

LE CONSEIL DE L'ORDRE

8, RUE DU GRAND-CHÊNE
CASE POSTALE 7056
CH - 1002 LAUSANNE

TÉL : 021 311 77 39
FAX : 021 311 77 49

info@oav.ch
www.oav.ch

Par courriel à :

delphine.depeursinge@vd.ch

Service pénitentiaire (SPEN)

Madame la Cheffe de service Sylvie Bula
Ch. de l'Islettaz
Bâtiment A
1305 Penthalaz

Lausanne, 9 juillet 2020

Procédure de consultation - Modification du Code pénal et du droit pénal des mineurs

Madame la Cheffe de service,

Au nom de l'Ordre des avocats vaudois (OAV), je reviens ici sur votre correspondance du 24 avril 2020 nous invitant à vous faire part de nos observations en relation avec le projet de modification du Code pénal et du droit pénal des mineurs.

Non sans vous remercier de nous avoir invités à nous déterminer, je vous livre ci-dessous le fruit des travaux menés par la Commission de droit pénal et de procédure pénale, sous l'égide de son Président, Me Loïc Parein.

* * *

I. De la modification du CP

A. Du contexte politique

L'avant-projet 1 met en œuvre 3 motions :

- motion 11.3767 Rickli, Halte aux congés et aux sorties pour les personnes internées

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.

- motion 17.3572 Guhl, Internement. Intervalle plus long entre les expertises après trois résultats négatifs

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.

- motion 16.3002 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, Unifier l'exécution des peines des criminels dangereux

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 4 modifications :

1. clarifier et unifier le calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté par les autorités d'exécution
2. 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
3. clarification des dispositions relatives à la composition et à la saisine de la commission d'évaluation de la dangerosité des délinquants (Commission de dangerosité) afin d'éliminer les incertitudes juridiques dans la pratique et de renforcer le rôle de la commission
4. 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

B. De l'interdiction de toute sortie non accompagnée pour des personnes internées en milieu fermé

L'AP-CP n'appelle pas d'opposition de la Commission. Il faut relever que la motion s'intitulait « Halte aux congés et aux sorties pour les personnes internées ». La modification n'interdit que les sorties non accompagnées tout en préservant les sorties accompagnées. C'est donc l'occasion de souligner la pression politique qui s'exerce de manière générale sur le principe de la progressivité dans l'exécution des sanctions - pourtant essentiel à la prévention de la récidive, les congés représentant des mises à l'épreuve indispensables à l'appréciation du risque du condamné.

C. De la fréquence de réexamen de l'internement

La modification n'appelle pas d'opposition de la Commission, dès lors que le condamné continue à pouvoir demander en tout temps un examen annuel.

D. Du calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté

L'AP-CP n'appelle pas d'opposition de la Commission.

E. De la compétence en matière de modification de mesure thérapeutiques

L'AP-CP n'appelle pas d'opposition de la Commission, le droit fédéral consacrant un système similaire à celui pratiquer dans le canton de Vaud.

F. De la Commission de dangerosité

1. Généralités

Le droit actuel connaît l'institution de la Commission de dangerosité.

En matière de libération d'une mesure thérapeutique institutionnelle, si l'auteur a commis une infraction prévue à l'art. 64 al. 1 CP, l'autorité compétente prend une décision sur la base d'une expertise indépendant, après avoir entendu une commission composée de représentants des autorités de poursuite pénale, des autorités d'exécution et des milieux de la psychiatrie. L'expert et les représentants des milieux de la psychiatrie ne doivent ni avoir traité l'auteur ni s'être occupés de lui d'une quelconque manière (art. 62d al. 2 CP).

La saisine de cette commission a été étendue au-delà de la libération d'une mesure thérapeutique institutionnelle. Conformément à l'art. 75a al. 1 CP, la commission visée à l'art. 62d al. 2 CP apprécie, lorsqu'il est question d'un placement dans un établissement d'exécution des peines ouvert ou de l'octroi d'allègements dans l'exécution, le caractère dangereux du détenu pour la collectivité si les conditions suivantes sont remplies :

- a) le détenu a commis un crime visé à l'art. 64 al. 1 CP;
- b) l'autorité d'exécution ne peut se prononcer d'une manière catégorique sur le caractère dangereux du détenu pour la collectivité.

Lors de la révision de la partie générale du CP de 2007, le législateur avait instauré la Commission de dangerosité pour les motifs suivants :

« Dans la doctrine, d'aucuns estiment en outre que le pronostic relatif au comportement qualifié de criminel ne relève ni de la science ni de l'expérience psychiatrique et que les pronostics psychiatriques en matière de criminalité devraient dès lors être réservés à des spécialistes qui, outre de solides connaissances et expériences en psychiatrie, disposent de connaissances criminologiques approfondies et sont au courant des résultats de la recherche moderne en matière de pronostics. Il paraît donc indiqué, pour statuer sur une libération conditionnelle ou sur la levée d'une mesure, de ne pas se baser uniquement sur des expertises psychiatriques, mais de conférer une assise plus large à cette décision. C'est pourquoi le projet prévoit désormais l'audition préalable d'une commission, qui sera composée

au minimum de représentants des autorités de poursuite pénale, de représentants des autorités d'exécution et de représentants des milieux de la psychiatrie. Les cantons seront libres de la compléter par des représentants d'autres organes, par exemple par des représentants de l'assistance de probation » (FF 1999 1895-1896)

On relèvera ici que la Commission de dangerosité n'a en l'état pas de compétence dans le domaine présentenciel mais uniquement après une condamnation (domaine postsentenciel) dans les cas prévus par la loi où l'on cherche à consacrer un prétendu savoir prédictif. La valeur probante de son préavis repose sur deux présupposés. D'une part, l'avis de plusieurs vaut plus que l'avis d'un seul (pluralité des opinions). D'autre part, la diversité de milieux serait un gage de crédibilité (pluralité des disciplines).

La compétence de rendre une décision reste en main de l'autorité compétente qu'elle soit judiciaire ou administrative. Les préavis de la Commission de dangerosité ne sont que consultatifs (CR CP I-Roth/Thalmann, ad art. 62d N 15). Cela étant, les préavis constituent assurément un moyen de preuve ayant un poids considérable en pratique. Comme le nom de cette commission l'indique, la preuve se rapporte à la dangerosité imputable au condamné au regard de l'intérêt public dont on a mesuré plus haut combien il présente une dimension sécuritaire.

2. La dangerosité

Jusqu'à présent, le CP ne contenait aucune définition de la dangerosité, notamment à l'art. 110 CP. La seule disposition évoquant ce concept est l'art. 75a al. 3 CP prévoyant que le caractère dangereux du détenu pour la collectivité est admis s'il y a lieu de craindre que le détenu ne s'enfuie et ne commette une autre infraction par laquelle il porterait gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui. Cette définition est pourtant inadaptée puisqu'elle fait du risque de fuite une composante, ce que relève expressément l'avant-projet (Rapport, p. 38).

L'absence de définition est sinon critiquable du moins remarquable dès lors que l'existence d'un danger est le fondement du droit des mesures (art. 56 al. 1 let. a CP), ce qui a été relevé (L. Parein, L'expertise psychiatrique à la lumière des présomptions de responsabilité et de non-dangerosité, *Revue suisse de criminologie*, 1|2/2019, p. 15 ; L. Parein, La présomption de non-dangerosité en procédure pénale suisse : une consécration nécessaire, *RDS* 3/2018, p. 378). La jurisprudence du Tribunal fédéral a tenté de combler cette lacune en indiquant 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 infractions (ATF 137 IV 201 c. 1.2). L'évaluation de la dangerosité de l'auteur pour la collectivité doit en outre se faire au regard de la gravité, de l'imminence du danger ainsi que de la nature ou de l'importance des biens juridiques menacés (ATF 127 IV 1 c. 2a). La dangerosité est de ce fait une notion relative et ne peut pas être définie de façon absolue, comme le souligne l'avant-projet (Rapport, p. 37).

L'AP-CP propose d'intégrer une définition de la dangerosité. La dangerosité de l'auteur est admise s'il y a lieu de craindre qu'il ne commette une nouvelle infraction, par laquelle il porterait gravement

atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui (art. 91b AP-CP). Aussi, 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 (Rapport, p. 37).

Selon l'OFJ (Rapport, p. 37), la qualification de la dangerosité repose sur une évaluation de différents éléments :

- la commission d'une infraction grave
- certaines caractéristiques criminologiques, personnelles et psychiatriques de l'auteur, dont une partie sont dynamiques et évoluent durant l'exécution de la sanction : la personne souffrant d'un trouble mental la poussant à commettre des infractions peut voir ce facteur criminogène disparaître en suivant une thérapie
- des circonstances dans lesquelles l'appréciation est conduite : l'autorité ne procédera pas au même examen si elle statue sur la libération conditionnelle ou sur une sortie accompagnée

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 (Rapport, p. 37).

Pour la Commission, nul doute que l'ancrage d'une définition de la dangerosité dans la loi marque un tournant dans la systématique du droit des sanctions. Depuis l'entrée en vigueur du CP en 1942, il n'existait pas une telle définition. C'est dire la place qu'occupe désormais la dangerosité en matière pénale, concept qui remonte par capillarité depuis l'exécution des sanctions orientée sur la gestion du risque (cf. Principes régissant l'exécution des sanctions pénales en Suisse – Proposition de la Conférence des secrétaires concordataires, approuvée par le Comité des Neuf de la Conférence latine des Chefs des départements de Justice et Police du 18.09.2014).

Sur le plan de la preuve, il faut saluer le fait que la démonstration du danger telle que prévue dans l'avant-projet incombe à l'autorité. Il était soutenu qu'il était nécessaire de consacrer dans la loi une présomption de non-dangerosité (L. Parein, L'expertise psychiatrique à la lumière des présomptions de responsabilité et de non-dangerosité, *Revue suisse de criminologie*, 1|2/2019, p. 21 ; L. Parein, La présomption de non-dangerosité en procédure pénale suisse : une consécration nécessaire, *RDS* 3/2018, p. 387). Ainsi, selon l'art. 91b AP-CP, l'auteur est présumé ne pas présenter de dangerosité en l'absence des conditions posées. Au surplus, la présomption n'évacue pas le débat sur la valeur d'un savoir prétendument prédictif.

Cela étant, la qualification de « dangereux » est précisément dangereuse. C'est la raison pour laquelle les examens doivent être réguliers, sous peine d'un étiquetage définitif aux conséquences lourdes pour la personne concernée sous l'angle de ses droits fondamentaux. En amont, et dans le même ordre d'idée, le qualificatif doit être utilisé avec réserve. Pour ce motif, la Recommandation CM/Rec(2014) relative aux délinquants dangereux du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe prévoit qu'un délinquant

dangereux est une personne ayant été condamnée pour un crime sexuel ou avec violence d'une extrême gravité contre une ou plusieurs personnes et présentant une probabilité très élevée de récidiver en commettant d'autres crimes sexuels ou violents d'une extrême gravité contre des personnes. Cette définition rend compte du fait que la dangerosité doit être admise en présence d'antécédents d'une extrême gravité (appréciation du passé) et d'un très haut degré de vraisemblance de récidive spéciale (appréciation du futur).

La définition contenue dans l'avant-projet ne reprend pas les limites précitées. D'une part, bien que le Rapport mentionne la condition de la commission d'une infraction grave (appréciation du passé), l'art. 91b AP-CP n'y recourt pas. Pourtant, une telle condition figure également à l'art. 41a al. 1 let. a AP-CP qui restreint le prononcé de mesures d'accompagnement en présence de délinquants considérés comme dangereux. En l'état, on pourrait dire d'une personne n'ayant commis qu'une contravention qu'elle présente une dangerosité selon cette définition, ce qui n'est pas acceptable. Par ailleurs, le degré de probabilité attendu est insuffisant. A défaut d'une exigence plus élevée, le risque est de définir trop largement le périmètre des personnes à qui l'on impute une dangerosité, ce qui n'est pas admissible.

Conclusion : la Commission propose la définition suivante :

« La dangerosité est admise lorsque l'auteur a commis un crime par lequel il a porté ou voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui et s'il y a sérieusement lieu de craindre qu'il ne commette une nouvelle infraction semblable »

3. La composition et le fonctionnement de la Commission de dangerosité

Actuellement, la commission est, selon la loi, composée de représentants des autorités de poursuite pénale, des autorités d'exécution et des milieux de la psychiatrie, les représentants des milieux de la psychiatrie ne devant ni avoir traité l'auteur ni s'être occupés de lui d'une quelconque manière (art. 62d al. 2 CP).

L'art. 91a AP-CP régit la constitution de la Commission de dangerosité. Cette commission serait composée au moins de représentants des autorités de poursuite pénale, des autorités d'exécution et de la psychiatrie ou de la psychologie (al. 1). La réglementation prévue à l'al. 1 conserve la composition de la Commission de 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 (Rapport, p. 35).

A l'instar de l'intégration d'une définition de la dangerosité, la consécration d'une disposition relative à la Commission de dangerosité formalise l'importance désormais donnée à la justice pénale prédictive.

Conclusion : il faut relever que le critère de composition est moins le degré de connaissances que l'affiliation à un organe. Comme cela ressort de la révision de la partie générale du CP mentionnée plus haut, l'idée était de créer une commission composée de personnes particulièrement au fait des procédés d'évaluation les plus modernes. L'un n'exclut certes pas l'autre, mais la loi devrait donc ancrer cette nécessité de connaissances plutôt qu'une appartenance à une autorité.

Dans le canton de Vaud (art. 3 du Règlement sur Commission interdisciplinaire consultative concernant les délinquants nécessitant une prise en charge psychique, RS 340.01.2), la commission est composée :

- d'un psychiatre spécialiste dans la prise en charge des délinquants violents qui la préside ;
- d'un médecin directeur de secteur psychiatrique ;
- d'un psychologue ;
- d'un magistrat judiciaire en charge ou d'un ancien magistrat judiciaire ;
- d'un travailleur social ;
- du procureur général ou d'un représentant du Ministère public ;
- du chef du Service pénitentiaire ou d'un remplaçant désigné par lui.

Manifestement, l'avant-projet formalise l'ouverture laissée dans la composition de la commission. Le canton de Vaud l'a déjà fait en intégrant la présence d'un magistrat judiciaire alors que la loi (art. 62d al. 2 CP) n'évoque pas la présence d'un représentant des autorités de jugement. Toutefois, on relèvera que le droit vaudois ne prévoit pas la présence d'un représentant de l'Ordre des avocats vaudois qui porterait un regard complémentaire sur le risque de récidive. Pourtant, le droit jurassien le fait : la commission spécialisée intervenant dans les cas prévus aux articles 62d alinéa 2, 64b alinéa 2 et 75a alinéa 1 du Code pénal suisse) est composée, outre d'un représentant des milieux de la psychiatrie, d'un procureur, du président de la Cour pénale, du bâtonnier de l'Ordre des avocats jurassiens et du chef du Service juridique ainsi que de quatre suppléants : un procureur, le vice-président de la Cour pénale, le vice-bâtonnier de l'Ordre des avocats jurassiens et un remplaçant du chef du Service juridique désigné par le Département. En cas de besoin, celui-ci peut désigner d'autres remplaçants (art. 5 de la Loi sur l'exécution des peines et des mesures, RS 341.1). Il en va de même dans le canton du Valais (art. 18 de la Loi d'application du code pénal, RS 311.1)

Conclusion : la Commission est d'avis que l'AP-CP devrait prévoir la présence du Bâtonnier de l'Ordre des avocats ou d'un représentant désigné par lui.

L'art. 91a AP-CP ne prévoit pas l'audition de la personne concernée.

Dans un arrêt topique (arrêt 6B_481/2017 du 15 septembre 2017 consid. 4.1), le Tribunal fédéral a observé que :

- l'art. 35 al. 2 Cst dispose que quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Cette disposition s'adresse en premier

lieu aux organes de l'Etat mais aussi aux particuliers qui assument, sur délégation de l'État, une tâche publique (ATF 129 III 35 consid. 5.2; 127 I 84 consid. 4b p. 88ss).

- Tel est précisément le cas de la commission d'experts prévue à l'art. 62d al. 2 CP. En effet, celle-ci assume une tâche étatique et rend une recommandation qui, même si elle ne constitue pas une décision au sens formel qui lie l'autorité compétente, joue un rôle important. Le caractère pluridisciplinaire de la commission donne au préavis qu'elle émet un poids déterminant et l'autorité de décision s'en écartera difficilement. La commission doit ainsi respecter les garanties minimales essentielles (arrêt 6B_72/2011 du 5 août 2011 consid. 3.1., in SJ 2012 I 282).
- Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Le droit d'être entendu n'est toutefois pas une fin en soi ; il constitue un moyen d'éviter qu'une procédure judiciaire ne débouche sur un jugement vicié en raison de la violation du droit des parties de participer à la procédure, notamment à l'administration des preuves. Lorsqu'on ne voit pas quelle influence la violation du droit d'être entendu a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée (arrêts 6B_734/2016 du 18 juillet 2017 consid. 1.1 non destiné à la publication ; 6B_259/2016 du 21 mars 2017 consid. 5.1.1; 4A_153/2009 du 1er mai 2009 consid. 4.1 et les arrêts cités).
- Le Code pénal ne prévoit pas que la commission chargée d'examiner la dangerosité de l'auteur doive auditionner ce dernier, à la différence de ce qu'il prescrit expressément en relation avec l'autorité qui prend la décision (cf. art. 64b al. 2 let. d CP). Quoi qu'il en soit, comme la cour cantonale l'a retenu à raison, faute d'avoir demandé à être entendu par la Commission pour l'examen de la dangerosité, le recourant ne peut pas se plaindre que son droit d'être entendu a été violé.

La Commission de dangerosité doit respecter le droit d'être entendu. Il existe cependant une lacune dans la loi sur le devoir d'entendre la personne concernée par son appréciation. Une telle audition paraît cependant indispensable sur le plan des droits fondamentaux. Au demeurant, l'AP-CP rend compte de la nécessité d'entendre la personne avant toute décision en prévoyant une telle obligation à l'art. 89a al. 3 ou 95a al. 4 AP-CP en matière de mesure d'accompagnement. Au surplus, on relèvera que l'art. 7 du Règlement de fonctionnement de la commission d'évaluation de la dangerosité genevois (RS E 10.15) ou l'art. 8 du Règlement vaudois sur la Commission interdisciplinaire consultative concernant les délinquants nécessitant une prise en charge psychique (RS 340.01.2) prévoit expressément le droit d'être entendu.

Conclusion : La Commission préavise en faveur de la consécration du droit d'être entendu dans la loi.

4. *La saisine de la Commission de dangerosité*

Actuellement, la saisine de la Commission de dangerosité est prévue de manière un peu éclatée :

- en matière de mesures particulières de sécurité en matière d'exécution de peine privative de liberté (art. 75a al. 1 CP) ;
- en matière d'examen de libération conditionnelle et de levée de mesure thérapeutique institutionnelle (art. 62d al. 2 CP) ;
- en matière de levée de l'internement ordinaire (art. 64b al. 2 CP)
- de manière générale dans le cadre de l'exécution des mesures en cas de placement dans un établissement ouvert et de l'octroi d'allègement dans l'exécution aux conditions de l'art. 75a CP (art. 90 al. 4bis CP)

L'AP-CP clarifie le périmètre de compétence tout en prévoyant une extension de la saisine de la Commission de dangerosité :

- de manière systématique en présence de personne internée lorsqu'il s'agit de placement en milieu ouvert et d'allègements de régime (art. 65 al. 5 AP-CP), ce que le droit en vigueur ne prévoit pas
- si l'auteur a commis une infraction prévue à l'art. 64 al. 1 CP, l'autorité d'exécution demande un préavis à la commission prévue à l'art. 91a lorsqu'elle a un doute sur la dangerosité de l'auteur au sens de l'art. 91b et qu'elle envisage le placement dans un établissement ouvert ou l'octroi d'allègements dans l'exécution (art. 75a al. 1 AP-CP) alors que le droit actuel ne prévoit une telle saisine que si l'autorité d'exécution ne peut se prononcer d'une manière catégorique sur le caractère dangereux du détenu pour la collectivité (art. 75a al. 1 CP), ce qui représente une extension
- avant de transmettre au juge une requête de levée de l'assistance de probation et des règles de conduite en application de l'art. 95a al. 3 AP-CP dès lors que l'autorité d'exécution demande un préavis à la commission lorsqu'elle a un doute sur la dangerosité de l'auteur au sens de l'art. 91b AP-CP (art. 95a al. 5 AP-CP)

L'extension de la saisine de la Commission de dangerosité traduit la confiance placée dans son appréciation. Or, et sans se livrer à une analyse approfondie de l'institution, il faut relever que la constitution d'une telle commission et sa place grandissante démontre l'accroissement de l'exposition des droits fondamentaux dans une justice pénale fondée moins sur la faute que sur le futur du condamné. En effet, c'est perdre de vue que, d'un point de vue trivial, personne ne sait lire l'avenir. De plus, la constitution de telles commissions pluridisciplinaires prêter à croire que la dangerosité est une notion scientifique (cf. par exemple Coche, La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal, 2005, n° 467), ce qui compromet une défense efficace. Pour ce motif, leur rôle en matière d'appréciation du danger est décrié. A titre d'exemple, dans ses observations destinées à appuyer la tierce intervention formée par le European Prison Litigation Network devant la Grande chambre de la CourEDH dans

l'affaire pendante *Inseher c. Allemagne*, Mireille Delmas-Marty, Professeur honoraire au Collège de France, relève que :

*« Malgré un avis très critique de la Commission nationale consultative des droits de l'homme et l'opposition farouche de nombreux professionnels, médecins et juristes, la loi de 2008 sur la rétention de sûreté a pourtant créé ces institutions étranges que sont les « centres socio-médico-judiciaires de sûreté » puis les « commissions pluridisciplinaires d'évaluation de la dangerosité ». Derrière la lourdeur et l'opacité des procédures prévues, c'est bien de la dénaturation de l'expertise qu'il s'agit ; la confusion avec la dangerosité psychiatrique liée à la maladie mentale entretient l'illusion qu'il existerait un savoir permettant d'évaluer la dangerosité criminologique. La possibilité même d'une défense efficace risque d'être ainsi remise en cause dans le cas où la commission pluridisciplinaire, concluant à la particulière dangerosité du condamné, proposera qu'il fasse l'objet d'une rétention de sûreté (J. Danet, «Droits de la défense et savoirs sur le crime», in *Défendre*, Dalloz, 2004) »* (<http://www.prisonlitigation.org/wp-content/uploads/2017/11/Inseher-CEDH-Observations-MDelmas-Marty.pdf>)

Conclusion : l'AP-CP accroît le rôle de la Commission de dangerosité au point de renforcer la croyance dans la prédiction scientifiquement la récidive. Cette croyance repose essentiellement sur l'hypothèse qu'une pluralité d'avis et de disciplines est un gage de fiabilité. On peut aussi y voir un risque de dilution de responsabilité qui n'est pas sans conséquences pour les libertés individuelles. Cela étant, indépendamment du débat de fond, ce renforcement est d'autant moins acceptable qu'il n'est pas accompagné de mesures susceptibles d'atténuer le risque d'atteintes aux droits fondamentaux de la personne concernée. L'AP-CP ne consacre en effet ni la présence d'un représentant des avocats en son sein, ni l'obligation d'entendre la personne concernée. Il y a là un défaut de composition et une violation d'un droit fondamental. Dès lors, il y a lieu de s'opposer à une extension de la saisine de la Commission de dangerosité tant qu'elle ne présentera pas à tout le moins un meilleur équilibre dans sa composition, respectivement un fonctionnement conforme au droit d'être entendu.

S'agissant de la saisine l'art. 62c AP-CP, l'avant-projet prévoit que la mesure est levée à la demande de l'autorité d'exécution.

Conclusion : la Commission est d'avis que la loi devrait mentionner également que le condamné peut demander la levée.

G. De l'extension des mesures d'accompagnements

1. Généralités

Actuellement, le prononcé de règles de conduite, voir d'une assistance de probation est intimement lié à l'existence d'un délai d'épreuve ou à l'exécution d'une mesure :

- en matière de sursis (art. 44 al. 2 CP)

- en matière de libération conditionnelle d'une mesure thérapeutique institutionnelle (art. 62 al. 3 CP) ;
- en matière d'exécution d'un traitement ambulatoire (art. 63 al. 2 CP)
- en matière de levée et de libération d'un internement (art. 64a al. 2 CP)
- en matière de libération conditionnelle d'une peine (art. 87 al. 2 CP)

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. En effet, 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 (Rapport, p. 16). Autrement dit, l'idée est de prévoir un contrôle judiciaire au-delà de la fin de la peine correspondant à la faute en l'absence de tout délai probatoire consécutif à une mise à l'épreuve.

Conclusion : de manière générale, la Commission est par principe opposée à la modification envisagée. L'extension du filet pénal au-delà de l'exécution de la peine procède d'une atteinte injustifiée aux droits fondamentaux. Il y a là un glissement vers une société de surveillance injustifiée au regard du dispositif légal en vigueur qui paraît suffisant. Au surplus, la sécurité du droit est excessivement atteinte.

2. *En cas de peine privative de liberté*

Afin que le juge réserve dans son jugement une assistance de probation et des règles de conduite, plusieurs conditions doivent être cumulativement remplies (Rapport, p. 38 et 39) :

- 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 gravité, 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.

Conclusion : la condition pose un problème sous l'angle de la proportionnalité. La disposition permet une extension de la surveillance judiciaire au-delà de l'exécution de la peine proportionnelle à la faute. Le condamné reste sous mains de justice, bien qu'il ait purgée sa peine, pour des motifs purement sécuritaires. La persistance d'une atteinte aux droits fondamentaux suppose que l'intérêt public soit particulièrement prépondérant, à défaut de quoi l'indétermination est excessive. Aussi, il y a lieu d'insérer que l'atteinte doit avoir été « grave ».

- 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.

Conclusion : la condition est équivoque sous l'angle du sursis partiel. Une peine privative de liberté jusqu'à trois ans peut être assortie d'un tel sursis (art. 43 CP). La formulation de la disposition rend incertaine l'application du droit pour une personne condamnée à une peine privative de liberté de trois ans mais dont l'exécution est partiellement suspendue pour une durée de 18 mois. Aussi, il y a lieu de prévoir que la peine d'au moins deux ans doit être prononcée sans sursis (art. 42 et 43 CP).

- 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. 86ss 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).

Conclusion : la condition n'appelle pas de remarque.

- 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.

Conclusion : la condition posée doit être modifiée pour satisfaire au principe de proportionnalité. Le risque doit être qualifié. Aussi, il faut « sérieusement » craindre un passage à l'acte. Par ailleurs, selon l'OFJ (Rapport, p. 39), le tribunal de première instance devra s'inspirer des instruments de diagnostic

CIM-10 ou DSM-5 pour apprécier la personnalité du condamné. L'expertise n'étant pas un préalable, on se demande comme les juges recourront à ces outils.

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.

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).

Conclusion : il y a lieu d'exiger une atteinte « grave », à l'instar de ce qui a été indiqué plus haut en lien avec l'art. 41a AP-CP.

L'art. 89a al. 6 AP-CP prévoit la possibilité de prolonger indéfiniment l'assistance de probation et les règles de conduite.

Conclusion : une telle faculté heurte excessivement le principe de proportionnalité dès lors que le lien de connexité avec l'infraction de base s'amenuise nécessairement à mesure que le temps passe. La prolongation devrait être de trois ans au maximum pour s'aligner sur le délai de réintégration en cas d'échec à la libération conditionnelle (art. 89 al. 4 CP).

Enfin, sur le plan du droit international se pose en particulier la question d'une violation du *principe ne bis in idem* par le système de mesures d'accompagnement tel que décrit.

L'OFJ ne fait pas expressément la démonstration du respect du principe mais se réfère aux considérations relatives à cette question sous l'angle des modifications proposées pour le DPMIn en arguant que l'existence d'une réserve dans le jugement de condamnation exclut toute violation (Rapport, p. 79).

L'art. 4 du Protocole no 7 à la CEDH prévoit que nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État (§1). Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'État concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu (§2). Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention (§3).

Dans l'arrêt *Sergueï Zolotoukhine* (*Sergueï Zolotoukhine c. Russie* [GC], no 14939/03, § 82), la CourEDH a conclu que l'article 4 du Protocole no 7 devait être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci avait pour origine des faits identiques ou des faits qui étaient en substance les mêmes. Cette approche factuelle a été expressément réitérée par la CourEDH dans des affaires postérieures (voir, par exemple, *Marguš*, précité, § 114, A et B c. Norvège, précité, § 108, et *Ramda c. France*, no 78477/11, § 81, 19 décembre 2017). Par ailleurs, la CourEDH a, dans l'affaire A et B c. Norvège (nos 24130/11 et 29758/11, §§ 126 et 130-134), a réitéré et élaboré le principe du « lien matériel et temporel suffisamment étroit » entre les procédures : lorsqu'un tel lien permet de considérer que les deux procédures s'inscrivent dans un mécanisme intégré de sanctions prévu par le droit national en cause, il n'y a pas répétition des poursuites mais une combinaison de procédures compatible avec l'article 4 du Protocole no 7.

Autrement formulée, la question est de savoir si l'on a affaire à une nouvelle procédure sur la base des mêmes faits lorsque le juge ordonne des mesures d'accompagnement au sens de l'art. 89a AP-CP ou s'il y a une combinaison de procédures intrinsèquement liées.

Tout d'abord, il paraît peu contestable que les mesures d'accompagnement constituent une forme de sanction de nature pénale (limitations de la liberté de mouvement par exemple fondées sur la condamnation de base, art. 94 al. 2 AP-CP) et que le jugement les ordonnance intervient ensuite d'un jugement de condamnation définitif contenant la réserve légale.

Pour la Commission, il y a un fort risque de violation dès lors que la deuxième procédure est totalement nouvelle. Les deux procédures ne seront vraisemblablement pas intrinsèquement liées, temporellement et matériellement, l'existence d'une réserve n'étant pas un suffisant. Sur le plan temporel, il y aura au minimum deux ans entre la condamnation et le prononcé des mesures d'accompagnement (cf. art. 41a al. let. b AP-CP), voire plus selon une durée plus longue de la peine ferme prononcée, ce qui exclut la conduite tolérée de procédures juxtaposées. Un tel écoulement a pour conséquence que le lien temporel sera excessif entre les faits et le prononcé des mesures. Sur le plan matériel, la procédure suivie n'est pas celle de la révision fondée sur des faits postérieurs à la condamnation, ce qui aurait constitué une exception justifiée (cf. *Kadusic c. Suisse*). Selon l'art. 89a AP-CP, le juge est lié par l'état de fait et la qualification juridique retenu par le tribunal de première instance. Il devra donc apprécier à nouveau le risque de passage à l'acte selon les éléments survenus entre la condamnation et sa saisine au-delà de l'exécution de la peine qui constitue la limite du droit pénal fondé sur la faute. Il limiterait alors les droits du condamné une nouvelle fois mais sur la base des mêmes faits et dans le même but que celui pour lequel la peine a été ordonné, soit la prévention de la récidive. On exclut ainsi la poursuite de deux buts complémentaires, comme c'est le cas lorsqu'un retrait de permis est prononcé en marge d'une peine. Enfin, la réserve ne confère pas au jugement de condamnation la valeur d'un prononcé sous condition suspensive en ce qui concerne les mesures d'accompagnements. Celles-ci n'y sont même pas indiquées. C'est pourquoi, il y a bel et bien un nouveau jugement après une décision définitive et non la révocation

de la suspension des effets du premier jugement. La réserve de dangerosité est ainsi un artifice insuffisant pour créer un lien matériel et temporel, comme l'exige le principe *ne bis in idem*.

Conclusion : le système des mesures d'accompagnement n'est pas compatible avec les engagements de la Suisse.

3. *En cas de mesure thérapeutique*

L'art. 62 al. 4 let. b et 5 AP-CP prévoit la possibilité de prolonger indéfiniment le délai d'épreuve des mesures thérapeutiques institutionnelles contre les addictions et relatives au jeune âge, à l'instar de ce qui est possible pour les mesures thérapeutiques institutionnelles pour les troubles mentaux.

Conclusion : une telle possibilité est en contradiction avec le fait que ces mesures ne peuvent être prononcées pour une durée illimitée (art. 60 al. 4 et 61 al. 4 CP), de sorte qu'il y a lieu de renoncer à cette modification.

L'art. 62f AP-CP prévoit l'assistance de probation et les règles de conduite au terme de l'exécution d'une mesure thérapeutique institutionnelle.

Conclusion : les remarques relatives à l'art. 41 AP-CP valent *mutatis mutandis*.

II. **De la modification du DMin**

L'avant-projet 2 est adossé à la motion 16.3142 Caroni.

En résumé, selon l'OFJ (Rapport, p. 61 et 62), il existerait 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. 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.

Conclusion : Comme le relève d'ailleurs l'OFJ (Rapport, p. 55), 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 protection. 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. C'est dire le peu de cas que la modification viserait. En même temps, selon l'OFJ (*ibidem*), 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 infractions. Toutefois, le Rapport ne fait aucun lien entre l'existence de ce risque et les caractéristiques de l'AP-DPMin. Au contraire, il 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 serait éventuellement nécessaire de prendre une mesure de sécurité ultérieure (*ibidem*). A cet égard, l'OFJ ne livre aucune analyse de ces cas, laquelle démontrerait que le système proposé s'y appliquerait. En réalité, la motion à l'origine de l'avant-projet et cet avant-projet reposent visiblement sur un présupposé que des jeunes profiteraient délibérément d'un trou dans le filet pénal en résistant exprès à la prise en charge éducative ou thérapeutique afin d'être libérés (*ibidem*). Encore une fois, il n'y a aucune donnée fournie à l'appui de cette représentation. Aussi, le régime proposé repose vraisemblablement sur une idée reçue dont les conséquences ne se vérifient pas de manière empirique. C'est insuffisant au regard de la gravité du dispositif s'agissant des droits fondamentaux et du droit à un procès équitable. C'est pourquoi, la Commission est défavorable à l'avant-projet.

L'art. 15a^{bis} AP-DPMin prévoit la réserve de la poursuite du placement en établissement fermé. Dans le jugement de condamnation, l'autorité pénale de jugement des mineurs réserve la poursuite du placement en établissement fermé sous la forme d'une mesure prévue aux art. 59 à 61 ou 64, al. 1, CP une fois que la personne concernée aura atteint l'âge de 18 ans :

- a) si le placement en établissement fermé a été ordonné en raison d'une infraction au sens de l'art. 25, al. 2, par laquelle la personne concernée a porté ou voulu porter atteinte à la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui,

Conclusion : La Commission est d'avis que l'atteinte devrait être « grave » à raison du principe de proportionnalité.

- b) et si les circonstances dans lesquelles le mineur a commis l'infraction et sa personnalité au moment du jugement de condamnation laissent sérieusement craindre qu'il ne commette à nouveau une infraction au sens de la let. a.

Conclusion : compte tenu de la population visée, soit des mineurs, la Commission est d'avis qu'un tel pronostic est dépourvu de valeur probante sur le plan scientifique, ce que relève le reste l'OFJ (Rapport, p. 65 et 70), de sorte qu'il s'agit d'une condition impraticable.

La mise en œuvre de la réserve est prévue à l'art. 19c AP-DPMin.

L'art. 25a^{bis} AP-DPMin prévoit le même système de réserve en cas de prononcé d'une peine privative de liberté seulement. Dans le jugement de condamnation, l'autorité pénale de jugement des mineurs réserve le prononcé d'une mesure prévue aux art. 59 à 61 ou 64, al. 1, CP une fois que la personne concernée aura atteint l'âge de 18 ans ;

- a) si elle a commis une infraction au sens de l'art. 25, al. 2, par laquelle elle a porté atteinte ou voulu porter atteinte à la vie ou l'intégrité corporelle d'autrui ;

Conclusion : La Commission est d'avis que l'atteinte devrait être « grave » à raison du principe de proportionnalité.

- b) si elle a été condamnée à une privation de liberté d'au moins trois ans pour une de ces infractions ;
- c) si aucun placement n'a été ordonné au sens de l'art. 15 al. 2 DPMin et
- d) si les circonstances dans lesquelles elle a commis l'infraction et sa personnalité au moment du jugement de condamnation laissent sérieusement craindre qu'elle ne commette à nouveau une infraction au sens de la let. a.

Conclusion : Comme cela a été relevé plus haut, la Commission doute de la faisabilité de l'appréciation en l'absence d'une expertise.

La mise en œuvre de la réserve est prévue à l'art. 27a AP-DPMin.

Sur le plan international, le système proposé présente le même défaut sous l'angle du principe *ne bis in idem*. C'est d'autant plus le cas que l'avant-projet prévoit le prononcé ultérieur de l'internement sans prévoir les conditions posées à une révision (cf. art. 65 al. 2 CP) et que l'internement constitue une véritable sanction supplémentaire (Rapport, p. 66). Au surplus, le raisonnement énoncé ci-dessous en lien avec la jurisprudence de la CourEDH vaut *mutatis mutandis*.

Conclusion : La Commission considère que le système de réserve est contraire au droit international.

* * *

Telles sont les réponses de l'Ordre des avocats vaudois dans le cadre de la consultation à laquelle vous l'avez associé.

Il m'importe d'insister sur le fait que le Conseil de l'Ordre, ainsi que la Commission de droit pénal et de procédure pénale qui a examiné le projet, se tiennent à votre entière disposition pour poursuivre ces réflexions.

Vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, je vous prie de croire, Madame la Cheffe de service, à l'assurance de ma parfaite considération.

Pour le Conseil de l'Ordre :

Nicolas Gillard

Copie : Office fédéral de la justice (OFJ)