

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: 33 (2016)

Artikel: La dangerousité : point de vue d'un juge des mesures de contrainte et de l'application des peines et mesures

Autor: Roten, Christian

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051504>

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>

La dangerosité

Point de vue d'un juge des mesures de contrainte et de l'application des peines et mesures

CHRISTIAN ROTEN, Tribunal des mesures de contrainte et de l'application
des peines et mesures du canton du Valais

Table des matières

Résumé	127
Introduction	128
1. Généralités	130
1.1 La notion de dangerosité	130
1.1.1 L'utilisation des termes « danger », « dangereux » et « dangerosité » dans le CP	130
1.1.2 La dangerosité du point de vue du droit pénal	131
1.1.3 L'évaluation de la dangerosité par le juge	134
1.2 La dangerosité durant le processus pénal	136
1.2.1 Généralités	136
1.2.2 Durant l'instruction	136
1.2.3 Durant le jugement	137
1.2.4 Durant l'exécution de la peine ou de la mesure	138
2. La dangerosité en matière de mesures de contrainte	139
2.1 La détention provisoire	139
2.1.1 La notion	139
2.1.2 Le processus	140
2.2 Le risque de réitération et de passage à l'acte	141
2.2.1 Dangerosité et risque de réitération	141
2.2.2 Dangerosité et risque de passage à l'acte	145
2.3 Les mesures de substitution	146
2.3.1 La notion	147
2.3.2 Dangerosité et mesures de substitution	147
3. La dangerosité en matière d'application des peines et mesures	149
3.1 Le système judiciaire de l'application des peines et mesures	149
3.1.1 Une juridiction spécialisée en la matière : le JAP	149
3.1.2 L'appréciation de la dangerosité	151
3.1.3 Le rôle de la commission pour l'examen de la dangerosité	153
3.2 Dangerosité en milieu fermé et en milieu ouvert	154
3.2.1 En milieu fermé	154
3.2.2 Milieu fermé : le cas particulier de l'internement	157
3.2.3 En milieu ouvert	158
Conclusion	160

Résumé

La notion scientifique de dangerosité est familière aux criminologues. Elle est paradoxalement bien moins connue des juges qui, pourtant, sont finalement responsables de l'appréciation juridique de la dangerosité des délinquants. Or, c'est en fonction de cette appréciation que ceux-ci doivent rendre des décisions capitales en matière pénale (p. ex. détention provisoire, libération conditionnelle, réintégration). Il apparaît dès lors intéressant d'exposer comment un magistrat spécialisé en matière de mesures de contrainte et d'applications des peines et mesures se positionne face au problème de la dangerosité.

Cet exposé vise ainsi à présenter comment la dangerosité est appréhendée et évaluée par le juge. Il s'agit donc de déterminer à quels stades précis du processus pénal (instruction, jugement et exécution) se pose véritablement la question de la dangerosité et quels sont les critères déterminants, à chacun de ces stades, pour apprécier la dangerosité. Laissant volontairement de côté l'aspect dogmatique de la question, l'exposé présente la notion de dangerosité en relation avec l'expérience pragmatique du terrain, le conférencier pouvant se prévaloir d'une dizaine d'années de fonction en qualité de juge de l'application des peines et mesures et de près de cinq ans en qualité de juge des mesures de contrainte.

Introduction

Le but de la présente contribution est d'expliquer à quel stade du processus judiciaire pénal la dangerosité joue un rôle et comment elle est évaluée en pratique par le juge. On s'attachera aussi à montrer les problèmes que celui-ci rencontre en la matière et comment il les résout. Il ne s'agira donc pas d'étudier en détail la notion juridique de dangerosité en en brossant un portrait historique ou en se référant uniquement à la jurisprudence et à la doctrine (juridique ou médicale), toutes deux abondantes en la matière. L'exposé se veut ainsi déconnecté de la théorie pure¹. Il reflète simplement la vision pragmatique du juge du terrain qui ne

¹ Pour une présentation historique succincte de la notion de dangerosité en droit pénal suisse, cf. p.ex. Mélanie MAYOR, *Dangerosité, irresponsabilité, folie : que faire d'un individu dangereux en droit suisse ?*, Jusletter 10 février 2014, pp. 2 à 5. Pour une présentation de la manière d'envisager la dangerosité en droit pénal, cf. André KUHN / Camille PERRIER DEPEURSINGE / Del-

pure¹. Il reflète simplement la vision pragmatique du juge du terrain qui ne trouve bien souvent pas de réponse dans les ouvrages scientifiques aux questions posées par des situations concrètes auxquelles il doit - parfois très rapidement - répondre.

Le point de vue retenu est celui d'un juge spécialisé en la matière, à savoir le juge des mesures de contrainte et de l'application des peines et mesures comme il en existe dans certains cantons romands. Plus particulièrement, l'exposé se réfère à la pratique du Tribunal des mesures de contrainte et de l'application des peines et mesures valaisan (ci-après : TMC/TAPEM), dont les compétences font qu'il rend quasiment toutes les décisions (hormis le jugement) où l'évaluation de la dangerosité joue un rôle central². Ce juge spécialisé n'appartenant pas à la catégorie des magistrats du siège, il ne sera donc pas question de la dangerosité telle qu'envisagée par le juge de la condamnation en vue de prononcer une mesure thérapeutique ou un internement.

Après quelques incontournables généralités (1), on se penchera sur la question de la dangerosité en matière de mesures de contrainte (2) puis en matière d'application des peines et mesures (3).

¹ Pour une présentation historique succincte de la notion de dangerosité en droit pénal suisse, cf. p.ex. Mélanie MAYOR, *Dangerosité, irresponsabilité, folie : que faire d'un individu dangereux en droit suisse ?*, Jusletter 10 février 2014, pp. 2 à 5. Pour une présentation de la manière d'envisager la dangerosité en droit pénal, cf. André KUHN / Camille PERRIER DEPEURSINGE / Delphine BRUN, *Dangerosité, mesures et droit pénal : Un ménage à trois voué au divorce*, RPS 2014 p. 353 ss.

² Les compétences du TMC sont bien évidemment définies dans le CPP (art. 18 al. 1 CPP). Quant aux compétences du TAPPEM, elles sont énumérées à l'art. 5 de la loi cantonale valaisanne d'application du code pénal suisse (= LACP ; RS/VS 311.1). Au sujet des compétences des différents TAPPEM suisses, cf. Christian ROTEN / Baptiste VIREDAZ, *v^o juge de l'application des peines et des mesures*, in : Benjamin Brägger / Joëlle Vuille (édit.), *Lexique pénitentiaire suisse*, à paraître en 2016 aux éditions Helbing & Lichtenhahn.

1. Généralités

Dans un premier temps, il s'agit de parler de la notion de dangerosité (1.1) et de déterminer quand cette notion joue un rôle dans le processus pénal (1.2).

1.1 La notion de dangerosité

1.1.1 L'utilisation des termes « danger », « dangereux » et « dangerosité » dans le CP

Quelques récentes affaires d'homicides ont démontré au grand jour le risque que peuvent faire courir à autrui certains condamnés en exécution de peine ou de mesure³. À la suite de ces affaires, le public a souvent critiqué avec virulence le système pénal, insistant lourdement sur la nécessité de revoir le processus de prise en charge des condamnés qui représentent un « danger », qui sont considérés comme « dangereux » ou dont la « dangerosité » est avérée. C'est oublier que le CP fixe cependant avec toute la précision requise les principes de prise en charge de ces condamnés. Pourtant, à y regarder de plus près, le CP n'utilise que rarement ces termes de « danger », « dangereux » et « dangerosité ».

D'abord, le terme « dangerosité » n'est utilisé qu'à une seule occasion, en relation avec l'internement à vie au sens de l'art. 64 al. 1^{bis} CP. Ensuite, le CP parle de délinquants « dangereux » non pas dans sa partie générale, mais uniquement dans sa partie spéciale et qu'à deux reprises seulement, en relation avec les formes qualifiées de vol et de brigandage, utilisant à cette occasion la notion de voleur et de brigand « particulièrement dangereux » (art. 139 ch. 3 al. 4 et 140 ch. 3 al. 3 CP). À l'art. 75a al. 1 let. b CP, il prescrit encore de vouer une attention particulière aux délinquants présentant un « caractère dangereux ». Enfin, il fait plus largement référence au « danger » présenté par certains délinquants (art. 56 al. 1 let. a, 62 al. 4, 62a al. 1, 63a al. 3, 64c al. 1 et 4 et 67 al. 6).

Cela étant, il est intéressant de relever que la conception exposée ci-après de la notion de dangerosité du point de vue du droit pénal (cf. *infra*

³ Pour un exposé succinct mais précis de ces affaires, cf. OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), *Rapport du 18 mars 2014 relatif au postulat 11.4072 Amherd du 15 décembre 2011 ; Contrôle de l'exécution des peines et des mesures en Suisse* (consultable sur le site Internet de l'OFJ), pp. 76 à 102.

pt 1.1.2) se fonde sur trois dispositions, à savoir les art. 221 CPP, 64 et 75a CP. Or seule l'une d'entre elles utilise explicitement un terme faisant référence au danger : c'est l'art. 75a al. 1 let. b CP. Ainsi, la dangerosité, dans le CP, n'est pas liée - loin de là - à la seule utilisation des termes « danger », « dangereux » et « dangerosité ».

1.1.2 La dangerosité du point de vue du droit pénal

Le dictionnaire *Le Robert* donne de la dangerosité la définition suivante : « caractère de ce qui présente un risque ; (psychiatrie) état de risque que présente le malade pour les autres personnes ; (criminologie) état de risque de conduite criminelle ». Il s'agit donc d'une triple définition, d'un point de vue psychiatrique, criminologique et enfin profane ou général du terme.

À y regarder de plus près, ce sens profane est finalement très proche de celui que lui donne le juge appelé à s'occuper de délinquants dangereux. Pour le juge est en effet considéré comme dangereux, de manière toute générale, le délinquant qui présente simplement un risque de commettre ou de réitérer des infractions, quelles qu'elles soient. Ce risque n'étant jamais nul, le juge va inévitablement devoir porter une attention plus particulière aux seuls délinquants présentant un risque accru pour la société, à savoir ceux qui sont susceptibles de causer des infractions portant atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui. C'est principalement de cette dangerosité qualifiée dont il va être question dans la présente contribution.

La délimitation du cercle des délinquants présentant une dangerosité accrue et dont le juge doit plus particulièrement s'occuper aux stades de l'instruction et de l'exécution de la peine et/ou de la mesure est ancrée dans la loi. La dangerosité y est en effet définie à deux endroits distincts :

- **Pour la phase de l'instruction** (cf. *infra* pt 1.2.2), la dangerosité est définie à l'art. 221 al. 1 let. c et al. 2 CPP :

Art. 221 Conditions [de la détention provisoire et de la détention pour des motifs de sûreté]

¹ La détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté ne peuvent être ordonnées que lorsque le prévenu est fortement soupçonné d'avoir commis un crime ou un délit et qu'il y a sérieusement lieu de craindre :

[...]

c. qu'il compromette sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes ou des délits graves après avoir déjà commis des infractions du même genre.

² La détention peut être ordonnée s'il y a sérieusement lieu de craindre qu'une personne passe à l'acte après avoir menacé de commettre un crime grave.

Ainsi, pour être qualifié de dangereux, le délinquant (appelé « prévenu » à ce stade du processus pénal) doit remplir trois conditions cumulatives : (1°) être fortement soupçonné d'avoir commis un crime ou un délit, (2°) risquer de compromettre la sécurité d'autrui par de nouveaux crimes ou de nouveaux délits graves et (3°) avoir au minimum deux antécédents en la matière. N'importe quel prévenu est potentiellement dangereux. Il ne sera par contre effectivement considéré comme tel par le juge que si celui-ci arrive à la conclusion que celui-là remplit effectivement intrinsèquement les conditions posées à l'art. 221 CPP. On peut donc parler à ce sujet de dangerosité subjective puisque la reconnaître implique de porter un jugement de valeur sur le prévenu.

Il est intéressant de noter que l'art. 221 al. 1 let. c et al. 2 CPP n'utilise aucunement les termes « danger », « dangereux » ou « dangerosité ». Cette disposition légale vise pourtant clairement les détenus qui représentent un danger pour la société.

- **Pour la phase de l'exécution des peines** (cf. *infra* pt 1.2.4), la dangerosité est définie à l'art. 75a al. 3 CP e.r. avec l'art. 64 al. 1 CP :

Titre 4 Exécution des peines privatives de liberté et des mesures entraînant une privation de liberté

Art. 75a [note marginale : Mesures particulières de sécurité]

¹ La commission visée à l'art. 62d, al. 2, apprécie, lorsqu'il est question d'un placement dans un établissement d'exécution des peines ouvert ou de l'octroi d'allègements dans l'exécution, le caractère dangereux du détenu pour la collectivité si les conditions suivantes sont remplies:

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

[...]

³ Le caractère dangereux du détenu pour la collectivité est admis s'il y a lieu de craindre que le détenu ne s'enfuit et ne commette une autre infraction par laquelle il porterait gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui.

Art. 64 [note marginale : Internement / Conditions et exécution]

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, une mise en danger de la vie d'autrui, ou une autre infraction passible d'une peine privative de liberté maximale de cinq ans au moins, par laquelle il a porté ou voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui 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.

Pour être qualifié de dangereux, le délinquant (appelé « condamné » à ce stade du processus pénal) doit donc remplir trois conditions cumulatives : (1^o) avoir commis une infraction au sens de l'art. 64 al. 1 CP, (2^o) présenter un risque de fuite et (3^o) présenter le risque de commettre une infraction pouvant gravement porter atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui. Ainsi, un condamné est dans un premier temps considéré comme objectivement dangereux du simple fait d'avoir été condamné pour une infraction visée à l'art. 64 al. 1 CP. Il ne sera par contre considéré comme subjectivement dangereux par le juge que si celui-ci arrive à la conclusion qu'il remplit effectivement intrinsèquement les conditions posées à l'art. 75a al. 3 CP, ce qui nécessite de poser un jugement de valeur à son égard.

La distinction dangerosité objective / dangerosité subjective ne revêt en pratique guère de portée dans la mesure où les condamnés dangereux, qu'ils le soient seulement objectivement ou aussi subjectivement, font l'objet d'une attention particulière de la part du législateur (cf. *infra* pt 3.1.2). En effet, vu la gravité des infractions commises, ces condamnés doivent être suivis de façon plus serrée que les autres.

En résumé et si l'on mêle les aspects de ces deux définitions, la dangerosité au sens pénal s'entend du risque de commettre une infraction compromettant sérieusement la sécurité d'autrui, d'un point de vue physique, psychique ou sexuel. Si la dangerosité est admise, cela a des conséquences pour le délinquant, comme par exemple la détention provisoire, l'assu-

jettissement à des mesures thérapeutiques institutionnelles (ci-après : MTI) ou ambulatoires ou le refus de la libération conditionnelle.

Il est enfin nécessaire de souligner que les délinquants considérés comme dangereux au sens développé ci-avant sont somme toute peu nombreux. Les plus dangereux parmi les dangereux représentent un groupe d'environ 800 personnes : ce sont ceux astreints à une MTI au sens de l'art. 59 CP ou à un internement au sens de l'art. 64 CP. Ce nombre, s'il peut paraître élevé, doit cependant être mis en perspective avec les 715'000 infractions commises en 2014 et les quelques 110'000 condamnations prononcées chaque année en Suisse⁴.

1.1.3 L'évaluation de la dangerosité par le juge

Les moyens à disposition de la Justice pour éliminer la dangerosité présentée par certains délinquants consistent principalement en des mesures thérapeutiques (MTI [art. 59 à 61 CP] ou traitement ambulatoire [art. 63 CP]) ou d'accompagnement (assistance de probation [art. 93 CP] et règles de conduite [art. 94 CP]). C'est durant l'exécution de ces mesures que doit s'opérer régulièrement une évaluation de la dangerosité du condamné. Suivant le résultat de cette évaluation, le régime de l'exécution va s'assouplir ou se durcir : Une évaluation positive permettra de faire progresser le condamné vers sa resocialisation finale en lui octroyant des allègements de peine ou de mesure. À l'inverse, une évaluation négative nécessitera de conclure à une péjoration de la situation depuis le jugement, avec pour conséquence un resserrement du cadre.

Il appartient en dernier ressort au juge de porter une appréciation définitive concernant la dangerosité présentée par un délinquant et de prendre les mesures nécessaires pour assurer sa resocialisation ou éliminer le potentiel de passage à l'acte qu'il représente. Pour apprécier la dangerosité, le juge dispose en principe de rapports émanant (1°) de psychiatres et de psychologues (qu'ils soient thérapeutes ou experts)⁵, (2°) des personnes

⁴ Pour des chiffres précis en la matière, on consultera avec profit les statistiques compilées par l'Office fédéral de la statistique (OFS). Elles sont consultables sur le site Internet de l'OFS, sous rubrique 19 « Criminalité, droit pénal ». À noter que l'on dénombre chaque année en moyenne, au titre des art. 59 et 64 CP, une centaine d'incarcérations et tout autant de libérations.

⁵ Dans l'idéal, le juge devrait pouvoir se fonder sur l'avis de psychiatres forensiques et de psychologues criminologues. Le manque flagrant de tels spécialistes fait qu'il s'agit cependant là d'un vœu pieux (sur la nécessité d'intervention de tels spécialistes,

qui ont un contact régulier avec le condamné et/ou (3°) d'organes étatiques spécialisés comme la commission pour l'examen de la dangerosité (art. 62d al. 2 CP ; cf. *infra* pt 3.1.3). Le juge se forge donc principalement une opinion par le biais de constatations de tiers, ce qui permet d'affirmer qu'il répond de décisions que d'autres ont dans une large mesure contribué à façonner⁶. Il doit ensuite opérer une synthèse de ces rapports pour rendre sa décision. Il donnera alors plus ou moins de poids à l'un ou l'autre des éléments qui lui sont rapportés en vertu de son pouvoir de libre appréciation des preuves (art. 10 al. 2 CPP)⁷. Ainsi, l'appréciation de la dangerosité dépend finalement d'un jugement largement subjectif, avec pour conséquence que le danger représenté par un délinquant sera apprécié différemment d'un juge à l'autre, suivant sa sensibilité et le contexte social général du lieu et de l'époque dans lesquels il exerce sa charge.

Cela étant, il va de soi qu'au bout du compte le juge porte seul la responsabilité de l'appréciation de la dangerosité⁸.

cf. OFJ [note 3], p. 36 s.). Le fait que le Tribunal fédéral exige désormais que les expertises au sens de l'art. 56 al. 3 CP soient établies sous la direction et la responsabilité de médecins spécialistes en psychiatrie et psychothérapie n'arrange bien évidemment pas les choses (ATF 140 IV 49 ; cf. aussi Marc THOMMEN, *Nur noch Psychiater als Gutachter*, *forum* 2015 p. 14 ss).

⁶ Cf. OFJ (note 3), p. 35.

⁷ Sur les différents éléments qui sont généralement pris en considération dans l'établissement de ce pronostic, cf. OFJ (note 3), p. 31 s.

⁸ On entend ici par « responsabilité » uniquement le fait pour le juge d'assumer seul la charge de rendre une décision en se fondant sur les pièces constituant son dossier. Il ne faut donc pas prendre ce terme dans le sens d'une responsabilité pénale ou civile pour d'éventuelles conséquences de la décision. C'est pourtant malheureusement dans l'air du temps que de tenter d'imputer une telle responsabilité aux autorités (judiciaires ou administratives) chargées d'évaluer la dangerosité des délinquants (cf. p.ex. l'initiative parlementaire Rickli du 4 juin 2013 « Responsabilité en cas de mise en liberté conditionnelle et de décision d'allègement de l'exécution d'une peine » [numéro d'objet *Curia Vista* 13.430] ou l'initiative populaire fédérale « Responsabilité en cas de récidive de la part de délinquants sexuels ou violents » qui a échoué au stade de la récolte des signatures [FF 2015 p. 7042]). Sur les effets néfastes de telles initiatives, cf. Davide CERUTTI / Alex DÉPRAZ, *Responsabilité des autorités compétentes en cas de récidive / Une initiative populaire délétère pour la confiance dans le système judiciaire*, *Justice - Justiz - Giustizia* 2015/1.

1.2 La dangerosité durant le processus pénal

1.2.1 Généralités

Très schématiquement, le processus pénal débute avec la commission d'une infraction et se termine avec l'exécution complète du jugement de condamnation. Ce processus se décompose en trois phases : l'instruction, le jugement et enfin l'exécution du jugement.

Techniquement, on évalue la dangerosité du « prévenu » dans les phases 1 et 2 et celle du « condamné » dans la phase 3. Cette évaluation va s'effectuer dans des perspectives différentes suivant que l'on se trouve à l'une ou l'autre de ces phases. Il va s'agir soit de strictement protéger la société des agissements d'un prévenu présentant un grave potentiel de récidive avant qu'il ne soit jugé (durant la phase 1), soit de protéger la société et de déterminer comment faire baisser le potentiel de récidive du condamné en vue de sa resocialisation (durant les phases 2 et 3).

L'appréciation de la dangerosité est du ressort de différentes autorités judiciaires suivant le stade où elle est effectuée. Durant la phase de l'instruction, elle est de la compétence du Tribunal des mesures de contrainte (ci-après : TMC) et du Ministère public (ci-après : MP) (cf. *infra* pts 1.2.2 et 2.2.1). Durant la phase du jugement, elle est de la compétence du juge du siège (cf. *infra* pt 1.2.3). Enfin, durant la phase de l'exécution du jugement (cf. *infra* pt 3.1), elle est de la compétence soit de l'autorité administrative, soit de l'autorité judiciaire suivant la nature de la décision à rendre.

1.2.2 Durant l'instruction

La première phase du processus pénal correspond à la procédure préliminaire (art. 299 à 327 CPP). Elle regroupe l'investigation policière (art. 306 s. CPP) et l'instruction par le MP (art. 308 à 318 CPP). Elle se termine par la mise en accusation (art. 324 à 327 CPP).

Une première appréciation de la dangerosité est effectuée par le MP au tout début de l'instruction. Le but de cette évaluation est de déterminer s'il est nécessaire de prendre des mesures de contrainte à l'égard du prévenu dans un but de prévention spéciale, pour éviter la récidive en attendant le jugement. Cette évaluation est en principe effectuée uniquement si l'infraction commise est grave et donc qu'une éventuelle récidive aurait

des conséquences sérieuses sur la sécurité d'autrui⁹. C'est là le premier critère pris en compte pour juger de la dangerosité. En effet, si l'infraction n'est pas grave et si la récidive ne portera pas fondamentalement atteinte à la sécurité d'autrui, apprécier la dangerosité du prévenu n'est pas nécessaire car il n'est alors légalement pas possible d'ordonner des mesures de contrainte (art. 197 al. 1 let. d CPP).

Sur la base de cette première appréciation, le MP va décider ou non de saisir le TMC, seul compétent pour ordonner les mesures de contrainte les plus incisives, à savoir celles portant sur la privation de liberté ou la restriction de la liberté du prévenu. Le TMC va alors procéder à son tour à une appréciation de la dangerosité du prévenu. Son appréciation est finalement décisive puisque c'est lui qui ordonne les mesures de nature à éliminer le risque de récidive (art. 221 et 237 ss CPP).

1.2.3 Durant le jugement

Par jugement, on entend techniquement la procédure de première instance (art. 328 à 351 CPP), la procédure d'appel cantonale (art. 398 à 409 CPP) et la procédure de recours fédérale (art. 78 ss LTF). Toutes ces phases aboutissent à un jugement dans lequel la dangerosité du prévenu est examinée aux fins de déterminer quelles mesures doivent être prises en vue d'éviter le risque de récidive et de favoriser au mieux la resocialisation. Dans la suite de cette contribution, il ne sera pas question de l'évaluation de la dangerosité durant cette phase du processus pénal puisqu'on s'est volontairement limité à envisager la notion de dangerosité du seul point de vue d'un juge TMC/TAPEM qui, lui, n'intervient pas pendant le procès pénal.

Il est simplement mentionné que, dans l'appréciation de la dangerosité, le juge du siège se fonde principalement sinon exclusivement sur l'expertise pénale du prévenu. Dans les grandes lignes, l'expertise doit déterminer la vraisemblance que l'auteur commette de nouvelles infractions, la nécessité d'une mesure et les chances de succès d'un traitement

⁹ On doit cependant réserver le cas de l'examen de la récidive d'actes objectivement moins graves (p.ex. des vols) mais dont la réitération continue aurait pour conséquence une prolongation de l'instruction et donc une mise à mal du principe de célérité (art. 5 CPP ; cf. Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 p. 1210). En pareille situation, des mesures de contrainte pour stopper la réitération peuvent selon nous aussi être ordonnées, indépendamment de la dangerosité du prévenu.

(art. 56 al. 3 let. a et b CP). C'est donc ce document qui permettra de décider ou non d'une mesure thérapeutique ou d'accompagnement concernant un condamné dangereux. Cette expertise de même que les considérants du jugement concernant la dangerosité et les mesures à prendre pour la juguler sont d'une importance capitale pour les autorités judiciaires et administratives qui auront à exécuter le jugement. En effet, de l'appréciation faite alors de la dangerosité va découler le cadre initial imposé au condamné durant l'exécution de sa peine¹⁰.

1.2.4 Durant l'exécution de la peine ou de la mesure

Cette phase du processus pénal débute à l'entrée en force du jugement et se termine avec l'exécution complète de la peine, en particulier avec la libération définitive ou la levée d'une éventuelle MTI (art. 62 et 62c CP) ou d'un internement (art. 64a CP) ou la levée d'un éventuel traitement ambulatoire (art. 63a CP). Compte tenu de l'indétermination de la durée des mesures imposées aux condamnés dangereux, cette phase peut durer très longtemps (plusieurs années en moyenne).

L'évaluation de la dangerosité joue dans cette phase une importance capitale car du résultat de celle-ci dépendent soit les ouvertures du cadre (congés, libération conditionnelle [art. 75a al. 2 CP e.r. avec l'art. 90 al. 4^{bis} CP]), soit les restrictions de celui-ci (réintégration dans l'exécution de la MTI ou de l'internement [art. 62a et 64a al. 3 CP]). C'est ici que se posent les questions les plus délicates en relation avec la dangerosité, dès lors qu'il s'agit bien souvent de décider de libérer des condamnés présentant potentiellement un risque élevé pour la société. Du point de vue des conséquences, il apparaît bien plus facile de décider d'incarcérer un délinquant que de le libérer !

¹⁰ Le fait que le tribunal ne soit pas systématiquement tenu de rédiger un jugement motivé si une MTI au sens de l'art. 59 al. 2 CP ou un traitement ambulatoire au sens de l'art. 63 CP sont prononcés (art. 82 al. 1 let. b CPP) peut poser problème aux autorités d'exécution. En effet, en l'absence de jugement motivé, celles-ci ne disposeront d'aucune explication judiciaire sur la motivation exacte de la mesure imposée. Cela impliquera pour elles la nécessité de consulter le dossier pénal pour chercher la motivation de ces mesures et déterminer au mieux le cadre initial à imposer au condamné.

2. La dangerosité en matière de mesures de contrainte

La première phase du processus pénal où intervient une évaluation de la dangerosité est donc celle de l'instruction, phase durant laquelle peuvent être ordonnées des mesures de contrainte à l'encontre du prévenu. Pour éviter la récidive ou le risque de passage à l'acte d'un prévenu dont on soupçonne qu'il est dangereux, deux mesures de contrainte principales entrent en ligne de compte : la détention provisoire et les mesures de substitution. On étudiera d'abord l'institution de la détention provisoire (2.1) pour parler ensuite du risque de réitération et de passage à l'acte (2.2). On terminera par présenter la notion de mesures de substitution (2.3).

2.1 La détention provisoire

2.1.1 La notion

La détention avant jugement s'entend de toute détention ordonnée au cours d'un procès pénal pour les besoins de l'instruction, pour des motifs de sûreté ou en vue de l'extradition (art. 110 al. 7 CP). Selon la nomenclature adoptée par le CPP, la détention ordonnée pour les besoins de l'instruction s'appelle techniquement la détention provisoire (art. 220 à 228 CPP).

La détention provisoire peut se définir comme étant la détention ordonnée durant la phase de la procédure préliminaire à l'encontre d'une personne fortement soupçonnée d'avoir commis des crimes ou des délits, en vue de garantir le bon déroulement du procès par l'élimination des risques de fuite, de collusion, de réitération ou de passage à l'acte. Atteinte très grave à la liberté personnelle (art. 10 al. 1 Cst. et 2 CEDH), elle constitue l'exception (art. 212 al. 1 CPP) et ne doit être prononcée que si des mesures de substitution ne permettent pas d'atteindre le même but (art. 237 al. 1 CPP).

La détention provisoire sert à éviter les trois risques classiques de nature à compromettre le bon déroulement de l'instruction, à savoir la fuite, la collusion et la réitération ; elle sert aussi à éviter le risque de passage à

l'acte¹¹. Les risques de réitération et de passage à l'acte seront envisagés en détail ci-après (cf. *infra* pts 2.2.1 et 2.2.2). Il convient par contre de définir brièvement et dans un souci d'exhaustivité les deux autres risques qui, eux, n'ont rien à voir avec la dangerosité. On est en présence d'un risque de fuite (art. 221 al. 1 let. a CPP) s'il apparaît que le prévenu va tenter de se soustraire au procès ou à l'exécution de sa peine en fuyant à l'étranger ou en entrant en clandestinité. On est en présence d'un risque de collusion (art. 221 al. 1 let. b CPP) s'il apparaît que le prévenu va tenter de compliquer l'instruction en faisant disparaître des moyens de preuve ou en exerçant une influence sur des tiers.

2.1.2 Le processus

La détention provisoire initiale est ordonnée par le TMC, sur proposition du MP (art. 224 al. 2 CPP), à l'issue d'une procédure très brève. De l'arrestation du prévenu à la décision du TMC, il doit se passer 96 heures au maximum¹². Le MP dispose de 48 heures depuis l'arrestation pour transmettre une éventuelle demande de détention provisoire au TMC (art. 224 al. 2 CPP). Durant ce très court laps de temps, le MP et la police devront réunir le maximum d'éléments à même de convaincre le TMC de la nécessité de prononcer la détention provisoire. Une fois nanti de la demande du MP, le TMC doit quant à lui statuer dans les 48 heures (art. 226 al. 1 CPP), en principe après avoir entendu le prévenu au cours d'une audience (art. 225 al. 1 CPP). Les possibilités d'instruction par le TMC sont très limitées. Il ne peut que recueillir les preuves immédiatement disponibles susceptibles de confirmer ou d'écarter les soupçons et les motifs de détention (art. 225 al. 4 CPP).

Le TMC fixe une durée de trois mois au maximum pour la détention (art. 226 al. 4 let. a CPP e.r. avec l'art. 227 al. 1 CPP). Si, à l'issue de cette durée, le MP estime nécessaire de continuer à neutraliser le prévenu, il doit formuler une demande de prolongation de la détention provisoire au

¹¹ Sur ces risques, cf. p.ex. Marc FORSTER, art. 221 CCP n° 4 ss, in : Marcel Alexander Niggli / Marianne Heer / Hans Wiprächtiger (édit.), *Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung*, BaKomm. StPO/JStPO vol. 2, 2^e éd., Bâle 2014 ; Alexis SCHMOCKER, art. 221 CPP n° 11 ss, in : André Kuhn / Yvan Jeanneret (édit.), *Code de procédure pénale suisse*, CoRo CPP, Bâle 2011.

¹² Dans les cas normaux, la durée totale de la procédure doit tomber largement au-dessous de ce délai maximum fixé par la loi, celui-ci ne pouvant être épuisé que dans des cas exceptionnels et objectivement fondés (ATF 137 IV 118 consid. 2.1).

TMC (art. 227 CPP). Le TMC statue alors sur la base du dossier transmis par le MP, dossier qui se sera étoffé par rapport à celui qui lui avait été transmis lors de la demande de placement en détention initiale. Quant à lui, le prévenu dispose bien évidemment toujours de la possibilité de demander sa libération au MP qui saisira le TMC s'il n'entend pas donner suite favorable à la demande (art. 228 al. 1 et 2 CPP).

Une fois l'instruction terminée, le prévenu est mis en accusation (art. 324 ss CPP). S'il entend maintenir le prévenu en détention, le MP doit alors formuler au TMC une demande de mise en détention pour motifs de sûreté (art. 229 CPP). Cette détention peut se prolonger jusqu'au début de l'exécution de la peine (art. 231 al. 1 let. a CPP). Les conditions mises au prononcé de la détention pour motifs de sûreté sont les mêmes que pour la détention provisoire (art. 221 al. 1 CPP). Par contre, la procédure est particulière et les autorités compétentes sont multiples. Ce n'est cependant pas le lieu de l'exposer ici puisque la phase du jugement ne retient pas notre attention.

2.2 Le risque de réitération et de passage à l'acte

La détention provisoire sert notamment à éliminer le risque de réitération et de passage à l'acte. La question de la dangerosité se pose de façon particulière en relation avec ces deux risques¹³.

2.2.1 Dangerosité et risque de réitération

Le risque de réitération s'entend du risque de compromettre sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes ou des délits graves après avoir déjà commis des infractions du même genre (art. 221 al. 1 let. c CPP et 5 al. 1 let. c CEDH). La détention provisoire ordonnée pour contrer ce risque est donc une mesure de police préventive dictée par des impératifs de sécurité¹⁴.

Pour que ce risque soit retenu, il faut d'abord que le prévenu ait au minimum deux antécédents d'infractions du même genre que celles dont

¹³ Sur la notion de dangerosité en relation avec l'art. 221 CPP, cf. p.ex. Ulrich WEDER, *Die gefährliche beschuldigte Person und die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr*, RPS 2014 p. 367 ss.

¹⁴ Cf. Message (note 9), p. 1210.

on redoute la réitération (p.ex. des infractions contre le patrimoine [art. 137 à 172^{ter} CP])¹⁵. La jurisprudence a cependant indiqué que dans les cas de délinquance la plus grave (p.ex. des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle [art. 111 ss CP] ou des infractions contre l'intégrité sexuelle [art. 187 ss CP]), la détention provisoire peut se justifier même en l'absence de tout antécédent¹⁶. Il faut ensuite que le prévenu compromette sérieusement la sécurité d'autrui par des crimes, quels qu'ils soient, ou des délits mais seulement les délits les plus graves¹⁷. C'est ici pour la première fois que la dangerosité présentée par un délinquant est évaluée. Il convient de déterminer si celui-ci est dangereux en ce sens qu'il risque de récidiver au moyen de crimes ou de délits graves avant qu'il ne soit jugé.

Dans l'esprit du public, l'appréciation de la dangerosité doit nécessairement faire l'objet d'un examen soigneux, au terme d'une instruction complète. Ce n'est pourtant et de loin pas le cas ici. En effet, compte tenu des délais très courts imposés par le CPP pour la procédure de placement en détention provisoire (*pro memoria* : 96 h [*supra* pt 2.1.2]), une instruction complète sur la question de la dangerosité est impossible à la suite d'un flagrant délit de crime ou de délit grave. Bien au contraire, l'appréciation de la dangerosité ne peut alors se faire que de façon sommaire.

Le MP ne dispose que de 48 heures pour récolter le maximum d'informations sur le prévenu (art. 224 al. 1 i.f. CPP) pour nantir le TMC du dossier le plus complet possible afin que celui-ci puisse rendre une décision en étant informé au mieux. Pour établir si risque de réitération il y a, le MP va devoir obtenir des éléments sur la situation personnelle du prévenu. Les renseignements qu'il sera toujours possible d'obtenir rapidement sont les données concernant ses antécédents judiciaires, via le casier judiciaire, étant rappelé que la dangerosité, à ce stade, est de par la loi liée essentiellement à l'existence d'antécédents. Il est rare de pouvoir

¹⁵ Il faut donc que l'on soit en présence d'une récidive spécifique, à savoir la réitération d'infractions identiques quant au genre par rapport à celles ayant déjà été commises. Cette notion de récidive spécifique s'oppose à celle de récidive générale, laquelle considère comme réitération la commission de n'importe quelle infraction, quel qu'en soit le genre (sur cette distinction, cf. Martin KILLIAS / Marcelo F. AEBI / André KUHN, *Précis de criminologie*, 3^e éd., Berne 2012, n^o 1109).

¹⁶ ATF 137 IV 13 consid. 4.2 à 4.5. Si l'on s'en tenait à la stricte lettre de la loi, la détention provisoire d'un délinquant tel que le « sadique de Romont » aurait été impossible, dès lors que celui-ci n'avait aucun antécédent en matière d'infractions contre la vie et l'intégrité corporelle.

¹⁷ ATF 137 IV 84 consid. 3.2.

obtenir à bref délai des copies des jugements concernant le prévenu, alors que ceux-ci pourraient permettre d'évaluer la dangerosité avec une précision appréciable. En effet, on y trouverait le résumé d'éventuelles expertises psychiatriques. Les autres éléments qui, par expérience, apparaissent déterminants sont la fragilité psychique du prévenu, ses fréquentations, la nature des infractions commises et les circonstances dans lesquelles elles ont été perpétrées. Des renseignements à ce sujet proviendront essentiellement de l'audition du prévenu ou de tiers qui sont en relation avec lui. Si, à l'issue de ces premières investigations concernant la dangerosité, le MP entrevoit le moindre risque de récurrence d'actes graves, il n'aura d'autre choix que de proposer au TMC d'ordonner la détention provisoire ou des mesures de substitution.

On l'a vu (*supra* pt 2.1.2), une fois saisi, le TMC n'a que des pouvoirs très limités en matière d'instruction, pressé qu'il est de devoir rendre sa décision au plus vite mais impérativement dans les 48 heures après sa saisine. Par expérience, le TMC ne peut que statuer sur la base du dossier ficelé par le MP et sur les déclarations du prévenu en audience. C'est parfois très peu pour décider de priver un prévenu de son droit le plus fondamental, à savoir la liberté, pour la seule raison que l'on redoute, à ce stade sans preuve scientifique, qu'il présente un risque de récurrence.

En l'absence de toute appréciation scientifique de la dangerosité documentée au terme d'une expertise psychiatrique, c'est finalement l'expérience du magistrat du TMC qui va faire le poids. Cette expérience découle certes du traitement de cas similaires mais surtout des enseignements retirés de la lecture de nombreux rapports d'expertises, ce qui permet de tirer des parallèles. L'utilisation grossière des outils d'évaluation de la dangerosité (p.ex. le HCR-20) peut aussi orienter utilement le juge : Il faut bien se rendre compte qu'à ce stade, il n'y a pas d'autre choix que de faire feu de tout bois.

Si, au terme de cette appréciation sommaire de la dangerosité, le juge nourrit un doute sur l'existence ou non du risque de récurrence, il va trancher selon le principe voulant que, en la matière, le doute profite non pas au prévenu mais à la société. La détention provisoire sera alors ordonnée. Au sujet de l'acceptation de ce risque par le juge, on peut relever - sans surprise - que plus les répercussions d'une éventuelle récurrence sur les victimes potentielles apparaissent graves, plus le juge va élever le seuil acceptable de la dangerosité.

Si le TMC prononce la détention provisoire pour risque de récurrence car il nourrit des doutes sur la bonne santé psychique du prévenu, il va en-

joindre (art. 226 al. 4 let. b CPP) le MP - si celui-ci ne l'a pas encore décidé - de faire procéder à l'expertise psychiatrique¹⁸ du prévenu. Il y a doute sur la santé psychique du prévenu lorsque celui-ci a adopté un comportement qui sort clairement de la normalité en ce sens qu'il n'a pas agi comme on aurait été en droit de l'attendre du citoyen moyen¹⁹. Le but de l'expertise est de disposer au plus vite d'un avis scientifique sur la dangerosité. Cela permettra de trancher en pleine connaissance de cause une future prolongation de la détention provisoire (art. 227 CPP). Selon une pratique constante, le prévenu reste en détention jusqu'au dépôt du rapport

¹⁸ Rien ne s'oppose au fait que cette expertise de dangerosité soit effectuée par un psychologue. En effet, la jurisprudence du Tribunal fédéral citée ci-avant (note 5) ne s'applique pas s'il s'agit seulement d'apprécier le risque de récidive présenté par un prévenu au stade de la détention provisoire. Cependant, l'expérience démontre que l'expertise demandée à ce stade de la procédure a pour but non seulement de se prononcer sur le risque de récidive mais aussi sur les mesures à mettre en œuvre pour le juguler. Cette expertise sera ainsi finalement celle qui servira au juge du siège pour décider ou non de l'assujettissement à une mesure thérapeutique. Or cette expertise doit nécessairement être réalisée sous la supervision d'un médecin spécialiste en psychiatrie et psychothérapie. Par conséquent, le MP désignera toujours un tel spécialiste en qualité de responsable de l'expertise, celui-ci pouvant cependant se limiter à superviser le travail d'un psychologue.

¹⁹ Citons quelques exemples tirés de la pratique : (1°) Homme dépressif et adepte du tir au pigeon, en situation de conflit aigu avec sa locataire vivant au rez-de-chaussée de sa villa ; utilisation un soir d'un fusil à grenaille à une distance d'une dizaine de mètres contre le frère de sa locataire ; il a pris soin de viser à hauteur et à environ un mètre à droite de la tête de cette personne. (2°) Jeune homme sans travail s'étant alcoolisé et qui est allé en voiture chercher en fin de journée sa copine mineure à la sortie du collège ; il cause une embardée et abandonne son véhicule, prenant la fuite à pied avec sa copine ; alors qu'un gendarme tente de l'intercepter, il brandit un pistolet d'alarme qu'il utilise contre le policier ; en plein carrefour, il arrête une voiture dont il s'empare avec sa copine après avoir menacé le chauffeur de son arme ; s'ensuit un rodéo routier (parfois sur des trottoirs) en pleine ville, durant lequel il tire des coups de feu sur la police qui est à deux doigts de l'abattre lors de son interpellation suite à une nouvelle embardée. (3°) Homme en situation de rupture sentimentale qui a incendié avec de l'essence le véhicule de son amie, à proximité d'une station-service et qui a proféré des menaces de mort à son encontre par SMS. (4°) Femme s'estimant harcelée par un ami ; un soir, énervée, elle a giclé de l'accélérateur sur la porte du domicile de cet ami puis y a mis le feu ; le même soir, elle a encore bouté le feu à trois haies de thuyas à proximité d'immeubles, manquant de peu d'y causer des dégâts importants. (5°) Jeune homme ayant pris un soir le volant avec un taux d'alcoolémie de 1,85‰ ; pour se soustraire à un contrôle routier, il a engagé une course-poursuite avec la gendarmerie, allant jusqu'à rouler à 250 km/h sur l'autoroute et à 180 km/h dans des localités.

d'expertise²⁰. Ce n'est que sur le vu des conclusions de l'expertise que le TMC va, sur requête soit du MP (en cas de demande de prolongation de la détention provisoire [art. 227 CPP]), soit du prévenu (en cas de demande de libération de la détention provisoire [art. 228 CPP]), réexaminer la question de la dangerosité.

Une fois la détention provisoire ordonnée pour risque de récidive, il appartient au MP d'investiguer de façon méticuleuse sur la situation personnelle du prévenu, en prévision d'une demande de prolongation de la détention auprès du TMC. Ainsi, plus l'instruction avance, plus le TMC disposera d'éléments pour apprécier avec précision la dangerosité du prévenu.

Il convient enfin de rappeler (*supra* pt 2.1.2) que, une fois l'accusation engagée devant le tribunal de première instance, la détention pour motifs de sûreté se substitue à la détention provisoire (art. 220 al. 1 et 229 ss CPP). Il appartient au TMC d'ordonner cette détention pour motifs de sûreté (art. 229 al. 1 et 2 CPP). L'appréciation de la dangerosité du prévenu et du risque de récidive se fait alors sur la base d'un dossier complet, à savoir le même que celui sur lequel le tribunal se fondera pour juger de l'opportunité ou non d'imposer au prévenu une mesure thérapeutique pour juguler le risque de récidive.

2.2.2 Dangerosité et risque de passage à l'acte

Le risque de passage à l'acte²¹ doit être retenu s'il y a sérieusement lieu de craindre qu'une personne passe à l'acte après avoir menacé de commettre un crime grave (art. 221 al. 2 CPP et 5 al. 1 let. c CEDH). La détention provisoire prononcée de ce chef revêt ici aussi et avant tout un caractère de police préventive, dicté par des impératifs de sécurité. En effet, le prévenu n'a pas forcément encore commis d'infraction : il n'y a qu'un danger potentiel qu'il commette un crime grave. La procédure menant à la détention provisoire dans une pareille constellation est la même que celle exposée ci-avant (*supra* pt 2.1.2).

²⁰ Pratique confirmée en Valais par le Tribunal cantonal (ATC P3 12 209 du 4 janvier 2013 consid. 3.2).

²¹ Pour plus de développements sur le passage à l'acte. cf. p.ex. Adrian DUMITRESCU, *Die Präventivhaft nach Art. 221 Abs. 2 StPO / Praktische Fragestellungen zum Haftgrund der Ausführungsgefahr*, PJA 2015 p. 447 ss.

La dangerosité joue ici un rôle bien particulier. Ce que l'on redoute, c'est la commission de crimes graves pouvant porter préjudice à la santé physique ou psychique des victimes. Par conséquent, ce motif de détention provisoire ne doit être retenu qu'à l'égard de personnes présentant véritablement un caractère dangereux marqué et un risque élevé de passage à l'acte. La jurisprudence atténue cependant cette obligation lorsque sont redoutés des actes de violence graves (p.ex. des menaces de mort ou de commettre des lésions corporelles graves, des actes d'ordre sexuel ou un incendie).

L'appréciation de la dangerosité se fait ici de la même manière que pour la détention provisoire consécutive à un crime ou un délit, soit de façon très sommaire compte tenu des délais imposés pour statuer. Ainsi, il faudra au bout du compte que le juge du TMC ordonne la détention pour risque de passage à l'acte en se fondant finalement et bien souvent sur un dossier tenu et sur son expérience²².

2.3 Les mesures de substitution

La détention provisoire devant rester l'exception (art. 212 al. 1 CPP), tout autre moyen permettant d'atteindre l'objectif de prévention de la récidive ou du passage à l'acte doit lui être préféré. C'est justement le rôle des mesures de substitution.

²² Citons quelques exemples tirés de la pratique : (1°) Homme à l'AI et dans une situation familiale précaire, passionné d'armes à feu et à qui la police a confisqué toutes ses armes à la suite de violences conjugales ; il a par la suite acheté un mousqueton et volé un pistolet automatique lors d'un passage chez un armurier. Lors de son arrestation dans une grande surface, il avait son pistolet amunitionné enfilé dans son pantalon et avait placé le mousqueton lui aussi amunitionné dans le coffre de sa voiture. L'expertise psychiatrique conclura à un risque très élevé de passage à l'acte en l'absence de toute mesure. (2°) Femme connaissant des problèmes d'alcool et en conflit ouvert avec deux de ses filles ; sous l'influence de l'alcool, elle s'est rendue aux urgences de l'hôpital où l'une de celles-ci avait été admise ; là, complètement hystérique, elle a menacé de mort tant ses filles que le personnel médical, les menaçant avec un ciseau. L'expertise psychiatrique conclura à un risque élevé de passage à l'acte en l'absence de toute mesure.

2.3.1 La notion

Les mesures de substitution sont prévues aux art. 237 à 240 CPP. Selon l'art. 237 al. 1 CPP, il s'agit des mesures moins sévères qu'une privation de liberté que le TMC doit nécessairement prononcer en lieu et place de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté si ces mesures permettent d'atteindre le même but que la détention.

La loi contient un catalogue non exhaustif de mesures de substitution (art. 237 al. 2 CPP), p.ex. la fourniture de sûretés, la saisie des documents d'identité, l'obligation de se présenter régulièrement à un service administratif, l'obligation de se soumettre à un traitement médical ou à des contrôles ou l'interdiction d'entretenir des relations avec certaines personnes. Le TMC est libre d'en prononcer d'autres s'il estime qu'elles permettront de juguler le risque justifiant la détention.

Le TMC ordonne ces mesures de son propre chef ou sur requête du Ministère public ou du prévenu. La procédure est la même que pour la détention provisoire (art. 237 al. 4 CPP).

2.3.2 Dangerosité et mesures de substitution

La loi cite deux types de mesures de substitution qui entrent parfaitement en ligne de compte pour faire baisser la dangerosité présentée par un prévenu. Il s'agit de l'obligation de se soumettre à un traitement médical ou à des contrôles (art. 237 al. 2 let. f CPP) et l'interdiction d'entretenir des relations avec certaines personnes (art. 237 al. 2 let. g CPP). Le placement dans un foyer spécialisé dans la prise en charge des MTI au sens de l'art. 59 al. 2 ou 60 CP est aussi une mesure souvent ordonnée en pratique.

Le TMC ne prononcera l'obligation de soumission à un traitement médical que si une expertise conclut à l'efficacité de cette mesure. Il est en effet hors de question, quand on est en présence de prévenus dangereux, d'ordonner une mesure de substitution à caractère médical sans savoir si, d'un point de vue scientifique, celle-ci est apte à faire diminuer le risque de récidive. Dès lors, tant qu'il n'est pas nanti du rapport d'expertise, le TMC ne peut qu'ordonner et maintenir la détention provisoire (*supra* pt 2.2.1).

Si le rapport d'expertise conclut à la nécessité de soumettre le prévenu à un traitement ambulatoire, le juge ne va pas forcément le libérer immédiatement. Ce ne sera le cas que lorsqu'un thérapeute aura été trouvé et

juste avant la date fixée pour la première consultation. Si les actes dont on redoute la réitération sont graves (p.ex. des infractions contre l'intégrité sexuelle [art. 187 ss CP]), le TMC exigera du prévenu qu'il débute son traitement en détention : la libération n'interviendra que lorsque les premiers résultats du traitement auront été constatés. Il s'agit ainsi de s'assurer que le prévenu est réceptif à la mesure et a véritablement la volonté d'adhérer sérieusement au traitement²³.

L'expérience démontre que ces mesures de substitution ne permettent de contrer que le risque de récidive posé par les prévenus présentant une dangerosité moyenne : il s'agit de les astreindre à ce qui revient à un traitement ambulatoire au sens de l'art. 63 CP²⁴ ou à un placement en institution au sens de l'art. 59 al. 2 ou 60 CP²⁵. Par contre, des mesures de substitution ne sont pas prononcées s'agissant des cas de délinquance extrême étant le fait de prévenus gravement perturbés psychiatriquement. En pareil cas, les expertises arrivent quasiment systématiquement à la nécessité de prononcer une MTI au sens de l'art. 59 al. 3 CP ou un internement au sens de l'art. 64 CP pour éliminer la dangerosité²⁶. Or, l'exécution de telles mesures revient à une privation de liberté similaire à la détention provisoire. Il n'y a donc pas lieu de les ordonner en lieu et place de la détention provisoire. Le prévenu conserve par contre le droit de demander l'exécution anticipée de cette mesure. Accorder cette faveur appartient non pas au TMC, mais à la direction de la procédure (art. 236 al. 1 CPP), soit le MP durant la phase de l'instruction (art. 61 let. a CPP).

Ici aussi l'expérience du juge joue un rôle important. Dans certains cas pourtant graves, il n'hésitera pas à ordonner des mesures de substitution sans se fonder sur une expertise, la pratique démontrant l'efficacité de

²³ Dans ce sens, cf. p.ex. arrêt du Tribunal fédéral 1B_248/2014 du 28 juillet 2014 consid. 4.3.

²⁴ Dans les cas n^{os} 1 et 2 cités en note 19 et le cas n^o 1 cité en note 22, les prévenus ont finalement été libérés moyennant mise sur pied d'un traitement psychiatrique ambulatoire.

²⁵ Dans le cas n^o 3 cité en note 19 et le cas n^o 2 cité en note 22, les prévenus ont finalement été libérés moyennant placement dans de tels établissements.

²⁶ En 2013, on a recensé en Valais pas moins de huit homicides (dont le triple homicide dans le village de Daillon). Tous les auteurs de ces crimes ont été placés en détention provisoire et expertisés. Pour la majorité d'entre eux, les expertises ont conclu à un risque de récidive moyen à très élevé et à la nécessité d'imposer soit une MTI au sens de l'art. 59 al. 3 CP, soit un internement au sens de l'art. 64 CP. Le TMC a maintenu la détention provisoire de tous ces prévenus dont certains ont par la suite demandé à pouvoir exécuter de façon anticipée la mesure préconisée (art. 236 CPP).

certaines mesures pour répondre à certaines infractions commises dans des conditions particulières²⁷.

3. La dangerosité en matière d'application des peines et mesures

Pour bien appréhender la notion de dangerosité en matière d'application des peines et mesures, il est nécessaire d'exposer brièvement le système judiciaire de l'application des peines et mesures (3.1). On verra ensuite comment le juge appréhende la notion de dangerosité lors de l'exécution d'une peine ou d'une mesure en milieu fermé et en milieu ouvert (3.2).

3.1 Le système judiciaire de l'application des peines et mesures

Le système présenté ci-après est celui qui prévaut dans les cantons connaissant l'institution du juge de l'application des peines et mesures (ci-après : JAP). Ce système est particulier en tant qu'il octroie de larges compétences en matière d'exécution des peines et mesures à des magistrats spécialisés et non pas au juge de la condamnation ou à l'administration. Ces magistrats sont donc forcément souvent amenés à évaluer la dangerosité des condamnés.

3.1.1 Une juridiction spécialisée en la matière : le JAP

L'application des peines et mesures est le régime des décisions rendues postérieurement à l'entrée en force d'un jugement pénal en vue

²⁷ Citons le cas de deux jeunes adultes, actifs professionnellement et habitués à consommer de l'alcool plus que de raison durant leurs virées nocturnes. Ils se sont bagarés dans une discothèque pour des motifs futiles avec une tierce personne qu'ils ont rouée de coups au point de lui causer de graves blessures à la tête. Leur détention provisoire a rapidement été levée par le TMC au profit d'une interdiction de consommer de l'alcool (avec obligation de se soumettre à des contrôles sanguins de type CDT pour tester cette abstinence) et d'une assignation à résidence à leur domicile entre 19 heures et 6 heures. Le but était d'éviter qu'ils se mettent en situation de récidiver, soit de s'alcooliser au point de perdre le contrôle d'eux-mêmes en fin de soirée. Ces deux prévenus n'ont depuis plus présenté le moindre problème.

d'individualiser la sanction et de favoriser ainsi la réinsertion finale des condamnés. Les décisions rendues en la matière sont qualifiées de décisions ultérieures indépendantes (ci-après : DULI) dans la mesure où elles sont prononcées dans une procédure distincte de celle du jugement, en marge de toute poursuite pénale²⁸. En matière de DULI, le CP prévoit la compétence soit du juge, soit de l'autorité compétente, soit de l'autorité d'exécution. On opère ainsi une distinction entre DULI judiciaires (si la compétence de l'autorité judiciaire est prévue) et DULI administratives (si la compétence de « l'autorité compétente » ou de « l'autorité d'exécution » est prévue)²⁹.

Pour ce qui est de l'autorité judiciaire, il s'agit en principe du juge qui a rendu le jugement en première instance (art. 363 al. 1 i.i. CPP). Les cantons peuvent cependant prévoir la compétence d'une juridiction spécialisée (art. 363 al. 1 i.f. CPP). Les cantons de Genève, de Vaud, du Valais et du Tessin ont opté pour cette solution et ont créé une telle juridiction, communément appelée tribunal de l'application des peines et mesures (ci-après : TAPEM), dans laquelle fonctionnent les JAP. L'avantage présenté par une juridiction de type TAPEM est que seuls quelques magistrats s'occupent d'application des peines et mesures³⁰ : ils sont donc parfaitement au fait de la matière et disposent d'une expérience appréciable³¹. Dans les cantons dépourvus d'une telle juridiction, cet avantage n'existe pas dès lors qu'il y a autant de juges devant s'occuper d'application des peines et mesures qu'il y a de juges de la condamnation. Or, ceux-ci ne vouent à cette tâche qu'une part très marginale de leur temps de travail, ce qui ne leur permet pas d'accumuler l'expérience dont peuvent se prévaloir les JAP.

²⁸ Sur la notion de DULI en général, cf. p.ex. Michel PERRIN, art. 363 CPP n° 1 ss, in : *Code de procédure pénale suisse* (note 11) ; Marianne HEER, art. 363 CPP n° 1 ss, in : *Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung* (note 11). Pour des développements complets à ce sujet, cf. Sylvaine PERRET-GENTIL, *Les décisions postérieures au jugement : un aspect particulier de l'exécution pénale*, thèse Lausanne, Yverdon-les-Bains 1992.

²⁹ On citera encore, pour être exhaustif, le cas particulier des DULI parlementaires (i.e. de la compétence du pouvoir politique), à savoir la grâce (art. 383 CP) et l'amnistie (art. 384 CP).

³⁰ Voici la dotation en postes de magistrats des différents TMC/TAPEM : GE 5, VD 8, TI 4 et VS 3,5 (état début 2015).

³¹ Dans ce sens, cf. OFJ (note 3), p. 32, selon lequel la tâche « de se prononcer sur les risques et sur le comportement futur du détenu [...], à la fois délicate et exigeante, requiert des connaissances spécifiques et de l'expérience ».

Les JAP sont compétents pour rendre toutes les DULI judiciaires, à l'exception cependant des décisions réservées explicitement par le CP au juge de la condamnation, de la nouvelle infraction ou de la révision (compétences fédérales du JAP). Les JAP rendent en outre certaines DULI administratives quand le droit cantonal le prévoit (compétences cantonales du JAP).

3.1.2 L'appréciation de la dangerosité

L'appréciation de la dangerosité joue un rôle central dans le processus de l'exécution des peines et mesures. En effet, c'est fondé sur cette appréciation que le juge ou l'autorité administrative va finalement décider d'allègements ou non dans l'exécution de la peine ou de la mesure. Par conséquent, l'appréciation de la dangerosité est un acte essentiel en vue de la resocialisation finale du condamné.

Certes, tous les condamnés représentent un danger. Mais, en matière d'exécution des peines et mesures, les autorités se préoccupent plus particulièrement des condamnés dangereux au sens de l'art. 75a al. 3 CP, soit les condamnés subjectivement dangereux (*supra* pt 1.1.2) en tant qu'ils présentent une dangerosité qualifiée. On rappellera que ces condamnés ne représentent qu'une frange très limitée des condamnés (*supra* pt 1.1.2). On estime p.ex. à une trentaine le nombre de condamnés subjectivement dangereux dans le canton du Valais (soit un pour 10'000 personnes).

Le JAP ne suit pas régulièrement ces condamnés dangereux. Il n'intervient que dans le cadre de l'examen annuel de la mesure thérapeutique (institutionnelle ou ambulatoire) ou de l'internement qui leur est imposé (art. 62d al. 1, 63a al. 1 et 64b al. 1 let. a CP) ou s'il y a un problème dans l'exécution de ces mesures (p.ex. art. 62c al. 1 ou 63a al. 2 let. b CP). Dans tous les cas, il doit être saisi par l'autorité administrative à qui incombe la responsabilité de superviser l'exécution de la peine. Il y a ainsi une étape importante avant la saisine du JAP, à l'occasion de laquelle la dangerosité est déjà évaluée une première fois en profondeur par l'autorité administrative³². C'est essentiellement sur la base du dossier

³² En matière de DULI judiciaire, il appartient à l'autorité administrative de soumettre son préavis au JAP (art. 364 al. 1 CPP). Pour émettre ce préavis en pleine connaissance de cause, celle-ci doit nécessairement examiner la question de la dangerosité du condamné. En Valais, l'art. 364 al. 1 CPP est applicable aux DULI administratives de la compétence du JAP, au titre de droit cantonal supplétif (art. 16 LACP/VS).

constitué par celle-ci que le JAP se prononcera définitivement sur la dangerosité du condamné. Les pièces essentielles sur lesquelles il doit se fonder sont, suivant les cas, les rapports du thérapeute (art. 62d al. 1 et 63a CP), de l'établissement dans lequel est placé le condamné (art. 63d al. 1 et 64b al. 2 let. a CP) ou du service administratif en charge de la supervision de l'exécution des mesures ambulatoires³³. Le dossier est complété d'autorité par le JAP, p.ex. par une expertise si la loi l'exige (cf. *infra* pt 3.2.1)³⁴ mais aussi si celui-ci l'estime nécessaire pour statuer. Enfin, le JAP procède à l'audition du condamné, laquelle est souvent obligatoire (art. 62 al. 1, 63a al. 1 et 64b al. 2 let. d CP).

L'évaluation de la dangerosité est réactualisée chaque fois que le JAP doit s'occuper du cas d'un condamné lui ayant déjà été déféré par le passé. Avant toute chose, le JAP détermine si la situation a évolué (dans un sens positif ou négatif) depuis le précédent examen³⁵. S'il n'y a pas eu d'évolution positive ou si elle a été négative, l'appréciation peut être menée sommairement puisque les conclusions du dernier examen apparaissent encore d'actualité. S'il y a eu évolution positive, le JAP doit par contre procéder à une nouvelle appréciation de la dangerosité pour en déterminer les conséquences sur le cadre à imposer au condamné. À noter que si les éléments manquent pour déterminer s'il y a eu amélioration parce qu'aucun rapport médical n'a été versé en cause du fait que le condamné refuse de lever son thérapeute du secret médical, le JAP renoncera en principe à demander la levée de ce secret aux autorités compétentes³⁶. Il conclura simplement à l'absence d'évolution positive du condamné. La conséquence en sera l'impossibilité d'élargir le cadre mais aussi une responsabilisation accrue du condamné qui comprend alors qu'il doit collaborer avec toutes les autorités s'il entend voir son statut pénal évoluer³⁷.

³³ En matière de traitement ambulatoire, le CP ne prévoit pas que le juge statue obligatoirement sur le vu d'un rapport du service administratif en charge de la supervision de l'exécution des mesures ambulatoires (art. 63a al. 1 CP *a contrario*).

³⁴ Sur la question de l'expertise psychiatrique et son contenu en matière d'exécution des peines et mesures, cf. p.ex. OFJ (note 3), pp. 37 à 39.

³⁵ Pour rendre sa décision, le juge doit en effet se fonder sur les modifications survenues depuis la dernière décision s'il a déjà examiné le cas du condamné par le passé (cf. Robert ROTH / Vanessa THALMANN, art. 62 CP n° 30, in : Robert Roth / Laurent Moreillon [édit.], *Code pénal I*, CoRo CP-I, Bâle 2009).

³⁶ Le JAP entreprendra les démarches pour que le thérapeute soit levé de son secret médical s'il a un doute sur la capacité du condamné à refuser valablement de lever celui-ci de ce secret ou s'il a absolument besoin du rapport du thérapeute.

³⁷ La pratique démontre en effet que les condamnés, à tout le moins ceux disposant de la capacité de refuser valablement de délier leur thérapeute de son secret médical, vont

Comme déjà laissé entendre, le JAP doit dans certaines situations statuer obligatoirement sur le vu d'une expertise psychiatrique dont le but est de procéder à une nouvelle évaluation de la dangerosité du condamné et de définir le cadre permettant un élargissement dans l'exécution de la MTI ou de l'internement (cf. *infra* pt 3.2.1). Il n'apparaît pas opportun que cette expertise soit ordonnée déjà en amont par l'autorité administrative, en vue de préparer la saisine du JAP. En effet, dès lors qu'il s'agira d'une pièce capitale du dossier sur lequel devra se fonder l'autorité judiciaire, il appartient à celle-ci d'ordonner l'expertise, afin qu'elle puisse formuler précisément les questions à l'intention de l'expert, en vue d'obtenir les éléments nécessaires, d'un point de vue juridique, pour décider d'une modification du cadre.

Dans l'appréciation de la dangerosité, l'expérience démontre - sans surprise - que plus les répercussions d'une éventuelle récidive sur les victimes potentielles apparaissent graves, plus le JAP va se montrer sévère et moins il sera enclin à accepter d'assouplir le cadre.

3.1.3 Le rôle de la commission pour l'examen de la dangerosité

Ainsi, le juge évalue la dangerosité essentiellement grâce à des rapports rédigés par les personnes directement en charge du suivi du condamné (*supra* pt 3.1.2). Chaque fois qu'il s'agit de traiter du cas d'un condamné objectivement dangereux au sens de l'art. 64 al. 1 CP (art. 75a al. 1 let. a CPP) et dont le caractère subjectivement dangereux est douteux (art. 75a al. 1 let. b CPP), la loi exige en sus l'intervention d'un organe supplémentaire qui joue un rôle capital. Il s'agit de la commission pour l'examen de la dangerosité (art. 75a al. 1 e.r. avec l'art. 62d al. 2 CP). Il appartient aux cantons de composer leur commission et d'en organiser le fonctionnement. Il peut donc exister des disparités entre cantons³⁸.

Cette commission est chargée d'émettre un préavis à l'intention du JAP. Ce préavis est d'une importance capitale. En effet, le regard que

finalement collaborer avec le JAP en autorisant le thérapeute à livrer à celui-ci des informations. Il n'est ainsi pas rare de voir ces condamnés demander à ce que leur cas soit réexaminé peu de temps après la décision leur refusant un élargissement.

³⁸ Chacun des cantons regroupés dans le concordat latin est doté de sa propre commission (pour le Valais, cf. art. 52 ss LACP/VS). Les deux concordats regroupant les cantons suisses-allemaniques disposent chacun d'une seule commission supracantonale.

pose la commission sur la situation du condamné est pluridisciplinaire, dès lors qu'elle doit être formée de représentants des autorités de poursuite pénale, des autorités d'exécution et des milieux de la psychiatrie (art. 62d al. 2 CP), à savoir de personnes qui sont toutes spécialistes dans leur domaine d'intervention au cours du processus pénal.

En Valais, hormis les cas pour lesquels le CP exige l'intervention de la commission, le JAP peut saisir celle-ci du cas de n'importe quel condamné s'il l'estime nécessaire (art. 53 al. 2 LACP/VS). Cela permet au JAP de soumettre à la commission le cas de condamnés qui ne sont pas objectivement dangereux mais pour lesquels le JAP est d'avis qu'ils peuvent subjectivement présenter un risque pour la société. Il peut ainsi obtenir des pistes sur le cadre à imposer à ces détenus en cas d'élargissement.

3.2 Dangersité en milieu fermé et en milieu ouvert

Dans les cantons connaissant l'institution du JAP, il appartient à celui-ci de rendre les décisions concernant l'examen annuel (*supra* 3.1.2) des mesures thérapeutiques institutionnelles et ambulatoires et de l'internement (pour le Valais, cf. art. 5 LACP).

3.2.1 En milieu fermé

Pour le JAP, le suivi des condamnés astreints à une MTI est celui qui occasionne le plus de soucis. Non pas du fait que la dangersité serait particulièrement difficile à évaluer mais du simple fait que la mise en œuvre de la mesure est parfois ardue. Le manque flagrant de places dans des établissements spécialisés a pour conséquence que, pour des raisons strictement sécuritaires, certains condamnés dangereux doivent demeurer, en attente de leur placement, dans des établissements carcéraux inadaptés à leur prise en charge³⁹ : il n'est en effet pas concevable de les laisser en liberté en attente d'une place libre vu le danger qu'ils représentent. Durant cette phase précédant la mise en œuvre de la MTI, seul un traitement ambulatoire peut au mieux leur être proposé. Cela est bien évidemment insuffisant pour faire évoluer favorablement leur pathologie psychiatrique et a hélas ! souvent pour conséquence une aggravation de celle-ci et donc une péjoration du pronostic légal. En d'autres termes, la dangersité

³⁹ Il s'agit en général d'établissements prévus pour la détention provisoire.

présentée par ces condamnés peut augmenter entre le moment du jugement et le début effectif de la MTI. Voilà la raison pour laquelle le juge, la première fois qu'il est saisi de l'examen annuel d'une MTI, va devoir très soigneusement investiguer pour faire le bilan de l'évolution du condamné depuis son jugement.

Il convient d'insister sur le fait (*supra* pt 3.1.2) que, pour apprécier la dangerosité, le JAP se fonde essentiellement sur les rapports émanant du personnel administratif et médical en charge du suivi concret des condamnés dans l'établissement de détention. Le JAP n'a en effet contact avec ceux-ci au mieux qu'à l'occasion d'une séance annuelle (*supra* 3.1.2). Dès lors, ce sont les rapports figurant au dossier qui lui permettront de véritablement fonder sa décision. C'est dire leur importance.

Le juge doit systématiquement disposer du préavis de la commission pour l'examen de la dangerosité lorsqu'il examine la question annuelle du maintien de la MTI d'un condamné objectivement dangereux (art. 62*d* al. 2 CP) ou de l'internement (art. 64*b* al. 2 let. c CP). On pourrait à ce stade se poser la question de l'opportunité de saisir la commission si, sur la base du dossier, le juge peut se prononcer de manière catégorique sur le caractère subjectivement dangereux du condamné pour la collectivité (art. 75*a* al. 1 let. b CP). Le bon sens pratique commande une saisine d'office de la commission par le JAP. En effet, celle-là devra inéluctablement, un jour ou l'autre, rendre un préavis concernant chacun de ces condamnés (que ce soit pour la libération conditionnelle [art. 62 et 64*a* CP) ou, auparavant, pour d'autres élargissements tels que les congés [art. 84 al. 6 CP applicable par renvoi de l'art. 90 al. 4 CP]). Il est donc utile qu'elle puisse suivre régulièrement l'évolution de ceux-ci : la bonne connaissance qu'elle aura du cas le jour où se posera effectivement la question de la libération conditionnelle permettra une meilleure évaluation du cas, sans compter qu'elle peut influencer favorablement sur l'exécution de la MTI en suggérant certains aménagements dans son exécution.

Le CP exige que le JAP se fonde sur une expertise pour statuer sur la libération conditionnelle d'une MTI imposée à un condamné objectivement dangereux (art. 62*d* al. 2 CP) ou d'un internement (art. 64*b* al. 2 let. b CP). Le but de cette expertise est essentiellement de faire le point sur la dangerosité présentée par le condamné. Bien évidemment, vu la lourdeur du processus expertal, le JAP n'ordonnera une expertise psychiatrique que si, sur le vu des rapports en sa possession, il entrevoit la possibilité

d'octroyer la libération conditionnelle⁴⁰. Le JAP procède donc préliminairement à l'évaluation de la dangerosité en se fondant sur les rapports des personnes suivant le condamné. S'il arrive clairement à la conclusion, sur la seule base de ces rapports, que la dangerosité n'a pas évolué dans un sens favorable, il se bornera à prononcer le maintien de la mesure ou de l'internement. En d'autres termes, le JAP n'ordonne l'expertise que si la dangerosité subjective du condamné semble avoir baissé et qu'une libération conditionnelle apparaît possible. Cela étant, même en l'absence de progression favorable, il convient de faire un point de situation en ordonnant une expertise lorsqu'il apparaît clairement que les conclusions de la première expertise ne sont plus d'actualité⁴¹.

On l'a déjà dit (*supra* 3.1.2), dans l'évaluation de la dangerosité et l'établissement du pronostic, le JAP va se montrer prudent. La libération conditionnelle ne sera octroyée qu'avec parcimonie lorsque le condamné ne présentera quasiment plus de danger en tant qu'il aura clairement appris à vivre avec ses déficits⁴². Bien évidemment, plus les actes dont on redoute la récurrence sont graves, moins le juge sera enclin à conclure à la présence d'une dangerosité d'un niveau tolérable pour la société. En la matière, c'est clairement la prudence qui prévaut. Il ne faut pas perdre de vue que l'intérêt de la population à être protégée de la commission d'infractions graves l'emporte sur l'intérêt du condamné à pouvoir recouvrer rapidement sa liberté. Cela peut paraître choquant mais à y regarder de plus près, c'est une conclusion acceptable. En effet, le problème ne concerne qu'une petite partie des personnes condamnées (*supra* pt 1.1.2) : Le fait qu'il s'agisse de délinquant particulièrement dangereux légitime cette sévérité accrue.

⁴⁰ L'exigence de se fonder sur une expertise lors de l'examen de la libération conditionnelle d'une MTI imposée à un condamné dangereux ou d'un internement ne doit en effet pas être interprétée comme l'obligation, lors de chaque révision annuelle de la MTI ou de l'internement, de procéder à une nouvelle expertise. Le critère déterminant demeure l'actualité du contenu de la dernière expertise. Si aucun changement significatif dans la situation du condamné permettant de mettre en doute l'actualité de la dernière expertise effectuée ne s'est produit, le juge peut se fonder sur celle-ci (arrêt 6B_323/2014 du 10 juillet 2014 consid. 3.3, rendu en application de l'art. 64b al. 2 let. b CP mais applicable selon nous à la question de l'expertise au sens de l'art. 62d al. 2 CP).

⁴¹ Cf. Marianne HEER, art. 62d CP n° 20, in : Marcel Alexander Niggli / Hans Wiprächtiger (édit.), *Strafrecht I*, BaKomm., 3^e éd., Bâle 2013.

⁴² A appris à « vivre avec ses déficits » le condamné qui sait identifier les situations dans lesquelles le risque de récurrence augmente et qui sait quand et auprès de qui demander alors de l'aide (en principe auprès de son thérapeute pour adapter sa médication).

On le constate en pratique, de plus en plus de MTI sont ordonnées depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du CP. Il ressort de la lecture des expertises psychiatriques relatives à ces cas que les MTI sont prononcées généralement en relation avec des infractions contre la vie (art. 111 ss CP), des infractions graves contre l'intégrité corporelle (art. 122 CP), des brigandages (art. 140 CP), des infractions contre l'intégrité sexuelle (art. 187 ss CP) et des incendies (art. 221 CP). Elles concernent très souvent des jeunes adultes ayant vécu des expériences de guerre traumatisantes dans leur enfance ou ayant participé aux combats⁴³. L'augmentation des conflits dans le monde et l'afflux de réfugiés fuyant les zones de guerre laisse donc augurer d'une augmentation sur le long terme de ce genre de mesures. Cela est inquiétant dès lors que la dangerosité présentée par ces condamnés est extrême, s'agissant de personnes pour qui la violence est un outil normal de résolution des problèmes.

3.2.2 Milieu fermé : le cas particulier de l'internement

Il n'échappe à personne que le pronostic concernant les internés doit être effectué avec un soin tout particulier vu les conséquences graves pour la société d'une éventuelle récidive de la part de cette frange particulière de condamnés. Le juge se montrera ainsi - sans surprise - très sévère dans l'octroi de la libération conditionnelle.

Pour les condamnés astreints à un internement au sens de l'art. 64 al. 1 CP⁴⁴, des allègements sont possibles durant l'exécution de l'internement (art. 75a al. 2 CP applicable par renvoi de l'art. 90 al. 4^{bis} CP), de même qu'une libération conditionnelle (art. 64a CP). Leur dangerosité doit donc être évaluée à un moment ou à un autre. La manière de procéder à cette évaluation diffère quelque peu de celle prévalant pour les condamnés astreints à une MTI (*supra* pt 3.2.1) : Lors de l'examen de la libération conditionnelle d'un interné, le JAP devra en principe évaluer la dangerosité en se fondant uniquement sur le rapport de la direction de l'établissement (art. 64b al. 2 let. a CP). En effet, il ne peut pas se fonder sur le rapport émanant d'un thérapeute puisque la caractéristique de l'internement est

⁴³ On fait ici essentiellement référence aux conflits en ex-Yougoslavie ou en Irak à la fin du siècle passé.

⁴⁴ Sur la notion d'internement, cf. p.ex. Christoph SIDLER, v^o *Verwahrung*, in : Benjamin Brägger (édit.), *Das schweizerische Vollzugslexikon*, Bâle 2014.

qu'un traitement médical n'est pas envisageable (art. 64 al. 1 let. b CP)⁴⁵. Si la libération conditionnelle apparaît possible au vu de l'évolution du condamné, le JAP devra nécessairement le faire expertiser (art. 64b al. 2 let. b CP), le but de l'expertise étant essentiellement de se prononcer sur le risque de récidive. Ici comme en matière de MTI, le JAP n'ordonnera une expertise que s'il lui apparaît, après un examen sommaire, que la libération conditionnelle est envisageable (*supra* pt 3.2.1).

Enfin, la question de la dangerosité ne se pose qu'à un seul stade en cas d'internement à vie au sens de l'art. 64 al. 1^{bis} CP⁴⁶, à savoir lors de la libération conditionnelle (art. 64c CP). En effet, des allègements dans l'exécution de l'internement à vie ne sont pas possibles (art. 90 al. 4^{ter} CP). L'évaluation de la dangerosité est ici strictement réglementée (art. 64c CP) et pose des exigences très élevées, probablement au point de rendre illusoire toute libération conditionnelle. Dès lors que la question de la libération conditionnelle des quelques forts rares personnes internées à vie ne s'est pas encore posée (et n'est pas prête de se poser), on ne pourrait qu'envisager le problème sous l'angle théorique, ce que cet exposé ne tient justement pas à faire.

3.2.3 En milieu ouvert

Parmi les condamnés se trouvant en milieu ouvert, certains sont astreints à un traitement ambulatoire (art. 63 CP). D'autres doivent suivre un traitement à titre de règle de conduite (art. 94 CP, qui parle de « soins médicaux et psychologiques »). Ces condamnés ne posent pas de gros problèmes d'évaluation de la dangerosité. En effet, s'ils sont laissés en liberté, c'est parce qu'un pronostic favorable a déjà pu être effectué à leur sujet à la suite d'un examen détaillé du risque de récidive soit au moment du jugement (art. 42 al. 1 et 63 al. 2 CP), soit lors de l'octroi de la libération conditionnelle. Si le juge doit rendre une décision à leur sujet (dans le sens d'un allègement ou d'un resserrement du cadre), il ne fait

⁴⁵ L'expérience montre cependant que les personnes astreintes à un internement bénéficient parfois d'un traitement psychiatrique minimum qu'ils suivent alors de façon volontaire. Dans ce cas, le JAP sera nanti d'un rapport concernant les résultats de ce traitement.

⁴⁶ Sur la notion d'internement à vie, cf. p.ex. Yvan JEANNERET / André KUHN, *L'internement à vie devant le Tribunal fédéral : l'indépendance et le courage de la Haute Cour à l'honneur*, Jusletter 16 décembre 2013. Cf. aussi ATF 140 IV 1.

que réactualiser le pronostic à la lumière des événements survenus ultérieurement à l'appréciation initiale de la dangerosité.

Les condamnés en milieu ouvert astreints à un traitement ambulatoire ne sont donc pas des cas qui nécessitent une attention particulière de la part du JAP qui doit cependant les examiner une fois par année (art. 63a CP). La pratique démontre que le traitement médical ordonné est très souvent un succès après quelques années (rarement cependant avant les cinq ans prévus à l'art. 63 al. 4 CP), au point que la mesure peut être levée, le condamné ayant appris à vivre avec ses déficits⁴⁷ et présentant donc un niveau de dangerosité acceptable. Le constat de l'échec de la mesure est rare. Si c'est le cas, le JAP conclut à une dangerosité accrue du condamné par rapport à celle qui prévalait lors du jugement. Il va alors prendre les mesures nécessaires pour contrer ce risque de récurrence accru. Si la détérioration du pronostic légal est grave, une MTI peut être ordonnée (art. 63b al. 5 CP) ; le juge n'en arrivera à cette extrémité qu'en présence de condamnés particulièrement dangereux et si une expertise psychiatrique conclut à la nécessité d'une MTI après avoir réévalué la dangerosité (art. 56 al. 3 CP).

En pratique, les personnes astreintes à un traitement ambulatoire sont aussi soumises à un suivi par le personnel de l'administration, lequel est chargé d'évaluer le cas aux fins de saisir le JAP pour que celui-ci rende les décisions exigées par le CP (art. 63a CP). Les personnes en charge de ce suivi - qui s'apparente à une assistance de probation (art. 93 CP) - sont en Valais des psychologues dont l'intervention est considérée comme faisant partie intégrante du traitement ambulatoire. Par conséquent, dans le cadre de l'examen annuel de la mesure ambulatoire, le JAP statue sur la base non seulement des rapports du thérapeute (art. 63a CP) mais aussi de ceux des personnes en charge du suivi psycho-social du condamné. Au contraire du thérapeute qui ne porte en général aucune appréciation sur le risque de récurrence, les personnes en charge du suivi psycho-social émettent un pronostic concernant la récurrence. Cet avis joue un rôle déterminant dans le processus décisionnel car le JAP y accorde une importance indéniable, s'agissant de l'avis de spécialistes formés à cet effet. En résumé, ici comme pour les MTI (*supra* pt 3.2.1), les rapports des personnes en charge du suivi sont d'une importance capitale puisque le JAP n'examine le cas du condamné au mieux qu'une fois par année s'il n'y a pas de problème dans le déroulement de la thérapie.

⁴⁷ Sur cette notion, voir note 41.

Les condamnés en milieu ouvert astreints à une règle de conduite de type médical durant le délai d'épreuve assortissant une condamnation avec sursis ou une libération conditionnelle ne sont eux pas suivis régulièrement par le JAP dès lors qu'il ne s'agit que d'une mesure d'accompagnement dépourvue de toute portée répressive. Le JAP n'a à s'occuper d'eux que s'il y a un problème dans l'exécution de la règle de conduite ou si celle-ci est un succès (art. 95 al. 3 CP). Ce n'est qu'à ces occasions qu'une évaluation de la dangerosité est effectuée, de façon sommaire dès lors que ces condamnés ne représentent pas un risque de récidive élevé. Le juge statue sur le seul vu du rapport du thérapeute en charge du traitement et des personnes en charge du suivi psycho-social du condamné et de la prise de position de celui-ci (art. 95 al. 1 CP). Si, au terme de cette évaluation, le JAP arrive à la conclusion que le condamné présente un risque sérieux de récidive, il va prendre des mesures pour contrecarrer ce risque, à savoir ordonner l'exécution de la peine privative de liberté ou le réintégrer dans l'exécution de la peine ou de la mesure (art. 95 al. 5 CP). Ici, point n'est besoin d'une expertise, les cas à résoudre ne posant généralement pas de problème vu le faible niveau de dangerosité de ces condamnés. Est donc véritablement décisive l'expérience du juge.

Conclusion

L'appréciation de la dangerosité est une opération courante et essentielle en droit pénal. Le but de cette appréciation est de déterminer quel est le potentiel de récidive présenté par les délinquants. L'évaluation de la dangerosité a des conséquences différentes selon que l'on se trouve au stade de l'instruction ou de l'exécution des peines et mesures. Au niveau de l'instruction, elle permettra de déterminer s'il faut neutraliser un prévenu pour éviter la récidive d'actes graves en attendant le jugement. Au niveau de l'exécution des peines et mesures, elle permet de poser les jalons pour la resocialisation finale du condamné. C'est au juge qu'il appartient au bout du compte d'apprécier juridiquement cette dangerosité, sur la base d'expertises psychiatriques et de rapports médicaux et sociaux émanant des personnes en charge du suivi au jour le jour des condamnés. Il est indéniable que l'expérience du juge joue alors un rôle important en vue d'un bon pronostic : le fait de devoir procéder très régulièrement à l'appréciation de la dangerosité procure ainsi au JAP une sensibilité en la matière dont ne bénéficie pas, dans les cantons ne disposant pas de

TAPEM, le juge de la condamnation qui n'est lui appelé que rarement à statuer en la matière. Il s'agit là d'un avantage indéniable du système du JAP.

