

Zeitschrift: Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie SAK = Criminologie / Groupe Suisse de Criminologie GSC = Criminologia / Gruppo Svizzero di Criminologia GSC

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 30 (2012)

Artikel: Peut-on risquer une exécution de peine sans risque?

Autor: Clerici, Christian

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051479>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 08.02.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Peut-on risquer une exécution de peine sans risque ?

CHRISTIAN CLERICI

Office d'application des peines et mesures, Neuchâtel

Table des matières

Résumé	173
1. Les objectifs de la sanction pénale.....	174
1.1 Quels sont les buts d'une sanction pénale ?.....	174
1.2 L'intolérance au risque	175
1.3 La mise en œuvre de ces objectifs	176
2. Trois récits de l'application de sanctions pénales	178
2.1 Daniel	178
2.1.1 Les faits et l'"étiquetage" du risque.....	178
2.1.2 Le déroulement de la peine.....	179
2.1.3 La libération et la dégradation	180
2.1.4 Les moyens d'agir (ou non).....	181
2.2 José	182
2.3 Guy	184
3. L'application des sanctions pénales et les risques.....	185
3.1 Le droit d'exécution est contradictoire	186
3.2 On a transformé les effets de la sanction en objectifs.....	186
3.3 Cette volonté nécessite des moyens.....	186
3.4 Le droit d'exécution agit sur des êtres humains	187
3.5 Limiter le risque engendre de faux positifs	187
3.6 On confond récidive et criminalité	188
4. Conclusion	188

Résumé

En Suisse, la prévention, la resocialisation ou l'*incapacitation* sont expressément prévues dans le code pénal comme des principes de l'exécution des sanctions. On est toutefois frappé par l'omniprésence de la prévention du risque de récidive violente, qui reflète une préoccupation manifeste de la population. Pourtant, si on sait que le risque zéro n'existe pas, on constate à la lumière de quelques exemples issus de la pratique que malgré son ambition, le code pénal ne parvient pas à construire un

système garantissant l'absence de récidive. Le vrai risque n'est-il alors pas d'avoir construit un système paradoxal et trop ambitieux qui, à vouloir limiter trop strictement le risque, remplit les prisons de personnes uniquement en raison d'évaluations trop prudentes ? Et est-ce là un risque que la société est vraiment prête à assumer ?

1. Les objectifs de la sanction pénale

1.1 Quels sont les buts d'une sanction pénale ?

On peut catégoriser les objectifs d'une sanction pénale en cinq groupes.

La *prévention* a pour principe qu'une sanction doit convaincre l'individu que commettre une infraction comporte plus de conséquences négatives que positives pour lui. La prévention peut être *spéciale*, lorsqu'elle veut convaincre un individu de ne pas récidiver, ou *générale*, quand elle vise à dissuader tous les membres d'une société en annonçant qu'un acte est désapprouvé. Cet objectif de la peine connaît actuellement une forte popularité auprès des groupes politiques qui préconisent de combattre le crime par la punition seule et qui reviennent donc au *nothing works* de Martinson en 1974¹ – mais omettent malheureusement son "rectificatif" paru cinq ans plus tard².

La *resocialisation* cherche à améliorer le condamné et, donc, à permettre son retour en société³.

L'*incapacitation* permet de mettre hors d'état de nuire un délinquant. L'exemple le plus frappant en droit suisse est l'internement, mais on connaît aussi des moyens moins contraignants tels que l'interdiction de conduire ou d'exercer une profession.

La *réparation* veut compenser le tort causé aux lésés. C'est, en fait, un objectif à la fois punitif, resocialisant et dissuasif.

Enfin, la *rétribution* ou la *punition* découle d'une logique morale qui ne se préoccupe pas des effets de la peine, du caractère des accusés ou de la victime, mais uniquement de la gravité de l'acte, voire des antécédents

¹ MARTINSON Robert, "What Works? Questions and Answers about Prison Reform", *Public Interest*, 35, 1974, p. 22-54.

² MARTINSON Robert, "New Findings, New Views : A Note of Caution Regarding Sentencing Reform", *Hofstra Law Review*, 7, 1979, p. 243-258.

³ Victor Hugo a promu ce concept dans *Claude Gueux* à l'encontre de la peine capitale : *Cette tête de l'homme du peuple, cultivez-la, défrichez-la, arrosez-la, fécondez-la, éclairez-la, moralisez-la, utilisez-la; vous n'aurez pas besoin de la couper.*

du coupable. C'est aujourd'hui un objectif populaire chez ceux qui jugent qu'on ne peut pas en savoir assez sur le délinquant pour adapter la peine individuellement, et chez ceux qui préconisent une égalité absolue des peines⁴.

1.2 L'intolérance au risque

Pour reprendre pleinement l'une des thèses de Leman-Langlois⁵, les quatre premiers de ces objectifs sont "gérables" en ce sens qu'ils peuvent répondre à des facteurs d'influence externes, voire dépendre d'eux. Or la gestion peut constituer un mode privilégié d'approche des questions sociales dans un climat où il est peu prudent de faire état d'une éthique claire et où le discours dominant est essentiellement administratif. Dans ce domaine, le politique évite généralement de se mêler de trop près aux affaires courantes, puisque le risque d'échec est toujours présent : il s'agit donc davantage de le gérer en le limitant au maximum plutôt que de débattre de choix de société ou d'en faire. Voilà pourquoi on demande généralement aux administrateurs de "rendre des comptes" ou d'"être responsables" au sens purement économique ou dans l'optique mathématique de l'actuariat. En général le résultat est qu'on procède désormais au choix d'objectifs non pas en termes logiques ou éthiques, mais plutôt d'après leur capacité à générer des résultats mathématiquement mesurables. Dans le climat actuel, ce phénomène se combine à deux autres aspects de la logique populaire :

- la punition, la "dureté" face à la criminalité, est à la mode et on entend abondamment parler de durcissement des sanctions applicables aux mineurs, d'internement à vie, d'abandon pur et simple du sursis, de sanctions immédiates prononcées par des tribunaux de flagrants délits ou encore de la systématisation des renvois de criminels étrangers;
- il y a moins de risque d'échec si on se dirige vers la neutralisation ("délinquants dangereux") et la rétribution (retour de la peine de mort, renforcement du droit des sanctions) que vers la modification du comportement déviant d'un être humain.

⁴ On en trouve trace aussi lointainement que dans le *Code de Hammurabi*, vers 1750 av. J.-C., où toute une échelle des peines est inscrite suivant les délits et crimes commis. La Loi du Talion est la base de cette échelle : qui porte préjudice en doit réparation à proportion de celui-ci.

⁵ LEMAN-LANGLOIS Stéphane, "À quoi sert la sanction pénale ?", publié sur <http://www.crime-reg.com> (état au 6 février 2012).

1.3 La mise en œuvre de ces objectifs

En dépit de ce climat, le code pénal suisse s'applique à concrétiser chacun des cinq principes énumérés plus haut dans ses articles 34 à 96⁶.

La *prévention spéciale* se trouve par exemple aux articles 42, alinéa 1 (le juge suspend en règle générale l'exécution d'une peine lorsqu'une peine ferme ne paraît pas nécessaire *pour détourner l'auteur d'autres crimes ou délits*), 47, alinéa 1 (le juge fixe la peine d'après la culpabilité de l'auteur et prend en considération les antécédents et la situation personnelle de ce dernier ainsi que l'*effet de la peine sur son avenir*) et 75, alinéa 1 (l'exécution de la peine privative de liberté doit améliorer le comportement social du détenu, en particulier son *aptitude à vivre sans commettre d'infractions*). La *prévention générale*, quant à elle, est plus diffuse. On la trouve plutôt dans l'existence même du code pénal et dans la systématique de la sanction qui punit une infraction, les conditions d'exemption de peine demeurant très restrictives (articles 52 et suivants du code pénal et 8 du code de procédure pénale).

La *resocialisation* est mentionnée en tant que telle à l'article 75, alinéa 1 (l'exécution de la peine privative de liberté doit *améliorer le comportement social du détenu*, correspondre autant que possible à des *conditions de vie ordinaires* et *combattre les effets nocifs de la privation de liberté*)⁷.

L'*incapacitation* est une notion omniprésente. Elle se situe tant dans le droit des sanctions (article 56, alinéa 1, lettre b : une mesure doit être ordonnée *si la sécurité publique l'exige*; article 67, alinéa 1 : si l'auteur a commis un crime ou un délit dans l'exercice d'une profession, le juge peut lui *interdire l'exercice de cette activité*; article 67b : si l'auteur a utilisé un véhicule automobile pour commettre un crime ou un délit, le juge peut *ordonner le retrait du permis de conduire* s'il y a lieu de craindre de nouveaux abus) que dans le droit d'exécution (article 75, alinéa 1 : l'exécution de la peine privative de liberté doit tenir compte de manière adéquate du *besoin de protection de la collectivité*; article 76, alinéa 2 : le détenu est *placé dans un établissement fermé* s'il y a lieu de craindre qu'il ne s'enfuit ou ne commette de nouvelles infractions; article 84, alinéa 6 : des congés d'une longueur appropriée sont accordés au détenu *pour autant qu'il n'y ait pas lieu de craindre qu'il ne s'enfuit ou ne commette*

⁶ Pour faciliter la lecture, les extraits de la loi qui suivent ont parfois été tronqués.

⁷ Constat cocasse, le travail d'intérêt général ou la peine pécuniaire ne poursuivent, à lire le code pénal, pas ce but.

d'autres infractions; article 86, alinéa 1 : l'autorité compétente libère conditionnellement le détenu *s'il n'y a pas lieu de craindre qu'il ne commette de nouveaux crimes ou de nouveaux délits*; article 90, alinéa 2 : le plan d'exécution de la mesure porte notamment sur *les moyens d'éviter la mise en danger de tiers*; article 93 alinéa 1 : l'assistance de probation doit *préserver les personnes prises en charge de la commission de nouvelles infractions*). Bien sûr, on pense aussi à l'internement et à l'internement à vie des articles 64 et suivants, dont l'essence est la mise hors d'état de nuire d'une personne dangereuse.

La *réparation* se niche à l'article 75, alinéa 3 (le plan d'exécution de la peine porte notamment sur la *réparation du dommage*).

Enfin, si l'esprit de la *rétribution* est plutôt absent de notre code pénal actuel, une peine reste tout de même fixée en premier lieu d'après la *culpabilité de l'auteur* (article 47, alinéa 1).

On peut ainsi observer que le droit suisse a parfaitement intégré chacun des objectifs que l'on assigne usuellement à une sanction pénale, tout en acceptant la forte influence des recommandations internationales⁸.

Mais comment donc ce mélange entre la resocialisation d'une personne qui a commis une infraction et la protection de la collectivité tout entière se concrétise-t-il en pratique, avec le droit actuel, pour une autorité d'exécution ? Pour donner un éclairage, on se propose de décrire trois exemples réels : le premier en détail, les autres plus succinctement⁹. On cherchera ainsi à exposer quelques problématiques qui peuvent survenir, à examiner quels sont les moyens mis à disposition pour prévenir le risque et les limites inhérentes au système. On se permettra dans un troisième chapitre d'exposer quelques brèves réflexions critiques.

⁸ On pense bien sûr aux règles pénitentiaires européennes (RPE), adoptées en 1973 et modifiées en 1987 puis en 2006, qui visent à harmoniser les politiques pénitentiaires des États membres du Conseil de l'Europe et à faire adopter des pratiques et des normes communes.

⁹ Les contextes et les noms ont été adaptés, ainsi que divers éléments des récits. Ces modifications ne dénaturent toutefois en rien les affaires telles qu'elles se sont présentées.

2. Trois récits de l'application de sanctions pénales

2.1 Daniel

2.1.1 Les faits et l'«étiquetage» du risque

Âgé d'une quarantaine d'années, sans antécédents pénaux, Daniel a, entre 2004 et 2006, abusé de huit fillettes âgées de 3 à 7 ans notamment en baissant leur culotte, glissant sa main dans leur slip pour caresser leurs parties génitales, se faisant pratiquer une fellation, se masturbant et éjaculant dans leur bouche ou léchant leurs parties génitales. Il a aussi téléchargé des films et des images présentant des scènes d'urolagnie et consommé occasionnellement du cannabis.

Une expertise de 2007 posait le diagnostic de troubles mixtes de la personnalité et de troubles de la préférence sexuelle dans le sens d'une tendance pédophile restée longtemps latente et qui s'est manifestée dans le cadre d'une situation de déséquilibre personnel. L'expert expliquait alors qu'à l'avenir, dans des situations de déséquilibre ou de multiplication de conflits, Daniel pourrait avoir des comportements similaires.

Daniel a été condamné pour ces faits en 2007 à une peine privative de liberté de 4 ans et 6 mois. Le tribunal a ordonné son internement au sens de l'article 64 du code pénal, remplacé en seconde instance par un traitement ambulatoire selon l'article 63 du code pénal. Le Tribunal fédéral a confirmé cette dernière décision.

Daniel a immédiatement débuté l'exécution de sa peine privative de liberté sous le régime de la détention ferme. A ce stade, la première question qui se pose est évidemment celle du risque qu'il présente effectivement. A la lumière des critères fixés en cascade par le code pénal à ses articles 75a et 90 al. 4bis, qui renvoient aux articles 62d al. 2 et 64 al. 1, il l'est objectivement, ce qui contraint l'autorité à une prudence particulière lors de l'octroi d'allègements dans le régime d'exécution. En l'espèce le code pénal constitue un outil plutôt prudent pour alléger un régime d'exécution.

Sous l'angle du risque, le type d'établissement est essentiel (article 76 du code pénal) : on veut évidemment éviter qu'une personne dangereuse s'enfuit et soit en mesure de récidiver immédiatement. En fuyant, elle se soustrairait au surplus aux mesures mises en œuvre afin de prévenir une réitération. Notre code pénal a prévu ce cas de figure, puisqu'il empêche de placer dans un établissement ouvert, donc avec des moyens de sécurité

moindres, une personne qualifiée de dangereuse sans une évaluation par une commission spécialisée. Daniel a ainsi été d'emblée placé dans un établissement fermé.

2. 1. 2 *Le déroulement de la peine*

Compte tenu de sa détention avant jugement, Daniel pouvait prétendre à une libération conditionnelle deux ans après le début de l'exécution de sa peine. Or le Tribunal fédéral nous dit que la libération conditionnelle n'est ni un droit ni une faveur, mais une modalité d'exécution de la peine que le condamné ne peut pas accepter ou refuser à sa guise; comme telle elle constitue la règle, de laquelle il ne convient de s'écarter que si de bonnes raisons laissent à penser qu'elle sera inefficace¹⁰. En conséquence, il appartient à l'autorité d'exécution de tout mettre en œuvre afin que cette libération conditionnelle puisse être ordonnée. En particulier, s'agissant d'une personne dangereuse, la réduction du risque qu'elle représente doit être au centre de l'exécution. Que ce but soit finalement atteint ou non, ou que le principal intéressé s'y investisse ou non, est une autre question; ne pas lui donner l'occasion de progresser constituerait indéniablement une négligence de la part des autorités d'exécution.

Pour Daniel, les deux tiers de la peine ont été atteints en automne 2009. La libération conditionnelle de sa peine a été refusée au motif que la progression prévue par le plan d'exécution de sa sanction, notamment une phase de travail externe puis de travail et logement externes, n'avait pas pu être mise en place. Il était nécessaire de passer tout d'abord par une phase de stabilisation afin de prévenir au mieux le risque de récidive. La situation de l'intéressé n'était en effet pas stable en ce qui concernait la dynamique de son ancien couple, dont le divorce était récent, le logement qu'il occuperait à sa libération et sa situation professionnelle.

En été 2010, Daniel a pu bénéficier du régime de travail et logement externes¹¹ en étant engagé en qualité d'aide cuisinier. Peu de temps après le début de ce nouveau régime, un avertissement a été adressé à l'intéressé, l'employeur s'étant plaint d'une baisse de motivation de sa part. Daniel a été mis en garde des conséquences possibles d'une telle

¹⁰ Voir par exemple l'ATF 125 IV 113.

¹¹ Concrètement, ce régime trouve sa place à la fin du régime progressif; il permet à la personne condamnée de travailler normalement et de loger dans son propre appartement, tout en demeurant soumis à l'autorité d'exécution. Il précède donc de très peu la libération conditionnelle.

attitude, notamment un retour en détention ferme. Daniel s'est ressaisi et, globalement, on peut dire que, jusque là, il a rempli tous les objectifs qui lui avaient été assignés.

2. 1. 3 La libération et la dégradation

Au final, la libération conditionnelle a été accordée à Daniel en automne 2010, avec un délai d'épreuve et une assistance de probation durant une année. Des règles de conduite lui ont été imposées, dont l'obligation de poursuivre le suivi thérapeutique, l'interdiction de prendre contact avec les victimes, l'obligation de maintenir une activité professionnelle ou occupationnelle et de mettre en place un suivi visant le soutien à l'abstinence de produits stupéfiants auprès d'une structure spécialisée.

Au printemps 2011, la psychologue de Daniel a fait part d'un comportement déviant que l'intéressé avait eu lors d'un weekend passé au domicile de son ex-épouse. Après avoir consommé des bières et être allé chercher une petite culotte dans une buanderie, l'intéressé s'était masturbé près du berceau du bébé de son ex-femme, en présence du jeune enfant.

Ces faits n'ont pas donné lieu à l'ouverture d'une procédure pénale, mais ce comportement a naturellement suscité l'inquiétude de l'autorité d'exécution. La psychologue a indiqué que Daniel s'investissait dans son traitement et parvenait à dévoiler des aspects intimes de sa personnalité, ne banalisant pas ses délits et en reconnaissant le caractère illicite. Il parvenait à identifier les situations à risque et à développer des stratégies comportementales alternatives, mais l'efficacité du traitement et l'appréciation des situations à risque semblaient diminuer brusquement, voire s'interrompre totalement en cas de consommation d'alcool, situation où Daniel n'a plus le filtre cognitif nécessaire pour gérer ses pulsions sexuelles et passe à l'acte si l'occasion se présente. L'autorité de probation a relevé que l'intéressé respectait le cadre inhérent à sa libération conditionnelle et que suite aux événements précités, des contrôles inopinés en lien avec sa consommation d'alcool avaient à nouveau été mis en place. L'intéressé a quant à lui admis les faits, ces envies sexuelles étant en lien avec la présence du bébé. Il a ajouté être conscient de la fragilité de sa situation.

Une décision de modification des règles de conduite a été rendue, en y ajoutant l'interdiction de demeurer à proximité d'enfant pré-pubère sans la présence d'une tierce personne adulte et les obligations de mettre en place un suivi visant le soutien à l'abstinence de produits stupéfiants et d'alcool.

En parallèle, l'autorité civile a exigé que les visites de Daniel à ses deux fils soient limitées et s'organisent par l'intermédiaire d'un tiers. L'intéressé l'a mal accepté, expliquant que ses enfants étaient tout pour lui.

En automne 2011, le patron de Daniel a informé que celui-ci était très irrégulier au travail et sur le point de se faire licencier. L'employeur lui a demandé une meilleure collaboration. L'agente de probation a quant à elle fait part de son inquiétude quant à la situation fragile de l'intéressé qui continuait à fumer du cannabis, souffrait d'une bronchite chronique qui ne guérissait pas, de problèmes de reins et d'une hépatite, ces ennuis de santé ayant comme effet une grande fatigue qui l'empêchait de se rendre au travail à l'heure tout en l'atteignant également sur le plan psychologique. Au surplus, le fait de ne plus pouvoir voir ses enfants de manière libre semblait avoir des conséquences sur son moral. En ce qui concerne son travail, l'intéressé disait rencontrer des problèmes avec ses collègues et se sentir visés par eux.

2. 1. 4 Les moyens d'agir (ou non)

On se retrouve donc avec une personne dont on sait qu'elle pourrait récidiver dans des situations de déséquilibre... et qui se trouve précisément dans une telle situation après sa libération. A priori, dans la mesure où il s'agit d'une situation de droit pénal et de faits graves impliquant de très jeunes enfants, la société paraît en droit d'attendre la meilleure prévention possible de toute récidive.

Or les outils mis à disposition par la loi pénale sont très limités, pour ne pas dire restrictifs. Examinons ce qui peut, dès lors, être fait dans un tel cas de figure, qui n'est pas isolé : la pratique des autorités d'exécution compte en effet nombre de cas où la fragilité persistante de situations personnelles a un lien avec le risque de commission de nouvelles infractions – les personnes toxicomanes en sont sans doute l'exemple le plus parlant.

– *Modifier les règles de conduite assortissant la libération conditionnelle.* C'est une option qui paraît évidente compte tenu de l'évolution de cette situation. Néanmoins, le code pénal prévoit que l'on ne peut agir de la sorte que si le condamné se *soustrait à l'assistance de probation*, s'il *viole les règles de conduite* ou si *l'assistance de probation ou les règles de conduite ne peuvent plus être exécutées ou ne sont plus nécessaires* (article 95, alinéas 3 et 5 du code pénal). Or en l'espèce ce n'est pas le cas. Ainsi, la décision dont on a parlé plus

haut pourrait bien être illégale, même si compte tenu des circonstances chacun admettra sans doute qu'elle était pleine de bon sens et à même de préserver la sécurité publique.

- *Prolonger l'assistance de probation et/ou les règles de conduite.* Cette possibilité est prévue à l'article 87, alinéa 3, du code pénal. Elle est toutefois très restrictive, puisqu'il faut que la libération conditionnelle ait été octroyée pour une peine privative de liberté infligée en raison d'une infraction grave et que cette mesure soit nécessaire pour prévenir de nouvelles infractions du même genre. Le démontrer est souvent très délicat : on se situe en effet plus souvent dans le registre de la boule de cristal que de la prévision forensique. Dans le cas de Daniel, ces conditions sont toutefois apparues réunies, de sorte que le juge a prolongé le suivi. Néanmoins, la dernière phrase de cette disposition légale est très critiquable sous l'angle de la sécurité publique¹² : elle prévoit que dans un tel cas, la réintégration dans l'exécution de la peine en cas de crainte sérieuse que le condamné ne récidive n'est plus possible. Dit plus concrètement : la menace, l'"épée de Damoclès", disparaît dès l'instant où le délai d'épreuve d'une libération conditionnelle est prolongé en raison du risque que présente encore la personne condamnée. Il s'agit d'une disposition que l'on se permettra de qualifier d'insensée.
- Qu'en est-il enfin de la *réintégration pure et simple dans l'exécution de la peine* ? Le cas de José nous permettra de constater qu'elle ne va pas de soi.

2.2 José

José a été condamné en 1997 à vingt ans de réclusion notamment pour assassinat et actes d'ordre sexuel avec des enfants. Aucun traitement particulier n'a été préconisé ou mis en œuvre. L'exécution de sa peine s'est déroulée relativement bien, en fonction des fluctuations de cette personnalité difficile.

¹² Art. 87 al. 3 CP : Si la libération conditionnelle a été octroyée pour une peine privative de liberté qui avait été infligée en raison d'une infraction visée à l'art. 64, al. 1, et qu'à expiration du délai d'épreuve, il paraisse nécessaire de prolonger l'assistance de probation ou les règles de conduite pour prévenir de nouvelles infractions du même genre, le juge peut, à la requête de l'autorité d'exécution, prolonger l'assistance de probation ou les règles de conduite de un à cinq ans à chaque fois, ou ordonner de nouvelles règles de conduite pour cette période. *Dans ce cas, la réintégration dans l'exécution de la peine selon l'art. 95, al. 5, n'est pas possible.*

Fin 2006, José remplit les conditions d'une libération conditionnelle qu'il obtient subordonnée à une assistance de probation et à diverses règles de conduite, dont l'obligation de résider dans un foyer adapté. Cette phase se déroule à l'image de sa détention : il s'inscrit régulièrement en opposition des personnes et des instances qui l'encadrent, tentant de contourner toutes les limites qui lui sont mises. Il respecte néanmoins, certes à la limite, le cadre inhérent à sa libération conditionnelle.

Début 2008, il demande la possibilité de résider hors d'un foyer, donc que la règle de conduite en question soit levée. Compte tenu de son parcours, de sa personnalité et des infractions qui lui ont été reprochées, une expertise psychiatrique est requise.

Au terme d'un travail très fouillé, l'expert conclut que le foyer est insuffisant pour encadrer l'asocialité de José et que seul un internement est suffisant. L'expert – expérimenté – se dit même très inquiet d'une récurrence grave à très brève échéance.

Or, si un tel risque est identifié lors d'une libération conditionnelle, les exigences de la loi pour réintégrer une personne sont très élevées : pour rappel, il faut qu'elle se soustraie à l'assistance de probation, qu'elle viole les règles de conduite ou que l'assistance de probation ou les règles de conduite ne puissent plus être exécutées ou ne soient plus nécessaires. Alors il est possible de prolonger le délai d'épreuve jusqu'à concurrence de la moitié de sa durée, de lever l'assistance de probation ou en ordonner une nouvelle, de modifier les règles de conduite, les révoquer ou en imposer de nouvelles ou encore d'ordonner la réintégration dans l'exécution de la peine ou de la mesure *s'il est sérieusement à craindre que le condamné ne commette de nouvelles infractions*.

Les limites ici rencontrées sont de deux types :

- La réintégration suppose une violation des règles de conduite, ce qui n'a jamais été le cas. On se trouve en effet dans la situation où un risque a augmenté après la libération, voire été sous-estimé par le passé, mais sans que l'on puisse en faire grief à la personne concernée. La réintégration est donc exclue.
- Le risque identifié par l'expert est important et immédiat. Il aurait sans doute justifié une restriction immédiate de la liberté, au moins avant qu'une autorité de contrôle de la détention ne se prononce. Or rien n'existe en ce sens dans l'arsenal législatif¹³.

¹³ L'article 440 du code de procédure pénale, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, permettrait-il d'y faire face ? On en doute, puisque l'objectif poursuivi ici n'est pas de "garantir l'exécution d'une peine", comme le prévoit cette disposition.

José est donc resté dans son foyer jusqu'au terme de son délai d'épreuve, manifestement (et heureusement) sans incident.

2.3 Guy

Guy a été condamné en 2006 pour tentative de lésions corporelles graves et violence contre les autorités à 16 mois d'emprisonnement, sous déduction de 400 jours de détention préventive, suspendue au profit d'un internement qui se poursuit toujours selon l'article 64 du code pénal.

Il présente des antécédents, puisqu'il a été condamné à deux ans d'emprisonnement pour un viol commis sur mineur en 1995.

Fervent amateur de produits naturels, Guy refuse absolument toute médication. Une partie de la détention avant jugement s'est effectuée en hôpital psychiatrique dans un contexte que le chef de clinique a décrit comme douloureux tant pour l'intéressé que pour l'équipe médicale, Guy s'étant montré particulièrement menaçant envers les médecins et le personnel soignant.

La façon dont il se comporte en détention est parfois aussi loufoque qu'attristante : il ne supporte pas le bruit alors que c'est souvent lui qui en fait le plus, il ne veut sortir en promenade que si les heures sont compatibles avec son biorythme, soit parfois au milieu de la nuit, il veut démontrer à qui veut l'entendre que la psychiatrie détruit les hommes et exclut donc de rencontrer un psychiatre, il refuse obstinément d'accéder à un secteur carcéral qui lui soit plus favorable ou il veut cultiver ses légumes selon ses propres règles biodynamiques¹⁴. Ce type de personnalité est évidemment extrêmement difficile à gérer dans un monde pénitentiaire. Toutefois, s'il est parfois très revendicateur, rarement injurieux, et qu'il pousse résolument le personnel qui l'encadre à ses limites, jamais il ne se montre violent dans le contexte carcéral. Ses excès ont néanmoins nécessité son placement en régime d'isolement cellulaire durant plus de dix-huit mois, ce qui est énorme.

Les expertises psychiatriques, dont les conclusions concordent, posent un diagnostic de troubles psychotiques sévères de la personnalité, qualifient d'élevé le risque d'actes asociaux, y compris violents, et estiment que Guy est inaccessible à une thérapie.

¹⁴ Ce qui est potentiellement assez délicat à mettre en œuvre dans un univers carcéral sécurisé...

Ce dernier aspect est déterminant dans sa situation : l'internement n'est en effet pas applicable aux auteurs qui nécessitent un traitement et qui sont susceptibles d'être traités¹⁵. C'est donc parce que Guy ne peut bénéficier d'aucun traitement et que le risque de commettre des actes violents est qualifié d'élevé qu'il est interné.

Cette situation, à l'inverse des deux précédentes, questionne la capacité du droit pénal à prévenir la commission d'infractions graves dans le respect du principe de proportionnalité et, donc, en n'ordonnant que des mesures qui sont strictement nécessaires pour maintenir l'ordre public. Légalement, la durée d'une mesure n'est pas liée à celle de la peine prononcée simultanément, mais à la diminution du risque de récidive dans une mesure telle qu'on peut permettre à la personne condamnée de faire ses preuves en liberté. Il n'en demeure pas moins : est-il admissible de maintenir Guy enfermé durant plus de six ans, dans un établissement fermé, pour des faits qui ont été sanctionnés de 16 mois d'emprisonnement ? Et est-ce le rôle du droit pénal d'enfermer, purement et simplement, une personne en regard de l'*hypothétique risque* qu'elle présente ?

3. L'application des sanctions pénales et les risques

On peut ainsi se livrer à deux constats.

- A vouloir se protéger, la société engendre des Guy. En s'accommodant sans doute assez bien du fait qu'il en soit mis à ban, elle les pousse en parallèle à l'échec dans un système qui leur ôte toute perspective de la rejoindre un jour. C'est humainement questionnable.
- A vouloir se soucier du respect des droits humains, et en particulier du droit fondamental à la liberté, la société n'est plus en mesure d'agir lorsqu'un José présente un risque pour ses pairs.

Il n'est bien sûr pas question d'inscrire en opposition le besoin de sécurité d'une collectivité et le respect par elle des droits élémentaires de ses membres : tous deux sont légitimes et cohabitent du reste dans la loi. C'est plutôt sur la manière dont le droit pénal actuel résout cette dualité que l'on se propose de poser six constats, à la lumière du cadre théorique et des trois exemples exposés plus haut.

¹⁵ QUELOZ Nicolas & BROSSARD Raphaël, "Commentaire romand - Code pénal", vol. I, n° 9 ad art. 64 CP.

3.1 Le droit d'exécution est contradictoire

Le droit d'exécution est un brillant élève, étanche à toute critique : humain et sûr à la fois ! Mais il est aussi rempli de contradictions intrinsèques : comment donc protéger la société aussi longtemps qu'un risque perdure et, tout à la fois, combattre les effets nocifs de la privation de liberté ? Et comment resocialiser des criminels dans notre société et, en parallèle, garantir qu'ils ne récidiveront pas ? Ce sont naturellement des objectifs antinomiques et, si l'on peut comprendre la logique théorique du code pénal qui exige un régime orienté vers l'extérieur aussi longtemps qu'un risque peut être écarté, sa mise en pratique ne va bien sûr pas sans causer de tracas aux autorités, ne serait-ce que pour définir ce risque et parvenir à l'évaluer de manière précise et exacte.

3.2 On a transformé les effets de la sanction en objectifs

Le code pénal a très bien intégré les *effets* escomptés d'une peine ou d'une mesure en les érigeant en *buts* que les autorités d'exécution doivent atteindre. En particulier, la prévention de la récidive semble avoir fait l'objet de toutes les attentions du législateur. C'est sans doute davantage ambitieux que réaliste; or il paraît hasardeux d'inscrire dans une loi les idéaux que l'on souhaite atteindre. De surcroît, si la pression mise par la loi sur les autorités d'exécution est déjà très forte, elle est encore augmentée par une presse, une opinion publique et un message politique qui tendent vers une gestion "sûre" de l'exécution des sanctions.

3.3 Cette volonté nécessite des moyens

Agir de la sorte nécessite des moyens qui n'existent parfois que dans l'esprit du législateur, que ce soit en temps à disposition, en moyens thérapeutiques, en institutions ou en moyens légaux utilisables. En tout cas, cette volonté appelle une profonde remise en question de la détention et la mise en œuvre de moyens pour améliorer les personnes condamnées¹⁶, mais aussi évaluer leurs progrès et les risques potentiels qu'elles présentent¹⁷.

¹⁶ Voir à ce propos l'exposé exhaustif de BRAEGGER Benjamin F., «Réflexions critiques sur un phénomène à la une de l'actualité : l'exécution moderne des peines en

3.4 Le droit d'exécution agit sur des êtres humains

A tant mettre la sécurité publique en avant on oublie parfois que les personnes condamnées sont aussi des êtres humains, écartés de la société par leurs pairs. Mais ils n'en demeurent pas moins des individus avec leurs particularités, leur culture, leurs valeurs, mais aussi leurs capacités d'évolution et leurs limites. Ce constat - trivial - nous oblige à demeurer humbles et à savoir autant se réjouir d'une resocialisation réussie ou d'une action thérapeutique particulièrement efficace qu'à accepter que l'on échoue aussi parfois, par exemple, à anticiper une récidive. L'humain, fut-il délinquant, n'est pas vraiment prévisible¹⁸, et c'est sans doute mieux ainsi.

3.5 Limiter le risque engendre de faux positifs

A ne plus tolérer la récidive, on accepte d'enfermer des Guy des années pour des actes qui équivalent à quelques mois de prison. Or moins la tolérance à la récidive est grande, plus on court le risque de maintenir enfermé des personnes qui, en fait, ne récidiveraient pas si elles étaient libérées. Tout est alors question d'appréciation de ce risque.

L'évaluation du risque de commission de nouvelles infractions en Suisse est néanmoins perverse : sous couvert de la multidisciplinarité voulue par le code pénal avec ses experts indépendants, ses commissions spécialisées et ses instances décisionnelles distinctes, il les rend en fait totalement interdépendants : quel expert tranchera définitivement la question, alors qu'une marge d'erreur assortit *toujours* ses prévisions et que le rôle décisionnel appartient à un tiers ? Quelle commission d'évaluation du risque osera se détourner d'un pronostic plutôt défavorable, alors que la raison même de son existence est de limiter le risque pour la collectivité ? Quelle autorité se détournera des conclusions

Suisse», *Druck des Öffentlichkeit auf die Gefängnisse: Sicherheit um jeden Preis? – Pressions publiques sur les prisons : la sécurité à tout prix?*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2011, p. 73-87.

¹⁷ Au gré des disparités cantonales inhérentes au fédéralisme, certains cantons sont bien plus en avance sur ce terrain que d'autres.

¹⁸ On parvient, après des siècles de recherche et avec des moyens scientifiques de pointe, à prévoir avec une fiabilité de l'ordre de 85% le temps qu'il fera demain, puis avec un taux moindre la météo des jours suivants. Peut-on vraiment avoir la prétention de prédire avec certitude un comportement humain à une année ou plus ?

d'une expertise ou du préavis d'une commission d'experts alors que ces éléments revêtent un caractère prépondérant dans l'appréciation ? Et enfin, dans un climat sociétal d'intolérance à la récidive, n'est-il pas logique que le curseur se place naturellement davantage vers le "risque zéro" que vers le "traitement humain de ses pairs" ?

Si on pousse cette logique à l'extrême, on peut se rappeler que les criminologues décrivent depuis des dizaines d'années le profil type des personnes qui commettent des infractions; ainsi donc, ne faudrait-il pas enfermer préventivement tous les hommes de moins de 25 ans vivant en ville, histoire de limiter la délinquance ? Ou tous les schizophrènes dont le traitement n'aboutit pas à une stabilisation parfaite ? Ce sont naturellement des hypothèses qui font frémir, mais des Guy nous rappellent qu'à force de mesures successives en vue de restreindre le risque au moyen du droit pénal, on s'en approche dangereusement.

Le risque fait, tout simplement, partie du système. Le limiter est difficile mais raisonnable; l'éradiquer est utopique et dangereux.

3.6 On confond récidive et criminalité

Une très forte emphase est mise sur la prévention de la récidive, mais nul ne semble se soucier de la délinquance primaire, au delà de la prévention générale. N'est-il pas un peu agaçant de focaliser autant sur la prévention de la récidive, qui touche finalement un nombre très limité de cas, et bien moins sur la simple commission d'infractions ?

4. Conclusion

Ces quelques observations doivent-elles faire conclure que notre système pénal est inhumain et inefficace, en dépit des promesses de la loi ? Non, bien sûr.

D'abord parce qu'il offre une action de prévention générale exemplaire : l'exécution des peines et des mesures en Suisse fonctionne, et on peut même dire qu'elle fonctionne plutôt bien. C'est un milieu qui s'est beaucoup professionnalisé ces dernières années, qui cherche à accomplir sa mission dans le respect de l'individu privé de liberté tout en tenant compte du besoin de protection de la collectivité, aussi antinomiques que ces missions puissent être. Si les ressources sont encore

loin de celles dont on aurait vraiment besoin, la Suisse n'a pas à pâlir face à nombre de ses voisins.

Par contre, il est prétentieux d'ériger le droit pénal en "Gaal de la sécurité publique". C'est là une mission qui ne lui sied pas vraiment, comme les trois cas décrits dans cet article l'illustrent. Le droit pénal a pour première vocation de punir et, sans entrer ici dans le débat polémique de la durée idéale d'une peine, on peut considérer qu'il le fait de manière assez juste : en particulier, il met à profit la durée de la privation de liberté pour tenter de limiter la récidive.

Mais protéger la société de la criminalité est à l'évidence un domaine à part entière. Il aurait davantage sa place dans un droit dédié, sans doute administratif, qui pourrait prévoir des mesures telles que des prises en charge très spécifiques ou des enfermements, des *réentions de sûreté* du type de notre internement en raison du seul risque que fait courir une personne et indépendamment des actes commis jusqu'alors ou de son parcours dans un système d'exécution progressif¹⁹. On pourrait ainsi enfermer des *pré-criminels*²⁰.

Reste encore à se persuader que c'est bien dans une société dotée d'un tel instrument que l'on souhaite vivre.

¹⁹ A contrario, on rappellera que la Cour européenne des droits de l'homme qualifie bien ce type de détention de *peine* au sens de l'art. 7 al. 1 CEDH en constatant son caractère punitif lorsqu'exécutée dans l'aile d'une prison, allant même jusqu'à la qualifier de "punition supplémentaire" (Mücke contre Allemagne, 12 décembre 2009, CEDH).

²⁰ On pense bien sûr à Philip K. Dick qui, dans sa nouvelle *Minority Report* écrite en 1956, décrit la société *Precrime* qui punit les auteurs de crimes qu'ils n'ont pas encore commis.

