

15 juillet 2004

Rapport
relatif à la modification du Code pénal suisse dans sa
teneur du 13.12.2002,
présenté par le groupe de travail « internement »

concernant

la mise en oeuvre de l'article 123a Cst. sur l'internement à
vie pour les délinquants jugés très dangereux
ainsi que
quelques correctifs apportés au nouveau droit régissant
les mesures

Table des matières

Condensé

1. Le point de la situation
 - 1.1 Initiative populaire «Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables»
 - 1.2 L'internement d'après la révision du code pénal du 13 décembre 2002
 - 1.3 La liste des infractions pouvant donner lieu à l'internement selon l'art. 64 n-CP et les critiques dont elle fait l'objet
 - 1.4 Le groupe de travail internement et son mandat
2. Les problèmes à résoudre et les solutions législatives proposées par le groupe de travail
 - 2.1 Mise en œuvre de l'art. 123a Cst (internement à vie)
 - 2.1.1 Nécessité d'établir une législation d'exécution
 - 2.1.2 Portée de l'article 5 CEDH
 - 2.1.3 Les dispositions sur l'internement à vie comme compléments de la révision du code pénal du 13 décembre 2002
 - 2.1.4 Les conditions du prononcé de l'internement à vie (art. 64, al. 1ter)
 - 2.1.4.1 Introduction
 - 2.1.4.2 Délinquants sexuels et violents (art. 64, al. 1ter)
 - 2.1.4.3 Extrêmement dangereux (art. 64, al. 1ter, let. a)
 - 2.1.4.4 Non amendable (art. 64, al. 1ter, let. b)
 - 2.1.5 L'examen de l'internement à vie (art. 64c)
 - 2.1.5.1 Introduction
 - 2.1.5.2 Examen par une Commission fédérale spécialisée
 - 2.1.5.3 Nouvelles connaissances scientifiques portant sur l'amendabilité
 - 2.1.6 Examen pendant l'exécution de la peine qui précède l'internement (art. 64c al. 6)
 - 2.1.7 Expertise par deux experts indépendants (art. 56, al. 4 bis et 64c al. 5)
 - 2.1.8 L'exclusion de congés et autres allègements dans l'exécution (art. 90, al. 4ter)
 - 2.1.9 Prononcé ultérieur de l'internement à vie (art. 65, al. 2)

- 2.1.10 L'internement à vie et la grâce (art. 64c, al. 4)
- 2.1.11 L'internement à vie et la révision (art. 385, al. 2)
- 2.1.12 La responsabilité pour des actes de récidive commis par des internés à vie (art. 380bis)
- 2.2 Autres propositions de modification de la partie générale révisée du CP
 - 2.2.1 Infractions donnant lieu à l'internement selon l'art. 64, al. 1 n-CP
 - 2.2.2 Incidences sur d'autres dispositions des modifications de l'art. 64, al. 1 n-CP
 - 2.2.3 Libération conditionnelle durant l'exécution de la peine qui précède l'internement ordinaire (art. 64a, al. 6)
 - 2.2.4 Exécution de l'internement ordinaire (art. 64, al. 4 et 90, al. 4bis)
 - 2.2.5 Expertise réalisée par un expert indépendant (art. 56, al. 4)
 - 2.2.6 Internement ordinaire prononcé après l'exécution de la peine (art. 65, al. 2)
 - 2.2.7 Le traitement thérapeutique de délinquants ne souffrant pas de troubles mentaux (art. 59 al. 1, et 63 al. 1)
 - 2.2.8 Exécution du traitement institutionnel dans des établissements pénitentiaires (art. 59, al. 3 n-CP)
 - 2.2.9 Les tâches des commissions cantonales spécialisées (art. 75a)
- 3. Remarque finale
- 4. Emplacement des commentaires relatifs aux diverses dispositions du projet

Condensé

Le 8 février 2004, le peuple et les cantons ont accepté «l'initiative sur l'internement» et, partant, le nouvel article 123a de la Constitution fédérale (Cst.). Selon celui-ci, les délinquants sexuels ou violents qualifiés d'extrêmement dangereux et non amendables doivent être internés à vie, tout congé étant exclu. Leur mise en liberté ne peut être examinée que si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'établir que les délinquants en question peuvent être amendés et ne représentent dès lors plus de danger pour la collectivité. Les expertises concernant de tels délinquants doivent toujours être établies par deux experts indépendants. L'autorité qui a prononcé la levée de l'internement à vie est responsable en cas de récidive de personnes ayant bénéficié de cette mesure.

Sur nombre de points, l'art. 123a Cst. est sujet à interprétation. Aussi le chef du Département fédéral de justice et police a-t-il institué, au printemps 2004 un groupe de travail en le chargeant de préparer un avant-projet de dispositions d'exécution de la nouvelle norme constitutionnelle.

Dans l'avant-projet qui est joint au présent rapport, le groupe de travail propose des dispositions qui sont destinées à compléter la nouvelle partie générale du code pénal adoptée par les conseils législatifs en décembre 2002. Le coeur de cet avant-projet est constitué par une réglementation – considérée comme conforme à la Convention européenne des droits de l'homme par la majorité du groupe de travail – des conditions et de la procédure concernant l'examen de la question de savoir si le maintien de l'internement à vie continue de se justifier dans le cas d'espèce.

L'avant-projet contient également des propositions de modification de quelques dispositions de la nouvelle partie générale du code pénal adoptée par le Parlement, propositions qui n'ont pas de rapport direct avec l'initiative sur l'internement. Au nombre de ces propositions figurent notamment une liste remaniée des infractions qui, selon le nouvel art. 64 de la partie générale révisée du code pénal, peuvent donner lieu à un internement «ordinaire». Cette liste ayant fait l'objet de critiques de plus en plus vives (on lui reprochait d'être trop restreinte et de recéler le risque de ne plus permettre l'internement de certains délinquants dangereux qui pourraient être frappés d'une telle mesure sous l'empire du droit actuel), le groupe de travail avait également reçu pour mandat d'examiner cette question.

1. Le point de la situation

1.1 Initiative populaire « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables »

Le 8 février 2004, le peuple et les cantons ont accepté, à une nette majorité¹ l'initiative populaire « Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables » du 3 mai 2000² et, partant, un nouvel article 123a de la Constitution fédérale (Cst. ; RS 101). La nouvelle disposition qui est entrée en vigueur avec effet immédiat³, a la teneur suivante:

1 Si un délinquant sexuel ou violent est qualifié d'extrêmement dangereux et non amendable dans les expertises nécessaires au jugement, il est interné à vie en raison du risque élevé de récidive. Toute mise en liberté anticipée et tout congé sont exclus.

2 De nouvelles expertises ne sont effectuées que si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'établir que le délinquant peut être amendé et qu'il ne représente dès lors plus de danger pour la collectivité. L'autorité qui prononce la levée de l'internement au vu de ces expertises est responsable en cas de récidive.

3 Toute expertise concernant le délinquant est établie par au moins deux experts indépendants qui prennent en considération tous les éléments pertinents.

Le Conseil fédéral et le Parlement avaient combattu l'initiative et recommandé son rejet, arguant pour l'essentiel de ce que les modifications de la partie générale du code pénal (CP; RS 311.0) adoptées par le Parlement le 13 décembre 2002 étaient

¹ Participation: 46%; oui: 56.2%; non: 43.8%; cantons ayant accepté l'initiative : 19 5/2; cantons ayant refusé l'initiative : 1 1/2 (FF 2004 2045)

² Cf. AF du 20 juin 2003 déclarant l'initiative populaire valable et recommandant son rejet (FF 2003 3979)

³ Cf. art. 195 Cst.

de nature à assurer une protection plus étendue et plus efficace de la collectivité contre les délinquants dangereux que la réglementation préconisée dans l'initiative⁴.

1.2 L'internement d'après la révision du code pénal du 13 décembre 2002

La nouvelle partie générale du code pénal adoptée le 13 décembre 2002⁵ (n-CP) règle les conditions auxquelles les délinquants dangereux peuvent être internés (art. 64) ainsi que l'examen d'une éventuelle libération conditionnelle de l'internement et la procédure à suivre en l'occurrence (art. 64a et 64b). Ces dispositions remplaceront les art. 42 et 43 du CP en vigueur. L'art. 64 n-CP est libellé comme il suit:

1 Le juge ordonne l'internement si l'auteur a commis un assassinat, un meurtre, une lésion corporelle grave, un viol, un brigandage, une prise d'otage, un incendie ou une autre infraction passible d'une peine privative de liberté maximale de dix ans au moins, par laquelle il a causé ou a voulu causer à autrui un dommage grave et si:

a. en raison des caractéristiques de la personnalité de l'auteur, des circonstances dans lesquelles il a commis l'infraction et de son vécu, il est sérieusement à craindre qu'il ne commette d'autres infractions du même genre, ou

b. en raison d'un grave trouble mental chronique ou récurrent en relation avec l'infraction, il est sérieusement à craindre que l'auteur ne commette d'autres infractions du même genre et que la mesure prévue à l'art. 59 semble vouée à l'échec.

2 L'exécution d'une peine privative de liberté précède l'internement.

3 Au moment où l'auteur sera vraisemblablement libéré de l'exécution de sa peine et où il pourra commencer à exécuter l'internement, l'autorité compétente examine les conditions d'un traitement thérapeutique au sens de l'art. 59. Après le début de l'internement, cet examen est répété tous les deux ans.

4 L'internement a lieu dans un établissement d'exécution des mesures ou dans un établissement prévu à l'art. 76, al. 2. La sécurité publique doit être garantie. L'auteur est soumis, si besoin est, à une prise en charge psychiatrique.

⁴ Cf. message du Conseil fédéral (FF 2001 3265); Conseil national: BO CN 2003, 277, 296 et 1244; Conseil des Etats: BO CE 2003, 579 et 716

Cette disposition prévoit, d'une part, l'internement d'auteurs d'infractions dangereux souffrant d'un grave trouble mental, lorsqu'il n'y a aucune chance que leur dangerosité puisse être éliminée grâce à un traitement thérapeutique institutionnel au sens de l'art. 59 n-CP (art. 64, al. 1, let. b). D'autre part, elle introduit une judicieuse innovation par rapport au droit en vigueur, en permettant également l'internement de *délinquants primaires* dangereux qui ne présentent pas de trouble au sens de la psychiatrie mais dont il est sérieusement à craindre, en raison des caractéristiques de leur personnalité, des circonstances dans lesquelles ils ont commis l'infraction et de leur vécu, qu'ils ne commettent d'autres infractions graves du même genre si on les laissait en liberté.

Deux conditions doivent être réunies pour qu'un délinquant puisse être considéré comme dangereux : d'abord, il faut qu'il ait commis une grave infraction (c'est-à-dire un crime) passible d'une peine privative de liberté maximale de dix ans au moins, par laquelle il a causé ou, du moins, a tenté de causer à autrui un dommage grave. Ensuite, il faut qu'il soit sérieusement à craindre qu'en liberté l'auteur ne commette de nouvelles infractions de la même gravité. Tant que subsiste cette crainte, l'internement est maintenu (cf. art. 64a, al. 1 n-CP). L'internement est donc prononcé pour une durée illimitée et il dure éventuellement jusqu'au décès de la personne condamnée. Toutefois, en conformité avec la Constitution fédérale et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH; RS 0.101), il y a lieu de réexaminer à intervalles réguliers si le risque de récidive justifiant l'internement subsiste (cf. art. 64b n-CP).

Autre innovation importante introduite par la révision de la partie générale du CP: dorénavant, la personne condamnée à une peine privative de liberté et à l'internement devra d'abord purger cette peine, son exécution ne pouvant plus être ajournée. Durant l'exécution de la peine, l'autorité ne se livre à aucun examen du bien-fondé de la privation de liberté.

⁵ FF 2002 7658

1.3 La liste des infractions pouvant donner lieu à l'internement selon l'art. 64 n-CP et les critiques dont elle fait l'objet

Après l'adoption (le 13 décembre 2002) de la partie générale révisée du code pénal, des voix se sont élevées, notamment dans les milieux des professionnels de la poursuite pénale et de l'exécution des peines et des mesures, pour critiquer la liste des infractions pouvant donner lieu à l'internement selon l'art. 64, al. 1 n-CP, considérant que celle-ci était trop restreinte (cf supra, ch. 1.2). Au yeux de ces professionnels, cette liste recèlerait le risque de ne plus permettre l'internement de personnes qui pourraient être frappées d'une telle mesure sous l'empire du droit actuel (art. 42 ou 43 CP). En outre, estiment-ils, les dispositions transitoires de la nouvelle partie générale obligerait à remettre en liberté certains auteurs qui sont actuellement internés. Ces éléments ont incité la Conférence des autorités de poursuite pénale de Suisse (CAPS) à adopter, lors de l'assemblée des délégués du 30 octobre 2003, une résolution à l'intention des autorités fédérales. Elle y demande que 10 infractions soient ajoutées – du moins pour les délinquants récidivistes - à la liste de celles pouvant donner lieu à l'internement selon l'art. 64 n-CP, cela avant que cette disposition entre en vigueur (cf. également ch. 2.2.1, infra).

1.4 Le groupe de travail internement et son mandat

Le soir du scrutin, le chef du DFJP a déclaré que l'acceptation par le souverain de l'initiative sur l'internement imposait au Conseil fédéral et au Parlement de se mettre sans délai à l'ouvrage afin d'adopter les mesures nécessaires à la mise en œuvre de cette initiative. Il a annoncé son intention d'engager rapidement des travaux visant à compléter le code pénal révisé par des dispositions en harmonie avec l'initiative sur l'internement.

Le 2 avril 2004, le chef du DFJP a institué un groupe de travail composé des personnes suivantes:

- Heinrich Koller, directeur de l'Office fédéral de la justice, *présidence*
- Felix Bänziger, dr. en droit, procureur général suppléant du canton de Berne
- Anita Chabaan, représentante du comité d'initiative

- Joe Keel, lic. en droit, chef du service de l'exécution des peines et des mesures près le Département de justice et police du canton de St-Gall
- Hans Mathys, dr. en droit, président de la Cour d'assise du canton de Zurich
- Laurent Moreillon, dr. en droit, avocat et professeur à l'Université de Lausanne
- René Raggenbass, dr. en médecine, psychiatre et psychothérapeute, représentant du comité directeur de la « Foederatio Medicorum Psychiatricorum et Psychotherapeuticorum (FMPP), Martigny
- Adrian Scheidegger, lic. en droit, Office fédéral de la justice
- Heinz Sutter, avocat et notaire, Office fédéral de la justice
- Frank Urbaniok, dr. en médecine, chef du service de psychologie et de psychiatrie près l'autorité d'exécution des décisions de justice du canton de Zurich
- Doris Vetsch, représentante du comité d'initiative

Le secrétariat du groupe de travail était assuré par Mme Roberta Tschigg, avocate et dr. en droit et Mme Shishu von Barnekow Meyer, avocate, toutes deux de l'Office fédéral de la justice.

Le groupe de travail s'est vu confier le mandat d'élaborer les dispositions législatives propres à concrétiser le nouvel art. 123a Cst. et de présenter d'ici à l'été 2004 un avant-projet de modifications du code pénal accompagné d'un rapport explicatif. Cet avant-projet devait, selon le mandat, respecter, pour l'essentiel, la teneur de la nouvelle norme constitutionnelle tout en étant compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme.

Le groupe de travail a en outre été chargé d'examiner les critiques et les revendications touchant la liste des infractions pouvant donner lieu à l'internement (nouvel art. 64, al. 1 CP) et, selon le résultat de son analyse, de proposer les modifications nécessaires. Le chef du DFJP a considéré que cet examen se justifiait puisque ces critiques étaient motivées par le souci d'assurer une protection suffisante de la collectivité contre les délinquants dangereux.

En marge des travaux de ce groupe, l'Office fédéral de la justice analysera d'autres critiques dont a fait l'objet la partie générale révisée du code pénal et soumettra, le

moment venu, au chef du DFJP, des propositions sur la suite à donner à ces critiques.

2. Les problèmes à résoudre et les solutions législatives proposées par le groupe de travail

2.1 Mise en oeuvre de l'art. 123a Cst (internement à vie)

2.1.1 Nécessité d'établir une législation d'exécution

Durant la campagne qui a précédé la votation sur l'initiative, le Conseil fédéral a laissé entrevoir qu'au cas où le nouvel article constitutionnel serait accepté, il serait probablement indispensable de concrétiser celui-ci au niveau législatif. D'aucuns ont cependant plaidé pour qu'on laisse à la doctrine et à la jurisprudence, et à elles seules, le soin d'interpréter la nouvelle norme constitutionnelle⁶. Le groupe de travail estime, pour sa part, que cette dernière solution doit être écartée puisque le libellé par trop imprécis de l'art. 123a Cst. laisserait en suspens un trop grand nombre de questions si l'on renonçait à élaborer une législation d'exécution. Les professionnels de l'exécution des peines et des mesures, en particulier, attendent des réponses précises à la question primordiale suivante: quelle interprétation donner à l'alinéa 2 de la nouvelle disposition constitutionnelle et, plus précisément, à quelles conditions le réexamen du bien-fondé d'une mesure d'internement à vie peut-il et doit-il avoir lieu ? Après la campagne très disputée qui a précédé la votation, les auteurs de l'initiative ont, eux aussi, émis le souhait que l'on élucide diverses questions d'interprétation controversées auxquelles donne lieu la nouvelle norme constitutionnelle.

2.1.2 Portée de l'article 5 CEDH

L'article 5 CEDH garantit à toute personne le droit à la liberté et à la sûreté. Le bien protégé est la liberté de mouvement au sens de la liberté de ne pas être arrêté ou détenu. L'internement à vie constitue une privation de liberté au sens de l'article 5,

⁶ Par exemple, le professeur Yvo Hangartner dans le St. Galler Tagblatt du 13 février 2004

para. 1 CEDH. L'internement, tel que prévu à l'article 123a Cst. relève principalement des motifs de détention mentionnés à l'article 5, alinéa 1, let. a et e. L'article 5, par. 1, let. a couvre non seulement la détention pénale, mais également d'autres formes de privation de liberté, qui au vu d'un état de fait à caractère pénal ou disciplinaire, sont ordonnées par un tribunal à des fins d'assistance ou de sécurité.⁷ Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour), l'internement pour des raisons de sécurité ordonné par un tribunal tombe, quant à lui, dans le champ d'application de la lettre a, le cas échéant également dans celui de la lettre e.⁸ Ce n'est qu'exceptionnellement que l'article 5, par. 1, let. e CEDH est applicable à titre exclusif, à savoir lorsque l'auteur sujet de la mesure d'internement ne possède absolument pas la faculté d'apprécier le caractère illicite de son acte ou de se déterminer d'après cette appréciation, excluant ainsi toute responsabilité pénale.

L'article 5 CEDH n'offre aucune base juridique à la privation de liberté à titre préventif afin de prévenir d'éventuels dangers. Cela vaut particulièrement pour l'internement prononcé ultérieurement dans le cadre d'une procédure séparée, alors que la peine privative de liberté découlant du jugement pénal a déjà été purgée. Cette mesure ne trouve pas de fondement dans l'article 5, par. 1, let. a CEDH. En effet, les motifs de détention n'apparaissant qu'ultérieurement, le lien de causalité avec le jugement d'origine est alors rompu.⁹ Une détention préventive sur la base de l'article 5, par. 1, lit. c. CEDH n'est autorisée que dans des limites étroites, à savoir lorsque des éléments concrets permettent de conclure qu'un acte criminel (pénalement répréhensible) sera commis. Il s'agit, toutefois, d'un motif qui permet une détention provisoire, mais non un internement prononcé ultérieurement pour des raisons de sécurité.¹⁰

L'article 5, par. 4 CEDH garantit à toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention « le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est

⁷ Guzzardi contre Italie, Série A n° 39, par. 100; Joachim Renzikowski, in : Heribert Golsong et. Al. (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln/ Berlin/ München, 7. Ergänzungslieferung – Juin 2004, ad Art. 5, N 132; Stefan Trechsel, Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Berne 1974, p. 200.

⁸ Voir l'arrêt de principe X. contre Royaume-Uni, Série A n° 46, par. 52.

⁹ Guzzardi contre Italie, Série A n° 39, para. 100, Joachim Renzikowski (Fn. 7), N° 132.

illégale ». Il incombe aux autorités étatiques d'apporter la preuve que les conditions d'une privation de liberté sont remplies.¹¹ Ce droit à voir la légalité de la détention examinée par un tribunal est formulé de façon large. Il vaut principalement pour toutes les formes de détention prévues à l'article 5, par. 1 CEDH et prend fin seulement après la mise en liberté définitive. Si la détention trouve son fondement dans un jugement, un contrôle supplémentaire de la légalité de la détention n'est en principe pas nécessaire puisque les garanties requises par le paragraphe 4 sont déjà remplies par la décision judiciaire.¹² Cela vaut également pour les personnes condamnées de manière inconditionnelle à des peines privatives de liberté à vie.¹³ Toutefois, lorsque la privation de liberté dépend de la personnalité de l'auteur, il existe un droit à ce que la légalité de l'internement soit examinée par un tribunal à des intervalles raisonnables.¹⁴ Il s'agit alors de déterminer si la sécurité de la collectivité l'emporte sur le droit à la liberté de la personne détenue.¹⁵ Parmi les éléments personnels, on peut citer la maladie mentale¹⁶, l'instabilité mentale¹⁷ ou de manière très générale les troubles mentaux¹⁸. La Cour part du principe que la personnalité peut évoluer au fil du temps. Bien que la probabilité d'une évolution positive puisse paraître faible, l'éventualité persiste que, pour chaque cas particulier, les motifs qui ont justifié la privation de liberté s'avèrent ultérieurement caducs,¹⁹ de sorte que le maintien de la privation de liberté sera alors considéré comme contraire à la Convention. C'est donc parce que les raisons qui, à l'origine, ont rendu le placement ou l'internement initial nécessaire peuvent disparaître par la suite que le

¹⁰ Eriksen contre Norvège, Rec. 1997-III n° 37, par. 86.

¹¹ Hutchison Reid contre Royaume-Uni, 20.02.2003, Requête 50272/99, para. 70 ss

¹² De Wilde et autres contre Belgique, Série A n° 12, par. 79.

¹³ DR 24, 227; des questions peuvent néanmoins se poser sous l'angle de l'article 3 CEDH (cf. par ex. Einhorn contre France, Rec. 2001 XI, par. 27).

¹⁴ Voir l'arrêt de principe X. contre Royaume-Uni, Série A n° 46, par. 52: « En vertu de l'article 5 par. 4, un aliéné détenu dans un établissement psychiatrique pour une durée illimitée ou prolongée a donc en principe le droit, au moins en l'absence de contrôle judiciaire périodique et automatique, d'introduire à des intervalles raisonnables un recours devant un tribunal pour contester la « légalité » (...) de son internement, que ce dernier ait été prescrit par une juridiction civile ou pénale ou par une autre autorité. » Voir aussi Winterwerp contre Pays-Bas, Série A n° 33, par. 55, Van Droogenbroeck contre Belgique, Série A n° 50, par. 48 ainsi que le résumé de la pratique de la Cour dans Pérez contre France, Série A n° 325-C, par. 30.

¹⁵ Pour une illustration de cette pesée des intérêts – toutefois uniquement dans le cadre de l'art. 2 al. 2 LTtox – voir BVerfG, 2 BvR 2029/01 du 5 février 2004, Rz. 104 ss.

¹⁶ X. contre Royaume-Uni, Série A n° 46, par. 52.

¹⁷ Oldham contre Royaume-Uni, Rec. 2000 V, par. 34.

¹⁸ Thynne, Wilson et Gunnell contre Royaume-Uni, Série A n° 190-A, par. 76.

¹⁹ Voir, p. ex., Thynne, Wilson et Gunnell contre Royaume-Uni, Série A n° 190-A, par. 76 ; Oldham contre Royaume-Uni, Rec. 2000 V, par. 34.

droit à un examen régulier de la détention persiste.²⁰ C'est pour ce motif qu'une minorité du Groupe de travail est d'avis que l'article 123a Cst. est *per se* contraire à la CEDH.

Un contrôle de la décision initiale de privation de liberté de même que d'éventuels réexamens de celle-ci ne doivent bien évidemment pas être entrepris immédiatement après la décision initiale mais après l'écoulement d'un laps de temps raisonnable. Il y va de l'économie de la procédure. Il ne doit être procédé à un examen de la légalité de la détention que lorsqu'il apparaît que la personnalité de l'auteur s'est modifiée à un point tel, ou du moins qu'elle pourrait l'être, que le maintien en détention ne se justifie plus. La Cour a eu l'occasion de concrétiser sa pratique relative à un « intervalle raisonnable » dans différentes affaires ; un délai supérieur à une année a été jugé contraire aux exigences prévues par l'article 5 par. 4 CEDH.²¹ D'après la jurisprudence de la Cour, est conforme à la Convention le fait que la légalité de la mesure d'internement pour une durée illimitée ou prolongée ne puisse être contestée que sur recours.²² Est également conforme à la Convention le « système mixte » qui prévoit une combinaison entre des contrôles périodiques d'office et des examens sur requête de la légalité de la détention.²³

2.1.3 Les dispositions sur l'internement à vie comme compléments de la révision du code pénal du 13 décembre 2002

Compte tenu du fait que les modifications décidées le 13 décembre 2002 entreront vraisemblablement en vigueur le 1^{er} janvier 2006, les réglementations sur l'internement à vie devront être conçues comme des compléments de ces dispositions révisées et y être insérées de manière aussi harmonieuse que possible.

²⁰ A titre d'illustration voir DAVID HARRIS / MICHAEL O'BOYLE / CHRIS WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, London 1995.

²¹ Voir le résumé de la pratique de la Cour dans *Oldham contre Royaume-Uni*, Rec. 2000 V, para. 32 (avec les renvois à d'autres arrêts) : « Dans des affaires antérieures, les organes de la Convention ont admis des intervalles de moins d'un an entre les contrôles et rejeté des intervalles supérieurs à un an. »

²² Voir *Megyeri contre Allemagne*, Série A n° 237-A, para. 22 lit. A.

²³ Un tel système est également prévu à l'art. 64b, al. 1 nCP qui prévoit que l'autorité compétente examine, d'office ou sur demande, si l'auteur peut être libéré conditionnellement et si tel est le cas, quand il peut l'être.

D'un point de vue formel, le groupe de travail a d'abord brièvement débattu de la question de savoir si le prononcé, l'exécution et l'examen de l'internement à vie devaient être réglés dans un chapitre séparé ou s'ils devaient faire l'objet de modifications et de compléments des articles révisés sur les autres mesures pénales, et particulièrement de l'internement en vertu de l'article 64 nCP. Il a opté pour la seconde solution.

2.1.4 Les conditions du prononcé de l'internement à vie (art. 64, al. 1ter)

2.1.4.1 Introduction

Selon l'alinéa 1^{er} de l'article 123a Cst., un *délinquant sexuel ou violent* doit être interné à vie lorsqu'il est qualifié *d'extrêmement dangereux et non amendable* dans les expertises nécessaires au jugement. Les conditions qui permettent d'ordonner l'internement à vie sont ainsi décrites au moyen de quatre notions juridiques plus ou moins indéterminées, ce qui ne permet pas de circonscrire précisément le cercle de délinquants visé. On connaît les vives discussions qu'a provoqué, lors de la campagne précédant les votations, la question de savoir ce qu'est un délinquant sexuel ou violent extrêmement dangereux et non amendable. L'interprétation de ces notions répond donc à une réelle nécessité.

Le groupe de travail a dès lors estimé judicieux de concrétiser ces notions dans la loi et de compléter à cet effet l'article 64 nCP par un *nouvel alinéa 1ter*.

2.1.4.2 Délinquants sexuels et violents (art. 64, al. 1ter)

Le groupe de travail a décidé de préciser la double notion de « délinquant sexuel et violent » par une liste d'infractions pouvant donner lieu à l'internement. L'internement à vie entre en ligne de compte pour des auteurs qui ont *commis un assassinat, un meurtre, une lésion corporelle grave, un viol, un brigandage, une prise d'otage, un incendie ou un autre crime par lequel il a porté ou voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui*. La liste des infractions est reprise de l'art. 64, al. 1 nCP mais cette énumération est complétée par une règle générale

qui s'inspire du libellé du champ d'application de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions.

2.1.4.3 Extrêmement dangereux (art. 64, al. 1 ter, let. a)

La notion d'extrêmement dangereux a donné lieu à des discussions nourries. La psychiatrie ne travaillant pas avec cette notion, elle n'est pas utilisée telle quelle dans le texte légal proposé. Le groupe de travail l'a concrétisée par une comparaison. Il a en effet défini les délinquants extrêmement dangereux comme des personnes dont il est hautement probable, en comparaison avec d'autres auteurs de telles infractions, qu'elles commettent un autre crime du même genre. De l'avis d'une minorité, qui se base sur le point de vue de larges milieux de la psychiatrie, l'initiative postule que l'internement à vie se fonde sur des expertises psychiatriques qui devraient établir une fois pour toutes, au moment du procès, la dangerosité à vie d'une personne ; or, scientifiquement, un tel diagnostic ne serait pas possible à poser et devrait même être considéré comme une faute professionnelle.

2.1.4.4 Non amendable (art. 64, al. 1ter, let. b)

La notion d'amendable ou de non amendable a également provoqué des discussions particulièrement vives avant la votation. Le groupe de travail s'est lui aussi penché un certain temps sur le problème. Finalement, la majorité a décidé de concrétiser la notion de « non-amendabilité » par la formulation selon laquelle « *en raison des caractéristiques particulières de sa personnalité, l'auteur peut être qualifié de durablement non amendable, dans la mesure où la thérapie semble, à longue échéance, pratiquement vouée à l'échec* ». La minorité, qui se fondait sur le point de vue de larges milieux de la psychiatrie, a exprimé la ferme opinion que l'on ne saurait faire dépendre l'accessibilité aux soins et la curabilité uniquement des caractéristiques de la personnalité. Cela est d'autant moins défendable qu'il n'existe pas de structures psychiques de la criminalité.

La formule « *durablement non amendable* » est censée mettre l'accent sur le fait que seuls sont déterminants les critères structurels, étroitement et durablement liés à la personnalité de l'auteur, et non les critères qui peuvent subir des changements (tels

que le manque de motivation de l'auteur, le fait de ne pas reconnaître rationnellement son acte, les symptômes qui pourraient être influencés au moyen de médicaments ou le fait que l'on ne dispose pas d'une institution adaptée pour ce genre de traitement). Un membre du groupe de travail a objecté que seules certaines pathologies psycho-organiques pouvaient entraîner une non-amendabilité durable et qu'il serait par conséquent préférable de parler de non-accessibilité aux soins.

L'expression « à longue échéance, pratiquement vouée à l'échec » est censée souligner le caractère durable de la non-amendabilité, qui pourrait également être qualifiée de chronique. La non-amendabilité à longue échéance représente en fait un rapport de probabilité qui oppose le risque extrêmement élevé que de nouvelles infractions très graves soient commises et la très faible probabilité que surviennent des modifications de nature à réduire les risques. On entend ainsi viser un cercle de personnes qui présente des risques très élevés pour la collectivité, de façon durable, et qui ne peuvent être réduits d'une manière suffisante. La minorité, qui se fonde sur l'avis de larges milieux de la psychiatrie, considère qu'il n'est pas possible scientifiquement, d'établir à l'avance et pour le long terme, la non-accessibilité aux soins et la non-amendabilité. Ces points devraient être régulièrement évalués et confirmés par des spécialistes.

La disposition proposée porte tant sur les auteurs qui souffrent de troubles mentaux que sur ceux qui n'en souffrent pas. Cela mérite d'être souligné, car lors de la campagne précédant la votation, l'interprétation de l'article 123a Cst. n'avait fait l'objet d'aucune contestation sur ce point. En effet, dans son message, le Conseil fédéral avait tiré des notions de non amendable (« untherapierbar ») et amendable (« heilbar ») utilisées dans le texte constitutionnel que seuls étaient visés les auteurs souffrant de troubles mentaux. Par la notion de « caractéristiques de la personnalité », l'article 64, alinéa **1^{er}**, **lettre b**, vise donc tant les délinquants souffrant de troubles mentaux que ceux qui n'en souffrent pas, bien que la même notion ne se réfère à l'article 64, alinéa **1^{bis}**, **lettre a** qu'aux délinquants ne souffrant pas de troubles mentaux.

Le fait que les dispositions sur l'internement à vie d'auteurs non amendables devraient également s'appliquer à des auteurs ne souffrant pas de troubles mentaux

pose un certain problème ; en effet, dans les dispositions sur les mesures de la partie générale révisée, l' « amendabilité » ne constitue pas un élément d'appréciation déterminant pour ce qui est des auteurs ne souffrant pas de troubles mentaux. Les traitements selon l'article 59 nCP ne sont prononcés par le tribunal qu'à l'encontre d'auteurs souffrant de troubles mentaux et susceptibles d'être soignés. Les auteurs qui ne sont pas dangereux et ne souffrent pas de troubles mentaux, sont internés selon l'article 64 nCP , indépendamment du fait que l'on puisse les soigner ou non; ils font tout au plus l'objet d'une prise en charge psychiatrique (al. 4), mais, d'après le texte légal, ils ne sont pas nécessairement traités dans le but de prévenir la commission de délits. Il apparaît cependant judicieux de toujours soumettre les délinquants dangereux à des traitements qui réduisent les risques qu'ils présentent pour la collectivité et qui ont certaines chances de succès, indépendamment du fait que ces personnes soient atteintes ou non d'une maladie psychique dûment diagnostiquée. Le groupe de travail propose dès lors une modification de l'article 59 nCP allant dans ce sens (cf. ch. 2.2.7 ci-après).

2.1.5 L'examen de l'internement à vie (art. 64c)

2.1.5.1 Introduction

L'élément central et le plus discuté lors de la campagne relative à la votation sur l'internement a sans conteste été le deuxième alinéa du nouvel article 123a Cst. sur la limitation de l'examen de l'internement à vie. Selon cette disposition, de nouvelles expertises ne peuvent être effectuées que si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'établir que le délinquant peut être amendé et qu'il ne représente dès lors plus de danger pour la collectivité. De la manière dont cette disposition sera concrétisée dépend sa capacité de résister ou non à un recours qui se fonderait sur l'article 5 alinéa 4 CEDH.

2.1.5.2 Examen par une Commission fédérale spécialisée

Le groupe de travail a élaboré un nouvel article 64c pour régler cette question²⁴. Il incombera à une commission fédérale spécialisée, instituée par le Conseil fédéral, d'examiner s'il existe de nouvelles connaissances scientifiques permettant d'établir que le délinquant peut être amendé au sens de l'article 123a Cst. Cette centralisation de l'examen vise essentiellement à assurer une pratique uniforme. La commission est chargée de procéder à cet examen par l'autorité d'exécution cantonale compétente, auprès de laquelle doivent être déposées les demandes des personnes concernées. L'autorité d'exécution décide, en se fondant sur le rapport de la commission spécialisée, si l'on doit proposer un traitement à l'auteur. L'auteur ne peut être contraint ni de subir un traitement, ni de se soumettre, par exemple, à une opération du cerveau ou de prendre un nouveau médicament. C'est seulement si l'auteur se soumet au traitement que l'on peut constater concrètement si sa dangerosité peut ainsi être réduite d'une manière décisive. Si le traitement produit effectivement ce résultat, le tribunal convertira l'internement à vie initialement prononcé en un internement ordinaire ou en un traitement institutionnel.

Après une longue discussion, le groupe de travail a estimé que l'existence de nouvelles connaissances scientifiques et leur application au cas concret ne pouvaient être dissociées et appréciées séparément. La commission fédérale spécialisée devrait avoir la compétence d'examiner les deux points, ce qui permettrait d'éviter d'éventuels recoupements avec l'expertise psychiatrique qui devrait s'ensuivre. La minorité, qui se fonde sur l'avis de larges milieux de la psychiatrie, estime qu'il n'est pas admissible d'un point de vue scientifique et éthique de ne procéder à une nouvelle appréciation psychiatrique d'une personne que lorsqu'on dispose de nouvelles connaissances scientifiques. Une telle attitude serait la négation-même de la théorie fondamentale mise en évidence sur le plan clinique selon laquelle l'être humain, en tant qu'entité biologique, peut toujours changer au fil du temps. Il pourrait donc être judicieux d'apprécier régulièrement ces modifications ou de les mettre en évidence.

²⁴ On précise au moyen d'adjonctions correspondantes aux articles 64a, al. 1 et 65, al. 1 nCP que ces articles ne sont pas applicables à l'examen de l'internement à vie.

Par ailleurs, le groupe de travail a opté pour une séparation claire des rôles entre les autorités d'exécution cantonales, qui dirigent la procédure, et la commission fédérale spécialisée, qui n'aurait qu'une fonction consultative. Cette commission s'exprime sur l'amendabilité de l'auteur dans le cas d'espèce. L'autorité d'exécution doit décider si le traitement sera proposé, autrement dit si une nouvelle méthode de traitement permet d'escompter avec une probabilité suffisante que la dangerosité de l'auteur disparaîtra.

Les décisions de l'autorité d'exécution doivent pouvoir être attaquées devant un tribunal ; celui-ci doit aussi pouvoir s'exprimer sur la dangerosité de l'auteur. Les appréciations de la commission fédérale spécialisée et les expertises psychiatriques ne sont quant à elles pas directement attaquables. Il y a lieu de prendre les précautions nécessaires pour permettre à un tribunal de se déterminer à bref délai sur la persistance de la légalité d'une privation de liberté (art. 5 al. 4 CEDH).

La nomination, la composition et la procédure de la commission fédérale spécialisée doivent être réglées dans une ordonnance. Le groupe de travail a cependant d'ores et déjà discuté d'une ébauche de concept, élaboré par les deux médecins qui en font partie ; il l'a approuvé dans son principe. Ce concept prévoit que la commission se composerait d'environ cinq à sept membres, nommés par le Conseil fédéral. Un point n'est pas encore clair : la commission doit-elle être composée exclusivement de scientifiques (et plus précisément de psychiatres forensiques, de spécialistes de l'évaluation thérapeutique et d'éthiciens) ou doit-on lui donner une assise politique plus vaste (en y intégrant des représentants de victimes, des juges, des procureurs, des avocats, etc.). Elle devrait se réunir environ deux fois par année, afin de juger des cas qui lui ont été transmis – sur requête de l'autorité d'exécution – suffisamment de temps avant la date de la séance, avec le dossier complet. Ceux des membres de la commission qui se seraient occupés auparavant, dans le cadre d'une fonction d'assistance et thérapeutique, directement de la personne internée à vie dont il s'agit d'apprécier le cas, auraient l'obligation de se récuser. La commission aura une fonction consultative; après avoir examiné le cas, elle émettra des recommandations à l'intention de l'autorité d'exécution compétente. Elle devra se prononcer sur la question de savoir si, contrairement à ce qui avait été constaté dans le jugement, des connaissances scientifiques nouvelles, fondées, convaincantes et documentées de

manière empirique, permettent d'escompter que l'essai de traitement que l'on entreprendrait dans un cas déterminé déboucherait sur une réduction notable du risque pour l'auteur en cause de commettre à nouveau de graves infractions. La commission devra entreprendre à cet effet d'autres investigations (enquêtes et expertises).

2.1.5.3 Nouvelles connaissances scientifiques portant sur l'amendabilité

La notion de « nouvelles connaissances scientifiques » a donné lieu à de vives discussions au sein du groupe de travail. Néanmoins les membres ont été unanimes à considérer que cette notion recouvrait toute forme de thérapie, qu'elle soit invasive ou non. Il a certes été relevé que l'on ne saurait dénier à un délinquant le droit de changer ; cependant, la simple supposition, qui ne serait pas étayée par des constatations empiriques convaincantes, qu'une personne pourrait être amenée à changer par le biais d'une nouvelle thérapie, ne suffirait pas à justifier un examen. La science n'offre toutefois jamais une certitude totale ; la forte probabilité que l'on puisse faire disparaître la dangerosité du délinquant devrait suffire, à tout le moins lorsqu'elle se fonde sur des études empiriques convaincantes.

Le groupe de travail était divisé sur la question de savoir si de nouvelles méthodes de thérapie pouvaient se dégager indépendamment de la personne en cause : Par nouvelles connaissances scientifiques, dans un sens objectif, certains membres entendaient de nouvelles méthodes thérapeutiques ; d'autres, en revanche, estimaient que cette notion devrait également recouvrir des changements de la personne de l'auteur²⁵, faute de quoi on pourrait d'emblée exclure la conformité avec la CEDH. Une minorité a également souligné avec vigueur que le fait de ne pas tenir compte des changements intervenus dans la personne de l'auteur reviendrait à nier des réalités scientifiques qui portent sur l'évolution de la psychologie humaine ; elle a en outre estimé que l'obstacle que constitue le fait d'exiger qu'il y ait de nouvelles connaissances scientifiques était de nature à violer les règles scientifiques et déontologiques en vigueur dans la profession.

²⁵ Cf. Également le message du Conseil fédéral, FF 2001 3265, 3283s.

2.1.6 Examen pendant l'exécution de la peine qui précède l'internement (art. 64c al. 6)

L'article 64, alinéa 2 nCP, qui prévoit l'exécution de la peine privative de liberté avant l'internement, s'appliquera également à l'internement à vie. Se pose dès lors la question de savoir si, lorsque les conditions en sont remplies, l'examen de l'internement à vie et les démarches consécutives à cet examen (cf. l'art. 64c proposé) peuvent déjà se faire au cours de l'exécution de la peine, ou bien s'il faut attendre le début de l'internement à vie.

Les motifs suivants plaident pour qu'un examen puisse déjà avoir lieu au moment de l'exécution de la peine : L'internement est en effet une mesure préventive qui doit être levée si la dangerosité de l'auteur disparaît. La procédure d'examen doit pouvoir intervenir aussitôt que les conditions en sont remplies, et pas seulement lorsque l'auteur a entièrement purgé sa peine. La peine sera de toute manière exécutée, même si l'examen de l'internement à vie a eu lieu, et ce au moins jusqu'au moment où le condamné pourrait commencer à bénéficier d'une libération conditionnelle. Le droit actuel va dans un sens analogue en prévoyant que l'internement remplace la peine ou précède l'exécution de celle-ci (cf. art. 42, ch.4 et 43, ch. 5 CP). De laisser le condamné purger l'entier de sa peine bien qu'il soit établi qu'il n'est plus dangereux ne serait pas non plus conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a érigé en règle la libération après l'exécution des deux tiers de la peine. Sous l'angle de la CEDH, il n'y a en principe pas de problème tant qu'il s'agit de l'exécution de la peine infligée en fonction de la faute commise. Après cette exécution, la privation de liberté doit en revanche être interrompue si le motif de l'incarcération, en l'occurrence la dangerosité particulière, n'existe plus au moment de commencer l'internement à vie.

C'est la raison pour laquelle le groupe de travail a décidé de rendre possible, au cours de l'exécution de la peine déjà, l'examen qui consiste à déterminer s'il existe de nouvelles connaissances scientifiques, qui sembleraient pouvoir permettre à un condamné précis de subir un traitement couronné de succès ; il en va de même pour un éventuel traitement à l'essai. La levée de l'internement à vie et son remplacement par l'internement ordinaire (art. 64, al. 1nCP) ou par le traitement thérapeutique

institutionnel (art. 59 nCP) ne peuvent cependant être ordonnés que lorsque le condamné a purgé les deux tiers de sa peine ou 15 ans en cas de peine privative de liberté à vie (art. 64c, al.6).

2.1.7 Expertise par deux experts indépendants (art. 56, al. 4 bis et 64c al. 5)

L'article 123a, al. 3 Cst. exige que toute expertise concernant le délinquant soit établie par au moins deux experts indépendants qui prennent en considération tous les éléments pertinents. Le groupe de travail a décidé de faire figurer cette disposition dans la loi, en ajoutant un nouvel alinéa 4bis à l'article 56 nCP ; il a cependant clairement voulu en restreindre l'application à l'internement à vie. On a renoncé à prévoir une réglementation par trop détaillée dans la loi afin de ne pas réduire la latitude du juge dans le choix des moyens de preuve. De plus, pour la grande majorité du groupe de travail, il était évident que les experts doivent prendre en considération tous les éléments pertinents, raison pour laquelle il ne sied pas de répéter expressément ce point de l'art.123a Cst. dans le texte légal.

Au sein du groupe de travail, alors qu'une minorité souhaitait concrétiser dans la loi les compétences qui devaient être exigées des experts, la majorité a estimé qu'une telle concrétisation réduirait par trop, et inutilement, les possibilités de choix et la marge de manœuvre du juge dans ce domaine. Il suffirait de définir les exigences sur ce point comme suit :

Les experts devraient faire preuve de compétences avérées en matière de psychiatrie forensique ; ils devraient également être expérimentés pour ce qui de l'émission de pronostics devant les tribunaux ainsi qu'en matière de traitement de délinquants sexuels et violents. En sus des aptitudes personnelles, il y a lieu de poser notamment les conditions suivantes :

Les spécialistes devraient faire preuve d'une expérience de plusieurs années dans le domaine de la thérapie intensive qui vise à prévenir la récidive tant des délinquants sexuels que des délinquants violents. Ils devraient avoir établi des pronostics ou des expertises à l'intention des autorités chargées de prendre des décisions en matière d'exécution. Ils devraient disposer de connaissances fondées en matière d'exécution

des peines et avoir régulièrement officié comme experts dans des cas complexes de criminalité sexuelle et violente pendant plusieurs années.

Ces spécialistes devraient avoir, dans 3 cas au moins, rendu des expertises pénales sur lesquelles se sont fondés les tribunaux pour ordonner un internement. La qualité des pronostics établis jusqu'alors et la position de ces experts au sein de leur profession devraient offrir la garantie de compétences professionnelles élevées et de leur capacité toute particulière à supporter des responsabilités.

2.1.8 L'exclusion de congés et autres allègements dans l'exécution (art. 90, al. 4ter)

L'article 123a, al. 1 Cst. exclut catégoriquement que les personnes internées à vie puissent bénéficier d'un congé. C'est pourquoi le groupe de travail propose, en tenant surtout compte du voeu des auteurs de l'initiative, de répéter cette interdiction dans le code pénal. Cette répétition permet aussi de préciser que cette interdiction n'est évidemment pas seulement applicable au moment de l'exécution de l'internement à vie, mais déjà pendant l'exécution de la peine qui le précède. La disposition n'a d'ailleurs de sens que si tous les allègements dans l'exécution sont exclus durant l'internement à vie.

2.1.9 Prononcé ultérieur de l'internement à vie (art. 65, al. 2)

Les représentantes du comité d'initiative figuraient au nombre des membres du groupe de travail qui ont proposé de prévoir la possibilité d'ordonner l'internement à vie après-coup à l'encontre de personnes qui auraient déjà été jugées, bien que cela ne soit pas exigé par l'article 123a Cst. Cette solution présenterait une certaine logique dans la mesure où, à l'inverse, et bien que dans un cadre restreint, on admet l'examen de l'internement à vie au sens du nouvel article 64c et son éventuelle conversion ultérieure en internement ordinaire ou en un traitement thérapeutique institutionnel.

Sur ce point, le groupe de travail ne s'est en principe pas opposé aux exigences des auteurs de l'initiative, d'autant plus que la question de l'internement ultérieur est

également discutée en relation avec l'internement ordinaire et a déjà fait l'objet de débats parlementaires dans le cadre de la révision de la partie générale du code pénal du 13 décembre 2002 (cf. ch. 2.2.6 ci-après) :

Le prononcé ultérieur de l'internement à vie à l'encontre de personnes qui ont déjà fait l'objet d'un jugement entré en force représente en fait une révision *en défaveur* de la personne concernée. Une telle révision est en principe admise à deux conditions : Premièrement, une base légale doit *expressément* permettre le prononcé ultérieur. Deuxièmement, de nouveaux faits ou moyens de preuve doivent établir que les conditions exigées pour le prononcé d'une sanction plus sévère (ce que représente en tout cas l'internement à vie) étaient déjà réunies au moment du premier jugement, sans que le tribunal en ait eu connaissance.

Par l'article 65, alinéa 2, le groupe de travail propose une disposition qui prévoit ces deux conditions pour l'internement prononcé après-coup. Cet alinéa permet au juge de remplacer une peine privative de liberté ou un internement ordinaire par un internement à vie, lorsqu'il s'avère par la suite que les conditions en sont remplies et qu'elles l'étaient déjà au moment du premier jugement. La même disposition permet aussi, de la même manière, de convertir une peine privative de liberté en un internement ordinaire (cf. égl't à ce sujet ch. 2.2.6 ci-dessous).

Un point a prêté à controverse au sein du groupe de travail : à quel auteur cette disposition doit-elle être applicable dès son entrée en vigueur (uniquement aux auteurs qui commettent des infractions après cette date ou aussi à ceux qui ont déjà commis une infraction auparavant ou qui ont été condamnés auparavant) ? Plus généralement, il y va ici de la question de savoir si l'on peut admettre l'application rétroactive de nouvelles normes pénales. Selon le principe général statué à l'article 2 CP, cette rétroactivité ne peut être admise que si la nouvelle disposition légale est plus favorable à l'auteur que la précédente. Or, abstraction faite d'une petite retouche d'ordre rédactionnel, l'article 2 CP a été repris sans modification dans la partie générale révisée du code pénal du 13 décembre 2002. Cette révision contient cependant au chiffre IV.2 la disposition transitoire suivante : *1 Les dispositions du nouveau droit relatives aux mesures (art. 56 à 65) et à leur exécution (art. 90) s'appliquent aussi aux auteurs d'actes commis ou jugés avant leur entrée en vigueur.*

Le placement des jeunes adultes en maison d'éducation au travail (art. 100bis ancien) et les mesures applicables aux jeunes adultes (art. 61) ne doivent cependant pas durer plus de quatre ans ». Le libellé de cette disposition permet donc – contrairement au principe général statué à l'article 2 nCP - l'application rétroactive de l'ensemble du nouveau droit régissant les mesures (y compris de l'internement). Si cette disposition transitoire demeure inchangée, elle s'appliquera également aux nouvelles dispositions proposées par le groupe de travail, puisqu'elles sont toutes intégrées dans les articles 56 à 65 et 90 nCP. Cela confère une nouvelle portée à cette disposition transitoire, eu égard notamment au nouvel article 65 *alinéa 2* proposé. La conformité au droit international devrait le cas échéant être assurée par une interprétation²⁶ qui garantisse celle-ci.

L'article 7 CEDH ainsi que l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2) contiennent des garanties (*ius cogens*) auxquelles aucune dérogation n'est possible, même en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation²⁷. Ces dispositions prévoient notamment qu'« il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ». La notion de « peine » doit être interprétée de façon autonome. Selon la Cour, il s'agit tout d'abord de considérer si la peine en question a été prononcée dans le cadre du jugement de l'acte délictueux. La notion d'« accusation en matière pénale », prévue à l'article 6, par. 1 CEDH, apporte des repères supplémentaires devant être pris en compte : la manière, le but et la gravité de la peine, sa qualification en droit interne de même que son exécution²⁸. A la lumière de ces critères, la Cour considère que la confiscation de valeurs patrimoniales découlant du trafic de stupéfiants constitue une peine au sens de l'article 7 CEDH²⁹ ; de même, au regard de cette disposition, elle a qualifié de « peine », une mesure qui, d'après l'avis du Gouvernement, ne visait qu'à garantir l'exécution d'une sanction infligée.³⁰ La notion de « peine » au sens de l'article 7, par. 1 CEDH comprend « alle Verurteilungen ..., welche im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 EMRK gestützt auf eine

²⁶ Cf. ATF 94 I 678

²⁷ Cf. FF 1997 I 446.

²⁸ Voir l'arrêt de principe: *Welch contre Royaume-Uni*, Série A. n° 307-A, para. 27 s. Arthur Haefliger/Frank Schürmann, *Die EMRK und die Schweiz*, 2ème édition., Bern 1999, p. 246, Manfred Nowak, *CCPR-Kommentar*, Kehl / Strassburg / Arlington 1989, ad art. 15 n° 11.

²⁹ *Welch contre Royaume-Uni*, (Fn.28), § 35.

³⁰ *Jamil contre France*, Série A n° 317-B, para. 10, 15 et 30.

gegen eine Person erhobene strafrechtliche Anklage entschieden wurden. ... Wie die Straftat bestraft wird, ist für Art. 7 EMRK unerheblich. »³¹ Il est donc fort probable que la Cour considère l'internement, en particulier l'internement à vie, comme étant une peine au sens de l'article 7 CEDH. Au sein du groupe de travail, les avis divergeaient quant à savoir si l'internement, en particulier l'internement à vie, devait être qualifié de peine au sens de l'article 7 CEDH. L'évaluation par comparaison de l'existence d'une peine plus lourde est aisée lorsqu'il s'agit de peines de même nature. Ainsi, une peine privative de liberté plus longue ou une amende plus lourde que celles qui étaient prévues par la loi au moment de l'acte délictueux constituent, de toute évidence, des peines plus fortes qui ne peuvent être tolérées.³² Plus difficile, en revanche, est la comparaison entre des peines de nature différente. A cet égard, l'appréciation subjective de la personne concernée joue un rôle non négligeable. La décision doit être prise par rapport au cas concret en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes.³³ A l'exception des délits pour lesquels est prévue, à titre maximal, la réclusion à vie (à l'avenir peine privative de liberté à vie), l'internement à vie, dans la mesure où il s'agit d'une peine au sens de l'article 7 CEDH, devrait être qualifiée de peine plus lourde du fait des possibilités fortement limitées de contrôle de cette mesure. L'admissibilité de prononcer ultérieurement cette mesure dépendra du fait de savoir si l'internement à vie était déjà possible au moment de la commission de l'acte.

2.1.10 L'internement à vie et la grâce (art. 64c, al.4)

La grâce est une remise de la peine, décidée par une autorité politique et non judiciaire. Elle n'entre en considération que pour les peines, non pour les mesures.

Le groupe de travail n'entend rien changer à ce principe. Il propose toutefois que l'on libère conditionnellement celui qui pour cause d'invalidité durable, de vieillesse ou de maladie grave ne représente plus de danger pour la collectivité (art. 64c, al.4).

³¹ Mark E. Villiger, Handbuch der EMRK, 2ème édition, 1999, n° 534.

³² Voir p. ex. Gabarri Moreno contre Espagne, 22.07.2003, par. 22 ss.

³³ Novak (Fn. 28), ad art. 15 n° 12.

2.1.11 L'internement à vie et la révision (art. 385, al. 2)

En ce qui concerne la révision *en défaveur* du condamné dans le sens du prononcé ultérieur de l'internement à vie, nous renvoyons aux explications figurant au chiffre 2.1.9. La révision *en faveur* de l'interné à vie a été discutée de manière intensive. Le groupe de travail s'est finalement entendu pour proposer une disposition qui n'exclut pas la révision en relation avec la question de l'amendabilité. Des critères relatifs au contenu et à la procédure doivent cependant permettre d'éviter les demandes de révision abusives. Selon ces critères, ne peuvent dès lors constituer un motif de révision les connaissances sur l'amendabilité, acquises après-coup au cours de l'exécution de la peine. En outre, l'autorité appelée à se prononcer sur une révision devra demander le rapport de la commission fédérale spécialisée.

2.1.12 La responsabilité pour des actes de récidive commis par des internés à vie (art. 380 bis)

L'article 123a, alinéa 2, 2^e phrase Cst. prévoit que la responsabilité pour la récidive d'un délinquant dont l'internement à vie avait préalablement été levé doit être assumée par l'autorité qui a pris cette décision.

La notion de responsabilité a suscité une controverse au sein du groupe de travail. Les auteurs de l'initiative étaient d'avis que le texte de celle-ci prévoyait clairement la responsabilité de l'autorité. Pour elles, en l'occurrence, il s'agissait moins de réparer sur le plan financier que d'obliger ceux qui ont pris la décision de libérer l'auteur à supporter les conséquences de cette décision.

La grande majorité du groupe de travail est toutefois de l'avis que la notion de « responsabilité » est claire au point de vue juridique et qu'elle ne saurait être comprise que comme une « prestation de dommages-intérêts pour les conséquences patrimoniales ». C'est toujours la collectivité publique et uniquement elle qui répond de manière causale, c'est-à-dire indépendamment d'une faute, et non l'autorité prise isolément, comme élément de l'appareil étatique, qui ne dispose pas « de fonds propres ». Ainsi le lésé n'a pas à se débattre avec des questions de preuves. Dans la mesure où il s'agit de la responsabilité individuelle de l'autorité compétente (ayant

pris la décision), il n'y a toutefois pas lieu de s'écarter du principe de la faute : une action récursoire dirigée contre une personne n'est dès lors envisageable que si celle-ci a fautivement violé ses obligations. Toutes les formes de responsabilité individuelle, qu'elle soit pénale, civile ou disciplinaire, requièrent impérativement que l'on établisse qu'il y a eu un comportement blâmable, autrement dit un comportement illicite et fautif.

Le groupe de travail propose dès lors un nouvel article 380bis qui aurait la teneur suivante :

La réglementation proposée à l'alinéa 1 institue un régime de responsabilité élargie par rapport à celui qui résulte actuellement de la loi du 14.3.1958 sur la responsabilité de la Confédération (LRCF)³⁴ ainsi que des lois cantonales relatives à la responsabilité des collectivités publiques à raison du comportement de leurs agents. Elle prévoit, comme seule condition de la responsabilité, la récidive d'une personne qui a fait un jour l'objet d'une mesure d'internement à vie, ce qui signifie que la responsabilité intervient indépendamment du caractère fautif ou illicite de la décision de levée de l'internement. Or, pour plusieurs raisons, ni la LRCF ni les lois cantonales susmentionnées ne s'avèrent suffisantes, dans leur teneur actuelle, pour appréhender une responsabilité aussi étendue que celle induite par l'art. 123a, al. 2, 2^{ème} phrase, Cst. Ces raisons sont les suivantes:

1°) Tout d'abord, même si la grande majorité des lois cantonales consacrent aujourd'hui le principe d'une responsabilité causale ou objective de l'Etat (c'est-à-dire indépendante d'une faute d'un agent), quelques rares cantons connaissent encore un régime de responsabilité étatique subordonnée à l'exigence d'une *faute* – présumée ou non – commise par un agent (AI, GE, GR, LU)³⁵.

2°) Ensuite, la LRCF et la plupart des réglementations cantonales soumettent la responsabilité de l'Etat à la condition que le dommage a été causé par un acte *illicite* de l'un de ses agents. Et lorsque cet acte consiste – comme en l'occurrence – en

³⁴ RS 170.32

³⁵ Pour un état détaillé de la situation dans les cantons, cf. Jost Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2^{ème} éd., Berne 2001, p. 56 ss.

une décision d'une autorité (prononcé de la levée de l'internement à vie), il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral que l'illicéité de la décision en cause n'est réalisée que lorsque l'autorité qui l'a rendue a commis une erreur grave et manifeste ou a violé un devoir primordial de la fonction qui lui est assignée, ce qui implique notamment que l'illicéité ne saurait être admise du simple fait que la décision se révèle après coup erronée³⁶.

Dans la mesure où l'autorité qui ordonne la levée de l'internement à vie – parce que dépourvue de la personnalité juridique – ne saurait répondre elle-même du dommage causé en cas de récidive, le nouvel art. 380^{bis} en est réduit à prévoir la responsabilité de la collectivité publique à laquelle est rattachée l'autorité en cause. Cette collectivité sera en principe le canton, puisque c'est en règle générale une autorité cantonale qui prend la décision de libérer une personne internée à vie. Toutefois, il pourrait aussi exceptionnellement s'agir, dans certains cas, d'une autorité fédérale, par exemple dans des cas graves de criminalité organisée ou bien lorsque, saisi d'un recours, le Tribunal fédéral lève l'internement à vie mais non pas lorsqu'il renvoie l'affaire à l'instance inférieure [cantonale] pour nouvelle décision. Les conclusions de la commission fédérale spécialisée chargées de juger les possibilités de traiter les personnes internées à vie (art. 64c, al. 1 AP) ne peuvent jamais entraîner une responsabilité de la Confédération, car cette commission n'a « qu' »une fonction consultative (cf. ch. 2.1.5.2 ci-dessus).

La liste des infractions visées par le nouvel art. 380^{bis} se recoupe avec celle définie à l'art. 64, al. 1^{er} tel que modifié par la présente révision. La responsabilité de la collectivité publique n'intervient dès lors que si la récidive consiste en un crime par lequel l'auteur a porté gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de la victime. Cette solution s'explique par l'idée qu'il doit nécessairement y avoir un parallélisme entre les crimes qui déclenchent la responsabilité de la collectivité publique concernée et ceux qui ont justifié la mesure de l'internement à vie du délinquant qui a récidivé. Ce parallélisme est dicté par la notion même de récidive, qui ne peut s'entendre que par rapport à des types de délits commis antérieurement, délits qui ne sauraient être dans notre contexte que ceux qui ont

³⁶ Cf. ATF 123 II 582 ; 120 Ib 249, 112 II 234 s.

donné lieu à l'internement à vie du délinquant. L'établissement de ce parallélisme permet en même temps d'assigner des limites raisonnables à la responsabilité de la collectivité publique.

Le système de la responsabilité mise en place par le nouvel art. 380^{bis} présente les caractéristiques suivantes:

- La personne lésée peut s'en prendre directement à la collectivité publique concernée, sans qu'elle n'ait besoin de rechercher au préalable l'identité des membres qui composaient l'autorité qui a prononcé la levée de l'internement à vie.
- La personne lésée n'a pas d'action directe concurrente contre les membres de l'autorité qui a statué la levée de l'internement à vie.
- La responsabilité de la collectivité publique ne saurait rien enlever au fait que la responsabilité primaire du dommage incombe au délinquant qui a récidivé, lequel répond vis-à-vis de la victime en vertu d'un acte illicite (art. 41 CO).
- La responsabilité instituée à charge de la collectivité publique est une responsabilité de droit public (ce qui a, par exemple, pour conséquence que les autorités compétentes pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre la Confédération se déterminent conformément aux dispositions de la LRCE).

Quant au dommage au sens du nouvel art. 380^{bis}, il se définit de la même façon qu'en droit privé, à savoir comme la diminution involontaire du patrimoine de la victime, et couvre également le tort moral au sens des art. 47 et 49 CO. L'indemnisation vaut ainsi pour toutes les catégories de dommages réparables selon le droit privé, même si c'est ici bien évidemment le préjudice corporel qui est en premier lieu visé.

Le nouvel art. 380^{bis}, al. 2 renvoie, pour certaines questions, aux dispositions du code des obligations régissant les actes illicites (art. 41 ss), qui s'appliquent par

conséquent au titre de droit public supplétif. Ce renvoi vaut tout d'abord pour le recours de la collectivité publique responsable contre l'auteur direct du dommage, soit contre le criminel qui a récidivé. Un tel recours est ainsi soumis au régime prévu à l'art. 51 CO pour le cas où plusieurs personnes répondent du même dommage en vertu de causes différentes. Le renvoi vaut ensuite également pour la prescription des actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral. La prescription de ces actions se détermine, dès lors, conformément à l'art. 60, al. 1 et 2, CO, ce qui signifie :

- d'une part, que le délai relatif de prescription est d'un an à compter du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage et de l'auteur de la récidive ;
- d'autre part, que le délai absolu de prescription est de dix ans à compter de la survenance du crime qui a causé le dommage à la victime, à moins que ce crime soit soumis à un délai de prescription pénale plus long (ce qui sera notamment le cas dans les hypothèses visées par le législateur à l'art. 70 CP).

Lorsque la décision de lever l'internement est prise par une autorité cantonale, l'art. 380^{bis}, al. 3 laisse aux cantons le soin de régler les conditions de l'action récursoire contre les membres de l'autorité ainsi que les modalités relatives à cette action (telles que le délai de prescription). Cette solution – qui s'inspire de l'art. 5, al. 3, LP – procède du souci de respecter au mieux le principe constitutionnel de l'autonomie organisationnelle des cantons (art. 47 Cst.). Dans les cas exceptionnels où c'est la Confédération qui serait en cause, l'art. 380^{bis} prévoit un renvoi aux dispositions topiques de la LRCF, soit plus précisément aux art. 7 et 9 (pour les conditions de l'action récursoire) et à l'art. 21 (pour la prescription de l'action récursoire).

2.2. Autres propositions de modification de la partie générale révisée du CP

2.2.1 Infractions donnant lieu à l'internement selon l'art. 64, al. 1 nCP

On a déjà évoqué les critiques auxquelles a donné lieu la liste d'infractions adoptée par le Parlement à l'art. 64, al. 1 nCP et la résolution formulée par la Conférence des autorités de poursuite pénale de la Suisse (CAPS) du 30 octobre 2003 (cf. ch. 1.3 ci-

dessus). Cette résolution demande que l'article 64 nCP soit complété, au moins pour les délinquants récidivistes, avant son entrée en vigueur, par une liste de 10 infractions pour lesquelles le CP prévoit une peine maximale inférieure aux 10 ans de peine privative de liberté prévus à l'art. 64 nCP ; ces infractions sont les suivantes :

- lésions corporelles simples (art. 123 CP)
- mise en danger de la vie d'autrui (art. 129 CP)
- agression (art. 134 CP)
- extorsion et chantage (art. 156, ch. 1 CP)
- menaces (art. 180 CP)
- contrainte (art. 181 CP)
- séquestration et enlèvement (183 CP)
- actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 ch. 1 CP)
- actes d'ordre sexuel avec des personnes dépendantes (art. 188 CP)
- abus de la détresse (art. 193 CP).

Le groupe de travail a d'abord examiné une proposition qui laissait l'art. 64, al. 1 nCP en la forme décidée par le Parlement, mais qui concrétisait la résolution de la CAPS dans un alinéa supplémentaire. Les dix infractions qui s'ajouteraient à la liste de l'article 64 al. 1 nCP n'auraient pu donner lieu à un internement qu'en cas de récidive ; il y aurait eu récidive si la libération définitive du délinquant de l'internement ou d'une peine privative de liberté prononcée pour un délit grave avait eu lieu moins de trois ou cinq ans avant la commission de la nouvelle infraction. Cette proposition s'inspirait partiellement de l'actuel art. 42 CP (internement des délinquants d'habitude).

Après une longue discussion, la **majorité** du groupe de travail a cependant décidé de renoncer à une véritable *liste* d'infractions pour l'internement ordinaire. Comme sous l'empire du droit actuel, tous les crimes et délits peuvent donner lieu à un internement lorsqu'il y a sérieusement lieu de craindre que le délinquant ne commette de très graves délits une fois en liberté. Les délits à craindre se caractérisent par la grave atteinte portée à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de la victime ; on reprend en principe ici la liste des infractions de l'art. 64, al. 1 nCP. Pour caractériser la dangerosité de l'auteur, l'accent est surtout reporté, par cette proposition, sur le pronostic, ce qui laisse un large pouvoir d'appréciation aux

tribunaux. La gravité de l'infraction qui peut donner lieu à un internement ne se voit attribuer qu'un rôle secondaire, comme un indice de la dangerosité. Cela répond logiquement à l'objectif préventif de l'internement. Au contraire du droit pénal fondé sur la faute, où la gravité de l'acte constitue le critère décisif, il n'y a pas obligatoirement de rapport entre la gravité de l'acte et le degré de dangerosité de l'auteur.

La responsabilité de la décision sur la nécessité ou l'opportunité d'un internement incombe en conséquence aux tribunaux ; les évaluations de risques effectuées par les psychiatres y jouent cependant un rôle important pour fonder la décision. A ce propos, il y a lieu de souligner que jusqu'à ce jour, les tribunaux ont usé de leur large pouvoir d'appréciation avec un grand sens des responsabilités et de la mesure dans l'application de l'actuel art. 42 (internement des délinquants d'habitude) et 43 CP (internement des délinquants anormaux).

Une **minorité** du groupe de travail s'est opposée avec vigueur à l'extension proposée ; pour elle, l'art. 64 devait rester dans la teneur décidée par le parlement, et le principe de la proportionnalité se trouvait ainsi directement concrétisé dans la loi. Un membre surtout a exprimé des réserves en ce qui concerne la compatibilité avec la CEDH de l'extension de la liste des délits pouvant donner lieu à l'internement.

2.2.2 Incidences sur d'autres dispositions des modifications de l'art. 64, al. 1 n-CP

La modification de la liste des infractions pouvant donner lieu à l'internement (art. 64, al. 1 n-CP), telle qu'elle est envisagée par le groupe de travail, induit également l'adaptation de quelques autres dispositions de la partie générale révisée du code pénal qui font référence à l'art. 64, al. 1. Cette remarque vaut pour l'art. 62, al. 6, 62a, al. 3, 62c, al. 4, 62d, al. 2, 64a, al. 3, enfin 87, al. 3, n-CP.

Il sied de profiter de cette occasion pour apporter en sus à l'art. 87, al. 3 une modification matérielle en prévoyant la possibilité d'infliger une sanction au délinquant libéré conditionnellement qui se soustrait à l'assistance de probation ou viole les règles de conduite, lorsque ces mesures ont été prolongées à l'expiration du

délai d'épreuve. A défaut de cette modification, il sera impossible de sanctionner les personnes concernées puisque, dans ces cas, la réintégration dans l'exécution de la peine n'est plus applicable.

2.2.3 Libération conditionnelle durant l'exécution de la peine qui précède l'internement ordinaire (art. 64a, al. 6)

Aux termes de l'art. 64, al. 3 n-CP « au moment où l'auteur sera vraisemblablement libéré de l'exécution de sa peine et où il pourra commencer à exécuter l'internement, l'autorité compétente examine les conditions d'un traitement thérapeutique institutionnel au sens de l'art. 59. Après le début de l'internement, cet examen est répété tous les deux ans ». L'interprétation de cette disposition prête à des difficultés considérables que la consultation des procès-verbaux des délibérations des conseils législatifs ne permet pas de surmonter. Un point, en particulier, n'est pas clair: faut-il inférer de cette disposition que la personne condamnée doit purger l'intégralité de la peine privative de liberté précédant l'internement et commencer – ne serait-ce que pour une courte période – à exécuter l'internement ou à subir le traitement institutionnel, quand bien même, depuis sa condamnation, elle a perdu sa dangerosité? La pertinence de cette conclusion semble évidente si l'on considère l'art. 64, al. 3, isolément. En revanche, une telle interprétation est en contradiction avec l'art. 56, al. 6 n-CP en vertu duquel une mesure dont les conditions ne sont plus remplies doit être levée. De surcroît, l'art. 86 n-CP permet à l'autorité de libérer conditionnellement le détenu qui a subi les deux tiers de sa peine (ou 15 années s'il a été condamné à perpétuité), s'il n'y a pas lieu de craindre qu'il ne commette de nouveaux crimes ou de nouveaux délits. Comme ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne réserve expressément l'art.59, al. 3 n-CP, on est enclin à pencher pour l'interprétation selon laquelle il serait admissible de libérer conditionnellement le détenu déjà durant l'exécution de sa peine.

Le groupe de travail entend clarifier cette situation. La majorité de ses membres a estimé qu'il devait être possible de libérer de manière anticipée une personne condamnée à l'internement, lorsque sa dangerosité a effectivement disparu. Mais une telle libération doit être régie par des normes différentes de celles qui valent pour la libération conditionnelle de l'incarcération (art. 86 à 88 n-CP). Il préconise donc de

remplacer l'art. 64, al. 3 n-CP par un alinéa 6 qui serait ajouté à l'art. 64a et par une teneur légèrement modifiée qui serait donnée aux alinéas 1 et 2 de l'art. 64b. En vertu de ces nouvelles dispositions, le juge qui a ordonné l'internement peut prononcer la libération conditionnelle de l'auteur au plus tôt à la date à laquelle celui-ci a purgé les deux tiers de sa peine ou 15 ans d'une sanction à vie, à condition que durant l'exécution de la peine l'auteur ait perdu sa dangerosité et que l'on soit fondé à prévoir qu'il se conduira correctement en liberté. A compter de la libération, la situation des personnes libérées est régie par les mêmes dispositions que celles qui s'appliquent aux personnes libérées conditionnellement de l'internement (art. 64a, al. 6 proposé) Dans ces cas, l'application des dispositions sur la libération conditionnelle de l'exécution d'une peine privative de liberté est expressément exclue (art. 64, al. 2 proposé). Si, toutefois, il est probable que la personne condamnée doit commencer à exécuter l'internement, l'autorité compétente n'en devra pas moins examiner si, depuis lors, la personne en cause remplit les conditions d'un traitement thérapeutique au sens de l'art. 59 n-CP. Cette obligation est statuée à l'art. 64b, al. 1, let b (nouvelle) de l'avant-projet.

2.2.4 Exécution de l'internement ordinaire (art. 64, al. 4 et 90, al. 4^{bis})

S'agissant de l'exécution de l'internement ordinaire, l'art. 64, al. 4 n-CP dispose notamment que la sécurité publique doit être garantie. Le groupe de travail considère que cette disposition est superfétatoire parce qu'elle ne fait qu'énoncer une évidence. En revanche, il estime nécessaire de compléter la dernière phrase de l'al. 4 de telle sorte que l'auteur soit soumis à une prise en charge psychiatrique non seulement si besoin est mais encore si cela est *opportun*. Cette adjonction est importante si l'on veut pouvoir examiner réellement si l'auteur est motivé et prendre en compte les chances de succès d'un traitement lorsqu'il s'agit de décider de soumettre ou non la personne en cause à une prise en charge psychiatrique. Par ailleurs, le groupe de travail juge que, dans l'intérêt de la sécurité publique, il convient, avant de prendre des décisions sur l'octroi d'allègements durant l'exécution de l'internement ordinaire (et d'autres mesures thérapeutiques) de demander l'appréciation des commissions spécialisées, cela dans la même mesure que celle que prévoit l'art. 75a s'agissant de l'exécution des peines. Aussi le groupe de travail propose-t-il d'ajouter un alinéa 4^{bis} à l'art. 90 n-CP (exécution des mesures).

2.2.5 Expertise réalisée par un expert indépendant (art. 56, al. 3bis et 4)

Lorsque le juge envisage d'ordonner une mesure à l'encontre d'un auteur ayant commis un crime au sens de l'art 64, al. 1 nCP, il doit, selon l'art. 56, al. 4 n-CP, s'appuyer sur une expertise réalisée par un expert qui n'a pas traité l'auteur ni ne s'en est occupé d'une quelconque manière.

Le groupe de travail propose de prévoir (art. 56, al.4 AP), par principe, une telle expertise chaque fois qu'il s'agit d'ordonner une mesure (et donc pas seulement à l'encontre de délinquants présumés dangereux). Le travail des experts exige – et il s'agit là de principes élémentaires – que la personne chargée de l'expertise soit indépendante et n'ait pas eu à s'occuper, à un autre titre, du cas qui lui est soumis (cf. ATF 128 IV 245). En revanche, de l'avis du groupe de travail, le juge doit pouvoir, à titre exceptionnel, c'est-à-dire dans les cas bénins et ne prêtant à aucun doute, renoncer à demander une expertise (art. 56, al. 3bis AP). En pareils cas, en effet, il pourra se fonder sur le rapport du médecin traitant ou du thérapeute, sur l'avis du centre spécialisé dans le traitement des toxicomanies ou encore sur le rapport d'un établissement chargé de l'exécution des mesures.

Au demeurant, dans les cas où le juge s'est appuyé antérieurement sur l'expertise d'un spécialiste, il n'a pas une obligation absolue de requérir une nouvelle expertise. Il lui est, bien plutôt, loisible de se fonder sur la première expertise lorsque, depuis son établissement, la situation n'a pas subi de changements notables (ATF 128 IV 247).

2.2.6 Internement ordinaire prononcé après l'exécution de la peine (art. 65, al. 2)

Déjà, au cours des débats parlementaires consacrés à la révision de la Partie générale du code pénal, d'aucuns se sont demandés s'il n'y aurait pas lieu de prévoir la possibilité d'ordonner après-coup l'internement d'un auteur n'ayant été condamné qu'à une peine privative de liberté de durée limitée lorsqu'il remplit les conditions d'une telle mesure. Le DFJP avait d'ailleurs soumis au Parlement un projet de norme en conséquence. Finalement, les conseils législatifs ont refusé d'introduire une telle

disposition parce que pratiquement tous les experts auditionnés ont estimé qu'elle était incompatible à la fois avec la Constitution fédérale et la CEDH.

Le groupe de travail propose de doter l'art. 65 d'un nouvel alinéa 2 qui permette d'ordonner après-coup tant l'internement ordinaire que l'internement à vie, cela dans le sens d'une révision du jugement en la défaveur de la personne condamnée. Compte tenu du libellé de la disposition transitoire figurant au chiffre IV.2. de la Partie générale révisée du code pénal du 13 décembre 2002, la nouvelle norme proposée est, en principe, également applicable avec effet rétroactif. Le cas échéant, il y aura lieu de tenir compte des réserves que suscite le droit international par une interprétation conforme au droit des gens (cf. supra, ch. 2.1.9). Les praticiens du domaine ont, quant à eux, considéré qu'il n'était pas nécessaire d'adopter une norme allant plus loin. Elle poserait d'ailleurs des problèmes au regard de l'art. 5 CEDH (cf. ch 2.1.2) ainsi que du principe *ne bis in idem* (art. 4 du Protocole no 7 à la CEDH).

2.2.7 Le traitement thérapeutique de délinquants ne souffrant pas de troubles mentaux (art. 59 al. 1, et 63 al. 1)

S'agissant de délinquants dangereux, le tribunal ne peut ordonner un traitement institutionnel au sens de l'article 59 nCP que lorsqu'ils souffrent de graves troubles mentaux mais pas s'ils en sont exempts. Selon le droit en vigueur, les délinquants internés ne sont soumis à un traitement que s'ils sont volontaires. Il peut s'agir de délinquants affectés d'un trouble mental qui sont internés sur la base de l'article 43 ou de délinquants ne souffrant pas d'un tel trouble internés sur la base de l'article 42. La réglementation de l'article 59 nCP repose sur l'idée selon laquelle les délinquants ne souffrant pas d'un trouble mental n'ont pas besoin d'un traitement. Selon divers psychiatres légistes, cela ne correspond pas à la réalité. Au contraire, nombre de ces délinquants auraient besoin d'un traitement parce que, même si l'on n'a pas diagnostiqué chez eux de troubles mentaux à proprement parler, ils présentent cependant des symptômes ou des caractéristiques de la personnalité révélateurs qui pourraient souvent être traités avec succès par le biais d'une thérapie. Un traitement permet, le cas échéant, d'abaisser efficacement la dangerosité de tels délinquants. S'ils ne reçoivent pas de traitement, ils demeurent dangereux et ne peuvent être

libérés que si, au gré de certaines circonstances (âge, maladie chronique, invalidité), ils perdent leur dangerosité.

Pour ces raisons, lorsqu'il s'est agi, au cours des délibérations parlementaires sur l'initiative sur l'internement, d'élaborer à l'intention du comité d'initiative des propositions de nature à améliorer la protection contre les délinquants dangereux, l'Office fédéral de la justice a soumis au débat des compléments aux articles 59 et 63 nCP³⁷. La proposition a été acceptée par la majorité de la commission des affaires juridiques du Conseil national mais rejetée par ce dernier. La majorité de ses membres y voyait plutôt un allègement du droit des mesures et donc un faux signal adressé au comité d'initiative.

Attendu que l'amendabilité ou la non-amendabilité doit être un critère important aussi pour ordonner, poursuivre ou lever éventuellement l'internement à vie d'un délinquant ne souffrant pas de trouble mental, il apparaît logique, pour cette raison déjà, de proposer à nouveau des compléments aux articles 59 et 63 nCP allant dans le sens de ce qui a été dit plus haut. Par ailleurs, le groupe de travail était d'avis qu'il serait inconséquent de limiter la possibilité d'un traitement thérapeutique aux délinquants dangereux ne souffrant pas d'un trouble mental qui, sinon, seraient internés mais qu'il fallait l'étendre aux délinquants moins dangereux, des délinquants pas malades à proprement parler, dont le traitement permettrait d'espérer l'élimination du risque de récidive. Une modification idoine de l'article 59, alinéa 1 nCP permet au tribunal d'ordonner aussi un traitement institutionnel lorsque le délinquant, bien que ne souffrant pas de troubles mentaux proprement dits, présente des caractéristiques de la personnalité particulières liées à l'infraction commise et qu'un traitement serait sans doute de nature à supprimer le risque de récidive. Une modification analogue est proposée pour l'article 63, alinéa 1 concernant le traitement ambulatoire. Cela entraîne aussi une modification de l'article 64, alinéa 1 nCP qui établit clairement que non seulement l'internement de délinquants souffrant d'un véritable trouble mental, mais aussi celui des auteurs qui présentent des

³⁷ L'art. 59 devait être complété par l'alinéa 5 suivant: „Les alinéas 1 à 4 s'appliquent par analogie au délinquants qui ont commis un acte au sens de l'article 64, alinéa 1, qui présentent des caractéristiques de la personnalité au sens de l'article 64, alinéa 1, lettre a“. Un complément analogue était prévu pour l'article 63.

caractéristiques particulières de la personnalité, supposent que le traitement prévu à l'article 59 nCP ne semble pas présenter suffisamment de chances de réussite.

2.2.8 Exécution du traitement institutionnel dans des établissements pénitentiaires (art. 59 al. 3 nCP)

Les traitements institutionnels au sens de l'article 59 nCP doivent en principe être dispensés dans un établissement psychiatrique approprié ou dans un établissement d'exécution des mesures. Si, toutefois, la sécurité l'exige (art. 59 al. 2 et 3), il doit s'agir d'un établissement fermé. Ledit établissement peut aussi être un établissement au sens de l'article 76, alinéa 2 nCP lorsque le traitement est dispensé dans une division séparée du reste de l'établissement. Cette disposition sur la séparation est née de la volonté du Conseil fédéral et du Parlement d'assurer les conditions nécessaires (infrastructure et personnel spécialisé) au succès du traitement dans l'établissement pénitentiaire, ce qui ne va pas nécessairement de soi.

Pourtant, le groupe de travail s'est laissé convaincre, notamment par les spécialistes de l'exécution des peines, que la disposition sur la séparation prévue n'a pas vraiment de sens et passe à côté de son objectif. Des expériences faites à l'étranger montrent qu'en dépit de gros investissements, seule une petite partie des délinquants susceptibles de récidiver peut être traitée dans un système parallèle à celui de l'exécution des peines (cliniques psychiatriques ou cliniques-prisons). C'est la raison pour laquelle au Canada, par exemple, on a choisi d'intégrer des programmes de traitement susceptibles de prévenir la récidive dans les structures déjà existantes de l'exécution des peines et donc de mettre en oeuvre des traitements intensifs dans les lieux mêmes où les délinquants se trouvent. En outre, pour de nombreux délinquants ne présentant pas de problèmes psychiques, il est avantageux de pouvoir bénéficier du traitement en profitant également de l'infrastructure d'un établissement pénitentiaire (par ex. possibilités en matière de formation). Au lieu de garantir un traitement digne de ce nom pour tous les délinquants en ayant besoin, la disposition sur la séparation pourrait donc bien avoir l'effet contraire. La séparation rend plus difficile l'élaboration de programmes de traitement intensifs dans le cadre de l'exécution des peines, conduit à la formation de ghettos et limite, voire compromet, l'accès des détenus en traitement à l'offre d'un

établissement pénitentiaire en matière de formation, de travail et de loisirs. Au reste, il ne faudrait pas que seuls les délinquants ayant commis un crime grave au sens de l'article 64, alinéa 1 nCP soient soumis à un traitement dans des établissements *fermés*, mais aussi tous les délinquants susceptibles de s'évader ou de récidiver. Il est essentiel que les délinquants souhaitant bénéficier d'un traitement aient accès à un traitement intensif. Contrairement à un critère fondé sur la qualité, le critère fondé sur la séparation ne permet pas d'assurer cela.

Pour ces raisons, le groupe de travail propose de biffer la disposition sur la séparation en question de l'article 59, alinéa 3 nCP mais de n'autoriser le traitement dans un établissement pénitentiaire qu'à condition que le traitement requis soit dispensé par un personnel spécialisé. Cela devrait prendre en compte les craintes du Parlement en ce qui concerne la qualité de tels traitements.

2.2.9 Les tâches des commissions cantonales spécialisées (art. 75a)

Aux termes de l'article 75a nCP, les commissions cantonales spécialisées doivent se prononcer, en vue de fixer le lieu d'exécution, d'accorder des congés et d'octroyer la libération conditionnelle, sur le caractère dangereux pour la collectivité des détenus qui ont commis une infraction passible d'une peine privative de liberté maximale de dix ans au moins. Cela inclut toute une série d'infractions comme les infractions contre le patrimoine et les infractions liées à la drogue qui ne menacent pas directement l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autres personnes. Sur la base du droit en vigueur, de tels délinquants n'entrent normalement pas dans le champ d'activité des commissions spécialisées. Cela signifie que la disposition arrêtée par le Parlement apportera un sensible surcroît de travail pour les commissions spécialisées sans que cela n'entraîne une amélioration de la sécurité pour la collectivité. Bien au contraire, elle pourrait avoir pour effet que les commissions spécialisées n'aient plus les capacités nécessaires pour traiter les cas des délinquants vraiment dangereux.

Voilà pourquoi le groupe de travail propose de modifier l'article 75a nCP de manière à ce que le champ d'activité des commissions spécialisées demeure dans des limites raisonnables. D'une part, l'examen doit se limiter aux délinquants condamnés pour

des actes ayant gravement porté ou voulu porter atteinte à l'intégrité physique, psychique et sexuelle d'autres personnes. D'autre part, il est étendu à tous les allègements de l'exécution d'une peine susceptibles d'entraîner un risque pour la collectivité. On peut y renoncer si l'autorité d'exécution peut d'ores et déjà trancher en toute clarté la question de la dangerosité d'un délinquant.

3. Remarque finale

A la demande expresse des représentantes du comité d'initiative, il est précisé que le présent projet de loi développe un concept global équilibré que les initiates ne soutiennent que dans la mesure où il restera en l'état. Dans le cas contraire, les initiates se réservent expressément le droit de s'y opposer.

4. Emplacement des commentaires relatifs aux diverses dispositions du projet

| Article | Emplacement dans le rapport (chiffre) |
|---------------------------|---------------------------------------|
| 56 | |
| - alinéa 3bis | 2.2.5 |
| - alinéa 3ter | -- |
| - alinéa 4 | 2.2.5 |
| - alinéa 4 ^{bis} | 2.1.7 |
| 59 | |
| - alinéa 1 | 2.2.7 |
| - alinéa 3 | 2.2.8 |
| 62 alinéa 6 | 2.2.2 |
| 62a alinéa 3 | 2.2.2 |
| 62c alinéa 4 | 2.2.2 |
| 62d alinéa 2 | 2.2.2 |
| 63 alinéa 1 | 2.2.7 |
| 64 | |
| - alinéa 1 | 2.2.1 et 2.2.7 |
| - alinéa 1 ^{bis} | 2.2.1 |
| - alinéa 1 ^{ter} | 2.1.4 |
| - alinéa 2 | 2.2.3 |
| - alinéa 3 | 2.2.3 |
| - alinéa 4 | 2.2.4, 2.1.4.4 |
| 64a | |
| - alinéa 1 | 2.2.2 |
| - alinéa 3 | 2.2.2 |
| - alinéa 6 | 2.2.3 |
| 64b | |
| - alinéa 1 | 2.2.3 |
| - alinéa 2 | 2.2.3 |

| | |
|--------------------------------|---------------------|
| 64c | |
| - alinéa 1 | 2.1.5 |
| - alinéa 2 | 2.1.5 |
| - alinéa 3 | 2.1.5 |
| - alinéa 4 | 2.1.10 |
| - alinéa 5 | 2.1.7 |
| - alinéa 6 | 2.1.6 |
| 65 | |
| - alinéa 1 | -- |
| - alinéa 2 | 2.1.9, 2.2.6 |
| 75a | 2.2.9 |
| 87 | |
| - alinéa 3 | 2.2.2 |
| - alinéa 4 | -- |
| 90 | |
| - al. 4 ^{bis} | 2.2.4 |
| - al. 4 ^{ter} | 2.1.8 |
| 380^{bis} | 2.1.12 |
| 385 alinéa 2 | 2.1.11 |
| disposition transitoire | 2.1.9, 2.2.6 |