



CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Cheffe du Département fédéral de justice
et police
Palais fédéral
3003 Berne

Par courrier électronique :
annemarie.gasser@bj.admin.ch

20_GOV_206

Lausanne, le 16 septembre 2020

Modification du code pénal et du droit pénal des mineurs (Train de mesures. Exécution des sanctions). Ouverture de la procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions pour la consultation citée en titre et saluons en préambule l'important travail d'explication fourni par vos services concernant une thématique technique dont les mécanismes précis sont souvent méconnus, y compris chez les praticiens du droit.

Si l'on comprend le contexte particulièrement sensible de la sécurité publique dans lequel s'inscrit le double projet de révision qui nous est soumis, ainsi que le fait de devoir apporter des réponses aux attentes de la population dans un domaine aussi complexe que celui de l'exécution des sanctions, suite aux affaires dramatiques qui ont connu un fort retentissement médiatique par le passé, l'on relève toutefois que le train de mesures proposé va dans le sens d'un durcissement des règles actuelles dont la légitimité interroge.

En effet, si le projet s'inscrit dans la tendance actuelle visant à appliquer la doctrine du « risque zéro » en matière de politique pénale, le principe de réalité commande toutefois d'être particulièrement prudent s'agissant des effets concrets des mesures envisagées et de renoncer à ces dernières, si le but poursuivi ne pourra pas être atteint dans les faits.

A défaut, le système et les institutions ne seront plus considérés comme crédibles et le faux sentiment de sécurité qui ressortira de l'adoption des dispositions concernées ne pourra qu'être mis à l'index par la population, si leur application concrète n'amène pas les résultats attendus.

A titre d'exemple, l'on se permet de citer l'introduction au 1^{er} janvier 2017 dans le Code pénal, de l'internement à vie et les difficultés quasiment insolubles auxquelles se heurtent les autorités judiciaires lorsqu'il s'agit de l'ordonner.

Dans le même sens, ainsi qu'on le verra dans le développement ci-dessous, l'assistance de probation prolongée au-delà de la fin de la sanction proprement dite, introduite dans le cadre de la présente révision, se révélera être un mécanisme qui ne peut donner que de faibles résultats concrets sans solde de peine à exécuter en guise de moyen de pression.

Toujours en lien avec ce qui précède, le fait de prévoir la possibilité de soumettre une personne condamnée en tant que mineure pour une infraction grave à un internement à l'issue de l'exécution de la sanction prononcée initialement, et ce sans qu'elle n'ait commis une nouvelle infraction, paraît problématique sous l'angle de la gestion du parcours carcéral des personnes concernées. En effet, le caractère hautement sévère de la mesure engendrera chez ces dernières une perte de perspective, du fait de sa durée et des possibilités restreintes d'élargissement de régime, voire de levée de la mesure. Cette absence de perspective ne pourra que rendre l'exécution de cette mesure extrêmement difficile, tant du point de vue des conditions matérielle de détention que de l'encadrement quotidien (augmentation des comportements violents en raison du sentiment de « ne plus rien avoir à perdre »).

En regard de ce qui est exposé ci-dessus, il convient de ne pas perdre de vue les ressources et les coûts non négligeables induits par la réalisation des mesures proposées qui doivent être mis en balance avec le potentiel bénéfice escompté par la société du fait de l'application de ces dernières.

Ainsi, il est du devoir du législateur de proposer une solution efficiente et proportionnée qui positionne le curseur adéquatement entre les enjeux sécuritaires et les mesures qu'il convient de prendre eu égard au risque de récidive et aux objectifs de réinsertion des personnes condamnées.

Ces considérations étant posées en guise de préambule, nous vous prions de trouver ci-dessous nos déterminations sur le détail des modifications mises en consultation.

1. Avant-projet 1 : modification du code pénal

Les présentes déterminations sont formulées selon l'ordre suivi dans le rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice (OFJ) du 6 mars 2020 (p. 29 ss) :

1.1. Interdiction de toute sortie non accompagnée pour les délinquants internés en milieu fermé (art. 84 al. 6bis et 6ter ; art. 90 al. 4 bis AP-CP)

Concernant l'art. 90 al. 4bis AP-CP, une définition claire de l'établissement fermé doit être posée en lien avec l'art. 76 CP, afin d'éviter tout quiproquo. Pour rappel, le système du Concordat latin sur la détention pénale des adultes connaît des

« secteurs ouverts d'établissement fermé » voire des « secteurs fermés d'établissement ouvert »¹ desquels peuvent avoir lieu des sorties accompagnées. Nous suggérons donc de parler de « secteur fermé d'un établissement pénitentiaire » plutôt que d'« établissement fermé ».

1.2. Modification de la fréquence de réexamen de l'internement (art. 64b al. 3 AP-CP)

La modification proposée ne paraît pas opportune dès lors que l'on ne comprend pas sur quelle base l'intervalle de trois ans entre deux examens d'un internement a été fixée. En outre, plusieurs questions restent en suspens : que se passe-t-il après le réexamen au terme des trois ans ? A quel rythme la libération conditionnelle est-elle alors examinée ?

Par ailleurs, on ne comprend pas pourquoi la périodicité proposée est différente de celle prévue pour la modification éventuelle de l'internement en mesure thérapeutique institutionnelle, dont l'examen doit, dans ce cas, intervenir tous les deux ans (cf. art. 64b al. 1 b CP). Dès lors, par cohérence et dans une perspective d'efficacité, nous préconisons un rythme bisannuel, tant pour l'examen de la libération conditionnelle que pour celui de l'examen de la modification éventuelle de l'internement en mesure thérapeutique institutionnelle.

1.3. Calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté (art. 57a AP-CP)

Cette disposition a le mérite de clarifier le calcul de la durée des mesures thérapeutiques institutionnelles et nous la saluons.

Cependant, concernant l'exécution anticipée de mesure (EAM), le Rapport explicatif de l'OFJ (p. 30) nous paraît peu clair et contradictoire et pourrait même s'opposer à la dernière jurisprudence du TF relative au *dies a quo* de l'EAM (ATF 146 I 49). Nous préconisons donc de compléter ce nouvel article en réglementant la question de l'EAM.

1.4. Compétence pour lever, modifier ou prolonger une mesure thérapeutique (art. 62c al. 1 et 5 ; art. 62d al. 1 ; art. 63a al. 1 et 2 ; art. 65a ; art. 81 al. 1 let. b ch. 8 AP-CP)

Le Canton de Vaud connaissant une autorité judiciaire indépendante en matière d'exécution des sanctions pénales (soit le juge d'application des peines - JAP) en sus de l'autorité administrative, la modification proposée n'induit pas de changement de pratique.

¹ <https://www.cldjp.ch/wp-content/uploads/2018/01/règlement-établissements-101029.pdf>

On notera que dans le contexte vaudois, l'harmonisation terminologique voulue par le législateur (c.f. « autorité d'exécution » dans le Rapport explicatif) peut engendrer de nouvelles incertitudes que l'ancienne terminologie utilisée n'induisait pas et qu'il apparaît donc préférable de conserver la dénomination antérieure d'« autorité compétente ».

Cela étant, l'introduction de la qualité pour recourir de l'autorité d'exécution paraît incongrue au regard du principe de la séparation des pouvoirs.

Elle n'apparaît, par ailleurs, guère compatible avec la logique du système vaudois. En effet, nous relevons que l'autorité administrative d'exécution des sanctions (soit l'Office d'exécution des peines - OEP) n'est pas partie à la procédure devant le JAP. Il paraît ainsi difficilement soutenable qu'il puisse recourir contre les décisions de ce tribunal, étant rappelé que cette compétence appartient déjà au Ministère public qui est systématiquement impliqué aujourd'hui dans les procédures ouvertes devant le JAP. Ainsi, l'on s'interroge sur les difficultés concrètes qui ne manqueraient pas de se produire en cas de compétence concurrente de l'OEP et du Ministère public, sachant qu'une concertation entre elles paraît peu concevable dans la pratique, compte tenu de leur rôle spécifique et de leur champ de compétences différent.

De plus, si la qualité pour recourir devait être octroyée à l'autorité d'exécution (l'OEP), cela engendrerait une augmentation conséquente de sa charge de travail, dès lors qu'elle devrait, dans toutes les situations, se poser la question de l'opportunité de recourir si la décision du JAP n'allait pas dans le sens qu'elle préconisait. Elle devrait parfois aller jusqu'à déposer un recours simplement pour éviter qu'on lui fasse le reproche de ne pas avoir effectué une telle démarche en cas de problème ultérieur (p.ex. une récidive dans le cadre d'une levée de mesure octroyée par le JAP avec un préavis négatif de l'OEP).

Par ailleurs, force est de constater que l'art. 65a AP-CP est de fait une disposition de procédure, dès lors qu'il s'agit de reconnaître la qualité pour recourir d'une partie à la procédure. Or, dans la systématique législative actuelle, la qualité de partie est définie dans le Code de procédure pénale (art. 104 et 382 CPP). Ainsi, le choix de placer une disposition de procédure dans le Code pénal apparaît donc également largement discutable.

Enfin, si le législateur fédéral veut introduire une qualité pour recourir de l'autorité d'exécution, pourquoi la limiter à la « levée, la modification ou la prolongation de mesures thérapeutiques » et ne pas l'étendre aux cas de libération conditionnelle de peine privative de liberté ? En conclusion, nous peinons à saisir le sens de ce nouvel article.

1.5. Participation de la commission d'évaluation de la dangerosité et saisine de la commission (art. 62c titre marginal ; art. 62d al. 2 ; art. 62e ; art. 64 al. 5 ; art. 64a titre marginal ; art. 64b al. 2 let. c ; art. 75a al. 1 et 3 ; art. 90 al. 1 et 1bis ; art. 91a ; art. 91b AP-CP)

Le Conseil d'Etat suggère que les situations dans lesquelles la commission d'évaluation de la dangerosité est amenée à rendre un préavis soient intégrées à l'art. 91a AP-CP pour favoriser la lisibilité des articles sur le droit des sanctions. Il s'agirait également d'harmoniser les règles en matière de saisine de la commission, qu'il s'agisse d'une peine (art. 75a AP-CP) ou d'une mesure (art. 62e AP-CP). Il serait donc plus opportun de ne prévoir qu'une seule disposition concernant la composition, les compétences et le fonctionnement de la commission d'évaluation de la dangerosité.

En outre, sur le fond, la mise en pratique du cas de figure prévu à l'art. 62e let. a et 91a al. 2 let a AP-CP nous paraît devoir être clarifiée. En effet, dans quelle mesure la commission d'évaluation de la dangerosité devra-t-elle se prononcer systématiquement pour les cas de personnes condamnées se trouvant déjà dans un établissement ouvert, voire non détenues lors de l'entrée en force du jugement ? Il convient à cet égard de mettre en évidence que l'évaluation du risque de fuite et de récidive est du ressort de l'autorité judiciaire lors de la procédure pénale qui se doit d'apprécier si les conditions d'une détention provisoire, respectivement à titre de sûreté sont remplies. Ainsi, pour le cas de personnes condamnées non détenues, à la lecture des nouvelles dispositions de l'AP-CP, l'autorité d'exécution devrait demander systématiquement un avis à la commission d'évaluation de la dangerosité si elle envisage de les incarcérer dans un établissement pénitentiaire ouvert. Dans les faits, un placement en établissement ouvert ne crée pas un risque plus grand que la non incarcération jusqu'alors décidée par les autorités antérieures durant la procédure pénale.

Autrement dit, si cette disposition concerne effectivement le placement initial en milieu ouvert (et non plus lorsqu'un élargissement de régime est envisagé), il est à prévoir une augmentation très importante des cas de figure soumis à un préavis de la commission d'évaluation de la dangerosité par rapport à la situation actuelle, ce qui nécessitera, pour les cantons, de prévoir une augmentation budgétaire conséquente. En outre, en pratique, il faudra être en mesure de réunir cette commission de manière plus fréquente, notamment pour lui permettre de rendre ses préavis rapidement. A défaut, se posera la question de savoir où placer la personne concernée dans l'intervalle. En réalité, on peine à comprendre le sens de cet ajout dès lors que la tâche principale de la commission d'évaluation de la dangerosité est de préavisier les cas de progression dans l'ouverture du régime d'exécution de peine ou de mesure et non de se prononcer sur les modalités initiales d'exécution de la sanction.

Nous préconisons donc de prévoir une saisine obligatoire de la commission dans les seuls cas de figure des lettres b et c de l'art. 62e AP-CP et ce uniquement lorsque l'autorité d'exécution a un doute sur la dangerosité de l'auteur condamné à une mesure au sens des art. 59 à 61 CP.

Concernant le contenu de l'art. 91a AP-CP, nous saluons le fait que ce dernier ne donne pas le détail de la procédure d'établissement des préavis par la commission, laissant ainsi une marge de manœuvre organisationnelle aux cantons. Nous sommes, par contre, d'avis que la notion du droit d'être entendu de la personne condamnée devrait figurer explicitement dans cette disposition cadre du code pénal.

En outre, l'art. 91a al. 2 AP-CP devrait être reformulé afin que la commission ne soit saisie que si l'autorité d'exécution a un doute quant à la dangerosité d'un auteur condamné pour une infraction prévue à l'article 64 al.1 CP. Cet alinéa ne devrait d'ailleurs pas être exhaustif et il conviendrait de prévoir la possibilité pour la commission d'apprécier la dangerosité de certaines autres situations, ce qui serait possible en y ajoutant le terme « en particulier » ou « notamment ».

Par ailleurs, le Conseil d'Etat s'oppose également à l'introduction de la let. d de l'art 91a al. 2 AP-CP, dès lors qu'il rejette les art. 41a et 89a AP-CP (c.f. point 1.6 ci-après).

Concernant l'art. 91a al. 3 AP-CP, le fait de prévoir que la commission doit préconiser les modalités d'exécution de l'allègement dans le régime d'exécution de la sanction impliquera des difficultés pratiques, voire des impossibilités de mise en œuvre, si les membres de la commission ne disposent pas de connaissances spécifiques aux infrastructures du canton ou du concordat dans lequel est exécutée la sanction (lieux de placements précis, critères d'admission, etc.). La définition des modalités d'exécution de la sanction doit rester du ressort exclusif de l'autorité d'exécution.

S'agissant de l'art. 91a al. 5 AP-CP, il conviendrait de prévoir une limite temporelle à l'obligation de se récuser des membres de la commission. A cet égard, l'écoulement de trois années après l'intervention à un autre titre dans la situation du condamné par un membre de la commission paraît suffisant.

Enfin, l'introduction d'une définition très générale de la notion de dangerosité dans le code pénal n'appelle pas de commentaire particulier, si ce n'est que le Conseil d'Etat salue le fait que le risque de fuite ne soit pas considéré comme l'un des critères de définition de la dangerosité pour le législateur fédéral.

1.6. Renforcement de l'assistance de probation et des règles de conduite (art. 41a ; art. 62 al. 4 let b et al. 5 ; art. 62f ; art. 89a ; art. 93 ; art. 94 ; art. 95 al. 2 ; art. 95a AP-CP)

1.6.1 Généralités

Comme déjà mentionné en préambule à la présente réponse, le Conseil d'Etat est extrêmement sceptique quant à l'introduction d'une assistance de probation et de règles de conduite au-delà de la fin de l'exécution d'une sanction.

Il estime qu'un suivi au-delà du terme de la sanction ne se justifie pas à la lumière de la philosophie-même du système pénal suisse.

En effet, soit la personne présente un niveau de dangerosité (évalué en termes de risques concrets de récidive à l'issue de l'exécution de sa sanction) qui devrait impliquer une mesure d'internement ou une mesure thérapeutique institutionnelle, soit tel n'est pas le cas et elle doit être libérée au terme de la sanction après avoir rempli ses obligations envers la société.

Ainsi, une prolongation *ad aeternam* du suivi de la personne concernée par les autorités pénales va clairement à l'encontre des droits fondamentaux, notamment de l'application du principe de proportionnalité et du principe *ne bis in idem* (art. 4 du 7^e protocole additionnel à la CEDH).

Une telle prolongation complexifierait également encore davantage la tâche des autorités d'exécution en matière de réinsertion : le risque est, dans certains cas, de faire fi, dès le moment de la condamnation, du potentiel d'évolution de la personne et des objectifs de réinsertion à mettre en place avec elle.

En outre, l'on s'interroge quant au potentiel effet pervers de déresponsabilisation ou de démotivation pour la personne condamnée voyant ses perspectives d'être libérée un jour de la surveillance des autorités pénales ainsi réduites. Cet effet ne doit pas être négligé car il est déjà constaté pour les personnes condamnées à une mesure pénale, qui disent ne pas voir l'issue de leur sanction et perdre toute motivation à la réinsertion. Il provoque, de fait, des enjeux sécuritaires dans le cadre de l'exécution de la sanction, car certaines personnes peuvent penser n'avoir plus rien à perdre et renoncent ainsi à tout entreprendre pour réussir leur resocialisation, voire mettent en danger la sécurité des lieux dans lesquelles elles sont placées.

Par ailleurs, il faut être conscient que les moyens dont disposent actuellement les services de probation ne pourront jamais garantir la sécurité absolue voulue par le législateur.

1.6.2. Réserve dans le jugement de condamnation

Sur le fond, le Conseil d'Etat n'est pas favorable à l'application de la réserve prévue à l'art. 41a AP-CP qui impliquerait, pour le juge du fond, de faire un pronostic sur un très long terme quant à la dangerosité de la personne concernée.

Pour ce faire, il reviendrait à préjuger, au moment du jugement, sur l'absence d'effet de la sanction sur la personne condamnée (soit de déjà miser sur un échec en termes de réinsertion), respectivement sur les possibilités de libération conditionnelle, ce qui ne semble guère concevable du point de vue médico-forensique et criminologique. Vu le contexte actuel, il ne peut pas être exclu que les juges décident de ne pas courir de risques et de prévoir une réserve dans

leurs jugements de manière quasi-systématique, quand bien même ce n'est pas le but visé de la révision selon le Rapport explicatif de l'OFJ.

Par ailleurs, le champ d'application de cette disposition est potentiellement très large puisque l'on a renoncé à exiger que l'atteinte envisagée à l'art. 41a let a. AP-CP soit considérée comme grave (contrairement à ce qui est prévu à l'art. 64 al. 1 CP qui est la disposition générique généralement utilisée pour lister les infractions les plus graves justifiant les sanctions les plus sévères).

Ce concept de suivi au-delà du terme de la peine n'implique qu'un faible, voire aucun, effet dissuasif vis-à-vis de la personne condamnée vu l'absence d'un quelconque solde de peine à exécuter en cas de non-respect de l'assistance de probation ou des règles de conduites applicables après la fin de la peine. L'on ne voit guère quelle autre disposition dissuasive appliquer en cas de violation des obligations par la personne suivie au terme de la sanction entièrement purgée. A ce titre, l'amende prévue à l'art. 292 CP en cas d'insoumission à une décision de l'autorité ou à l'art. 295 CP en cas de non-respect de l'assistance de probation ou de règles de conduite, ne permet à l'évidence pas de palier à cette carence et n'aura aucun effet dissuasif.

Pour le surplus, les critères d'appréciation prévus aux lettres a à d nous paraissent peu précis et des questions de cohérence se posent. En effet, concernant la peine privative de liberté mentionnée à la lettre b, s'agit-il d'une durée nette ou brute ? Qu'en est-il des peines avec sursis partiel ? La semi-détention entre-t-elle dans le champ de la lettre b ? Dans quelle mesure cette possibilité envisagée avec ce nouvel article 41a AP-CP pourrait s'appliquer lorsque le Tribunal ordonne une mesure pénale (art. 59 à 63 CP) ?

Enfin, l'introduction de cet article aura des conséquences financières non négligeables, dès lors que sa mise en œuvre impliquera beaucoup de personnes au sein des autorités judiciaires et administratives, pour un effet incertain, voire contre-productif, comme expliqué ci-dessus.

1.6.3. Prolongation de la libération conditionnelle d'une mesure

La disposition mise en consultation (art. 62 al. 4 let b et al. 5 AP-CP) ne semble pas prendre en compte la durée maximale de la mesure de l'art. 60 CP, qui ne peut excéder 6 ans (art. 60 al. 4 CP), ni l'âge limite de la personne condamnée prévue par le CP pour l'art. 61, à savoir 30 ans (art. 61 al. 4 CP).

En réalité, compte tenu de ce qui précède, la modification proposée ne semble pas pouvoir développer d'effets en pratique et apparaît donc comme étant une « fausse sécurité ».

1.6.4. Assistance de probation et règles de conduite au terme de l'exécution d'une mesure

Le Conseil d'Etat rejette l'introduction de l'art. 62f AP-CP. En effet, soit la dangerosité résiduelle de la personne condamnée permet d'ordonner une mesure d'internement via l'art. 62c al. 4 CP, voire peut être diminuée par le biais d'une autre mesure en application de l'art. 62c al. 6 CP, soit tel n'est pas le cas et elle doit sortir du périmètre pénal pour être, le cas échéant, prise en charge par la justice civile en application de l'art. 62c al. 5 CP.

Pour le surplus, nous nous référons aux remarques formulées ci-dessus au chiffre 1.6.3, concernant le champ d'application, l'absence d'effet dissuasif et le faux sentiment de sécurité.

1.6.5. Mise en œuvre de l'assistance de probation et des règles de conduites réservées dans le jugement de condamnation au terme de l'exécution de la sanction

A teneur de l'art. 89a AP-CP, il semble n'y avoir aucune marge d'appréciation pour l'autorité d'exécution en cas de mention d'une réserve au sens de l'art. 41a AP-CP dans le jugement de condamnation. Celle-ci devra systématiquement demander au juge d'évaluer au terme de la peine la pertinence d'ordonner l'assistance de probation et/ou d'imposer les règles de conduite.

Cet élément induira obligatoirement une charge de travail supplémentaire pour l'autorité d'exécution ainsi que pour les autorités judiciaires. En effet, l'évolution de la situation ne sera pas forcément celle anticipée au moment du jugement de condamnation prononcé plusieurs années auparavant et pourrait commander de ne pas recourir à l'assistance de probation (p.ex. en cas de prononcé d'une expulsion judiciaire ou administrative subséquente ou de grave ennui de santé de la personne condamnée qui diminue sa dangerosité).

Comme déjà dit, mis en perspective des ressources supplémentaires nécessaires à l'application de cette nouvelle mesure, tant au niveau des autorités d'exécution que des autorités judiciaires, le faible bénéfice que la société pourrait en retirer en terme de sécurité ne paraît pas justifier que l'on introduise ce mécanisme dans le processus d'exécution des sanctions. Il s'agit en réalité d'une fausse sécurité.

Par ailleurs, le Rapport explicatif de l'OFJ expose que le juge visé par l'art. 89a al. 2 AP-CP est le juge du fond. Or, pour les cantons qui connaissent l'institution du JAP, comme le Canton de Vaud, ce dernier devrait être compétent dès lors qu'il a suivi tout le parcours d'exécution de la sanction de la personne concernée, contrairement au juge du fond qui n'a plus eu affaire à cette dernière depuis le jugement de condamnation.

Enfin, le Conseil d'Etat s'interroge sur l'articulation de ce mécanisme avec la pratique vaudoise concernant le prononcé d'une libération conditionnelle en cas de condamnation à une expulsion judiciaire, laquelle ne devient effective qu'au moment où l'expulsion est exécutable. Dans cette hypothèse, on voit mal que l'assistance de probation ou les règles de conduite au sens des art. 41a et 89a AP-CP puissent être prononcées simultanément à l'expulsion, dès lors que l'application de l'une exclut de fait celle des autres.

1.6.6. Nouvelles définitions de l'assistance de probation et des règles de conduite

La nouvelle définition de l'assistance de probation proposée à l'art. 93 AP-CP n'appelle pas de commentaire particulier. En revanche, celle des règles de conduite présentée à l'art. 94 AP-CP est critiquable pour les motifs suivants :

De manière générale, avec la nouvelle formulation de l'art. 94 AP-CP, la limite entre une mesure pénale et un sursis subordonné à des règles de conduite paraît de plus en plus floue. A cet égard, il sied de rappeler que le TF (en particulier ATF 135 IV 180 et arrêt du Tribunal fédéral 6B_918/2010 du 14 mars 2011) a clairement mis en avant l'incompatibilité d'une mesure au sens de l'art. 63 CP (pouvant comprendre des règles de conduite) avec un sursis subordonné à des règles de conduites.

S'agissant du fond, l'art. 94 al. 2 AP-CP contient une liste exemplative de mesures qui va très loin dans le détail. Il s'agit d'une contrainte inutile, voire contreproductive. L'on s'interroge, par ailleurs, sur les moyens à disposition de l'autorité de probation pour contrôler concrètement le respect de ces règles (p.ex. comment contrôler le respect de la règle de conduite de la let.e ?).

En outre, le concept de « lieu de séjour approprié aux besoins de l'auteur » mentionné à l'art. 94 al. 2 let. a AP-CP paraît flou et risque de conduire à des mesures institutionnelles « déguisées » quand bien même le Rapport explicatif de l'OFJ prétend le contraire.

Ensuite, la pratique actuelle des autorités judiciaires consistant à subordonner un sursis à des soins médicaux et psychologiques, sans avoir obligatoirement besoin de rapport d'expertise, nous paraît totalement adéquate et on ne voit pas en quoi l'exigence supplémentaire d'être en possession de l'expertise prévue à l'art. 94 al. 3 AP-CP amènerait une plus-value. Outre que la mise en œuvre des expertises psychiatriques est extrêmement coûteuse, d'importantes difficultés existent pour les réaliser (disponibilité des experts, délais) et il ne paraît pas réaliste d'imposer une nouvelle exigence qui ralentira les procédures. Enfin, il convient d'émettre également des réserves du point de vue du risque de « psychiatrisation » encore plus important de l'exécution des sanctions.

Par ailleurs, le principe de l'utilisation de la surveillance électronique prévue à l'art. 94 al. 4 AP-CP paraît inacceptable du point de vue des droits fondamentaux. En effet, la surveillance électronique est une modalité d'exécution de la détention. Dès lors que celle-ci est terminée au moment où les règles de

conduite entrent en ligne de compte, son utilisation revient donc à prolonger la peine qui a pris fin. En outre, si la personne concernée a réellement besoin d'être surveillée 24h/24h, l'on devrait en déduire que la libération conditionnelle ne doit pas être accordée. Enfin, si la surveillance électronique devait être maintenue en tant que règle de conduite, il sied de rappeler que son utilisation dans ce cadre ne semble pas pertinente aussi longtemps que la surveillance 24h/24h ne sera pas possible et que les moyens techniques ne seront pas fiabilisés.

Pour le surplus, la proposition de nouvelle formulation de l'art. 95 al. 2 AP-CP risque de conduire le juge à préciser de manière trop détaillée la prise en charge qui ne pourrait pas ensuite être entièrement réalisable dans les faits par l'autorité d'exécution. Dans un tel cas, l'autorité d'exécution devra systématiquement saisir l'autorité judiciaire pour modifier les conditions mentionnées dans le premier jugement, ce qui ne peut qu'alourdir le système judiciaire, sans aucune plus-value sécuritaire.

1.6.7. Modalités d'application de l'assistance de probation et des règles de conduites au terme de l'exécution des peines et mesures

A nouveau, l'incompatibilité entre les mesures pénales et le sursis subordonné à des règles de conduite relevée par le Tribunal fédéral tend à ne pas être respectée par la proposition du nouvel art. 95a AP-CP. Il ne semble plus y avoir de différences entre une règle de conduite et une mesure pénale.

Concernant l'art. 95a al. 1 AP-CP, il sied de relever que la formulation « au terme de l'exécution de peines et mesures » est incompréhensible et l'on s'interroge sur le fait qu'elle provienne d'une erreur de traduction/syntaxe. En effet, un rapport doit également pouvoir être rédigé en tout temps durant le délai d'épreuve consécutif à l'octroi de la libération conditionnelle, si les circonstances prévues aux lettres a à e se produisent. Cette règle doit donc s'appliquer à toutes les situations de suivi de probation ou de règles de conduites.

Ensuite, la délimitation des compétences des autorités mentionnées à l'art 95a al 1-3 AP-CP semble floue. L'on ne comprend pas bien qui intervient à quel moment. Une fois encore, une clarification semble d'autant plus nécessaire pour les cantons qui connaissent l'institution du JAP.

Enfin, l'introduction d'un contrôle annuel systématique de l'assistance de probation et des règles de conduite prévu à l'art. 95a al.4 AP-CP ne nous paraît pas se justifier, dès lors que les personnes condamnées peuvent solliciter en tout temps la levée ou la modification des règles de conduites et que l'autorité d'exécution peut en faire de même, en fonction du contenu des rapports des intervenants et de l'évolution de la situation.

2. Avant-projet 2 : modification du droit pénal des mineurs

Le droit pénal des mineurs dans sa version actuelle comporte d'indéniables lacunes en cas de pronostic extrêmement défavorable sur l'évolution à moyen terme du jeune concerné après sa majorité. En effet, le passage à l'âge adulte constitue une véritable rupture dans le parcours pénal et il est nécessaire de prévoir un pont pour faire le lien entre les situations prévalant avant et après le passage à la majorité.

S'agissant de la présente révision, le Rapport explicatif de l'OFJ arrive également à la conclusion qu'il existe une lacune en matière de sécurité pour les jeunes délinquants considérés comme dangereux au moment où ils terminent l'exécution de leur peine ou de leur mesure au sens du droit pénal des mineurs (DPMIn). Il est précisé que cette lacune concerne deux situations distinctes ; premièrement, les délinquants dangereux qui ont atteint l'âge limite de 25 ans et ne remplissent pas les conditions nécessaires pour que l'autorité civile ordonne un placement à des fins d'assistance au sens de l'art. 426 CC ; deuxièmement, les délinquants dangereux qui doivent être libérés d'un placement en établissement fermé avant l'âge limite fixé par la loi (art. 19 al. 2 DPMIn), ainsi que ceux libérés au terme de l'exécution d'une privation de liberté, qu'elle soit ou non consécutive à un placement en établissement fermé.

A cet égard, le Conseil d'Etat relève encore avec inquiétude l'existence de cas – heureusement rares mais néanmoins préoccupants – de jeunes sanctionnés à plusieurs reprises en tant que mineurs qui, une fois devenus majeurs, récidivent en commettant des actes extrêmement graves. Il fait le constat que les juges des mineurs ne sont actuellement pas suffisamment outillés pour répondre de manière satisfaisante à ces situations particulièrement lourdes et, partant, pour protéger la population.

Dès lors que l'arsenal juridique actuellement à disposition n'est pas suffisant la modification législative proposée répond à un réel besoin et mérite d'être saluée.

S'agissant du fond de la révision, le Conseil d'Etat est favorable, sur le principe, à la solution proposée aux art. 15a et 25a AP-DPMIn qui consiste à permettre au Tribunal des mineurs (TMin) de réserver, dans le jugement de condamnation, le prononcé ultérieur, par une autorité judiciaire pour adultes, d'une mesure du code pénal une fois le jeune devenu majeur et s'il est toujours considéré comme dangereux au moment de la libération de la peine ou de la mesure prévue par le DPMIn.

Cela dit, à l'instar des experts psychiatres consultés par l'OFJ, le Conseil d'Etat estime qu'il est pratiquement impossible d'émettre un pronostic durable quant à la dangerosité d'un mineur, celui-ci étant encore en développement et, partant, susceptible d'évoluer fortement.

Ainsi, dans ce sens et également pour des raisons ayant trait au respect du principe de proportionnalité, le Conseil d'Etat est favorable à ce que le mécanisme de réserve dans le jugement rendu par la justice des mineurs en faveur d'un éventuel prononcé ultérieur d'une mesure du droit pénal des adultes ne concerne que les mesures prévues à l'art. 61 CP, subsidiairement aux art. 59 et 60 CP.

Ainsi, le fait que l'on puisse prononcer ultérieurement, sans commission d'une nouvelle infraction, un internement au sens de l'art. 64 CP sur la base de seuls pronostics quant au risque de récidive, interroge quant à sa légitimité, dès lors que les autres mesures susmentionnées permettent d'atteindre le but visé.

En effet, concrètement le prononcé d'un internement à l'issue de l'exécution de la sanction exécutée en application du DPMIn signifie que le jeune adulte concerné s'engage pour une détention indéterminée, et par définition très longue (voire à vie), ce alors qu'il n'aura a priori pas commis de nouveau délit. L'absence de perspectives rendra l'exécution de cette mesure particulièrement délicate, tant en raison des conditions matérielles de celle-ci que des risques sociaux et comportementaux que cela engendrera (augmentation de la violence, absence de perspective d'insertion sociale à la sortie du fait de la suspension de tout projet de vie socio-professionnel à un âge-clé, sentiment d'injustice renforçant l'opposition aux autorités, etc.).

Cette solution est également problématique en termes de coûts, dès lors qu'elle s'inscrit dans un phénomène d'augmentation permanent du nombre de mesures prononcées et de places de détention occupées durablement, voire à vie, dans des établissements pénitentiaires dont la capacité est limitée.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat constate que la limitation du prononcé d'une réserve aux infractions sur lesquelles porte la clause générale de l'art. 25 al. 2 DPMIn, à la condition qu'il y ait eu atteinte ou volonté de porter atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle d'autrui, permet de circonscrire le champ d'application de la révision de façon satisfaisante.

Cela étant, concernant plus spécifiquement la question du pronostic défavorable, le Conseil d'Etat souhaite attirer l'attention du législateur sur le fait qu'il convient de ne pas mélanger la gravité de l'infraction à l'origine de la condamnation initiale (à laquelle sera assortie la réserve du prononcé ultérieur d'une mesure en vertu du CP) avec la dangerosité de la personne et son risque de récidive (au sens de l'art. 91b AP-CP). En effet, à titre d'exemple, s'agissant de la prévention spéciale, l'on observe que le taux de récidive des personnes condamnées pour assassinat est plus faible que celui des personnes reconnues coupables de viol. La gravité de l'infraction initiale n'est donc pas un indicateur suffisant en termes d'évaluation de la dangerosité et du risque de récidive pour le futur. A cet égard, on peut également noter qu'un mineur qui a commis un brigandage simple (lequel ne rentre pas dans la catégorie des brigandages qualifiés au sens de l'art. 25 al. 2 DPMIn et échappe ainsi au champ d'application des art. 15a et 25a DPMIn tout en étant une infraction grave) peut présenter un risque de récidive violente bien supérieur à un mineur condamné pour un assassinat.

*

En conclusion, au vu des développements longuement exposés ci-dessus, le Conseil d'Etat est réservé quant aux avant-projets de révision du CP et du DPMin soumis à la présente consultation.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'expression de nos sentiments distingués.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE



Nuria Gorrite

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

Copies :

- OAE
- SG-DES
- SPEN