conformément à l'art. 19, al. 1, DPMIn, l'autorité doit libérer le jeune délinquant de la mesure s'il est établi qu'elle n'a plus d'effet éducatif ou thérapeutique. C'est-à-dire que selon les circonstances, il faut libérer le délinquant avant ses 25 ans et ce même lorsqu'il représente un danger pour les tiers à ce moment-là. Cet aspect doit aussi être pris en compte dans la mise en œuvre de la motion.

Enfin, une mesure de sécurité peut aussi se révéler nécessaire à l'issue d'une privation de liberté. Les personnes concernées sont d'une part les jeunes qui ont été libérés du placement en établissement fermé parce qu'ils ne pouvaient pas y être éduqués ou traités et qui ont subi le reste de la peine sous la forme d'une privation de liberté et d'autre part les jeunes qui ne souffrent pas de troubles psychiques, ne peuvent pas être éduqués et ne sont pas amendables au moment du jugement et à l'encontre desquels aucun placement relevant du droit pénal des mineurs n'a été ordonné mais qui ont seulement été condamnés à une peine.

Il existe toutefois des lacunes en termes de sécurité en ce qui concerne les personnes remplissant les critères suivants :

- elles ont commis une infraction très grave alors qu'elles étaient mineures ;
- elles sont sur le point d'être libérées d'une mesure de protection ou d'une peine prévue par le droit pénal des mineurs ;
- elles constituent une grave menace pour les tiers (c'est-à-dire qu'il y a un risque important qu'elles commettent à nouveau des infractions très graves qui mettent en grand danger la vie et l'intégrité corporelle de tiers ou y portent atteinte), et
- elles ne remplissent pas les conditions nécessaires à un placement à des fins d'assistance au sens de l'art. 426 CC (elles ne sont pas en état de faiblesse [elles ne souffrent pas de troubles psychiques ou d'une déficience mentale] ou elles sont en état de faiblesse mais n'ont pas besoin d'assistance personnelle au sens du CC).

Il n'est pas rare que des mineurs soient condamnés pour des infractions très graves¹³⁶, mais cela ne signifie pas qu'ils doivent dans tous les cas être considérés comme dangereux. En pratique, ces dernières années, on a condamné des jeunes qui avaient commis un meurtre ou un assassinat à des placements en établissement ouvert ou prononcé des mesures d'assistance personnelle (en plus d'une privation de liberté). De plus, ces sept dernières années, des jeunes ayant commis un meurtre, un assassinat ou un brigandage qualifié (art. 140, ch. 4, CP) ont, dans de nombreux cas, été condamnés à une privation de liberté sans mesure de protection¹³⁷. Les sanctions de droit pénal des mineurs prononcées semblent être efficaces, tant et si bien que la majorité de ces délinquants sont peu susceptibles de commettre d'autres infractions après leur libération. Néanmoins, une étude portant sur la récidive menée par l'OFS conclut que le risque de récidive des mineurs condamnés pour des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle est deux fois plus grand que celui des mineurs condamnés pour d'autres infractions¹³⁸.

3.1.4 Consultation d'experts

Un débat d'experts au sujet de la mise en œuvre de la motion Caroni, organisé par l'OFJ, a eu lieu le 13 novembre 2017¹³⁹.

Il en est ressorti qu'en Suisse, il n'y a actuellement qu'un très petit nombre de délinquants mineurs (5 à 7) qui attendent d'être libérés de l'exécution d'une mesure ou d'une peine de droit pénal des mineurs et à l'encontre desquels il est nécessaire de prendre une mesure de sécurité ultérieure. Ce nombre comprend les jeunes délinquants qui ont été placés à des fins d'assistance après avoir été libérés de leur peine.

Les avis des participants divergent toutefois quant à la nécessité de légiférer et quant au type de mesure de sécurité à prévoir.

¹³⁶ Voici le décompte du nombre de mineurs ayant commis de telles infractions en 2016 : art. 111 CP (meurtre) : 5 ; art. 112 CP (assassinat) : 1 ; art. 122 CP (toutes les lésions corporelles graves) : 47 ; art. 140, ch. 4, CP (brigandage qualifié) : 2 ; art. 185, ch. 3, CP (prises d'otage graves) : 1 ; art. 190 CP (tous les viols) : 11 ; art. 221 CP (tous les incendies intentionnels) : 63 (Source : OFS).

¹³⁷ Source : OFS

¹³⁸ OFS, Recodification de mineurs à l'âge adulte de 1995 à 2015 : facteurs de risque, Neuchâtel 2018, disponible à l'adresse : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-straftrecht/rueckfall/analysen.assetdetail.5787282.html> (état au : 18.7.2019).

¹³⁹ Participants : Marcel Riesen-Kupper, responsable et premier procureur des mineurs, canton de Zurich ; Fabienne Proz Jeanneret, juge des mineurs, canton de Genève ; Hans Melliger, responsable du ministère public des mineurs, canton d'Argovie ; Gregor Tönnissen, directeur du centre d'exécution des mesures d'Uitikon ; Alexandre Comby, directeur du centre éducatif de Pramont ; Dr. Christian Perler, médecin chef en psychiatrie légale juvénile, Clinique universitaire psychiatrique de Bâle ; Dr. Steffen Lau, chef du centre de psychiatrie légale institutionnelle, directeur adjoint de la clinique de psychiatrie légale / médecin chef, Rheinau ; Dr. Oliver Bilke-Hentsch, médecin chef et directeur adjoint de la Modellstation SOMOSA, centre socio-pédagogique résidentiel et clinique psychiatrique juvénile, Winterthour ; Diana Wider, professeure à l'institut de travail social et de droit, Haute école de Lucerne, secrétaire générale de la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes COPMA ; Christof Riedo, professeur à l'Université de Fribourg, chaire de droit pénal et de droit de la procédure pénale.

Certains experts sont en faveur d'un internement au sens du droit pénal applicable aux adultes prononcé à l'issue du placement au sens du droit pénal applicable aux mineurs, qui prend fin quand la personne concernée atteint l'âge de 25 ans. La plupart rejettent l'internement avant l'âge de 25 ans. D'autres sont d'avis qu'il faudrait déjà réserver l'internement dans le jugement de condamnation basé sur le droit des mineurs.

Des experts en psychiatrie légale ont signalé qu'il était pratiquement impossible d'émettre un pronostic quant à la dangerosité d'un mineur. Ils ont ajouté que le cerveau des hommes finit seulement de se développer aux alentours de 23 ou 24 ans, et que cela se produit plus tôt pour les femmes (environ 21 ans). Pour les délinquants mineurs, il faudrait donc effectuer des expertises de suivi.

D'autres experts ont proposé que la seule infraction qui puisse donner lieu à un internement a posteriori (c'est-à-dire, dans la nouvelle terminologie, un internement réservé) soit l'assassinat.

Enfin, certains experts ont proposé qu'il soit aussi possible de prévoir une mesure au sens des art. 59 CP (traitement des troubles mentaux) et 61 CP (mesures applicables aux jeunes adultes) pour les auteurs souffrant d'une maladie psychique et pouvant être traités (mais qui ne remplissent toutefois pas les conditions nécessaires pour être placés à des fins d'assistance).

3.1.5 Solutions étudiées et solution retenue

3.1.5.1 Aucune modification législative

D'après le message du Conseil fédéral relatif à la révision du droit de la tutelle, la jurisprudence du Tribunal fédéral et l'arrêt de la Cour EDH TB. c. Suisse¹⁴⁰, on ne peut pas ordonner un placement à des fins d'assistance au sens de l'art. 426 CC sur la seule base de la mise en danger de tiers. Il y a donc une lacune en matière de sécurité en rapport avec les délinquants considérés comme dangereux à l'issue de la sanction de droit pénal des mineurs et qui ne présentent pas d'état de faiblesse (troubles psychiques, déficience mentale ou grave état d'abandon) et/ou qui n'ont pas un besoin de protection. Renoncer à modifier la loi n'est donc pas une solution adéquate.

3.1.5.2 Extension du champ d'application du placement à des fins d'assistance au sens de l'art. 426 CC

Une première solution sur le plan législatif consisterait à étendre le champ d'application du placement à des fins d'assistance selon l'art. 426 CC avant tout aux personnes qui présentent un besoin de protection parce qu'elles constituent un danger pour les tiers, indépendamment du fait qu'elles souffrent ou non d'un état de faiblesse.

Le fait que les autorités pénales des mineurs travaillent en étroite collaboration avec les autorités de protection de l'adulte et de l'enfant (APEA) pendant que la personne concernée exécute une peine ou une mesure du DPMIn plaide en faveur de cette solution. Le droit pénal des mineurs, axé sur l'éducation et le traitement, présente de grandes similitudes avec le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. De ce

¹⁴⁰ Cf. ch. 3.1.2

fait, l'extension champ d'application du placement à des fins d'assistance est considérée comme une mesure appropriée dans la doctrine sur le droit pénal des mineurs et par certains professionnels. Ce sont plus particulièrement les auteurs et professionnels qui refusent que l'internement soit instauré dans le DPMIn¹⁴¹ qui soutiennent cette solution.

Le placement à des fins d'assistance sert actuellement surtout à protéger la personne concernée, mais pas son entourage. La mise en danger d'autres personnes n'est donc une condition ni nécessaire ni suffisante pour ordonner un placement. La jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière a été vivement critiquée par la doctrine¹⁴² et certains auteurs ont mis en garde contre un amalgame dangereux entre l'assistance et la protection de tiers¹⁴³.

Il faut par ailleurs se demander si prononcer une mesure de droit civil contre des délinquants dangereux est vraiment la suite logique à une mesure de droit pénal des mineurs. Cela peut s'avérer approprié pour les personnes qui ont avant tout besoin d'être traitées. En revanche, placer à des fins d'assistance des délinquants dangereux qui ne sont pas amendables équivaldrait à un internement, donc à une mesure pénale. Si l'on offrait la possibilité d'ordonner un placement à des fins d'assistance pour toutes les personnes considérées comme un danger pour les tiers sans qu'elles n'aient été condamnées pour une infraction grave, alors on dépasserait largement le cadre des demandes formulées dans la motion

3.1.5.3 Nouvelle mesure de droit policier

Une mesure de sécurité pour les délinquants dangereux qui doivent être libérés d'une peine ou d'une mesure de droit pénal des mineurs servirait à la prévention. De ce fait, cette mesure aurait aussi un caractère policier. Serait-il possible d'ancrer cette mesure dans le « droit policier » fédéral ?

Dans son rapport en réponse au postulat Malama¹⁴⁴, le Conseil fédéral répond notamment à la question de savoir quelles sont les compétences législatives que la Cst. attribue à la Confédération en matière de sécurité intérieure.

Le droit fédéral n'octroie pas à la Confédération la compétence d'édicter des mesures de sécurité d'ordre purement policier concernant les personnes qui doivent être libérées d'une peine ou d'une mesure de droit pénal des mineurs, qui représentent un danger pour les tiers et qui ne remplissent pas les conditions nécessaires à un placement à des fins d'assistance.

Les mesures de sécurité policières, qui sont liées à une privation de liberté, sont d'ordinaire à relativement court terme. Elles sont prises quand une personne expose les tiers à un danger futur. Si elles sont prises après qu'une infraction a été commise, elles font alors office de solutions transitoires jusqu'à ce que le jugement soit rendu.

Le CPP contient une mesure de sécurité : la détention préventive peut notamment être ordonnée en cas de risque de récidive (art. 221, al. 1, CPP). Elle sert toutefois

¹⁴¹ Cf. ch. 3.1.5.4

¹⁴² Cf. ch. 3.1.2

¹⁴³ Cf. GEISER/ETZENSBERGER (note 120), ad art. 426 n° 43a; MEYER LÖHRER (note 125), 20 ss.; RÜTSCHÉ (note 125), 30 ss.

¹⁴⁴ Rapport du Conseil fédéral du 2 mars 2012 donnant suite au postulat 10.3045 Malama du 3 mars 2010, Sécurité intérieure, Clarification des compétences, FF **2012** 4161

surtout à la protection de la procédure et n'est qu'une solution transitoire jusqu'au jugement (dans la mesure où elle sert à prévenir les infractions).

Le CPP contient en outre une mesure de sécurité policière permettant de placer une personne en détention lorsqu'il y a un risque qu'elle commette un crime grave après avoir menacé de le faire (art. 221, al. 2, CPP). Selon la doctrine¹⁴⁵, il manque toutefois à cette mesure de sécurité du CPP ne repose sur aucune base constitutionnelle. Il s'agit là typiquement d'une mesure de sécurité en matière de police qui relève de la compétence des cantons.

Une mesure de sécurité policière¹⁴⁶ concernerait les personnes exclusivement qualifiées de dangereuses en raison de leur comportement, sans qu'elles n'aient commis d'infraction concrète. Une mesure de ce type dépasserait donc elle aussi largement le cadre des demandes formulées dans la motion. Il manque en outre la base constitutionnelle nécessaire pour pouvoir édicter une telle norme au niveau fédéral.

Il ne faut toutefois pas attribuer aux cantons la tâche de mettre sur pied une mesure de sécurité au sens de la motion Caroni. D'une part, il faut considérer que les cantons élaboreraient tous des solutions très différentes. D'autre part, même si elle est édictée au niveau cantonal, une privation de liberté issue du droit policier n'est pas prévue pour durer dans le temps. La longue durée de la mesure est pourtant une condition nécessaire pour mettre en œuvre la motion Caroni.

3.1.5.4 Introduction d'une mesure de sécurité relevant du droit pénal des mineurs

Il y a dix ans déjà, on parlait d'instaurer l'internement pour les mineurs, entre autres mesures de sécurité. Les avis en la matière divergeaient considérablement¹⁴⁷.

Dans la pratique et dans la doctrine, on a plutôt tendance à refuser cette idée. S'agissant de l'internement, les principaux arguments avancés sont les suivants :

- L'internement pour les mineurs va à l'encontre des principes d'éducation et de protection du droit pénal des mineurs¹⁴⁸.
- Établir un pronostic fiable pose d'importants problèmes¹⁴⁹.

¹⁴⁵ RUCKSTUHL NIKLAUS/ DITTMANN VOLKER/ ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht, Zurich 2011, n° 680

¹⁴⁶ C'est-à-dire en l'absence d'infraction concrète (ce qui est déterminant pour ordonner une mesure du DPM in ou du CP) et en l'absence d'état de faiblesse et de besoin de protection de la personne concernée (critères exigés pour le placement à des fins d'assistance selon le CC).

¹⁴⁷ Cf. notamment *Der Bund* du 18 août 2009, « Verwahrung auch für Jugendliche ». Le procureur en chef du ministère public des mineurs du canton de Bâle-Ville était l'un des rares praticiens à vouloir ajouter l'internement dans le droit des mineurs ; cf. BURKHARD BEAT, Gewalttätige Jugendliche «verwahren» – ein Tabu?, RSC 1/2010, 28 ss.

¹⁴⁸ Déclaration faite à l'occasion du débat d'experts ; cf. ch. 3.1.4. Cf. aussi HOLDEREGGER NICOLE, Die Schutzmassnahmen des Jugendstrafgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in den Kantonen Schaffhausen und Zürich, Zurich 2009, n° 859.

¹⁴⁹ Déclaration faite à l'occasion du débat d'experts ; cf. ch. 3.1.4. Cf. notamment aussi BURKHARD CHRISTOPH, Verwahrung – eine Option im Jugendstrafrecht?, RSC 1/2010, 33 ss.

- Élever la limite d'âge de 22 à 25 ans est suffisant. Cela permet de tenir suffisamment compte des besoins du détenu et de la nécessité de protéger le public sans que le droit pénal des mineurs ne se mue en droit pénal axé sur l'auteur de façon indue¹⁵⁰.
- Le temps consacré à l'éducation par le DPMin est long en comparaison avec le droit pénal applicable aux adultes. Il est suffisant pour préparer les jeunes à réintégrer la société. Il est toutefois nécessaire de créer des institutions qui soient en mesure d'empêcher que les jeunes ne s'évadent, et de gérer les jeunes violents ou récalcitrants¹⁵¹.
- Si, à l'âge de 25 ans, le jeune représente encore un danger, la privation de liberté à des fins d'assistance est une mesure adaptée¹⁵². Il serait préférable de recourir au droit civil plutôt que d'instaurer éventuellement l'internement. À cet effet, il faudrait envisager d'ajouter la « dangerosité » à la liste des conditions permettant d'ordonner un placement à des fins d'assistance¹⁵³.
- Si des jeunes placés en établissement fermé commettent une nouvelle infraction qui justifierait un internement, ils sont en général majeurs à ce moment-là, et donc soumis au droit pénal des adultes pour cette infraction. Un internement pourrait dès lors être ordonné dans le cadre de la nouvelle procédure¹⁵⁴.
- Il est judicieux que le droit en vigueur ne prévoie pas d'internement pour les jeunes délinquants. Il existe toutefois des cas où la libération d'un jeune de 22 ans (à l'époque) a semblé prématurée. Une application de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui a permis dans ces cas d'ordonner un placement à des fins d'assistance parce que le jeune représentait un danger pour les tiers, sans qu'il n'y ait de besoin de protection, n'équivaut à rien d'autre qu'au prononcé d'un internement sans infraction préalable¹⁵⁵.

Une mesure de sécurité dans le DPMin, pourrait par exemple prendre la forme d'un maintien de la personne en établissement fermé en vertu de l'art. 15, al. 2, DPMin, tant que cette personne reste considérée comme dangereuse. Toutefois, cette mesure de sécurité basée sur le DPMin devrait elle aussi, un jour, prendre fin (p. ex. quand la personne concernée atteint l'âge de 25 ou 30 ans). Si nécessaire, une nouvelle mesure de sécurité devrait lui succéder.

3.1.5.5 Mesure de droit pénal des adultes succédant à la mesure de droit pénal des mineurs

Recourir à une mesure issue du droit pénal applicable aux adultes (p. ex. un internement a posteriori) entre en conflit avec les principes du droit pénal des mineurs, ce qui serait susceptible d'avoir des conséquences négatives sur la pratique.

¹⁵⁰ HOLDEREGGER (note 148), n° 859

¹⁵¹ BURKHARD (note 147), 33 ss.

¹⁵² HOLDEREGGER (note 148), n° 859

¹⁵³ STUDER MICHAEL, *Jugendliche Intensivtäter in der Schweiz*, Zurich 2013, 271 ss.

¹⁵⁴ BURKHARD (note 147), 33 ss.

¹⁵⁵ RIEDO CHRISTOF, *Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht*, Bâle 2013, 118 s.

Par exemple, la motivation des jeunes délinquants d'œuvrer à leur progrès et à leur guérison pourrait en souffrir, l'internement faisant office d'épée de Damoclès. La possibilité de réserver une mesure de droit pénal des adultes ôterait la pression exercée sur les autorités d'exécution de devoir (re)sociabiliser un jeune délinquant pendant le court laps de temps qu'elles ont actuellement à disposition.

La difficulté que représente la solution consistant à recourir à des mesures de droit pénal des adultes consiste dans le fait que, pour un très petit nombre d'exceptions, il faut édicter une réglementation n'ayant pas de conséquences négatives sur le reste du droit pénal des mineurs. Un autre problème subsiste : l'infraction sur la base de laquelle on motive l'internement a posteriori d'une personne adulte a été commise par cette même personne alors qu'elle était mineure, et donc, quand son cerveau n'était pas encore entièrement développé.

Les motifs suivants montrent toutefois pourquoi un recours à des mesures de droit pénal des adultes est une solution qui semble viable et appropriée :

a. Les personnes concernées sont majeures

Les personnes pour lesquelles il faudrait prévoir une mesure de sécurité ont commis une infraction quand elles étaient mineures et elles ont été sanctionnées en vertu du droit pénal des mineurs. Ces mesures ne peuvent toutefois pas écarter la possibilité que la personne reste dangereuse. Étant donné que cette dernière devient majeure dans l'intervalle, il paraît cohérent de recourir à des mesures applicables aux délinquants majeurs.

b. Les mesures succédant aux mesures du DPMIn ne sont pas nécessairement contre-productives

On pourrait avancer qu'une mesure du CP succédant à la sanction de droit pénal des mineurs ferait disparaître la pression qu'ont les autorités d'exécution de (re)sociabiliser les jeunes délinquants dans le délai qui leur est imparti. On pourrait toutefois se faire la même réflexion à propos de toutes les mesures susceptibles d'être ordonnées à l'issue d'une sanction de droit pénal des mineurs. On dirait alors, par exemple, que le placement à des fins d'assistance (qui, lui, peut déjà être ordonné après une sanction de droit pénal des mineurs) est contre-productif, ce qui n'est manifestement pas le cas.

c. Le placement en établissement fermé en vertu du DPMIn sert déjà en partie à la sécurité

La protection et l'éducation du mineur sont déterminantes dans l'application du DPMIn (art. 2, al. 1, DPMIn). Le DPMIn contribue aussi, aujourd'hui déjà, à la sécurité des tiers. Ainsi, le placement en vertu de l'art. 15, al. 2, let. b, DPMIn, qui est ordonné si la personne représente une grave menace pour des tiers, ne vise pas seulement la protection et l'éducation, mais il vise aussi clairement des buts de prévention spéciale. En outre, il faut relativiser les buts de protection et d'éducation qui sous-tendent le DPMIn : le DPMIn ne prévoit pas uniquement des mesures de protection, mais aussi des peines, bien qu'elles soient légères comparativement aux peines du CP.

d. Les jeunes délinquants peuvent être placés dans un établissement pour jeunes adultes

En application de l'art. 16, al. 3, DPMIn, il est possible de faire exécuter ou poursuivre le placement dans un établissement pour jeunes adultes (art. 61 CP) si le mineur a 17 ans. Il existe par conséquent déjà une certaine perméabilité entre le droit pénal des mineurs et celui des adultes.

e. Les délinquants dangereux peuvent être placés à des fins d'assistance dans des établissements pour adultes

Aujourd'hui déjà, les délinquants dangereux qui doivent être placés à des fins d'assistance à l'issue d'un placement en vertu de l'art. 15, DPMIn, sont envoyés dans des établissements d'exécution des peines et mesures pour adultes quand aucune autre institution n'est adaptée. Ils se trouvent donc dans les mêmes établissements que ceux où ils se trouveraient si une mesure de droit pénal des adultes avait été prononcée à leur encontre.

f. L'internement au sens de l'art. 64 CP est déjà une mesure de sécurité vis-à-vis des délinquants dangereux

Il n'est pas nécessaire de créer une nouvelle mesure de sécurité en dehors du CP. L'internement au sens de l'art. 64 CP est, en soi, une mesure de sécurité à caractère préventif, qui sert à empêcher des infractions graves, comme les mesures relevant du droit policier. On ne peut pas ordonner un internement sur la seule base d'un mauvais pronostic, mais uniquement pour les personnes qui ont déjà commis une infraction grave. L'internement permettrait donc de remplir les exigences de la motion sans trop élargir le cercle des personnes concernées.

g. Coûts

Les coûts d'une mesure pénale sont pris en charge par les cantons, que ce soit en Suisse romande ou en Suisse alémanique. Si l'on opte pour une solution de droit civil, les coûts du placement à des fins d'assistance seront à la charge des communes.

3.1.5.6 Conclusion

Il existe une lacune en matière de sécurité en ce qui concerne les jeunes délinquants qui sont considérés comme étant dangereux au moment où ils finissent l'exécution de leur peine ou mesure de droit pénal des mineurs.

Pour y remédier, une modification de la loi est inévitable.

L'extension du champ d'application du placement à des fins d'assistance au sens de l'art. 426 CC à des personnes qui sont uniquement dangereuses pour les tiers détournerait cette mesure de sa fonction et, par conséquent, irait bien plus loin que l'exige la motion.

Une mesure de sécurité privative de liberté de droit policier ne serait qu'une solution à relativement court terme. Elle toucherait aussi les personnes exclusivement qualifiées de dangereuses en raison de leur comportement, sans qu'elles n'aient commis d'infraction concrète. Elle dépasserait donc aussi largement les demandes

de la motion. Enfin, il manque la base constitutionnelle nécessaire pour pouvoir édicter ce type de norme au niveau fédéral.

Une mesure de sécurité relevant du droit pénal des mineurs ne ferait que repousser le problème car elle devrait prendre fin à un moment donné, et une nouvelle mesure de sécurité devrait lui succéder si nécessaire. La majorité des praticiens et des auteurs de doctrine rejettent l'idée d'instaurer l'internement pour les mineurs.

En conclusion, beaucoup d'éléments parlent en faveur de la possibilité visant à permettre de prononcer une mesure institutionnelle du CP pour les jeunes délinquants majeurs considérés comme dangereux au moment de leur libération d'une peine ou d'une mesure.

3.1.6 Autres modifications

L'art. 19, al. 4, DPMIn prévoit que l'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact ou l'interdiction géographique au sens de l'art. 16a DPMIn peut être poursuivie sous la forme de l'interdiction équivalente au sens du droit pénal applicable aux adultes. Cette réglementation soulève un certain nombre de questions dans la doctrine. Les peines auxquelles une personne doit avoir été condamnée pour que l'art. 67, al. 1, 3 et 4 CP s'applique en particulier sont sans commune mesure avec les peines prévues dans le DPMIn¹⁵⁶. Ainsi, l'avant-projet propose des modifications visant à lever les ambiguïtés en ce qui concerne le prononcé, la durée et l'exécution d'une interdiction d'exercer une activité au sens du CP.

Dans le cadre du projet, l'art. 14, al. 2, DPMIn est complété de manière à ce qu'il soit aussi possible de cumuler une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique et un traitement ambulatoire.

Des adaptations de nature rédactionnelle sont effectuées aux art. 4, 12, al. 3, 13, al. 4, 15, al. 4, 19, al. 3 (art. 19a, al. 1, AP-DPMIn) et 45, al. 2, DPMIn, afin de respecter la terminologie de la modification du code civil du 19 décembre 2008 (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)¹⁵⁷.

3.1.7 Modifications écartées

L'avant-projet de modification du CP (avant-projet 1), prévoit des nouveautés pour les délinquants considérés comme étant dangereux à l'issue d'une peine ou au moment de la levée d'une mesure thérapeutique, et contre lesquels on ne peut pas prononcer une autre mesure pénale. Pour ces cas particuliers, une assistance de probation pourra être ordonnée et des règles de conduite imposées pour la période suivant la peine privative de liberté ou la mesure thérapeutique. Cette option concerne principalement les délinquants qui ne remplissent pas les conditions d'un internement ou d'un internement a posteriori, mais qui sont toutefois considérés comme dangereux.

Il pourrait être judicieux d'intégrer ces nouveautés au DPMIn. Elles ne se rapportent toutefois pas uniquement au groupe restreint des délinquants particulièrement

¹⁵⁶ HUG/SCHLÄFLI/VALÄR (note 119), ad. art. 19 DPMIn n° 18d s.

¹⁵⁷ RO 2011 725

dangereux pour lesquels la motion Caroni exige des modifications du DPMIn. Choisir cette solution impliquerait en outre d'effectuer une importante révision des mesures du DPMIn (en particulier des dispositions portant sur la modification et la fin des mesures) qui dépasserait le cadre prévu dans la motion Caroni. Il en va de même pour les autres adaptations du DPMIn réclamées dans la doctrine et qui nécessiteraient de réexaminer en profondeur certaines parties du DPMIn¹⁵⁸.

Les modifications du DPMIn effectuées dans l'avant-projet 2 se limitent de ce fait au petit groupe des délinquants très dangereux visé par la motion Caroni.

3.2 Aperçu de la réglementation proposée

3.2.1 Résumé

La nouvelle réglementation proposée permettra de prononcer une mesure du CP à l'issue d'une sanction de droit pénal des mineurs.

Il est rare qu'un jeune délinquant passe à travers toutes les mailles du filet du droit pénal des mineurs et qu'il soit considéré comme un « délinquant dangereux » au moment où il doit être libéré d'une sanction du DPMIn. Le droit pénal des mineurs en vigueur ne subira pas de modifications fondamentales : il faut simplement que l'on comble certaines lacunes en termes de sécurité. Le champ d'application de la réglementation proposée est étroit dans le but de ne pas mettre compromettre, dans la mesure du possible, les principes du droit pénal des mineurs.

Voici un résumé de la réglementation proposée :

Si un mineur a commis une infraction très grave, il sera possible de réserver une mesure prévue aux art. 59 à 61 et 64, al. 1, CP dans le jugement de condamnation en vertu du DPMIn, si l'on estime à ce moment-là qu'il y a un risque de récidive. La mesure réservée sera ordonnée par le tribunal pour adultes à la demande de l'autorité d'exécution une fois que la personne concernée est majeure et s'il y a un risque sérieux qu'elle ne commette à nouveau une infraction très grave à la fin de la peine ou mesure prononcée en vertu du droit pénal des mineurs.

Pour qu'une mesure du CP puisse être ordonnée, il faudra que la personne ait été condamnée à une peine ou une mesure du DPMIn. Cette mesure issue du droit pénal des adultes se fondera sur le même jugement de condamnation. Le prononcé d'une telle mesure correspond à un changement de sanction comme le prévoient le CP (art. 62c, al. 4 et 6 et art. 65, al. 1, CP) et le DPMIn (art. 19, al. 4, DPMIn), sans réserve aucune dans le jugement de condamnation.

3.2.2 Infractions susceptibles de mener à une mesure du CP

Il ne sera possible de prononcer une mesure du CP que pour les personnes ayant commis des infractions **très graves** quand elles étaient mineures.

La liste des infractions susceptibles d'être sanctionnées par un internement au sens de l'art. 64, al. 1, CP, pourrait servir de référence. Elle comprend tous les crimes

¹⁵⁸ Cf. HUG/ SCHLÄFLI/ VALÄR (note 119), remarque précédant le commentaire de l'art. 1 DPMIn n° 40 s.

sanctionnés par une peine privative de liberté de cinq ans ou plus et qui visent l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'une personne. Cette liste est à nos yeux trop exhaustive car elle concernerait chaque année bien plus d'une centaine de jeunes délinquants.

De l'avis de plusieurs participants au débat d'experts sur la mise en œuvre de la motion Caroni¹⁵⁹, la liste des infractions devrait être bien plus courte : ils proposent que seul l'assassinat (art. 112 CP) soit considéré comme une infraction permettant d'ordonner un internement a posteriori (après qu'il a été réservé dans le jugement). Cette seule infraction nous paraît toutefois insuffisante.

En plus de l'assassinat, d'autres actes de violence criminels graves devraient pouvoir permettre d'ordonner une mesure préalablement réservée : le meurtre (art. 111 CP), le brigandage qualifié (art. 140, ch. 4, CP), la prise d'otage qualifiée (art. 185, ch. 2, CP), la contrainte sexuelle qualifiée (art. 189, al. 3, CP), le viol qualifié (art. 190, al. 3, CP) et les incendies intentionnels qualifiés (art. 221, al. 2, CP). Ces actes correspondent, pour l'essentiel, aux infractions sur lesquelles porte la clause générale de l'art. 25, al. 2, let. a, DPMIn.

Celle-ci couvre aussi le génocide, les crimes contre l'humanité et différents crimes de guerre. Ces infractions ne sont pas considérées comme prioritaires pour la mise en œuvre de la motion Caroni. Toutefois, elles doivent aussi figurer dans la liste des infractions susceptibles de permettre le prononcé d'une mesure réservée parce qu'il s'agit des plus graves crimes de violence contre des personnes et qu'elles sont punies par une peine privative de liberté minimale de trois ans.

Les infractions au sens de l'art. 25, al. 2, let. b, DPMIn justifient aussi une privation de liberté pouvant aller jusqu'à quatre ans. Les peines minimales prévues par les dispositions correspondantes sont toutefois inférieures à trois ans (six mois, 1 an, deux ans). Dans certains cas, ces peines couvrent aussi des infractions de gravité moindre. Malgré la précision apportée à la let. b, d'après laquelle la personne doit avoir agi de façon particulièrement peu scrupuleuse, il ne s'agit pas nécessairement des infractions qui sont les plus graves actes de violence contre des personnes, et qui sont la condition nécessaire pour réserver une mesure du CP. Les infractions visées à l'art. 2, let. b, ne pourront justifier une réserve que si le jeune a commis un acte d'une extrême violence contre des personnes, en plus d'avoir agi avec une absence particulière de scrupules.

3.2.3 Pronostic négatif (au moment du jugement / au moment du prononcé)

Pour pouvoir ordonner une mesure du CP, il faut qu'il soit sérieusement à craindre que la personne concernée ne commette **d'autres infractions graves du même genre** à l'avenir.

Il convient déterminer quel doit être le risque ou la probabilité de récidive qui permette de justifier le prononcé d'une mesure issue du droit pénal applicable aux

¹⁵⁹ Cf. ch. 3.1.4

adultes. Rappelons qu'une certaine probabilité de récidive n'a de valeur que pour une période déterminée. Le droit en vigueur exige les conditions suivantes :

- Pour le placement en établissement fermé au sens de l'art. 15, al. 2, DPMIn, le mineur doit représenter « une grave menace » pour les tiers ;
- Pour ordonner une mesure thérapeutique au sens des art. 59 à 61 CP, il suffit que l'on soit en mesure de prévoir que le traitement détournera la personne concernée « de nouvelles infractions » (liées à son trouble mental, à sa dépendance aux drogues ou à des troubles du développement de la personnalité) ;
- Pour l'internement normal au sens de l'art. 64, al. 1, CP, il faut qu'il soit « sérieusement à craindre » que la personne ne commette d'autres infractions du même genre ;
- Pour l'internement à vie au sens de l'art. 64, al. 1^{bis}, CP, la condition est qu'il soit « hautement probable » que l'auteur ne commette à nouveau un crime de ce genre.

Compte tenu du caractère radical de la mesure réservée, il peut paraître indiqué d'exiger que la probabilité de récidive soit très élevée. Il faut toutefois éviter que les infractions les plus graves du code pénal ne soient reproduites. Ainsi, on pourrait subordonner la mesure à un risque de récidive moins élevé. Au vu des conditions de l'internement, nous proposons d'exiger un pronostic selon lequel « il est sérieusement à craindre » que des actes graves ne soient à nouveau commis.

Il est très difficile d'établir un pronostic pour les délinquants mineurs car le développement de leur personnalité n'est pas encore achevé¹⁶⁰. On peut toutefois poser des premiers pronostics sur la base de la personnalité, des antécédents et des infractions (en particulier, pour les jeunes qui ont déjà une « carrière » criminelle). Ceux-ci devraient suffire pour réserver une mesure du CP dans le jugement rendu d'après le DPMIn. Le pronostic déterminant pour qu'une mesure du code pénal des adultes puisse être ordonnée ne sera toutefois établi qu'à la fin de la peine ou de la mesure du droit pénal des mineurs.

La condition est qu'il y ait un risque que la personne commette des actes du même genre à l'avenir. Bien sûr, il ne doit pas nécessairement s'agir d'un état de fait identique (p. ex. un assassinat). Étant donné que tous les infractions concernées sont les plus graves actes de violence contre des personnes, on considère qu'elles sont du même genre. Pour émettre une réserve quant à une mesure, il suffira de ce fait que quelqu'un soit condamné pour un meurtre et qu'il soit à craindre qu'au moment de sa libération de la mesure ou la peine du droit pénal des mineurs, il ne commette d'autres infractions graves au sens de l'art. 25, al. 2, DPMIn, qui porteraient gravement atteinte à des personnes.

¹⁶⁰ Cf. notamment HUSSMANN MARCUS, Diagnose und Individualprognose als Kernproblem des Umgangs mit Jugendkriminalität, in: Dollinger Bernd/ Schmidt-Semisch Henning (éd.), Handbuch der Jugendkriminalität, Kriminologie und Sozialpädagogik im Dialog, 2^e éd., 335 ss.

3.2.4 Réserve de la mesure dans le jugement de condamnation

La mesure du droit pénal des adultes sera réservée dans le jugement de condamnation d'après le droit pénal des mineurs. La décision de prononcer cette mesure sera prise par un tribunal pour adultes, à la fin de la privation de liberté selon le droit pénal des mineurs.

Les mesures thérapeutiques du CP pourraient être considérées comme une prolongation du placement en vertu du DPMIn. Il ne serait alors pas forcément nécessaire de réserver ces mesures dans le jugement de condamnation.

L'internement n'est quant à lui pas une mesure thérapeutique et il constitue une sanction supplémentaire (en particulier lorsqu'il est ordonné à l'issue d'une privation de liberté). Il doit donc être réservé dans le jugement de condamnation. Étant donné que l'éventuel prononcé d'une mesure thérapeutique représente aussi une atteinte importante à la liberté de la personne concernée, cette mesure ne devrait pouvoir être prononcée qu'à des conditions strictes. C'est pourquoi cette mesure devra elle aussi être réservée dans le jugement de condamnation. La privation de liberté liée à une mesure au sens du CP répond ainsi aux exigences de la Cour EDH¹⁶¹.

3.2.5 Mesures du CP

Il sera possible de réserver et d'ordonner des **mesures institutionnelles au sens des art. 59, 60, 61 et 64, al. 1, CP**.

En principe, toutes les mesures institutionnelles du CP sont adéquates pour succéder à un placement en établissement fermé en vertu du droit pénal des mineurs. Une mesure institutionnelle au sens de l'art. 59 (traitement des troubles mentaux), de l'art. 60 (traitement des addictions) ou de l'art. 61 (mesures applicables aux jeunes adultes) du CP peut s'avérer appropriée pour les personnes qui ont besoin d'un traitement (et dont la mesure de droit pénal des mineurs doit être levée parce qu'elles ont atteint l'âge limite). Si la personne concernée n'a pas besoin de traitement, s'il n'est pas possible de la traiter ou si elle n'a été condamnée qu'à une privation de liberté, il faut envisager un internement au sens de l'art. 64, al. 1, CP.

3.2.6 Mesures du CP à l'issue du placement en établissement fermé

Il sera possible de prononcer une mesure du CP après le placement en établissement fermé au sens de l'art. 15, al. 2, DPMIn, lorsque ce dernier prend fin parce que la personne concernée a atteint l'âge limite de 25 ans (point principal de la motion Caroni). En dehors de cela, il sera aussi possible prononcer une mesure du CP lorsque le placement en établissement fermé est levé avant les 25 ans du jeune, parce qu'il n'a pas l'effet souhaité ou par manque de place. Dans ce cas, la personne devra toutefois être majeure.

¹⁶¹ Cf. les explications figurant au ch. 7.2.2

Les personnes placées en établissement ouvert en vertu de l'art. 15, al. 1, DPMIn, ne sont pas dangereuses au point qu'il soit nécessaire faire succéder une mesure du droit pénal des adultes au placement lorsque ce dernier prend fin. Il en va de même pour les personnes condamnées à d'autres mesures de protection du droit pénal des mineurs.

3.2.7 Mesures du CP à l'issue de la privation de liberté

À condition que la personne concernée soit majeure, on pourra prononcer une mesure du CP à l'issue d'une privation de liberté au sens de l'art. 25, al. 2, DPMIn.

Dans certains cas, les délinquants mineurs qui ont commis une infraction très grave quand ils avaient 16 ou 17 ans, qui ne peuvent pas être éduqués et ne sont pas amendables, ne sont pas condamnés à un placement en vertu du DPMIn. On ne prononce à leur encontre qu'une peine adaptée à la gravité de l'acte ; en règle générale, il s'agit d'une privation de liberté. Il est toutefois possible que ces personnes représentent un danger pour les tiers à la fin de la privation de liberté. Il faut donc pouvoir prévenir ce danger de manière efficace, en prononçant une mesure du CP.

Afin que les mesures du CP soient uniquement prononcées dans les cas réellement graves, la privation de liberté devra avoir duré au moins trois ans.

3.2.8 Compétence pour ordonner la mesure

C'est un **tribunal pour adultes** qui prononcera la mesure du CP au sens des art. 59, al. 1, 60, al. 1, 61, al. 1 et 64, al. 1 CP, à la requête de l'autorité d'exécution.

Toutes les conditions figurant aux art. 56 ss. CP devront être réunies pour qu'il soit possible d'ordonner une mesure au sens du droit pénal applicable aux adultes au sens du CP. Il faut en particulier citer la nécessité de disposer d'une expertise dressée par un expert indépendant (art. 56, al. 3 et 4, CP). Le principe de la proportionnalité (art. 56, al. 2, CP) devra aussi être respecté et les pronostics requis quant à la dangerosité et l'amendabilité devront avoir été établis.

3.2.9 Placement à des fins d'assistance

La réglementation prévue ne restreindra pas la possibilité de recourir au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte.

Il sera encore possible d'ordonner un placement à des fins d'assistance contre une personne qui est considérée comme dangereuse à la fin d'une sanction de droit pénal des mineurs lorsque toutes les conditions nécessaires sont remplies (état de faiblesse et besoin de protection).

D'après l'art. 19, al. 3, DPMIn, une mesure de protection de l'enfant et de l'adulte appropriée peut être requise lorsque la fin d'une mesure expose l'intéressé à des inconvénients majeurs ou compromet gravement la sécurité d'autrui.

Il restera bien évidemment possible d'ordonner un placement à des fins d'assistance en vertu du CC si la mise en danger de tiers n'est pas le seul critère rempli¹⁶². Le fait que la personne compromet la sécurité d'autrui, tel que mentionné à l'art. 19, al. 3, DPMIn n'est qu'une condition pour pouvoir *requérir* une mesure de protection de l'adulte appropriée¹⁶³. Cela signifie que cette mesure ne peut être ordonnée au seul motif de la protection de tiers. Comme il en ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 19, al. 3, DPMIn, ne fournit aucun critère supplémentaire permettant d'ordonner un placement à des fins d'assistance ; les conditions nécessaires sont exclusivement réglées à l'art. 426 CC¹⁶⁴.

Il n'est pas nécessaire de modifier l'art. 19, al. 3, DPMIn, sur la base du jugement de la Cour EDH TB c. Suisse, car il ne concerne pas uniquement le placement à des fins d'assistance¹⁶⁵.

En revanche, il convient de préciser qu'il n'est possible d'ordonner une mesure du CP réservée que si aucune mesure de protection des adultes appropriée ne peut être envisagée¹⁶⁶.

3.2.10 Exécution de la mesure

La mesure du CP sera exécutée et se terminera conformément aux dispositions du CP.

Bien que les personnes concernées aient commis une infraction quand elles étaient mineures, elles sont majeures au moment où la mesure du CP est ordonnée. Elles sont considérées comme des « jeunes adultes » pour lesquels le CP prévoit une mesure particulière en son art. 61. On peut se demander si les limites de l'art. 61, al. 4, CP (durée maximale de la mesure, âge limite) doivent aussi s'appliquer aux mesures du CP réservées.

Une limitation de ce type contribuerait à ce que les mesures réservées soient moins sévères pour les personnes concernées (la durée des mesures en application des art. 59 et 64 CP ne serait plus indéterminée). Pour des délinquants très dangereux, cette nouvelle limite n'est pas justifiée. Il devrait suffire que l'on examine d'office les mesures du droit pénal des adultes une fois par an et que la personne concernée puisse déposer une demande de libération en tout temps (art. 62d et 64b CP).

3.2.11 Droit de la procédure

Procédure pénale applicable aux mineurs (PPmin)¹⁶⁷

En vertu de l'art. 24, let. a, PPmin, le prévenu mineur doit avoir un défenseur dans le cas où il est passible d'une privation de liberté de plus d'un mois ou d'un placement.

¹⁶² Cf. ch. 3.1.2

¹⁶³ HUG/SCHLÄFLI/VALÄR (note 119), ad. art. 19 JStG n° 18a

¹⁶⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_228/2016 du 11 juillet 2016, consid. 4.3.1

¹⁶⁵ Cour EDH, *T.B. c. Suisse* (note 126)

¹⁶⁶ Cf. l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_564/2018 du 2 août 2018, consid. 2.5.2

¹⁶⁷ Loi fédérale du 20 mars 2019 sur la procédure pénale applicable aux mineurs, PPmin, RS 312.1

Cela permet de garantir que le prévenu soit assisté d'un défenseur si l'on envisage de réserver une mesure du CP dans le jugement de condamnation en vertu du DPMIn.

CPP

Le prononcé d'une mesure réservée est une décision indépendante ultérieure prise par le tribunal pour adultes. Selon les art. 19*b*, al. 1, 19*c*, al. 1, et 27*a*, al. 1, AP-DPMIn, le juge du domicile du jeune délinquant est compétent. Les art. 364 et 365 CPP, s'appliquent à la procédure et à la décision.

3.2.12 Droit du casier judiciaire

La proposition de réserver une mesure du CP dans le jugement de condamnation et de prononcer la mesure réservée dans une décision ultérieure ne nécessite pas d'adapter le droit du casier judiciaire en vigueur ou le nouveau¹⁶⁸ droit du casier judiciaire à l'échelon de la loi.

En raison de la réglementation proposée, d'après laquelle la réserve doit aussi figurer sur le nouveau jugement (art. 15*a*, al. 3, et 25*a*, al. 3, AP-DPMIn), de nombreuses adaptations du droit du casier judiciaire sont toutefois nécessaires. Ces adaptations sont la suite logique de la réglementation proposée dans l'AP-DPMIn et ne servent pas à sa compréhension. Étant donné que le droit du casier judiciaire pourrait encore être sujet à des modifications importantes, nous renonçons, à ce stade de la procédure législative, à présenter le détail de ces adaptations dans l'avant-projet.

4 Commentaire des dispositions de l'avant-projet 2

4.1 DPMIn

Art. 3, al. 2 et 3

On pourra réserver une mesure institutionnelle au sens du CP dans les cas, probablement très rares, où, sur la base de l'art. 3, al. 2, DPMIn, l'on n'a pas ordonné une mesure du CP mais un placement en établissement fermé en vertu de l'art. 15, al. 2, DPMIn, contre un auteur qui a agi avant et après l'âge de 18 ans et qui a commis une infraction très grave.

Il n'est pas nécessaire de mentionner la réserve liée à une privation de liberté au sens de l'art. 25*a*, AP-DPMIn car c'est toujours le CP qui s'applique pour les peines dans les cas mentionnés à l'art. 3, al. 2, let. a, AP-DPMIn.

L'ajout proposé porterait la longueur de l'art. 3, al. 2, DPMIn, à six phrases. Pour le rendre plus compréhensible, nous l'avons restructuré et séparé en deux alinéas.

¹⁶⁸ Loi fédérale du 17 juin 2016 sur le casier judiciaire informatif VOSTRA (Loi sur le casier judiciaire, LCJ) ; FF **2016** 4703. La loi sur le casier judiciaire devrait entrer en vigueur début 2023.

Art. 14, al. 2

L'art. 14, al. 2, DPMIn est modifié de manière à ce que le traitement ambulatoire puisse aussi être cumulé avec une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique. Cela permet de combler une lacune considérée comme une inadvertance du législateur par la doctrine¹⁶⁹.

Art. 15a

Al. 1

Pour les infractions mentionnées à la let. a, la réserve d'une mesure prévue aux art. 59 à 61 et 64, al. 1, CP doit être fixée dans le jugement de condamnation si les conditions de la let. b sont remplies.

On ne fait pas référence à l'art. 64, al. 1^{bis}, CP (internement à vie). Celui-ci suppose notamment que l'auteur soit qualifié de durablement non amendable, dans la mesure où la thérapie semble, à longue échéance, vouée à l'échec. Plus l'auteur est jeune, plus il est difficile de faire un tel pronostic.

S'il y a un risque de récidive, la réserve est fixée dans le jugement de condamnation en vertu du DPMIn. Le pronostic peut être difficile à établir pour les jeunes délinquants car le cerveau n'atteint sa maturité qu'à l'âge de 22 ou 23 ans¹⁷⁰. Au moment du jugement, il ne s'agit donc que d'une (première) évaluation de la dangerosité de l'auteur. Une nouvelle évaluation sera effectuée après la sanction de droit pénal des mineurs afin de déterminer s'il faut alors effectivement prononcer la mesure réservée.

Al. 2

La réserve d'une mesure prévue dans le CP sera en principe effective tant que la personne concernée est considérée comme dangereuse et qu'elle se trouve, de ce fait, placée en établissement fermé ou privée de liberté à l'issue de ce placement (al. 2, let. a et c).

Pour des raisons de sécurité, on prévoit en outre que la réserve reste effective aussi longtemps que la personne exécute une mesure ordonnée en vertu de l'art. 18 DPMIn à l'issue du placement en établissement fermé (art. 2^{er}, let. b). En effet, une telle mesure peut être indiquée en vue d'une libération progressive si le pronostic de dangerosité est faible. À la fin d'une mesure de protection plus clémentine, il ne sera pas possible de requérir une mesure du CP en vertu de l'art. 19, al. 5, let. b, AP-DPMIn. Si le pronostic favorable s'avère faux, on peut si nécessaire ordonner une nouvelle fois un placement en établissement fermé en vertu de l'art. 18 DPMIn ; à l'issue de ce placement-là, il sera possible de requérir une mesure du CP.

Al. 3

Il existe suffisamment de mesures pour garantir la sécurité et pour prendre en charge les jeunes délinquants pour lesquels une mesure du CP a été réservée et qui commettent à nouveau une infraction grave après 18 ans.

¹⁶⁹ HUG/SCHLÄFLI/VALÄR (note 119), ad. art. 14 DPMIn n° 6
¹⁷⁰ Cf. ch. 3.1.4

La question subsiste toutefois de savoir si la sécurité est aussi garantie si un jeune délinquant commet une nouvelle infraction grave avant d'être majeur, dans le cadre de l'exécution des peines et des mesures, que cette infraction ne fait pas partie de celles qui permettent d'émettre une réserve, mais qu'elle confirme la réserve qui existe déjà (p. ex. une lésion corporelle grave non qualifiée). La même question se pose dans les cas de concours rétropectifs. Dans ces cas, un nouveau jugement de droit pénal des mineurs peut être rendu, dans le cadre duquel le juge rend une appréciation d'ensemble. Le juge tient compte des sanctions infligées dans le premier jugement (jugement de condamnation) et des aspects pédagogiques, qui ont évolué en raison de la nouvelle infraction¹⁷¹. Si la nouvelle infraction ne permet pas d'émettre une réserve, alors la réserve contenue dans le premier jugement (jugement de condamnation) risquerait de devenir caduque. L'al. 3 permettra de garantir que la réserve ne puisse pas être éliminée (intentionnellement) par une nouvelle infraction (commise avant ou après le premier jugement).

Art. 19, al. 1^{bis} et 1^{ter}

Le nouvel art. 19 DPMIn contient exclusivement les règles qui portent sur la fin des mesures. Les al. 3 et 4 de l'art. 19 DPMIn sont de ce fait déplacés (cf. ci-dessous, art. 19a, al. 1 et 19b, AP-DPMIn).

Al. 1^{bis}

L'autorité d'exécution statue au sujet de la libération conditionnelle d'une privation de liberté prononcée en vertu de l'art. 25, al. 2, DPMIn, après avoir entendu une commission constituée conformément à l'art. 62d, al. 2, CP (art. 28, al. 3, DPMIn). Cette règle sera aussi valable lorsqu'une mesure du CP a été réservée en lien avec la privation de liberté d'après le DPMIn, sur la base des modifications proposées.

Pour des raisons de sécurité, il semble judicieux que l'autorité d'exécution entende aussi la commission constituée conformément à l'art. 62d, al. 2, CP, quand elle doit se prononcer sur la levée d'un placement en établissement fermé et qu'une mesure du CP a été réservée dans le jugement de condamnation.

Al. 1^{ter}

En vertu de l'art. 15, al. 2, let. b, DPMIn, l'autorité peut ordonner le placement en établissement fermé si le mineur représente une grande menace pour des tiers. L'objectif du placement est toutefois d'éduquer et de traiter la personne concernée.

En vertu de l'art. 19, al. 1, 2^e phrase, DPMIn, l'autorité d'exécution lève une mesure si son objectif est atteint ou s'il est établi qu'elle n'a plus d'effet éducatif ou thérapeutique. Le placement en établissement fermé peut donc être levé quand il n'a plus d'effet éducatif ou thérapeutique et ce, que des tiers soient menacés ou non. Cela s'applique aussi si la personne refuse toute coopération dans le but d'être remise en liberté après avoir seulement purgé le solde de la peine, la plupart du temps court.

¹⁷¹ HUG/ SCHLÄFLI/ VALÄR (note 119), ad. art. 1 DPMIn n° 11 ss.

La nouvelle disposition permettra de garantir que le placement en établissement fermé ne doit pas être levé tant que le tribunal n'a pas statué définitivement sur la mesure du CP réservée qui a été requise par l'autorité d'exécution.

D'après l'art. 32, al. 3, DPMIn, l'*autorité de jugement* décide si la privation de liberté doit être exécutée et dans quelle mesure elle doit l'être lorsque le placement doit être levé parce qu'il n'a plus d'effet éducatif ou thérapeutique. Dans sa décision, elle devra désormais tenir compte du fait qu'une mesure du CP a été réservée et, dans ce contexte, évaluer dans quelle mesure l'exécution du solde de la peine est pertinente. S'il reste un solde à la peine, l'autorité d'exécution devra d'abord attendre la décision de l'autorité de jugement avant de requérir, auprès du tribunal, le prononcé d'une mesure du CP sur la base de l'art. 19c, al. 1, AP-DPMIn.

L'art. 19, al. 2, DPMIn, d'après lequel toutes les mesures prennent fin lorsque l'intéressé atteint l'âge de 25 ans, reste applicable. Si la décision du tribunal au sujet de la mesure du CP requise par l'autorité d'exécution n'est pas encore entrée en force à ce moment, il ne sera pas possible d'ordonner, par analogie, une détention pour des motifs de sûreté au sens des art. 220 ss. CPP lors d'une procédure ultérieure vu l'arrêt de la Cour EDH¹⁷². La base légale permettant d'ordonner la détention pour des motifs de sûreté dans de telles situations sera créée dans le cadre de la révision du CPP actuellement pendante au Parlement¹⁷³.

Art. 19a

Le nouvel art. 19a AP-DPMIn énumère les conditions auxquelles il sera possible de requérir une mesure consécutive civile ou pénale après la fin d'une mesure de protection. Pour déterminer la mesure, on procédera en cascade : la requête de mesures de protection de l'enfant et de l'adulte n'entrera en jeu que lorsqu'il ne peut être paré d'une autre manière aux inconvénients liés à la fin de la mesure de protection ; les mesures pénales seront envisagées quand les mesures civiles ne sont pas suffisantes.

Al. 1

Cette règle correspond à l'actuel art. 19, al. 3, DPMIn. Elle est modifiée au niveau rédactionnel afin que la terminologie corresponde à celle de la modification du code civil du 19 décembre 2008 (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)¹⁷⁴.

Al. 2

Les mesures consécutives de droit pénal ne seront ordonnées que lorsqu'aucune mesure de protection de l'adulte n'est appropriée (cf. aussi art. 27a, al. 1, let. c, AP-DPMIn), par exemple, si les conditions d'une mesure civile de ce type ne sont pas

¹⁷² Cour EDH, *I.L. c. Suisse*, arrêt du 3 décembre 2019, n° 72939/16 (§ 52 ss.)

¹⁷³ Cf. art. 364a du projet de modification du CPP, FF 2019 6437 et message du 28 août 2019 concernant la modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États «

¹⁷⁴ Adaptation du code de procédure pénale », FF 2019 6351
RO 2011 725

réunies, ou si l'on peut prendre certaines mesures civiles, mais qu'elles ne suffisent pas, à elles seules, à contrer les préjudices pour la sécurité d'autrui.

Alors que les mesures figurant à l'al. 1 peuvent contribuer à la sécurité de la personne concernée et à celle des tiers, les mesures consécutives pénales servent uniquement à la sécurité des tiers (cf. art. 19*b*, al. 1 et 19*c*, al. 1, let. b, AP-DPMin).

Art. 19*b*

Le nouvel art. 19*b*, AP-DPMin est basé sur les dispositions de l'actuel art. 19, al. 4, DPMin et vise à lever plusieurs ambiguïtés du droit en vigueur.

Al. 1

Aujourd'hui, une interdiction d'exercer une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique en vertu de l'art. 16*a* DPMin ne peut être ordonnée que pour un acte d'ordre sexuel avec des mineurs ou d'autres personnes particulièrement vulnérables (art. 16*a* DPMin). Conformément à l'art. 19, al. 4, DPMin, il est possible d'ordonner une interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 2, 3 ou 4, CP à la fin de l'interdiction prononcée en vertu du DPMin. Le tribunal peut alors ordonner une interdiction de dix ans au plus, ce qui signifie que l'interdiction à vie (telle que prévue à l'art. 67, al. 2^{bis}, 3 et 4 CP) est exclue.

Une personne qui est condamnée en vertu du DPMin, peut-elle remplir les conditions d'une interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 3 et 4 CP ? La réponse n'est pas claire dans la mesure où les sanctions qui sont une condition pour une interdiction d'exercer une activité en vertu du CP ne sont pas toutes comparables aux sanctions du DPMin. De plus, l'art. 19, al. 4, DPMin exclut l'interdiction à vie telle qu'elle est prévue à l'art. 67, al. 3 et 4 CP, il ne reste donc que la possibilité d'ordonner une interdiction d'exercer une activité au sens de l'art. 67, al. 2, CP. Cette interdiction suffit pour prolonger l'interdiction d'exercer une activité qui avait été prononcée en vertu du DPMin. Les dispositions de l'art. 19, al. 4, DPMin sont donc reformulées en conséquence à l'art. 19*b*, al. 1, AP-DPMin.

Al. 2

L'interdiction d'exercer une activité, l'interdiction de contact et l'interdiction géographique sont prononcées par le juge en vertu des dispositions du CP. Le juge ne prend pas seulement en compte les conditions énoncées aux art. 67, al. 2 et 67*b*, al. 1, CP, mais aussi les prescriptions figurant aux art. 67*a* et 67*b*, al. 2, CP. Le nouvel al. 2 de l'art. 19*b*, établit clairement qu'il n'est pas possible d'ordonner une interdiction d'exercer une activité à vie, alors qu'il serait possible de le faire, en vertu de l'art. 67, al. 2^{bis}, CP, pour les interdictions au sens de l'art. 67, al. 2, CP.

On précise que l'interdiction est prononcée dans le cadre d'une « procédure en cas de décisions judiciaires ultérieures indépendantes » (art. 363 ss. CPP). L'autorité compétente, d'après l'art. 363 CPP, est fixée à l'al. 1 : il s'agit du tribunal du domicile de la personne concernée. La procédure et la décision sont régies par les art. 364 et 365 CPP.

Al. 3

L'exécution des interdictions est régie par les dispositions du droit pénal applicable aux adultes, en particulier par l'art. 67*c* CP. Pour éliminer les ambiguïtés, il est explicitement précisé que les interdictions peuvent être étendues ou prolongées ou

qu'une nouvelle interdiction peut être ordonnée en application des dispositions du CP à ce sujet.

Art. 19c

Al. 1

L'al. 1 détermine à quelles conditions l'autorité d'exécution est habilitée à requérir la réserve d'une mesure du CP auprès du tribunal.

L'avant-projet n'impose pas à l'autorité d'exécution d'étudier, pour chaque cas, la nécessité de réserver une mesure et de prendre une décision formelle avant la fin de la sanction de droit pénal des mineurs. Elle sera toutefois tenue d'évaluer la dangerosité de la personne concernée afin de déterminer la suite de la procédure.

Si l'autorité d'exécution conclut que la personne n'est plus dangereuse ou qu'une mesure de droit civil est indiquée, elle pourra alors entamer les démarches nécessaires (après avoir entendu la commission spécialisée). Autrement, elle requerra une mesure appropriée du CP auprès du tribunal.

Le tribunal ne statuera que sur les cas pour lesquels l'autorité d'exécution considère qu'une mesure du CP est nécessaire, et qu'elle en a fait la demande.

La « fin » de la mesure mentionnée à l'al. 1, let. b, se rapporte à la fois à une mesure qui prend fin parce que la personne a atteint l'âge de 25 ans et à une mesure levée avant l'âge limite. La mesure prend fin lorsque le solde de la peine à l'issue du placement, qui peut être une privation de liberté au sens du DPMIn, ou une peine privative de liberté au sens du CP dans certains cas particuliers de l'art. 3, al. 2, DPMIn, a lui aussi été entièrement exécuté.

Selon les dispositions de l'art. 15a, al. 2, let. b, AP-DPMIn, la réserve reste valable pendant la mesure de protection ordonnée à l'issue du placement en établissement fermé en vertu de l'art. 18 DPMIn. Une mesure réservée ne pourra toutefois être demandée que si la personne concernée est placée en établissement fermé (ou qu'elle exécute une privation de liberté ou une peine privative de liberté à l'issue de ce placement) (phrase introductive de l'al. 1).

Tant que le pronostic de récidive n'est pas mauvais, la libération conditionnelle de la privation de liberté faisant suite au placement est possible en application de l'art. 28, DPMIn, même lorsqu'une mesure du CP a été réservée dans le jugement de condamnation. Les conditions de l'al. 1 sont axées sur les cas où le pronostic est mauvais et qu'une mesure du CP a été requise en raison de cela. Dans ces cas, la libération conditionnelle n'entre pas en ligne de compte.

Al. 2

L'al. 2 détermine les informations que l'autorité d'exécution doit récolter pour appuyer sa requête

Le rapport de l'établissement chargé de l'exécution sera le document principal. L'expertise dressée par un expert indépendant apparaît comme nécessaire pour déterminer s'il convient de requérir une mesure thérapeutique au sens des art. 59 à 61 CP ou un internement au sens de l'art. 64, al. 1, CP. En outre, la commission spécialisée au sens de l'art. 62d, al. 2, CP, devra être entendue par l'autorité

d'exécution car la dangerosité de la personne concernée est un critère central. Enfin, on prévoit aussi que la personne concernée soit entendue.

Al. 3

Le tribunal décidera si la mesure du CP doit être prononcée en vertu des art. 56 ss. CP. Pour ce faire, il s'appuiera sur l'expertise dressée par un expert indépendant au sens de l'art. 56, al. 3 et 4 CP et statuera en fonction des conditions fixées aux art. 59 à 61 ou 64, al. 1, CP. Tant que l'expertise établie pour appuyer la requête de l'autorité d'exécution est d'actualité, le tribunal n'aura pas besoin de solliciter une autre expertise.

Par analogie à l'art. 19b, al. 2, AP-DPMin, il est précisé que les art. 364 et 365 CPP régissent la procédure et la décision.

S'il ordonne une mesure du CP au cours de la même procédure, le tribunal devra lever l'éventuel placement en établissement fermé encore en vigueur. Cela permettra d'éviter que deux mesures coexistent ou qu'il y ait une lacune en termes de sécurité parce que la décision de l'autorité d'exécution de lever le placement doit entrer en force avant que le tribunal puisse ordonner la mesure du CP¹⁷⁵.

L'exécution des mesures est régie par les dispositions du CP, soit par les art. 62 à 62d, 64 à 64b, 74, et 90 à 96 CP.

Art. 25a

Al. 1

Lorsqu'une personne n'a été condamnée qu'à une privation de liberté, à la fin de cette première peine, seul un internement entre toutefois en ligne de compte. Il est possible que l'on remarque seulement au moment de l'exécution de la privation de liberté que la personne a besoin d'un traitement thérapeutique. Dans ces cas, le DPMin ne permet pas de prononcer ultérieurement une mesure de protection, contrairement au droit pénal des adultes (cf. art. 65, al. 1, CP). À la fin d'une privation de liberté, nous proposons qu'outre l'internement, il soit aussi possible de réserver et d'ordonner une mesure thérapeutique institutionnelle au sens des art. 59 à 61 CP.

Il sera possible de réserver une mesure du CP pour les mêmes infractions que celles qui sont déterminantes pour une émettre une réserve liée à un placement en établissement fermé (let. a). Bien qu'il s'agisse d'infractions très graves au vu de l'état de fait et de la sanction prévue, la peine infligée dans le cas d'espèce sera aussi prise en compte. Conformément aux grandes lignes de l'avant-projet¹⁷⁶, seuls les cas très graves seront pris en compte : le critère est une privation de liberté d'au moins trois ans (let. b).

Si une privation de liberté est prononcée avec un placement en établissement fermé, une mesure du CP sera réservée sur la base de l'art. 15a AP-DPMin (let. c).

En ce qui concerne le pronostic (let. d), cf. le commentaire de l'art. 15a, al. 1, AP-DPMin.

¹⁷⁵ ATF 134 IV 246, consid. 3.4 ; 141 IV 49, consid. 2.4 s.

¹⁷⁶ Cf. ch. 3.1.3

Al. 2

Cette disposition correspond aux règles établies pour le prononcé d'une interdiction d'exercer une activité (cf. art. 67, al. 5, CP).

Al. 3

Il est prévu que la réserve d'une mesure du CP reste aussi valable pendant le délai d'épreuve suivant la libération conditionnelle de la privation de liberté et pendant une éventuelle réintégration.

La réserve figurant dans le jugement de condamnation ne pourra pas être éliminée, même si un nouveau jugement est prononcé (cf. ci-dessus, au sujet de l'art. 15a, al. 3, AP-DPMin).

Art. 27a

Al. 1

Les conditions de la requête de l'autorité d'exécution correspondent à celles de l'art. 19c, al. 1, AP-DPMin¹⁷⁷. Les personnes concernées seront majeures quand elles auront entièrement exécuté leur peine, car seule une personne de plus de 16 ans peut être condamnée à une privation de liberté de trois ans. Par souci de clarté, ce critère pour le prononcé d'une mesure du CP est énoncé explicitement.

Par analogie au principe figurant à l'art. 19a, al. 2, AP-DPMin¹⁷⁸, une mesure du CP ne pourra être prononcée que si aucune mesure de protection de l'adulte relevant du droit civil n'est appropriée.

Si la personne concernée remplit les conditions de la libération conditionnelle au sens de l'art. 28, al. 1, DPMin, celle-ci doit pouvoir lui être accordée (par analogie à l'art. 64, al. 3, CP). Toutefois, la réserve d'une mesure du CP restera valable pendant le délai d'épreuve.

Al. 2

La requête de l'autorité de l'exécution répond aux mêmes principes que ceux fixés à l'art. 19c, al. 2, AP-DPMin¹⁷⁹.

Al. 3

La disposition sur le droit appliqué par le tribunal, la procédure et l'exécution correspond à celle de l'art. 19c, al. 3, AP-DPMin¹⁸⁰. Dans ce cas de figure, aucun placement en établissement fermé n'a été prononcé. Le tribunal n'a donc pas à le lever.

5 Relation avec le programme de la législature

L'avant-projet est annoncé dans le message du 29 janvier 2020 sur le programme de la législature 2019 à 2023. S'agissant du train de mesures (avant-projets 1 et 2), les

¹⁷⁷ Cf. commentaire de l'art. 19c, al. 1, AP-DPMin

¹⁷⁸ Cf. commentaire de l'art. 19a, al. 2, AP-DPMin

¹⁷⁹ Cf. commentaire de l'art. 19c, al. 2, AP-DPMin

¹⁸⁰ Cf. commentaire de l'art. 19c, al. 3, AP-DPMin

objectifs du Conseil fédéral 2019 énoncent : « Le Conseil fédéral a ouvert la consultation sur une modification du code pénal visant à renforcer la sécurité concernant les criminels dangereux (en exécution des mo. Rickli 11.3767, CAJ-N 16.3002, Caroni 16.3142 et Guhl 17.3572) »¹⁸¹.

6 Conséquences sur l'état du personnel et conséquences financières

6.1 Conséquences pour la Confédération

6.1.1 Avant-projet 1

L'exécution des peines est une compétence primaire des cantons ; il n'y a donc aucune conséquence directe à attendre pour la Confédération ni en termes de personnel ni en termes de finances.

Les modifications proposées pour l'assistance de probation et les règles de conduite donneront lieu à une petite adaptation technique de VOSTRA. Celle-ci entraînera une dépense unique de 150 000 francs, dont le financement pourra être assuré avec les moyens de l'OFJ.

6.1.2 Avant-projet 2

Les propositions de l'avant-projet 2 n'auront pas de conséquences pour la Confédération en termes de personnel.

Des adaptations, dont l'ampleur dépendra de la réglementation de détail de la réserve, seront nécessaires dans VOSTRA. La réserve prévue dans le jugement de condamnation ne devrait pas entraîner de dépenses en matière informatique. Par contre, la règle selon laquelle la réserve devra figurer aussi dans le jugement rendu pour une nouvelle infraction (art. 15a, al. 3, et 25a, al. 3, AP-DPMin), aura pour conséquence que des jugements rendus en vertu du DPMIn qui jusqu'ici ne devaient pas figurer dans le casier judiciaire y figureront. Il faudra déterminer dans ce contexte quelles autorités pourront consulter ces informations et pendant combien de temps. Il en découlera de nouveaux calculs de délais dans le casier judiciaire et l'adaptation des interfaces vers d'autres banques de données. Les règles proposées dans l'AP-DPMin donneront lieu à des charges informatiques de l'ordre de 160 000 francs au CSI-DFJP, qui pourront être financées avec les moyens existants.

6.2 Conséquences pour les cantons

6.2.1 Avant-projet 1

La mise en œuvre de la motion 17.3572 Guhl (Internement. Intervalle plus long entre les expertises après trois résultats négatifs) devrait limiter le travail administratif lié à l'examen de la libération conditionnelle en cas d'internement.

Le fait que le tribunal sera seul compétent pour lever, modifier ou prolonger une mesure aura des conséquences en termes de finances et de personnel. Dans les

¹⁸¹ www.chf.admin.ch > Documentation > Conduite stratégique > Les objectifs > Objectifs du Conseil fédéral 2019 volume II, p. 13.

cantons qui ont déjà mis en place un tribunal de l'exécution des peines¹⁸², cette modification ne devrait pas avoir de conséquences en termes de ressources.

Concernant la saisine et la composition de la commission d'évaluation de la dangerosité, on peut s'attendre à un impact relatif sur les cantons en matière de coûts. Les facteurs influençant les coûts sont en particulier le nombre de cas soumis à la commission, l'engagement de plus d'experts pour respecter la récusation prévue pour l'ensemble des membres. Les conséquences dépendent toutefois de la pratique en matière de saisine et de l'organisation de la commission de chaque canton.

L'extension du champ d'application de l'assistance de probation et des règles de conduite devrait avoir des conséquences pour les cantons. Ces derniers devront en effet probablement mettre à disposition des ressources supplémentaires afin de prendre en charge ces cas.

Il devrait aussi être possible de prononcer des mesures d'accompagnement au terme de l'exécution de la peine privative de liberté en particulier pour les auteurs pour lesquels une mesure thérapeutique institutionnelle de longue durée n'a pas eu l'effet escompté et qui ne peuvent pas être internés, mais dont le pronostic ne permet pas non plus de les relâcher. Ces personnes pourraient avoir besoin de mesures d'accompagnement pendant une durée substantielle : dans ce contexte, elles sont surveillées et accompagnées.

Ceci contribue également à la réinsertion ainsi qu'à la prévention de la récidive et aide à éviter les coûts qui seraient liés à de nouvelles condamnations ou à un nouveau placement en milieu fermé.

La Confédération n'est pas en mesure d'estimer toutes les implications de l'avant-projet 1 pour les cantons en termes de personnel et de finances. Les cantons sont invités à fournir leur propre estimation dans le cadre de la consultation.

6.2.2 Avant-projet 2

Les modifications proposées ne toucheront qu'un nombre très restreint de personnes. Certaines d'entre elles font l'objet d'un placement à des fins d'assistance au sens de l'art. 426 CC, parfois exécuté dans un établissement pénitentiaire, avec les coûts qui s'ensuivent.

En Suisse alémanique, ce sont en général les communes qui supportent les coûts de tels placements. La répartition des coûts suit parfois aussi des règles spéciales, avec des frais partagés entre l'assurance-invalidité, la commune de résidence et le canton¹⁸³. En Suisse romande, ce sont les cantons qui assument les frais correspondants.

Les frais découlant de la réserve portant sur la poursuite du placement sous la forme d'une mesure au sens du CP seront à la charge des cantons. Le condamné sera astreint à participer aux frais de l'exécution dans une mesure appropriée (art. 380, al. 2, CP).

¹⁸² Genève, Tessin, Vaud et Valais.

¹⁸³ Cf. *Zentralplus* du 23 septembre 2013, «Weggesperrt», disponible à l'adresse www.zentralplus.ch/de/news/gesellschaft/27745/Weggesperrt.htm (état au : 18.7.2019)

7 Aspects juridiques

7.1 Constitutionnalité

7.1.1 Compétence législative

Conformément à l'art. 123 Cst., la législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération.

Elle peut légiférer sur l'exécution des peines et des mesures en vertu de l'art. 123, al. 3, Cst, mais elle fait preuve de retenue en la matière. L'exécution des peines et des mesures est du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi (art. 123, al. 2, Cst.).

7.1.2 Conformité aux droits fondamentaux

7.1.2.1 Nouveautés introduites par l'avant-projet 1

Dans l'avant-projet 1, c'est principalement la réserve de l'assistance de probation et des règles de conduite (art. 41a AP-CP) qui pose des questions de conformité aux droits fondamentaux et de compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse¹⁸⁴.

Cela dit, la mesure réservée au sens de l'avant-projet 1 n'entraînera pas, contrairement à la mesure réservée au sens de l'avant-projet 2, de privation de liberté, mais uniquement une restriction de la liberté de l'auteur.

Le mécanisme de la réserve est conçu de la même manière dans les deux avant-projets : elle devra être prononcée par un juge et, le cas échéant, également être ordonnée définitivement par un juge.

Les explications ci-après (ch. 7.1.2.2 et 7.2) concernant la mesure privative de liberté réservée au sens de l'avant-projet 2 s'appliquent de ce fait par analogie à la réserve de l'assistance de probation et des règles de conduite au terme de l'exécution d'une peine privative de liberté au sens de l'avant-projet 1.

7.1.2.2 Nouveautés introduites par l'avant-projet 2

La principale nouveauté introduite par l'avant-projet 2 concerne le fait que l'autorité pénale de jugement pourra réserver une mesure au sens du CP dans le jugement de condamnation prononcé à l'encontre d'un mineur s'il a commis une infraction très grave¹⁸⁵.

L'avant-projet prévoit que le juge pourra, à la fin de la privation de liberté prononcée en vertu du droit des mineurs (placement en établissement fermé ou peine privative de liberté), ordonner l'internement au sens de l'art. 64, al. 1, CP ou une mesure thérapeutique institutionnelle au sens des art. 59 à 61 CP (art. 15a, al. 1, et 25a, al. 1, AP-DPMin).

Ces dispositions ne posent pas question qu'en relation avec les droits fondamentaux et le droit international. Le CP comporte lui aussi des principes, notamment celui de la proportionnalité des mesures, lesquels sont énoncés aux art. 56, 56a, 74,¹⁸⁶ 90, 91

¹⁸⁴ Cf. ch. 7.2

¹⁸⁵ Cf. ch. 3.2.2

¹⁸⁶ Cf. ch. 7.1.2.2.1

et 92 CP. Ces dispositions sont applicables aux délinquants mineurs au sens de l'avant-projet 2.

Les art. 90 à 92 CP régissent l'exécution des mesures et comprennent des dispositions communes applicables aux prisonniers et aux personnes placées en établissement fermé relatives au droit disciplinaire et à l'interruption de l'exécution.

7.1.2.2.1 Droits fondamentaux

Les mesures inscrites aux art. 59 à 61 et 64 CP touchent différentes garanties constitutionnelles et garanties des droits de l'homme telles que le droit à la liberté et à la sûreté (art. 31 et 10, al. 2, Cst., art. 5 CEDH, art. 9 du Pacte II de l'ONU¹⁸⁷), le droit à des conditions de détention dignes, l'interdiction des traitements ou peines inhumains ou dégradants et l'interdiction de la torture (art. 10, al. 3, Cst., art. 3 CEDH, art. 1 de la Convention contre la torture¹⁸⁸, art. 7 du Pacte II de l'ONU).

Les restrictions des droits fondamentaux sont en principe compatibles avec la Constitution lorsqu'elles sont fondées sur une base légale, qu'elles sont justifiées par un intérêt public prépondérant, qu'elles sont proportionnées et qu'elles préservent l'essence des droits fondamentaux (art. 36 Cst.). Le principe de proportionnalité revêt une importance particulière ; il commande qu'une restriction des droits fondamentaux justifiée par un intérêt public soit appropriée, nécessaire et adéquate.

S'agissant des mesures, le principe de proportionnalité inscrit à l'art. 36 Cst. est concrétisé par l'art. 56, al. 2, CP¹⁸⁹, qui dispose que l'atteinte aux droits de la personnalité qui résulte pour l'auteur du prononcé d'une mesure ne doit pas être disproportionnée au regard de la vraisemblance qu'il commette de nouvelles infractions et de leur gravité¹⁹⁰. L'art. 56a, al. 1, CP consacre le principe de la subsidiarité dans le droit des mesures¹⁹¹. Il dispose que si plusieurs mesures s'avèrent appropriées, le juge doit privilégier celle qui porte à l'auteur les atteintes les moins graves. Dans le cas d'un internement, l'intérêt public consiste à protéger la population de nouvelles infractions de la personne concernée. Il se mesure à l'aune de la probabilité d'une récidive et de la gravité des actes futurs potentiels. Le juge doit opérer une pesée des intérêts entre l'intérêt public à la sécurité et la gravité de l'atteinte à la liberté de la personne concernée¹⁹².

De plus, l'exécution des mesures ne doit en aucun cas violer l'interdiction de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants. Elle doit respecter la dignité humaine (art. 10, al. 3, Cst., art. 3 CEDH, art. 7 du Pacte II de l'ONU).

L'art. 74 CP mentionne expressément ces principes constitutionnels. Il impose de respecter la dignité humaine du prisonnier ou de la personne placée en établissement

¹⁸⁷ RS **0.103.2**

¹⁸⁸ RS **0.105**

¹⁸⁹ ATF **142 IV 105**, consid. 5.4

¹⁹⁰ Le législateur avait la volonté expresse de citer et de concrétiser le principe de proportionnalité en tant que condition de l'application des mesures de droit pénal impliquant la restriction la plus sévère des droits fondamentaux ; cf. 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 fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF **1999 II 1787** 1877.

¹⁹¹ FF **1999 II 1787** 1877 (cf. note 190)

¹⁹² Arrêt du Tribunal fédéral 6B_63/2013 du 4 mars 2013, consid. 3.2.1

et de ne restreindre l'exercice de leurs droits que dans la mesure requise par la privation de liberté et par les exigences de la vie collective dans l'établissement. Ce principe général de procédure vaut tant pour l'exécution des peines que pour l'exécution des mesures.

7.1.2.2.2 Conclusion

Les restrictions des droits fondamentaux imposées par l'application des art. 59 à 61 et 64 CP sont considérées comme compatibles avec les droits fondamentaux s'agissant des adultes. Or les délinquants au sens de l'avant-projet 2 seront toujours des adultes lorsque la mesure réservée relevant du CP sera définitivement ordonnée. Il n'y a donc aucune différence d'appréciation par rapport au droit en vigueur, même si les délinquants étaient mineurs au moment où l'autorité pénale de jugement a prévu la réserve. Celle-ci sera prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ordinaire au sens de la PPMin¹⁹³.

7.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

7.2.1 CEDH et Convention relative aux droits de l'enfant

La CEDH est applicable aux enfants comme aux adultes.

La Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant¹⁹⁴ est un autre instrument international qui revêt de l'importance dans le contexte de l'avant-projet 2.

L'examen de la compatibilité des nouvelles dispositions avec les obligations internationales de la Suisse va porter surtout sur l'internement et les mesures thérapeutiques en tant que mesures privatives de liberté, sur la réserve de telles mesures dans le jugement de condamnation prononcé sur la base du DPMIn, sur le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et sur le droit à un procès équitable.

7.2.2 Art. 5 CEDH : droit à la liberté et à la sûreté

Pour qu'une privation de liberté soit compatible avec l'art. 5 CEDH, il faut qu'elle soit prévue par la loi et que l'un des motifs de détention, énumérés exhaustivement au §1, let. a à f, soit rempli.

En vertu de l'art. 5, §4, CEDH, un examen périodique du bien-fondé de la poursuite de la peine ou de la mesure doit être effectué. Lors de cet examen, il faut également vérifier si les caractéristiques personnelles (par ex. des troubles psychiques) ou la dangerosité de la personne privée de liberté ont évolué à tel point qu'une telle atteinte ne saurait plus être justifiée par la protection de la société.

Les adaptations proposées dans l'avant-projet 2 constitueront la base légale formelle permettant à l'autorité pénale de jugement des mineurs de réserver une mesure au sens du CP dans le jugement, laquelle sera ordonnée définitivement ultérieurement.

Lors de la procédure judiciaire relevant du droit des mineurs, l'autorité pénale de jugement fera le point sur la dangerosité du mineur. Le cas échéant, elle réservera une mesure au sens du CP dans le jugement de condamnation. Une fois exécutée la sanction prononcée en vertu du DPMIn, si la dangerosité de l'auteur est confirmée

¹⁹³ Cf. ch. 3.2.11

¹⁹⁴ RS 0.107

dans le cadre de la procédure ultérieure relevant des conditions et des règles du CPP, le juge prononcera définitivement la mesure au sens du CP. Le jugement de condamnation servira de base au juge, qui ordonnera définitivement la mesure réservée ; sa décision ultérieure « confirmera » la réserve. Cette réglementation tient compte du principe *ne bis in idem* (art. 9 Cst., art. 4 du 7^e Protocole additionnel à la CEDH¹⁹⁵ et art. 14, ch. 7, du Pacte II de l'ONU). Le juge qui se prononce en procédure ultérieure sera tenu par l'appréciation des faits et l'appréciation juridique de l'autorité pénale qui a rendu le jugement de condamnation fondé sur le DPMIn.

Il existera donc un lien de causalité suffisant entre la condamnation prononcée en vertu du DPMIn et la privation de liberté en vertu du CP (mesure thérapeutique ou internement). L'autorité d'exécution examine d'office une fois par an si la privation de liberté en vertu du CP a toujours lieu d'être ; la personne concernée peut à tout moment faire une demande de libération (art. 62*d* et 64*b* CP).

L'avant-projet 2 prévoit que l'autorité pénale de jugement peut réserver une mesure au sens du CP dans le jugement de condamnation d'un mineur qui a commis une infraction grave au sens de l'art. 15*a*, al. 1, let. a, AP-DPMIn en relation avec l'art. 25, al. 2, DPMIn. La personnalité du délinquant mineur n'ayant pas fini de se développer¹⁹⁶, on renvoie à une procédure ultérieure l'appréciation définitive de sa dangerosité. Ce report permettra de garantir la qualité du pronostic.

Le jugement de condamnation prononcé en vertu du DPMIn constituera une base suffisante pour le juge qui ordonnera définitivement l'exécution de la mesure. Le fait que celle-ci ait été réservée dans le jugement de condamnation lui permettra de constater que les conditions formelles et matérielles de l'internement ou de la mesure thérapeutique sont réunies. La seule différence entre le jugement de condamnation et la décision ultérieure ordonnant l'internement ou la mesure thérapeutique réside dans le fait que, dans le premier, la dangerosité de la personne concernée peut certes être évaluée de manière suffisamment sûre, mais pas pour la période qui suit la fin de l'exécution de la sanction prononcée en vertu du DPMIn. Le juge qui ordonnera définitivement la mesure sera tenu par les constatations et l'appréciation juridique des faits de l'autorité pénale de jugement des mineurs. Il se prononcera simplement sur la dangerosité de la personne concernée selon sa propre appréciation et en fonction de l'évolution de cette dangerosité.

Le fait qu'une mesure sera le cas échéant ordonnée ultérieurement n'aura pas d'incidences négatives pour la personne concernée dans le jugement de condamnation prononcé en vertu du DPMIn. Le lien de causalité entre le jugement de condamnation et la future privation de liberté sera déjà suffisamment établi. La décision ultérieure ne constituera pas un nouveau jugement brisant le lien de causalité établi, mais fera partie intégrante de l'appréciation des conséquences juridiques de l'acte. La privation de liberté découlant du prononcé de la mesure remplira les exigences de l'art. 5, §1, let. a, CEDH, puisqu'elle interviendra après condamnation par un tribunal compétent.

Une mesure réservée constitue une atteinte moins sévère pour la personne concernée qu'une mesure thérapeutique ou un internement ordonnés définitivement dans un

¹⁹⁵ RS 0.101.07

¹⁹⁶ Cf. ch. 3.2.3

jugement. Elle permettra de limiter l'atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée.

7.2.3 Art. 6 CEDH : droit à un procès équitable

La question de la compatibilité de la PPMIn avec le droit d'être jugé par un tribunal indépendant consacré à l'art. 6, §1, CEDH s'est déjà posée lors de l'unification des procédures pénales applicables aux mineurs.

La PPMIn laisse les cantons libres d'organiser leur procédure applicable aux mineurs selon le modèle du juge des mineurs ou celui du procureur des mineurs (art. 8, al. 1, PPMIn). Dans les cantons qui suivent le modèle du juge des mineurs, une seule et même personne est responsable de l'instruction et du jugement (art. 6, al. 1 et 2, PPMIn). La PPMIn prévoit toutefois une restriction, dans la mesure où les cantons dans lesquels l'instruction est menée par un juge des mineurs doivent instituer un ministère public des mineurs, qui engage l'accusation devant le tribunal des mineurs (art. 21 en relation avec l'art. 33, al. 2, let. a, PPMIn). Dans le modèle du procureur des mineurs, la mise en accusation relève de la compétence de l'autorité qui a mené l'instruction (art. 6, al. 4, et 33, al. 2, let. b, PPMIn).

S'il est probable que la personne concernée écope d'une peine privative de liberté de plus de trois mois ou d'une mesure institutionnelle, il semble approprié que le procureur des mineurs engage lui-même l'accusation devant le tribunal des mineurs. Il en sera ainsi dans la plupart des cas où l'autorité pénale de jugement des mineurs réservera une mesure au sens du CP dans le jugement de condamnation, puisqu'une telle mesure ne pourra être réservée que si la personne concernée a commis une infraction grave¹⁹⁷. De plus, conformément à l'art. 9 CPP, le prévenu mineur capable de discernement ou son représentant légal peut demander dans les dix jours suivant la notification de l'ordonnance pénale ou de l'acte d'accusation que le juge des mineurs qui a mené l'instruction ne participe pas à la procédure devant le tribunal des mineurs. Cette disposition s'applique uniquement dans le modèle du juge des mineurs. Elle a pour but de concrétiser le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial (art. 30, al. 1, Cst., art. 6, ch. 1, CEDH). La réserve que la Suisse a fait inscrire dans la Convention relative aux droits de l'enfant, selon laquelle la procédure pénale suisse ne garantit pas la séparation, au niveau personnel et de l'organisation, entre l'autorité d'instruction et l'autorité de jugement (art. 40 des réserves et déclarations), subsiste toutefois.

7.2.4 Art. 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant

La Convention relative aux droits de l'enfant définit les enfants comme des êtres humains âgés de moins de 18 ans (art. 1 de la Convention). Le DPMIn est quant à lui applicable à quiconque commet un acte punissable avant l'âge de 18 ans (art. 1, al. 1, let. a, DPMIn). Il prévoit une peine privative de liberté maximale de quatre ans pour les mineurs qui avaient seize ans le jour de l'infraction (art. 25, al. 2, DPMIn). S'agissant de l'exécution des sanctions prononcées à l'encontre de mineurs, le DPMIn est applicable au-delà des 18 ans de la personne concernée.

Conformément à l'art. 37, let. a et b, de la Convention relative aux droits de l'enfant, les États parties s'engagent à ce que nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des

¹⁹⁷ Cf. ch. 3.2.2

peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. Ni la peine capitale ni l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération ne doivent être prononcés pour les infractions commises par des personnes âgées de moins de 18 ans. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible.

La mise en place d'une mesure réservée pour les délinquants mineurs ne revient pas à instituer une peine privative de liberté à vie sans possibilité de libération avant la fin de la peine. Il est légitime de s'interroger sur l'applicabilité de la Convention relative aux droits de l'enfant dans la mesure où les jeunes délinquants seront toujours majeurs au moment où la mesure thérapeutique ou l'internement seront ordonnés définitivement. Les mesures prononcées en vertu du CP font l'objet d'un examen annuel d'office ; la personne concernée peut déposer une demande de libération en tout temps (art. 62*d* et 64*b* CP).