



Livre

2008

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel : Suisse et
Belgique

Jung, Anne

How to cite

JUNG, Anne. Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel : Suisse et Belgique. Genève : Schulthess, 2008. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:83230>

Anne Jung

Jeremy Bentham et
les mesures de sûreté
en droit actuel:
Suisse et Belgique

Faculté de droit
de Genève

Schulthess §


Collection
Genevoise

Anne Jung

Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit
actuel: Suisse et Belgique



Faculté de droit de Genève

Anne Jung

Jeremy Bentham et
les mesures de sûreté
en droit actuel:
Suisse et Belgique

Thèse n° 782 de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique: «Die Deutsche Bibliothek».

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2008

ISBN 978-3-7255-5632-8

ISSN: Collection genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

Remerciements

Je souhaite remercier chaleureusement celles et ceux qui m'ont été d'un grand soutien et sans qui ce travail n'aurait pas vu le jour.

Mes remerciements s'adressent en premier lieu à mon directeur de thèse, le Professeur Robert Roth, pour le temps qu'il m'a consacré, pour ses connaissances approfondies, pour ses précieux conseils et pour son soutien tant à Genève qu'à Bruxelles. Je garderai un excellent souvenir de mes cinq années d'assistantat à ses côtés.

Je tiens également à remercier chaleureusement les Professeurs Michel van de Kerchove et Yves Cartuyvels des Facultés Universitaires Saint Louis à Bruxelles de l'accueil qu'ils m'ont réservé, des nombreuses discussions que nous avons eues et qui m'ont été d'une grande aide. Je remercie également le Professeur Michel van de Kerchove d'avoir accepté de faire partie du jury de ma thèse.

Les conseils et le soutien des Professeurs Christian-Nils Robert et Bénédicte Winniger, membres du jury de ma thèse est indéniable. Je leur adresse également mes plus vifs remerciements.

Je ne saurais non plus oublier l'aide chaleureuse et les conseils avisés des mes collègues et amis Bitam Amirdivani et Yvan Jeanneret.

Enfin, last but not least, je remercie affectueusement mes parents, André Jung et Agnès Jung Power, et mon beau-père, Bill Power. Mes parents m'ont donné le goût de l'étude et de la recherche. Tous les trois, par leur tendresse et leurs conseils, m'ont apporté un soutien indispensable à l'élaboration de ce travail.

Préface

Tout travail de thèse réussi est l'aboutissement d'une trajectoire personnelle. A la fin de ses études, Anne Jung s'était découvert deux intérêts : la philosophie pénale et le droit des sanctions. Ce dernier connaissait alors en Suisse une réforme fondamentale, qui allait se concrétiser dans le « nouveau code pénal », entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Le débat public était en cours ; sans être absentes, les interrogations fondamentales sur le droit de punir ou l'équilibre dans la sanction entre rétribution et amendement du condamné n'en occupaient pas le cœur. Il était donc tentant, plutôt que d'ajouter une contribution aux nombreux travaux portant sur le fonctionnement du nouveau système, de revenir à quelques-unes de ces questions fondamentales et d'offrir par là un éclairage original sur ce système. Bien que d'application beaucoup moins fréquentes que les peines, les mesures de sûreté se présentaient comme le sujet idéal : en imposant une mesure de sûreté, le juge pénal ne se contente pas, si l'on peut dire, de rétribuer la faute commise ; il doit, à l'aide d'expertises, évaluer la dangerosité de l'auteur, puis choisir la sanction la mieux adaptée à cet état, tout en respectant les principes fondamentaux de l'action publique, telle que la proportionnalité. La mesure de sûreté confronte à tous les stades de son existence, de l'imposition à l'exécution, le juriste à la question des limites de l'intervention répressive en dehors du cadre traditionnel de l'équation faute = peine.

Une thèse ne se confond pas avec un précis de philosophie pénale. Il lui faut un point d'ancrage original. Anne Jung a trouvé ce point d'ancrage dans l'œuvre de Jeremy Bentham (1748-1832). Personnage polymorphe, à la fois « Newton de la législation » (suivant la formule d'Etienne Dumont) et précurseur de mouvements sociaux contemporains comme celui des consommateurs, Bentham a exercé une influence indiscutable sur la pensée pénale des deux siècles derniers. Ce n'est toutefois pas à un travail historiographique que s'est livrée Anne Jung. Dans une démarche elle aussi originale, elle a pris appui sur la pensée de Bentham pour mener une réflexion fondamentale sur le droit des mesures de sûreté. La démarche peut surprendre, voire désarçonner : comment ignorer le rôle essentiel de la « première » défense sociale dans la confection des mesures de sûreté à la fin du XIX^e siècle ? Comment ne pas aborder la réaction de la pensée pénale (néo-)classique aux thèses de Bentham sur la nécessité de placer la prévention au premier plan des objectifs législatifs en matière de sanctions ? Cette thèse n'est pas plus un travail d'histoire des doctrines pénales qu'un précis de philosophie pénale. Cohérente dans sa démarche monographique, Anne Jung a l'audace d'en rester à ces deux points de « mise en résonance » : la pensée de Bentham et les mesures

de sûreté. Mieux comprendre les mesures de sûreté contemporaines, mettre en lumière les contradictions conceptuelles auxquelles peut conduire leur application, tel est l'objectif principal de l'auteur. Elle ne s'interdit toutefois pas de se demander si les mesures de sûreté auraient trouvé une place dans le système «pannomique» de Bentham: le philosophe et publiciste anglais voulait un réseau de normes juridiques complet, réglementant tous les aspects de l'activité humaine et répondant à tous les besoins essentiels de la vie en société, au premier rang desquels la sécurité individuelle et collective. Pour Anne Jung, «Bentham avait pensé à un système de mesures de sûreté, même s'il ne l'énonce pas explicitement». Les avertissements du philosophe quant aux difficultés de mise en place d'un tel système – par exemple au sujet de l'«antinomie entre le principe de la proportionnalité et la prévisibilité de la sanction», dont la thèse traite dans ses dernières pages – n'en sont que plus pertinentes.

Telles qu'elles furent conçues par Carl Stooss à la fin du XIX^e siècle, et mises en forme législative en 1937 dans le premier code pénal suisse, les mesures de sûreté représentent une œuvre majeure dans l'histoire pénale contemporaine. Partout en Europe et même dans le monde, on a considéré que le dualisme (entre peines et mesures de sûreté) était remarquablement équilibré, tant sous l'angle légal que dans l'application judiciaire. Le législateur du Code de 2007 n'a pas modifié fondamentalement l'édifice: quelques suppressions (l'«internement des délinquants d'habitude», restauré partiellement toutefois avec l'internement en raison de «caractéristiques de la personnalité» [art. 64 ch. 1 lit. a) nCP]), quelques modifications de statut (la mesure destinée aux jeunes adultes régie dorénavant par le dualisme judiciaire, l'internement basculant dans un régime de dualisme cumulatif, qui voit la mesure appliquée *après* la peine), mais dans l'ensemble la reconnaissance des qualités du système de Stooss, et donc une certaine continuité.

Parmi les droits européens, un autre système se distingue également, pour son originalité et ses attaches avec les grands mouvements de réforme de la fin du XIX^e siècle: le système belge, avec ses «mesures de défense sociale» qui, contrairement au modèle suisse, sont *détachées* du système pénal proprement dit, tout en conservant des liens avec ce système. Ce «modèle belge» vient lui aussi de subir son *aggiornamento*, avec une réforme achevée quelques semaines après le dépôt de la thèse, mais dont l'auteur a pu tenir compte dans le présent ouvrage. Anne Jung a donc, à l'occasion d'un séjour en Belgique financé par le Fonds national (suisse) de la recherche scientifique, pu mener une étude approfondie sur l'évolution et la configuration nouvelle du système belge, ce qui donne à sa recherche une très précieuse dimension *comparatiste*.

L'ouvrage d'Anne Jung ponctue ainsi l'achèvement de ce train de réformes binational, qui a confirmé la place des mesures de sûreté dans les deux systèmes (ainsi que dans d'autres systèmes européens qui souvent d'inspirent soit du « modèle suisse » soit du « modèle belge »), tout en ouvrant – déjà – des pistes de réflexion pour les futures réformes des droits des mesures.

Robert Roth

*Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Genève*

Table des matières

<i>Remerciements</i>	V
<i>Préface</i>	VII
I. Introduction	1
II. L'étude des droits suisse et belge sur les mesures de sûreté	19
A. L'ancien code pénal suisse	21
1. L'historique	21
2. La présentation des mesures au sens des art. 43 et 44 aCP	24
2.1) Les mesures concernant les délinquants anormaux (art. 43 aCP)	24
2.2) Le traitement des alcooliques et des toxicomanes (art. 44 aCP)	25
2.3) L'internement	26
2.4) L'hospitalisation et le traitement ambulatoire	28
2.5) La délimitation entre l'hospitalisation ou le traitement ambulatoire (art. 43 ch. 1 al. 1 aCP) et l'internement (art. 43 ch. 1 al. 2 aCP)	29
2.6) La fin de la mesure	29
2.7) La suspension de la peine et l'imputation	32
2.8) L'expertise psychiatrique	34
3. Quelques problèmes pratiques rencontrés dans l'application des mesures de sûreté	35
3.1) Le sursis	35
a) Les règles de conduite	37
b) Récapitulation	39
3.2) La compétence d'ordonner une mesure de sûreté	39
B. Le code pénal actuel	42
1. L'historique	42
2. L'analyse de la loi	44
2.1) Les dispositions générales	44
2.2) Le traitement institutionnel des délinquants anormaux	45
2.3) Le traitement institutionnel de la dépendance de l'alcool, de stupéfiants ou de médicaments	47
2.4) La levée de la mesure	48
2.5) Le traitement ambulatoire	52
2.6) L'internement de sécurité	53
	XI

2.7) Le changement de sanction	56
2.8) Les dispositions transitoires	57
3. Quelques problèmes posés par le nouveau droit	58
3.1) Le traitement institutionnel des délinquants souffrant de troubles mentaux	58
3.2) Le traitement institutionnel des alcooliques et des toxicomanes	59
3.3) L'internement	60
3.4) La commission d'experts amenée à se prononcer sur la libération conditionnelle de l'internement	63
3.5) Le changement de sanction	64
3.6) L'initiative populaire fédérale « Internement à vie pour les délinquants sexuels violents jugés très dangereux et non amendables »	65
a) L'historique	65
b) L'expertise	67
c) Les conditions du prononcé de l'internement à vie	67
d) L'examen de l'internement à vie	69
e) La levée de l'internement à vie	70
f) L'examen pendant l'exécution de la peine qui précède l'internement	71
g) L'exclusion de congés et autres allègements dans l'exécution	71
h) La responsabilité pour des actes de récidive commis par des internés à vie	71
C. Le droit belge	74
1. La loi sur la défense sociale	74
2. L'analyse de la loi du 1 ^{er} juillet 1964	75
2.1) L'application de la loi	75
2.2) La mise en observation	75
2.3) L'internement	76
2.4) La libération à l'essai	78
2.5) La libération définitive	81
2.6) La mise à disposition du gouvernement	81
3. Les propositions de loi relatives à l'internement des délinquants atteints d'un trouble mental	83
3.1) Les buts de la loi	84
3.2) La victime	85
3.3) L'expertise psychiatrique	85
3.4) La décision d'internement	86
3.5) L'intérêt des victimes	88
3.6) Les modalités d'exécution de l'internement et conditions y afférentes	89

3.7) L'internement du condamné	95
3.8) Dispositions transitoires	98
3.9) Le mise à disposition du TAP	98
3.10) Les problèmes rencontrés	100
a) La notion de trouble mental	100
b) La dangerosité	101
c) Le principe de la proportionnalité	102
d) L'exécution de la décision d'internement	103
e) Le secret professionnel	104
f) L'expertise	105
4. Quelques éléments de comparaison entre les droits suisse et belge	106
4.1) Un système moniste ou dualiste	106
4.2) La mise en observation	108
4.3) La mesure d'internement	108
4.4) L'internement des condamnés	109
4.5) La procédure	110
4.6) Les informations aux victimes	111
III. Les mesures de sûreté en droit actuel et la pensée pénale de Jeremy Bentham	113
A. La prévention	115
1. La fonction, la finalité et le fondement de la sanction	115
2. La prévention d'après la pensée pénale de Jeremy Bentham	117
2.1) La prévention générale et la prévention spéciale	117
2.2) La valeur apparente et la valeur réelle de la peine	120
2.3) L'individualisation de la peine	121
2.4) Les cas dans lesquels aucune peine ne devrait être infligée	122
2.5) Les manières directes et indirectes de prévenir un délit	123
3. La prévention et les mesures de sûreté en droit actuel	125
3.1) La prévention et les mesures de sûreté dans l'ancien code pénal suisse	126
3.2) La prévention et les mesures de sûreté dans le code pénal suisse actuel	129
3.3) La prévention dans la loi belge sur la défense sociale	130
4. La prévention, de Jeremy Bentham aux mesures de sûreté contemporaines	133
B. Le principe de la proportionnalité	142
1. La définition du principe de la proportionnalité	142
2. Le principe de la proportionnalité d'après la pensée pénale de Jeremy Bentham	142

2.1) La dépense de la peine	142
2.2) La valeur apparente et la valeur réelle de la peine	145
2.3) La mesure de la peine	145
3. Le principe de la proportionnalité et les mesures de sûreté en droit actuel	149
3.1) La proportionnalité et les mesures de sûreté dans l'ancien code pénal suisse	149
3.2) La proportionnalité et les mesures de sûreté dans le code pénal suisse actuel	151
3.3) La proportionnalité dans la loi belge sur la défense sociale	153
3.4) La proportionnalité dans la loi belge relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental	154
4. La proportionnalité, de Jeremy Bentham aux mesures de sûreté contemporaines	155
C. La dangerosité	160
1. La dangerosité dans la pensée pénale de Jeremy Bentham	160
1.1) Le mal de premier, de deuxième et de troisième ordre	160
1.2) Du mal de premier ordre	161
1.3) De la mauvaise foi	162
1.4) La position du délinquant	163
1.5) L'influence des motifs sur la grandeur de l'alarme	163
1.6) La facilité ou difficulté d'empêcher les délits	163
1.7) La plus ou moins grande facilité de cacher un délit et de se soustraire à la peine	163
1.8) L'influence du caractère du délinquant sur l'alarme	164
1.9) Le caractère réactif du système pénal	165
2. La dangerosité et les mesures de sûreté en droit actuel	166
2.1) La dangerosité et les mesures de sûreté dans l'ancien code pénal suisse	166
2.2) La dangerosité et les mesures de sûreté dans le code pénal suisse actuel	168
2.3) La dangerosité dans la loi belge sur la défense sociale	171
2.4) La dangerosité dans la loi belge relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental	175
3. La dangerosité, de Jeremy Bentham aux mesures de sûreté contemporaines	175
D. L'individualisation de la sanction	182
1. L'individualisation de la sanction dans la pensée pénale de Jeremy Bentham	182
1.1) Les circonstances qui influent sur la sensibilité	182
1.2) Les raisons pour ériger certains actes en délits et pour instituer des peines	184

2.	L'individualisation de la sanction et les mesures de sûreté en droit actuel	186
2.1)	L'individualisation et les mesures de sûreté dans l'ancien code pénal suisse	186
2.2)	L'individualisation de la sanction et les mesures de sûreté dans le code pénal actuel	186
2.3)	L'individualisation de la sanction dans la loi belge sur la défense sociale	188
3.	L'individualisation de la sanction, de Bentham aux mesures de sûreté contemporaines	189
IV.	Conclusion	197
1.	Les peines d'après la pensée pénale de Jeremy Bentham	199
2.	La naissance des mesures de sûreté	202
4.	L'unification des mesures de sûreté	205
4.	Les systèmes suisse et belge de mesures de sûreté	209
5.	Bentham énonce-t-il un système de mesures de sûreté et le différencie-t-il des peines?	211
V.	Bibliographie	219
	Ouvrages	221
	Articles	223
	<i>Index</i>	229

I.
Introduction

L'influence que Jeremy Bentham¹ a eue sur le système pénitentiaire et le droit pénal genevois, en raison de ses liens avec Etienne Dumont, n'est certainement pas sans rapport avec l'intérêt que le présent auteur porte à sa pensée. Bentham et Dumont sont en effet considérés comme les pères de la prison à Genève. Mais Etienne Dumont a également eu une grande influence dans la réforme pénale genevoise puisqu'il créa un projet de code pénal en 1817, projet qui comporte la trace inévitable de Jeremy Bentham². Si ce code n'aboutit pas, l'influence que Dumont et indirectement Bentham ont eue sur le droit pénal genevois est indéniable.

Mais pourquoi avoir choisi de mettre en parallèle la pensée pénale de Jeremy Bentham avec les systèmes suisse et belge de mesures de sûreté ?

Deux approches nous ont parues intéressantes pour justifier ce lien. Nous avons choisi la seconde, plus pour des raisons pratiques que théoriques.

¹ Jeremy Bentham naît le 15 février 1748 à Houndsditch dans la banlieue londonienne et décède le 6 juin 1832 dans la capitale anglaise. Fils d'un avocat fortuné, ce qui lui évitera tout problème financier, il étudie le droit mais ne pratiquera pas le barreau. Dès l'âge de vingt et un an, il se lance dans l'étude des réformes de la procédure judiciaire et des modes de gouvernement. En 1776, il publie anonymement, à l'âge de vingt-huit ans, son premier grand traité intitulé *A Fragment on Government*. Lorsque son identité fut dévoilée, ce texte fit connaître Bentham à l'intelligentsia britannique. De 1772 à 1789, Bentham rédigea son œuvre principale intitulée *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* qui sera publiée en 1789. En novembre 1788, lorsqu'il apprend que les Etats généraux se réuniront, il adresse un courrier à Mirabeau puis des observations sur un arrêté de la noblesse de Bretagne à l'occasion desquelles il rencontre Etienne Dumont. Lorsque éclate la Révolution française, Bentham tente d'influencer les dirigeants français dans leur choix d'un nouveau système d'organisation du pouvoir, de l'administration et de la procédure. Si ses idées ne sont pas retenues telles quelles, ses textes auront une certaine influence. En 1792, Bentham est d'ailleurs nommé citoyen d'honneur de la République française. De février 1786 à novembre 1787, Jeremy Bentham rend visite à son frère Samuel à Krichëv, petite bourgade de Biélorussie. Ce séjour aura une grande influence sur le philosophe et orientera son activité ultérieure. Dans la résidence campagnarde de son frère, il aura l'occasion de découvrir un nouveau mode de surveillance des ouvriers et il en fera la base du Panoptique, son projet de prison circulaire où les gardiens ont les moyens d'observer tous les détenus et où donc le détenu est surveillé en permanence. Les années qui suivront, Jeremy Bentham tentera de faire adopter le panoptique par un gouvernement. Il échouera en France, en Angleterre, en Irlande et en Russie. Mais Bentham n'abandonne pas pour autant les questions d'actualité. Ce sont les questions constitutionnelles et de codification qui l'intéressent le plus dans les années 1820-1830. Il contribuera à la fondation de l'University College à Londres et c'est à cette institution qu'il légua son corps, après son décès, pour qu'il soit disséqué puis momifié. Le corps momifié de Jeremy Bentham est aujourd'hui encore visible, placé dans une armoire de l'University College, vêtu de ses habits d'époque. Bentham laissera une quantité considérable de manuscrits les plus divers qui sont conservés à l'University College, au British Museum et à la London School of Economics. Ces manuscrits, pour la plupart des brouillons, voire de simples bouts de papier couverts d'une écriture peu lisible qui prêtent à diverses interprétations, transcrivent des idées adressées aux disciples de Bentham qui en établiront la synthèse. Le principal disciple est Etienne Dumont, professeur de droit à l'Université de Genève et auteur d'une édition des œuvres complètes de Bentham en 1829.

² ROTH (1981), pp. 109-111.

La première approche consiste à dire que Bentham est un précurseur parce qu'il a pensé à un système de peines différent de celui de l'époque classique. L'époque classique commence avec *L'Esprit des lois* de Montesquieu en 1748 et le *Traité des délits et des peines* de Beccaria en 1764 et se termine avec *L'homme criminel* de Lombroso. Cette période a vu se succéder de nombreux auteurs qui peuvent être qualifiés de classiques en ce sens qu'ils ne remettent pas en cause deux principes admis par leurs prédécesseurs : 1) les hommes, exceptés les fous et les enfants, sont libres de faire le bien ou le mal ; 2) le mauvais usage de la liberté entraîne une punition méritée qui est de nature à lutter efficacement contre le crime³. Or, si Bentham appartient temporellement à l'époque classique, tel n'est pas le cas de ses idées. On peut le qualifier en quelque sorte de « faux classique ». Quatre principes nous ont paru exemplaires pour cette étude : l'aspect préventif, la proportionnalité, la dangerosité et l'individualisation de la sanction. Ces principes sont des fondements du système des mesures de sûreté, système qui serait apparu à la fin du XIX^e siècle. La présente thèse aurait dès lors pour objet de démontrer qu'il est faux de penser, comme on peut le lire fréquemment dans la doctrine, qu'ils sont apparus avec la naissance de la pensée sur la défense sociale et que cette pensée, à la fin du XIX^e siècle, marquerait une cassure dans le système pénal. En réalité, Bentham, un auteur appartenant temporellement à l'époque classique, avait déjà mis en place des principes qui permettaient de créer un système de mesures de sûreté. Cette hypothèse nous a paru intéressante. Elle aurait permis de démontrer que le droit pénal n'évolue pas par cassures mais par vagues successives. Mais, pour pouvoir démontrer correctement cette hypothèse, nous ne pouvions nous limiter à l'étude de Bentham et du droit actuel en passant par la naissance de la défense sociale. Il aurait fallu étudier toute l'évolution, de Bentham à nos jours, dont la pensée positiviste italienne et le néoclassicisme. Or, nous n'avions ni les moyens ni l'ambition, dans la présente contribution, de faire une étude de l'histoire des idées de Bentham à nos jours.

La seconde approche consiste à dire que Bentham a créé un système de lois, le pannonion, dans lequel l'on trouve l'idée de codification. Bentham a été un des premiers à formuler une théorie scientifique de la législation et de la criminalité, dans laquelle une arithmétique des plaisirs et des peines doit être exercée pour parvenir au principe de l'utilité⁴. Il est considéré comme le père du code pénal parce que, comme nous l'exposerons par la suite⁵, il a été un des premiers à penser le système pénal sous la forme d'un code. S'il n'a pas été le seul, il a eu les idées les plus originales et les plus achevées dans

³ PRADEL, p. 40.

⁴ ROTH (1981), pp. 97 et 99.

⁵ Voir p. 11 ss.

le mouvement de codification qui s'est imposé à l'époque des lumières. Il est un des fondateurs du droit pénal pensé comme un système avec un certain nombre de principes que doivent posséder les peines pour pouvoir remédier aux délits susceptibles d'être commis. L'on peut énoncer à titre d'exemple la mesure de la peine, l'analogie entre les peines et les délits, les circonstances qui influent sur la sensibilité dont doivent tenir compte les peines et la proportion entre les délits et les peines. Cette idée de système est très importante depuis le XVIII^e siècle. Comme le dit Yves Cartuyvels, si, pour comprendre d'où vient le code pénal, il faut également se pencher sur d'autres sources, la pensée pénale de Jeremy Bentham occupe une place importante dans le mouvement de codification. Elle est, en effet, étroitement associée au code pénal français de 1810 et au code révolutionnaire de 1791 qui sont souvent présentés comme « le véritable point de départ de l'idéal qualitatif, systématique ou synthétique du code pénal moderne »⁶. La présente contribution a dès lors pour objet l'étude de la pensée de Jeremy Bentham comme instrument de compréhension et d'évaluation critique des mesures de sûreté en droit contemporain. Si Bentham n'avait pas explicitement pensé à un système de mesures de sûreté, il est un des premiers à avoir mis en place sous forme de système un certain nombre de principes, que nous exposerons par la suite, applicables aux mesures de sûreté contemporaines. Ces principes étaient absents de l'époque classique et sont fondés sur le principe d'utilité. Or, il est intéressant et utile d'étudier la philosophie de cet auteur qui est considéré comme le père du code pénal. Cela permettra d'avoir une meilleure compréhension de nos systèmes de mesures et des problèmes soulevés par ces systèmes.

Jeremy Bentham a été un des premiers à avoir pensé le droit pénal comme un système. Mais il sied de définir préalablement ce que l'on entend par système.

Un système est une classification de règles ordonnées et articulées de manière synthétique, afin de parvenir à un but précis.

Un système permet de classer les règles de manière synthétique, afin de mieux comprendre leurs liens, leurs ressemblances, leurs dissemblances et leurs analogies et ainsi de prévoir leurs interactions. Le droit romain se composait d'une multitude de cas qui formaient des précédents. Il n'était pas classé de manière systématique et synthétique. En opérant une réforme méthodologique et en réorganisant les règles casuistiques sous forme d'un système, les individus pourront mieux comprendre le droit, ce qui permet de parer à l'insécurité juridique. Il s'agit d'une immense classification dont la systématique ressemble à une machine. Les règles s'articulent et interagissent entre

⁶ CARTUYVELS, pp. 4-5.

elles comme une machine, de manière à prévenir les futurs délits et ainsi à remédier à l'insécurité juridique. C'est une classification de règles ordonnées et articulées de manière synthétique, afin de parvenir à un but précis. Cette idée de système est apparue au XVII^e siècle avec l'Ecole du droit naturel. Elle a eu une grande influence sur la codification de l'époque des lumières, époque tributaire d'un mode de pensée liée à l'influence des mathématiques et à une rationalité scientifique. Bentham a été un des premiers à penser le droit pénal comme un système. Il faut que la législation soit rationnelle et pratique. Elle doit se fonder sur l'expérience et l'observation des choses réelles et être dépouillée de toute fiction. Bentham est considéré comme le Newton de la législation. Il critique le système de common law qui laisse une trop grande latitude aux juges et qui peut conduire à l'arbitraire⁷. Les règles doivent être articulées de manière précise, afin de parvenir au plus grand bonheur du plus grand nombre, bonheur qui dépend entre autres de la sécurité publique et donc de la prévention des délits.

Les mesures de sûreté forment également un système. En effet, les diverses mesures s'articulent entre elles et se succèdent de manière à prévenir la prévention de futurs délits. Le passage d'une mesure à une autre, la levée provisoire d'une mesure et la réintégration ou la levée définitive qui s'ensuit proviennent de l'articulation des différentes règles qui agissent comme une machine pour parvenir au besoin de prévention.

Bentham, dans son œuvre, pose un certain nombre de principes qui peuvent être considérés comme les fondements d'un système de mesures de sûreté. Il décrit un système, soit une classification de règles qui non seulement possèdent les qualités pour être appliquées à des mesures de sûreté mais qui s'articulent les unes avec les autres pour réaliser la fonction qu'on attend d'un tel système de sanctions, soit la prévention générale et spéciale. Nous avons examiné s'il existe, dans les écrits de Bentham, des « traces » des mesures de sûreté ou au moins un semblant de différenciation entre peines et mesures. Nous n'en avons pas trouvé, du moins pas de manière explicite. La question qui s'est posée est la suivante : Bentham avait-il pensé les mesures de sûreté sans l'énoncer expressément ou avait-il pensé à un système de peines sans les différencier des mesures de sûreté mais qui pouvait s'appliquer aux délinquants auxquels on applique aujourd'hui les mesures de sûreté ?

Il n'avait probablement pas pensé précisément à un système de mesures de sûreté tel qu'on l'entend aujourd'hui, mais son système de peines devait contenir les principes et les qualités et devait s'articuler de manière à être applicable à tous les délinquants et notamment à ceux auxquels l'on applique aujourd'hui des mesures. Pour cet auteur, les mesures de sûreté sont une

⁷ ROTH (1981) pp. 127-128.

variété de peines. Pour démontrer cette thèse, nous nous sommes limitée à quatre principes : la proportionnalité, la prévention, la dangerosité et l'individualisation de la sanction. Bentham fait figure de précurseur au milieu de l'époque classique où l'homme est considéré comme un citoyen raisonnable, maître de ses actes et de ses droits et où seul le délit commis est pris en compte pour la détermination de la peine qui lui est étroitement liée. Il est un des premiers à penser que la peine doit être individualisée au délinquant et non être déterminée à l'avance en fonction de chaque délit commis. Pour être utile, une peine ne peut être rigide mais doit s'adapter, afin de remplir de la manière la plus efficace sa fonction, la prévention des délits futurs. Toute peine qui est incapable de répondre au besoin de prévention est inutile et ne devrait pas être infligée. Il fait figure de précurseur en déclarant que la peine ne doit être infligée que si elle empêche la commission de futurs délits ; sinon, elle est inutile. Il ouvre une brèche à l'époque classique où l'idée de rétribution prédomine largement. Cette idée de rétribution est loin de l'idée d'utilité. Sénèque a très bien décrit cette antinomie : « *Punitur quia peccatum est* » ou « *Punitur ne peccetur* » ? La théorie rétributive suit le « *quia peccatum est* » : la punition est inhérente à l'infraction, selon la loi du talion. La théorie utilitariste suit au contraire le « *ne peccetur* » : la justification de la peine se situe dans l'utilité pour la société, grâce à la prévention qu'elle exerce⁸.

La peine classique possède les caractéristiques suivantes : elle est légale en ce sens que c'est la loi qui l'institue et qui détermine son application et sa quantité ; elle est rétributive et personnelle en ce sens qu'elle punit la faute du délinquant et qu'elle est infligée dans les limites de cette faute ; elle est punitive et intimidante en ce sens que, proportionnée au délit commis, elle en est la contrepartie qui sert à dissuader les délinquants virtuels. La conception classique préconise un système répressif dont l'objet essentiel est le châtiment de la faute et l'intimidation. La condamnation efface juridiquement et socialement l'infraction commise, et la peine rétablit et compense l'ordre public lésé par l'infraction. La peine est strictement attachée à l'infraction commise qui seule est prise en considération. On y retrouve les idées d'expiation, de vengeance et de représailles mais pas celle d'utilité. L'expiation est un processus intime du délinquant qui vise à le purifier par la souffrance. Toute personne doit expier les infractions qu'elle a commises, peu importe les conséquences pratiques de la peine subie. La rétribution répond à l'illégalité mais soulage peu les victimes et n'améliore guère le comportement des auteurs. Elle ne sert pas à prévenir la criminalité. Elle prône une équivalence symbolique entre le mal causé par l'infraction et le mal infligé par la peine, sans se préoccuper des effets causés par la sanction. Elle est infligée selon une échelle de gravité parallèle entre les infractions et les peines. C'est le prix

⁸ COPPENS, p. 39.

à payer et elle doit être infligée, même si elle n'a aucun effet sur le délinquant ou sur la sécurité publique et donc si elle est inutile.

Bentham s'oppose à cette idée. Une peine qui ne permet pas d'améliorer la sécurité ne devrait pas être infligée parce qu'elle fait du mal au délinquant sans pour autant faire de bien à la population. Elle ne répond donc pas au principe d'utilité. Selon cet auteur, l'essentiel se situe dans l'apparence de la peine qui dissuade les autres individus de commettre un délit, contrairement à la réalité de la peine qui fait du mal au délinquant⁹. Bentham s'oppose également à l'idée de rétribution en disant qu'une peine ne devrait pas être infligée si elle est mal fondée, inefficace, superflue ou trop dispendieuse. Elle est mal fondée s'il n'y a pas de vrai délit commis, inefficace si elle ne sert pas à prévenir d'autres délits semblables, superflue si les mêmes résultats peuvent être atteints par des moyens plus doux et trop dispendieuse si le mal de la peine excède le mal du délit¹⁰. Il s'oppose ainsi à l'imposition quasi automatique d'une peine en fonction d'un délit commis. Le meilleur système serait celui où l'aspect préventif serait si fort qu'il permettrait d'agir en amont du délit commis. Il n'y aurait plus d'infraction puisqu'il n'y aurait plus besoin d'attendre qu'une infraction soit commise. Mais une peine infligée uniquement en fonction de la dangerosité du délinquant et avant même qu'un délit n'ait été commis n'est pas envisageable parce que la dangerosité ne peut être évaluée de manière scientifique et précise. Une telle solution ouvrirait la porte à l'arbitraire.

En disant qu'une peine est dispendieuse, Bentham introduit le principe de la proportionnalité dans le système de droit des sanctions. Il dit que les peines doivent être économiques, c'est-à-dire, parvenir à l'effet préventif désiré en utilisant le moins de souffrance possible. La peine doit être calculée de manière à assurer la protection de la société. Six règles doivent être appliquées pour que ce principe soit respecté. Toute sévérité supplémentaire est abus de pouvoir. C'est ainsi le principe de la proportionnalité qui permet d'évaluer la peine nécessaire mais pas excessive pour parvenir à l'effet préventif désiré¹¹. A nouveau, c'est la prévention qui dicte les peines à appliquer. S'il estime que les peines doivent être prévues de la manière la plus précise possible pour favoriser la certitude et l'impartialité, il estime qu'il peut exister des circonstances imprévues dans la personne des délinquants ou dans les délits commis qui ne pourraient pas être prévenues par des peines rigides et inflexibles¹².

⁹ BENTHAM (1829) (II), pp. 5-6.

¹⁰ BENTHAM (1829) (II), pp. 21-22.

¹¹ BENTHAM (1829) (II), pp. 7-11.

¹² BENTHAM (1829) (I), pp. 25-28.

Ce système créé ou codifié par Bentham pourrait être appliqué aux mesures de sûreté ou mesures de défense sociale. Ce sont des mesures de protection qui ont pour but de prévenir la récidive des délinquants et de protéger la sécurité publique. Leur fondement repose sur la dangerosité des individus. Prins, considéré comme le père de la défense sociale, ira même jusqu'à prôner la solution extrême du droit d'intervention de l'Etat, même lorsque aucun délit n'a été commis, en raison de l'état dangereux¹³. Cette solution extrême et difficilement envisageable avait déjà été pensée par Bentham, lorsqu'il critique l'aspect réactif du système pénal¹⁴. En outre, les mesures de sûreté sont variées et de durée indéterminée, afin de pouvoir s'adapter à la dangerosité et à l'état de l'individu qui évoluent. Elles doivent avoir plus de souplesse que les peines puisqu'elles s'appliquent à un type de délinquant dont l'évolution est incertaine. Il est donc impossible d'appliquer un système de peines rigides à ce type de délinquant. Bentham, en prônant l'individualisation de la sanction et en disant que des peines rigides ne permettraient pas de tenir compte des circonstances imprévues dues à la personnalité des délinquants, avait prévu un tel système. En outre, le principe de la proportionnalité qui, depuis début 2007, occupe une disposition à elle toute seule dans le droit suisse sur les mesures de sûreté est la clé du système. Alors que les peines sont ordonnées en fonction de la culpabilité du délinquant, les mesures de sûreté sont ordonnées en fonction du principe de la proportionnalité. Si plusieurs mesures sont susceptibles d'être ordonnées, celle qui porte la moindre atteinte aux droits de l'individu a toujours la priorité. En droit belge également, ce sont les nécessités de défense sociale qui dictent si un internement doit être ordonné. Si l'inculpé est dans un état pouvant nécessiter un internement mais que l'infraction commise ne soit qu'un accident et qu'il n'y ait pas de risque important de récidive, un internement ne doit pas être ordonné.

La présente contribution a pour objet l'étude de la pensée de Jeremy Bentham comme système, à savoir un ensemble de règles qui s'articulent de manière systématique et synthétique dans un but précis, comme instrument de compréhension et d'évaluation critique d'un autre système, celui des mesures de sûreté en droit suisse et belge. Cela permettra de mieux comprendre nos systèmes de mesures de sûreté et les transformations de ces systèmes auxquelles on assiste aujourd'hui. Pourquoi avoir choisi les droits suisse et belge? Ces deux systèmes de mesures de sûreté sont des modèles en Europe. Tant Stooss, père du code pénal suisse et des mesures de sûreté, que Prins, un des pères de la pensée sur la défense sociale, ont joué un rôle important dans la création des mesures de sûreté en Europe. Prins est considéré comme un des fondateurs de la pensée sur la défense sociale et Stooss a eu des contacts

¹³ PRINS (1986), p. 19.

¹⁴ BENTHAM (1829) (II), p. 187.

étroits avec l'Union internationale de droit pénal et avec Franz Von Liszt, un des fondateurs de cette Union, qui a collaboré à l'élaboration de l'avant-projet suisse du code pénal. En outre, ce sont les systèmes les plus synthétiques et développés.

Il était également intéressant de comparer un système pénal légalement moniste, le système belge, avec un système dualiste, le système suisse. En effet, le système pénal suisse contient des peines et des mesures, alors que le système pénal belge ne contient que des peines: les mesures de défense sociale ne sont pas des sanctions pénales.

Lors de ce travail, nous nous sommes heurtée à des critiques portant sur la mise en parallèle de Bentham et des mesures de défense sociale. Une critique portait sur le fait qu'il pouvait être artificiel de mettre en perspective un auteur du XVIII^e siècle, soit Bentham, avec le droit actuel, en omettant d'étudier les autres périodes comme le néoclassicisme et la période des positivistes italiens. Comme nous l'avons exposé précédemment, nous n'avons pas eu l'intention de faire une étude de l'histoire des idées mais de mettre deux systèmes en parallèle. Nous nous sommes néanmoins penchée sur la période allant de la fin du XIX^e siècle au milieu du XX^e siècle. Cette période a vu naître la pensée de la défense sociale et les premières lois sur les mesures. L'étude de cette période nous a paru nécessaire pour bien comprendre la systématique des mesures. En effet, les idées de cette époque ont eu une grande influence sur le système encore en vigueur aujourd'hui.

Une autre critique portait sur le fait de considérer Bentham comme modèle d'un système de défense sociale. Si certains principes évoqués par Bentham pouvaient s'appliquer aux mesures de sûreté, Bentham n'aurait pas pensé à un système de mesures. Le fait qu'en droit belge, les mesures de défense sociale ne sont pas des sanctions pénales peut rendre plus difficile la lecture d'un système de mesures à travers les lignes décrivant un système pénal. En droit suisse, peines et mesures sont certes différentes mais sont les deux parties d'un même système de droit des sanctions qui appartient au droit pénal. Il est ainsi plus facile d'envisager que Bentham ait pu penser à ces deux aspects comme deux parties d'un système, même s'il ne les sépare pas formellement. Enfin, notre étude n'a pas pour objet de considérer Bentham comme modèle mais comme instrument d'évaluation critique.

Comme nous l'avons exposé précédemment, il s'agit de mettre en perspective la philosophie de Bentham pensée comme un système avec un autre système, le système des mesures de sûreté en droit suisse et belge, afin de mieux comprendre son fonctionnement et son évolution. Bentham est le père du code pénal pensé comme un système et il est un des premiers à avoir

énoncé certains principes fondés sur l'utilité et absents de l'époque classique. Or, ces principes sont à la base du système de mesures de sûreté. Cette idée de système est très importante depuis le XVIII^e siècle.

L'idée de système vient avant même son contenu, puisqu'elle marque sa cohérence.

La codification est associée à l'époque moderne mais la réflexion théorique sur l'instrument codificateur émerge au XVII^e siècle avec l'École de droit naturel. Dès le XVII^e siècle, l'École de droit naturel prépare une nouvelle forme de codification sous forme d'un système synthétique et qualitatif. Une nouvelle conception du droit naturel plus scientifique émerge en Europe avec l'idée de système. Gusdorf décrit le système comme « *un schéma mécaniste d'intelligibilité, par décomposition et recombinaison des éléments et des forces à l'œuvre dans telle ou telle partie du réel* »¹⁵. Cette notion de système a donné lieu à de nombreux débats à l'époque des lumières. Une critique porta sur le fait que le système est basé sur des hypothèses et non sur une vérité connue. Pour citer Gusdorf à nouveau, « *Un savant qui n'a qu'une connaissance limitée de telle ou telle partie de la philosophie se croit autorisé à rédiger un traité complet, où il expose avec assurance des choses qu'il ignore ou ne connaît que par ouï-dire* »¹⁶. Il s'agirait d'un pseudo-savoir. Les systèmes et les hypothèses seraient des spéculations non fondées contrairement aux explications valables, fondées sur l'expérience. Un système est une supposition qui devient une vérité quand elle est prouvée. Ainsi, la critique porta sur le fait de ne plus acquérir de nouvelles connaissances mais de ranger et lier les unes aux autres pour former un système. Comme nous l'exposerons par la suite, cette critique ne pourra pas s'appliquer à la pensée de Bentham.

La forme du système fait preuve de cohérence et de rigueur. Un système est un assemblage ou un enchaînement de principes et de conclusions. Il est l'ensemble d'une théorie dont les différentes parties sont liées entre elles, se suivent et dépendent les unes des autres. Il existe les systèmes abstraits composés de règles générales et abstraites, les systèmes hypothétiques et les systèmes composés de faits constatés. Le procès fait au système par les penseurs du XVIII^e siècle provient de la condamnation de la métaphysique déductive, fondée sur des abstractions conceptuelles et non sur la réalité des choses. Mais le système a également sa place dans le domaine de la science en organisant la pensée et en créant des schémas explicatifs. Si le système est fondé sur une hypothèse, il est néanmoins utile parce que l'hypothèse peut durer longtemps avant de parvenir, au moyen de plusieurs expériences, à la vérité. Le système est une combinaison raisonnée, une ordonnance des choses ou des

¹⁵ GUSDORF, pp. 258-259.

¹⁶ GUSDORF, pp. 262-263.

idées qui les représente. Il s'agit d'un ordre systématique des choses et des faits, de leurs combinaisons et de la dépendance des causes et des effets¹⁷.

Cette nouvelle conception de la systématique juridique influencera la codification du siècle des lumières¹⁸. Elle pense le droit comme une science et rompt avec la tradition casuistique romaine. C'est en premier lieu l'idée de système qui a conduit à la création des codes. La systématique importait plus que le fond du travail, d'ailleurs les premiers codes qui ont été pensés contenaient un mélange de droit romain et de droit local. C'est en cela que l'on peut affirmer que l'idée de système vient avant même son contenu, puisqu'il marque sa cohérence.

Leibniz (1646-1716) et Wolff (1679-1754) ont été parmi les premiers à penser à un système de codification¹⁹. Le droit est considéré comme une science, conçue comme un système abstrait. Wolff essaiera de trouver une systématisation logique du droit, un droit scientifique de l'homme et de la nature²⁰. En introduisant des titres généraux pour chaque partie du droit, il apporte une structure qui sera reprise par les codes du XVIII^e siècle et perdurera jusqu'à nos codes actuels²¹. Il a ainsi créé les fondements des premières codifications du XVIII^e siècle²². C'est du mouvement de l'École wolffienne que partira l'idée de codification moderne avec l'organisation, sous forme d'un système, de l'ensemble des règles de droit positif. Ce courant wolffien élaborera une organisation des règles de droit avec une partie générale qui s'apparentera aux définitions et aux axiomes mathématiques, correspondant à un mode de pensée dont il est largement tributaire. Mais il se distinguera également par sa notion de système juridique, conçu comme un ensemble de propositions attribuant des droits et obligations aux sujets ou attribuant des caractéristiques spécifiques aux droits et aux obligations²³. Comme Bentham, Wolff estime que la fonction préventive tant générale que spéciale est la plus importante²⁴. Mais, s'il a exercé une influence sur la codification moderne, Wolff n'a pas élaboré lui-même une codification du droit. En revanche, Leibniz a été le premier à penser à une tentative de codification sous forme d'un système qui permettrait de parer à l'insécurité juridique²⁵.

¹⁷ GUSDORF, pp. 265-277.

¹⁸ CARTUYVELS, p. 65.

¹⁹ CARTUYVELS, p. 7.

²⁰ WINIGER (1993), p. 27.

²¹ WINIGER (1993), p. 22.

²² WINIGER (1993), p. 1.

²³ DUFOUR, p. 49.

²⁴ DUFOUR, p. 73.

²⁵ DUFOUR, p. 75.

La supériorité de Leibniz réside dans le caractère systématique de son œuvre de codification et non dans son contenu.

Il a été le premier dès 1667 à considérer le droit comme un système sous la forme d'un code clair, certain et complet²⁶. Mais le projet de codification de Leibniz n'a pas la volonté de rompre avec la tradition de droit romain et de créer un nouvel ordre juridique. Il veut opérer une réforme méthodologique, en réorganisant le droit existant sous forme casuistique et en le transformant en règles ordonnées comme un système²⁷. Si les œuvres de Bentham et de Leibniz présentent indéniablement de nombreux rapports et de nombreuses ressemblances, contrairement à Bentham, la qualité de Leibniz est fondée sur le caractère systématique et non sur le fond de son travail. Les deux philosophes avaient en tête de créer un corps de loi sous forme de code qui s'articulerait comme un système. Ce code serait formé de lois générales et stables, afin de garantir la prévisibilité et la sécurité juridique. Mais, alors que Bentham voulait réformer tant la forme que le fond, Leibniz voulait reconstruire leur représentation. Les œuvres de Leibniz continuent à se fonder sur le droit de son époque qui était un mélange de droit romain et de droit germanique. Sa philosophie du droit n'a jamais remis en question le droit en vigueur à cette époque. Leibniz a opéré un remaniement et une remise en forme des dispositions en vigueur sans modifier le fond du droit²⁸. S'il n'arrivera pas au bout de son projet de remaniement et de reclassement des lois romaines qui se comptent par milliers, il aura une influence sur plusieurs projets de codification²⁹. Leibniz fait ainsi figure de précurseur de la sémantique structurale que ce soit dans le droit ou la documentation juridique³⁰. Derrière l'utilisation de techniques logiques, Leibniz trouve des solutions concrètes. La systématique de son œuvre rend Leibniz supérieur aux autres dans l'histoire de la philosophie du droit et rend son œuvre unique. L'analyse des Fragments 12/5 et 12/6 des *Elementa Juris naturalis* laissent apparaître Leibniz comme le premier théoricien de la logique déontique³¹. Contrairement à Bentham qui opère une réforme également dans le fond du droit en ramenant tout au principe d'utilité, Leibniz s'intéresse seulement à créer une logique de la codification. L'on peut ainsi affirmer que sa supériorité réside uniquement dans le caractère systématique et non dans le contenu de son œuvre de codification.

²⁶ DUFOUR, p. 8 et réf. cit.

²⁷ DUFOUR, p. 77.

²⁸ GARDIES, pp. 116 et 119.

²⁹ DUBOUCHET, p. 63.

³⁰ DUBOUCHET, p. 70.

³¹ WINIGER (1992), p. 25.

Bentham a été le premier à énoncer, sous la forme d'un système, un certain nombre de principes liés à la pensée utilitariste, comme la prévention, la proportionnalité et l'individualisation. Contrairement à Leibniz, la réforme touche ainsi tant la forme que le fond du droit.

Si elle est le fruit d'une longue évolution historique, la codification moderne a connu son aboutissement avec les codes absolutistes de la fin du XVIII^e siècle. Malgré la continuité dans l'histoire de la codification, cette époque marque un point de rupture concrétisant un idéal quantitatif, systématique et synthétique de la codification moderne³². La pensée pénale de Jeremy Bentham en fait partie puisqu'on l'associe aux codes français de 1791 et 1810. Le code doit permettre de remédier à l'insécurité juridique et favoriser la connaissance du droit³³. Comme nous l'avons exposé, l'idée de système marque la cohérence du code. Avec cette réforme de la codification s'est également opérée une réforme dans la systématique des peines légales, proportionnées et individualisées au délinquant avec l'idée de maximiser le rapport coût-bénéfice des peines infligées dans une logique utilitariste. Le premier signe de l'émergence de la pensée utilitariste est la création des peines flexibles offrant une certaine marge d'appréciation au juge pour la prévention des délits futurs. Le juge se préoccupe davantage de l'auteur du délit dans une perspective de défense sociale³⁴.

Bentham a en effet consacré une grande partie de son œuvre à créer une codification complètement nouvelle. Seul un code législatif absolument complet permettrait de parvenir au plus grand bonheur du plus grand nombre. Il faut créer un code complet connu de tous, afin d'éviter la méconnaissance du droit par les citoyens et ainsi d'éviter l'arbitraire. Il faut éviter les lacunes qui pourraient entraîner des règles imaginaires favorisant certains intérêts privés qui iraient à l'encontre du plus grand bonheur du plus grand nombre. Ce droit codifié est source de certitude et de sécurité³⁵. En effet, si l'arbitraire provient de l'attribution du pouvoir à un seul individu, il est bien évidemment facilité par l'ignorance des citoyens qui sont entièrement soumis à la volonté des détenteurs du pouvoir. En outre, l'incertitude permet à l'homme de loi de légiférer selon ses propres intérêts³⁶. Ce code devait poser les fondements d'un droit nouveau tant quant à son contenu que ses fondements. Ce code devait repenser le droit d'après une systématique et une théorie du droit scientifique. Il s'agit d'un catalogue, d'une immense classification³⁷. Bentham

³² CARTUYVELS, pp. 365-366.

³³ CARTUYVELS, p. 80.

³⁴ CARTUYVELS, pp. 377-378.

³⁵ HART, p. 132.

³⁶ VANDERLINDEN, p. 199.

³⁷ OST, pp. 172-174.

insiste à plusieurs reprises sur la systématique du droit qui ressemble à une machine³⁸.

Selon Bentham, le principe qui doit diriger le code dans toutes ses parties est le principe du plus grand bonheur du plus grand nombre ou le principe d'utilité générale. La première condition du code sera de se fonder sur *l'intérêt universel*. La seconde condition sera son *intégralité*: il doit être complet et contenir toutes les obligations légales applicables aux citoyens. La troisième condition est sa *méthode*: le code doit être clair et précis. La quatrième condition est sa *justifiabilité*: chaque loi doit être accompagnée d'un commentaire explicatif, justifiant la loi³⁹.

L'intégralité: Pour Bentham, le code doit être le seul ouvrage où toutes les lois sont présentées dans leur ensemble pour qu'on puisse comprendre facilement *tous leurs points de séparation, de rapprochement, leurs coïncidences, leur étendue proportionnelle et leurs limites*⁴⁰. Le code complet de législation de Bentham devra posséder l'intégralité du droit. Seul un code complet de lois pourra assurer la connaissance du droit et la sécurité juridique. La codification est le seul moyen de connaître une législation en y rassemblant toutes les lois et en percevant les interactions entre les diverses lois. Le code est un système: s'il manque une pièce, il risque d'être mécompris. Tout ce qui ne figurera pas dans le code ne sera pas du droit. En outre, le code sera pur, c'est-à-dire qu'il reflètera la volonté du législateur et ne comprendra aucune controverse doctrinale ou autre développement. Il sera clair et concis et sera parfaitement connu de tous. La connaissance est indispensable pour garantir la sécurité juridique et éviter l'arbitraire⁴¹. L'on trouve le plan du code pénal avec la subdivision des délits privés et publics, le plan du code civil et sa subdivision en titres généraux et particuliers, l'analyse des pouvoirs politiques, puis les lois d'organisation judiciaire et de procédure. L'ensemble de toutes ces lois permet de créer ce que Bentham appelle le *pannomion*, soit un code universel. Toutes les lois doivent y figurer et ce qui n'y figure pas ne sera pas une loi. Ainsi Bentham abolit toutes les références au droit naturel ou au droit des gens, à la coutume ou aux lois étrangères⁴².

La méthode: La méthode consiste à trouver la plus grande aptitude pour un code à être connu. C'est seulement quand une loi est *connue, comprise et fermement fixée dans l'esprit* qu'elle sera suivie par les citoyens. Pour cela, il faut séparer les lois d'un intérêt universel de celles d'un intérêt particulier. Il y des

³⁸ OST, p. 176.

³⁹ BENTHAM (1829) (III), p. 91.

⁴⁰ BENTHAM (1829) (III), p. 91.

⁴¹ OST, pp. 182-187.

⁴² BENTHAM (1829) (III), pp. 91-92.

lois d'un intérêt permanent que les individus doivent toujours avoir à l'esprit et celles qui ne sont utilisées qu'occasionnellement. D'après Bentham, le code pénal est le premier en importance, parce qu'il concerne toutes les actions humaines⁴³.

Le commentaire justificatif: Chaque partie du code doit être accompagnée d'un commentaire qui lui serve de justification. Il faut ainsi justifier les commandements du code en accompagnant chaque disposition d'un commentaire qui explique sa raison d'être en faisant ainsi le lien entre la loi et la raison. Chaque loi est justifiée et ramenée au principe de l'utilité⁴⁴. Le commentaire permettra de mieux comprendre la loi et de mieux la fixer dans la mémoire des individus. Il servira de guide aux juges et évitera qu'ils sombrent dans l'arbitraire. Il sera utile aux législateurs, afin d'éviter qu'ils modifient la loi de manière erronée ou nuisible. Il instruira enfin tous les individus. Une loi doit être fondée sur de bonnes raisons pour être bonne et pour que les citoyens aient confiance en elle. Or, la meilleure raison est le plus grand bonheur du plus grand nombre⁴⁵. Si l'utilitarisme n'a pas attendu Bentham pour mettre en avant les idées de prévention avec la proportionnalité et l'individualisation qui l'accompagnent, l'on peut affirmer qu'il a été le premier à énoncer ces principes sous la forme d'un système.

Bentham ne créera finalement aucun code, mais son influence sera considérable⁴⁶. S'il n'a pas été le seul, l'on peut considérer que Bentham est l'auteur qui a été le plus loin dans la pensée et qui a eu les idées les plus originales dans un mouvement de codification qui s'était imposé à l'époque des lumières. Au-delà de la forme du code qui devait être complet, clair et concis, Bentham opère une réforme dans le fond du droit en ramenant tout au principe d'utilité. Contrairement à Leibniz, la réforme touche ainsi tant la forme que le fond du droit⁴⁷. Il ne pouvait ainsi pas se voir reprocher les critiques de l'époque des lumières, selon lesquelles le système classait et liait les connaissances les unes aux autres sans en créer de nouvelles. Il avait créé un système qui non seulement était clair, complet et concis mais qui réformait le fond du droit en étant basé sur le principe de l'utilité.

C'est ainsi que l'on peut affirmer à juste titre que Bentham est le père du code pénal pensé sous la forme d'un système. Il est comme l'écrit Yves Cartuyvels «*le véritable point de départ de l'idéal qualitatif, systématique ou synthétique du code pénal moderne*»⁴⁸. La présente thèse a pour objet l'étude du

⁴³ BENTHAM (1829) (III), pp. 92-93.

⁴⁴ OST, pp. 182-187.

⁴⁵ BENTHAM (1829) (III), pp. 94-95.

⁴⁶ OST, p. 195.

⁴⁷ OST, pp. 199-200.

⁴⁸ CARTUYVELS, p. 4.

système pénal de Bentham, dans le but de mieux comprendre et de critiquer les systèmes de mesures de sûreté contemporains. Il s'agit, au regard des problèmes que pose le droit des mesures, de trouver des clés de compréhension en opérant un retour aux sources, chez le premier auteur qui avait pensé à une systématisation du droit avec des principes nouveaux applicables aux mesures. Il s'agit, en outre, de se faire une idée plus précise des mesures de sûreté pensées comme un système et comme un idéal de rationalité. Il s'agit enfin de mieux comprendre les problématiques liées aux mesures et les transformations du système de mesures que l'on vit en Suisse et dans le reste de l'Europe. Le système benthamien a été pensé de manière scientifique et perdure encore aujourd'hui. Il nous aidera à comprendre les différentes fonctions que doit présenter le système de mesures. Sa rationalité et sa systématique simplifient et permettent une meilleure compréhension du droit des mesures – qui certes fait partie des peines chez Bentham –, afin qu'il puisse être utile en prévenant de futurs délits. Bentham prend en compte la notion de dangerosité, notion nouvelle à l'époque, et donc également la notion de risque qui l'accompagne. Pour citer Yves Cartuyvels à nouveau, «*Cette tension entre l'idéal éthique et le souci utilitariste, entre une perspective <garantiste> du sujet de droit pénal et un objectif gestionnaire de <réduction des risques> au nom des exigences d'un <Etat bien réglé>, pouvait déjà se lire entre les lignes du projet jusnaturaliste de Christian Wolff*»⁴⁹. Elle devient encore plus claire dans la pensée de Jeremy Bentham.

La présente contribution s'articule en deux parties. La première partie est consacrée à l'étude du droit des mesures suisse et belge. La deuxième partie est consacrée à l'étude de la pensée de Jeremy Bentham et à son regard sur le droit des mesures étudié dans la première partie, afin de mettre en lumière les différentes problématiques. Nous avons fait une analyse très détaillée des deux législations. Nous nous sommes en effet rendu compte qu'il serait difficile de découvrir et de mettre en évidence les problèmes par une simple lecture de la loi. Il nous a paru ainsi indispensable de faire, dans un premier temps, une étude approfondie de ces deux systèmes avant l'étude de la pensée philosophique de Jeremy Bentham et à la critique des mesures contemporaines qui s'ensuit. Si nous nous sommes également basée sur l'édition Bowring des œuvres complètes et sur des ouvrages et articles de doctrine, l'essentiel de notre analyse se fonde sur les œuvres de Bentham compilées par Etienne Dumont. La synthèse de Dumont présente l'avantage d'avoir été rédigée du vivant de Bentham. En outre, Dumont ajoute à la compilation laborieuse des notes du philosophe anglais un style d'une grande clarté et une analyse clairvoyante. La qualité de ces œuvres est souvent plus attribuée

⁴⁹ CARTUYVELS, p. 378.

à Dumont qu'à Bentham. Enfin, l'édition Bowring, publiée en anglais à Edimbourg entre 1838 et 1843, est basée en grande partie non pas sur les originaux de Bentham mais sur la compilation traduite d'Etienne Dumont, retraduite en anglais⁵⁰. L'original est donc Bentham retranscrit par Dumont. Voilà les raisons qui nous ont conduite, non pas à négliger la compilation publiée aux éditions Bowring ni les différents ouvrages de doctrine mais à préférer la compilation effectuée par Etienne Dumont.

⁵⁰ BRAIVE, pp. 12-13.

II.

L'étude des droits suisse et belge sur les mesures de sûreté

A. L'ancien code pénal suisse

1. L'historique

L'art. 64 bis aCst féd., donnait à la Confédération, sans restriction ni réserve aucune, le pouvoir de légiférer dans le domaine du droit pénal.

C'est ainsi qu'entra en vigueur, en date du 1^{er} janvier 1942, le code pénal fédéral remplaçant les codes pénaux cantonaux. Un des éléments principaux de la réforme du droit pénal fut la création d'un système de mesures. Celles-ci, au nombre de cinq, furent scindées en deux groupes : celles applicables aux irresponsables et aux délinquants à responsabilité restreinte (art. 13 et 14) et celles applicables aux autres délinquants (art. 40 à 42).

- L'internement des irresponsables et des délinquants à responsabilité restreinte pouvait être ordonné si le délinquant compromettait la sécurité ou l'ordre public et s'il devenait nécessaire de l'interner dans un hôpital ou un hospice (art. 13).
- L'hospitalisation des irresponsables et des délinquants à responsabilité restreinte s'appliquait si l'état du délinquant exigeait qu'il soit traité ou placé dans un hôpital ou un hospice, sans pour autant compromettre la sécurité ou l'ordre public. Dans les deux cas, la peine prononcée devait être suspendue (art. 14).

L'adoption d'un système de mesures de sûreté à l'égard de délinquants qui n'étaient pas pleinement responsables permettait au législateur de tenir compte de leur état de responsabilité restreinte en diminuant sensiblement les peines, tout en assurant la protection de la société⁵¹.

- L'internement des délinquants d'habitude était destiné aux auteurs qui avaient déjà subi de nombreuses peines privatives de liberté et qui encouraient, en raison d'un délit, une nouvelle condamnation à une peine privative de liberté, manifestant un penchant au délit, à l'inconduite ou à la fainéantise (art. 40). Un tel internement entraînait des suites analogues à celles de l'exécution d'une peine privative de liberté et sa durée ne pouvait être inférieure à la peine prononcée. Par conséquent, cette mesure remplaçait la peine.
- Le renvoi dans une maison d'éducation au travail était destiné aux auteurs condamnés à l'emprisonnement pour délit, qui vivaient dans l'inconduite ou la fainéantise et dont le délit était en rapport avec ce genre de vie. Si le condamné était capable de travailler et paraissait pouvoir être formé au travail, le juge pouvait suspendre l'exécution de la peine

⁵¹ FF 1918 IV 11.

et ordonner le renvoi dans une maison d'éducation au travail. La peine suspendue ne devait être exécutée que si l'essai d'éducation au travail échouait. Alors que la maison d'internement était destinée à recevoir des individus qui, selon toutes probabilités, étaient définitivement perdus en raison de leur penchant au délit, à l'inconduite ou à la fainéantise, la maison d'éducation au travail était ouverte à ceux qui étaient mis en danger mais à l'égard desquels un espoir subsistait. Cette mesure ne pouvait être ordonnée qu'à l'égard de ceux qui avaient été condamnés à une peine d'emprisonnement (art. 41).

- Si le délit commis était en rapport avec la boisson, le juge pouvait ordonner qu'après l'exécution de la peine, le condamné soit renvoyé dans un asile pour buveurs. Cette mesure n'entraînait qu'un effet curatif qui ne présentait aucune analogie avec une peine. Elle ne suspendait ni ne remplaçait la peine prononcée. Le juge pouvait également ordonner le renvoi dans un asile pour buveurs de tout buveur qui aurait été acquitté ou aurait bénéficié d'une ordonnance de non-lieu pour cause d'irresponsabilité (art. 42)⁵².

Les art. 13 et 14 aCP ne s'appliquaient qu'à des auteurs dont la responsabilité était diminuée. Les auteurs pleinement responsables ne pouvaient ainsi se voir appliquer une telle mesure et devaient subir une peine privative de liberté, en fonction de leur culpabilité. Une fois qu'ils étaient remis en liberté, il appartenait aux autorités de police et de tutelle d'imposer les mesures requises pour s'occuper des soins de ces délinquants ou de protéger la sécurité publique. Ce procédé était compliqué et embarrassant. Pour remédier à ces difficultés, le législateur attribua au juge pénal la compétence d'ordonner les mesures adéquates à côté des peines.

Erwin Frey⁵³ avait proposé de traiter la question de la sécurité publique et du traitement des délinquants mentalement anormaux indépendamment de la question de leur responsabilité. Il s'agissait d'un large groupe de délinquants récidivistes qui, comme psychopathes, présentaient un trouble de la personnalité mais dont la responsabilité n'était pas atteinte. Frey pensa à une mesure applicable à ces auteurs atteints d'un trouble de la personnalité mais qui n'étaient pas irresponsables. Le projet du Conseil fédéral du 1^{er} mars 1965 accepta cette suggestion et prévint, à l'art. 43 aCP, une mesure applicable aux délinquants anormaux, indépendamment de leur responsabilité. En même temps, le projet du Conseil fédéral prévint la possibilité d'ordonner une mesure consistant en un traitement ou des soins spéciaux. Pendant la consultation du projet de la loi, il fut fortement débattu si l'indication « *mentalement anormaux* » décrivait avec suffisamment de précision les conditions de la me-

⁵² FF 1918 IV 17-22.

⁵³ FREY, p. 85 ss.

sure ou si l'état devait être défini de cas en cas, ce que Stratenwerth mit en doute. Alors que le Conseil national s'apprêtait à conserver la règle applicable jusque là, le Conseil des Etats parla d'état mental et indiqua seulement dans la note marginale l'anomalie mentale. De nombreux efforts comme ceux de Stratenwerth tentèrent de renforcer les conditions d'application d'une telle mesure mais avec peu de succès⁵⁴.

Ainsi, la deuxième révision partielle du code pénal, qui entra en vigueur le 1^{er} juillet 1971, modifia le système des mesures de sûreté. Les dispositions qui traitaient des mesures applicables aux délinquants totalement ou partiellement responsables furent abrogées et remplacées par un nouvel art. 43 aCP traitant des mesures à prendre envers les délinquants mentalement anormaux⁵⁵. Les mesures de sûreté n'étant plus liées à l'irresponsabilité ou à la responsabilité restreinte des délinquants, elles ne suivaient plus les art. 10 et 11 mais faisaient l'objet d'un nouveau chapitre dans la systématique du code. La mesure d'éducation au travail de l'art. 43a CP fut transformée en mesure pour les jeunes adultes, prévue à l'art. 100 bis⁵⁶.

Bien que l'art. 43 aCP ne parlait plus d'irresponsables, l'on comprenait que cette mesure s'appliquait également à eux. Cela se déduisait d'ailleurs de l'art. 10 aCP, qui disait que les irresponsables n'étaient pas punissables mais que les mesures prévues aux art. 43 et 44 aCP étaient réservées. Cette révision posait donc également un problème à l'égard de ces délinquants dans le sens qu'il était difficile de démontrer qu'ils remplissaient les éléments constitutifs de l'infraction alors qu'ils n'étaient pas coupables.

Ainsi, ce système de mesures prévoyait quatre types de mesures :

- L'internement des délinquants d'habitude qui s'appliquait aux délinquants qui avaient commis de nombreux crimes ou délits (art. 42).
- L'internement des délinquants anormaux (art. 43) qui remplaçait l'internement et l'hospitalisation des irresponsables et des délinquants à responsabilité restreinte.
- Le traitement des alcooliques et des toxicomanes (art. 44) a été adapté aux dispositions traitant des autres mesures de sûreté. Les termes « buveurs d'habitude » et « asiles pour buveurs » ont été remplacés par les termes « alcooliques » et « autre établissement hospitalier ».
- Le placement en maison d'éducation au travail (art. 100 bis) applicable aux jeunes adultes, lorsque l'infraction commise était liée au développement caractériel gravement perturbé ou menacé de l'auteur, à son état d'abandon, à sa vie dans l'inconduite ou à la fainéantise.

⁵⁴ SCHULTZ (1982), pp. 149-150.

⁵⁵ FF 1965 I 572.

⁵⁶ FF 1965 I 579.

Dans la présente contribution, nous présentons seulement les mesures applicables aux délinquants anormaux (art. 43 aCP) et aux délinquants alcooliques et toxicomanes (art. 44 aCP). Les mesures applicables aux délinquants d'habitude (art. 42 aCP) sont rapidement tombées en désuétude et le placement d'éducation au travail applicable aux jeunes adultes suivait une systématique qui lui était propre.

2. La présentation des mesures au sens des art. 43 et 44 aCP

2.1) *Les mesures concernant les délinquants anormaux (art. 43 aCP)*

L'art. 43 aCP que la note marginale intitulait « *mesures concernant les délinquants anormaux* » donnait la possibilité au juge d'ordonner une mesure, lorsque l'acte punissable de la réclusion ou de l'emprisonnement l'avait été par un délinquant atteint dans sa santé mentale et en rapport avec son état mental. En réalité, une mesure pouvait être prononcée en cas de contravention mais la loi devait le prévoir expressément (art. 104 al. 2 aCP). Une mesure imposée pour une contravention était difficile à justifier du point de vue du principe de la proportionnalité⁵⁷.

L'anomalie psychique se caractérisait par la nécessité de soins. L'acte commis devait être en rapport avec l'anormalité⁵⁸. Ce rapport pouvait être direct, par exemple, quelqu'un qui tuait dans un moment de folie ou indirect, par exemple quelqu'un qui volait de l'argent pour réaliser une intention insensée⁵⁹. La preuve de la connexité entre l'acte délictueux et la maladie mentale était difficile à établir. En effet, il était délicat d'isoler chaque facteur qui avait conduit à l'acte délictueux. Il n'était pas nécessaire toutefois que l'anormalité ait conduit à une diminution de responsabilité en rapport avec l'acte commis⁶⁰.

Pour qu'une mesure soit ordonnée, il fallait qu'elle soit propre à éliminer ou atténuer le danger de voir le délinquant commettre d'autres actes punissables⁶¹. Mais les exigences quant aux chances de succès ne devaient pas être trop élevées ; de simples perspectives de succès suffisaient.

⁵⁷ STRATENWERTH (1989), p. 362.

⁵⁸ TRECHSEL, Art. 43 N. 3.

⁵⁹ REHBERG, p. 133.

⁶⁰ REHBERG, p. 133.

⁶¹ STRATENWERTH (1989), p. 339.

Le juge pouvait ordonner trois mesures en vertu de l'art. 43 : l'internement, l'hospitalisation et le traitement ambulatoire. Le choix de la mesure s'effectuait par le juge en tenant compte du principe de la proportionnalité. Ainsi, le juge devait ordonner la mesure qui portait la moindre atteinte à la liberté personnelle tout en veillant à la protection de la sécurité publique.

2.2) *Le traitement des alcooliques et des toxicomanes* (art. 44 aCP)

L'art. 44 aCP que la note marginale intitulait « *traitement des alcooliques et des toxicomanes* » donnait la possibilité au juge d'ordonner une mesure à la place d'une peine lorsque l'infraction commise par le délinquant avait été en rapport avec sa dépendance à l'alcool ou aux stupéfiants. Il n'était pas nécessaire que l'auteur soit dépendant physiquement, il pouvait l'être seulement psychiquement⁶². L'auteur ne devait pas forcément avoir agi sous l'influence de l'alcool ou de la drogue. Il suffisait qu'il soit, au moment de la commission de l'infraction, dégradé par les effets d'une dépendance chronique à l'alcool ou aux stupéfiants⁶³. Comme pour les délinquants anormaux, la relation entre la dépendance et l'infraction commise pouvait être directe, par exemple, dans le cas d'une personne qui commettait une agression parce qu'elle se trouvait dans un état anormal dû à l'effet de l'alcool ou des stupéfiants ou indirecte, par exemple dans le cas où une personne commettait une atteinte au patrimoine dans le but de financer sa consommation de stupéfiants⁶⁴. La mesure ne devait pas être une « occasion » de soigner l'auteur ; elle devait servir à la protection de la sécurité publique. Le Tribunal fédéral avait déclaré que, comme le législateur avait adopté l'art. 44 aCP pour les alcooliques et les toxicomanes, cette disposition constituait une règle spéciale qui devait être préférée si ses conditions étaient réalisées⁶⁵. D'autre part, si les conditions de l'art. 44 n'étaient pas toutes réalisées mais le délinquant avait besoin de soins, il pouvait faire l'objet d'une mesure au sens de l'art. 43 aCP, si ses conditions étaient réalisées⁶⁶. Tout comme l'art. 43 aCP, l'art. 44 aCP permettait d'ordonner une mesure alors que le délinquant était irresponsable au moment des actes délictueux et donc qu'aucune peine ne pouvait lui être infligée. Une mesure au sens de l'art. 44 aCP ne pouvait être ordonnée en cas de commission d'une contravention que dans les cas prévus par la loi. La seule disposition

⁶² REHBERG, p. 148.

⁶³ FAVRE/PELLET/STOUDMANN, Art. 44 N. 1.2.

⁶⁴ TRECHSEL, Art. 44 N. 4.

⁶⁵ Arrêt non publié du 2 mai 2003 (A.20/2003/rod), Arrêt non publié du 5 mars 2003 (6A.9/2003/rod), ATF 122 IV 8, 102 IV 234.

⁶⁶ DEMIERRE, p. 234.

qui prévoyait la possibilité de prononcer une mesure de sûreté, suite à la commission d'une contravention, était l'art. 19a al. 4 Lstup qui traitait de la consommation de stupéfiants.

Le juge pouvait ordonner deux mesures, en vertu de l'art. 44 aCP: l'internement et le traitement ambulatoire. A nouveau, c'était le principe de la proportionnalité qui dictait au juge la mesure appropriée. Ce principe exigeait que la mesure envisagée soit propre à prévenir la commission de nouvelles infractions qui devaient être d'une certaine gravité et que l'atteinte aux droits de la personnalité de l'auteur ne soit pas disproportionnée au regard de la vraisemblance qu'il commette de nouvelles infractions et de leur gravité⁶⁷.

L'art. 44 ch. 6 aCP offrait une possibilité intéressante. S'il s'avérait qu'en cours d'exécution de peine un condamné toxicomane avait besoin d'un traitement, était apte à être soigné et souhaitait l'être, il pouvait demander au juge de l'interner dans un établissement pour toxicomanes et suspendre l'exécution de sa peine. Cette disposition, qui s'appliquait par analogie aux alcooliques⁶⁸ était intéressante parce qu'elle introduisait le consentement de l'intéressé, chose rare dans le code pénal⁶⁹.

2.3) *L'internement*

L'art. 43 ch. 1 al. 2 aCP supposait une maladie mentale relativement importante, laquelle devait par ailleurs avoir été causale de l'acte, de manière à faire apparaître l'auteur comme particulièrement dangereux⁷⁰. L'internement au sens de l'art. 43 ch. 1 al. 2 aCP concernait aussi bien les délinquants particulièrement dangereux qui n'étaient accessibles à aucun traitement que ceux qui avaient besoin d'un traitement et étaient aptes à être traités mais dont on pouvait craindre qu'ils ne commettent de graves infractions s'ils faisaient l'objet d'un traitement ambulatoire ou s'ils étaient soignés dans un hôpital ou un hospice⁷¹. L'art. 43 aCP permettait ainsi de prononcer un internement indépendamment des chances de succès et de la motivation de l'auteur de se soumettre à un traitement. Si, en raison de l'état mental du délinquant qui était à l'origine du crime ou du délit commis, l'auteur présentait une dangerosité importante, l'internement pouvait être justifié sous l'angle du prin-

⁶⁷ KILLIAS, pp. 228-229.

⁶⁸ ATF 122 IV 297.

⁶⁹ Voir p. 63 ss.

⁷⁰ Arrêt non publié du 24 février 2006 (6S.5/2006); Arrêt non publié du 15 novembre 2001 (6S.600/2001); Arrêt non publié du 29 janvier 2000 (6S.768/1999).

⁷¹ Arrêt non publié du 22 mars 2005 (6P.166/2004), Arrêt non publié du 18 octobre 2004 (6A.61/2004/rod); ATF 127 IV 1.

cipe de la proportionnalité et ce, indépendamment du besoin ou des chances de succès d'un traitement médical⁷². D'ailleurs, la loi laissait un bien maigre pouvoir d'appréciation au juge puisqu'elle disposait que si, en raison de son état mental, le délinquant compromettait gravement la sécurité publique et si cette mesure était nécessaire pour prévenir la mise en danger d'autrui, le juge devait ordonner l'internement.

L'internement devait être exécuté dans un établissement approprié, qui ne devait pas forcément être dirigé par un médecin, mais qui pouvait aussi être un établissement pénitentiaire. Les cliniques psychiatriques, même si elles disposaient d'unités fermées pour les expertises et les cas graves de psychiatrie, n'avaient pas pour tâche de détenir des criminels anormaux et leurs départements fermés disposaient d'un standard de sécurité beaucoup moins élevé que les établissements pénitentiaires⁷³. Dans le cadre d'un internement, des soins médicaux et thérapeutiques devaient être dispensés selon les possibilités.

L'internement constituant une atteinte grave à la liberté personnelle, le principe de la subsidiarité qui fait partie du principe de la proportionnalité commandait d'y renoncer si la dangerosité que présentait l'auteur pouvait être contenue d'une autre manière. Pour déterminer si la sécurité publique était gravement menacée, il fallait tenir compte, non seulement de l'imminence et de la gravité du danger, mais aussi de la nature et de l'importance du bien juridique menacé. Lorsque des biens juridiques importants, tels que la vie ou l'intégrité corporelle, étaient mis en péril, il fallait se montrer moins exigeant quant à l'imminence du danger que lorsque des biens de moindre valeur, tels que la propriété ou le patrimoine, étaient menacés. Lorsqu'au vu d'un rapport psychiatrique le juge arrivait à la conclusion que le délinquant, même traité médicalement, présentait un danger pour autrui, il devait admettre que la dangerosité qui justifiait l'internement était réalisée. Le principe « in dubio pro reo » ne s'appliquait pas à ce pronostic⁷⁴. Même s'il n'était pas expressément précisé par la loi, le danger pouvait toucher tant des biens individuels que des biens d'intérêt public⁷⁵.

Pendant l'internement, une aide thérapeutique ou médicale devait si possible être prodiguée. La notion de traitement médical devait être comprise dans un sens large; il pouvait s'agir de toutes les formes de traitement de type médical mais aussi paramédical, à condition qu'ils soient à même d'éliminer

⁷² KILLIAS, p. 226.

⁷³ Arrêt non publié du 28 septembre 2006 (6S.250); Arrêt non publié du 2 février 2006 (6S.432/2005); 125 IV 118.

⁷⁴ Arrêt non publié du 28 septembre 2006 (6S.250/2006); Arrêt non publié du 2 février 2006 (6S.432/2005); ATF 125 IV 118; 127 IV 1.

⁷⁵ STRATENWERTH (1989), p. 413.

ou d'atténuer le danger de voir le délinquant commettre d'autres actes punissables⁷⁶. L'on pouvait douter de l'efficacité attendue d'un traitement prodigué en prison. En outre, les internés, emprisonnés pour une durée indéterminée, l'étaient avec des détenus à durée déterminée, ce qui était parfois source de tensions et d'un sentiment d'injustice entre deux personnes qui avaient commis les mêmes faits et qui étaient condamnés, l'un à une peine déterminée, l'autre à une mesure indéterminée.

En édictant l'art. 44 ch. 1 aCP, le législateur voulait probablement prévoir une hospitalisation et non un internement. Le texte allemand utilisait d'ailleurs des termes différents. En effet, l'internement au sens de l'art. 43 ch. 1 al. 2 se disait *Verwahrung* alors que celui prévu à l'art. 44 ch. 1 se disait *Einweisung*. Il n'était d'ailleurs pas logique de limiter un internement sécuritaire à deux ans maximum. Soit un auteur était particulièrement dangereux et, qu'il soit curable ou pas, il fallait l'interner pour une durée indéterminée afin de protéger la sécurité publique ; soit un auteur avait besoin d'être sevré de sa dépendance mais ne compromettait pas gravement la sécurité publique et un traitement de deux ans au plus permettait probablement de le soigner, mais ce traitement pouvait avoir lieu dans un établissement ouvert.

2.4) *L'hospitalisation et le traitement ambulatoire*

Contrairement à l'internement, le juge disposait d'un large pouvoir d'appréciation dans l'ordonnance de l'hospitalisation ou du traitement ambulatoire, au sens des art. 43 ch. 1 al. 1 et 44 ch. 1 aCP⁷⁷. Ainsi, le juge devait faire un pronostic et arriver à la conclusion que la mesure serait propre à éviter ou diminuer de futures infractions et avoir une bonne influence sur la tendance récidiviste de l'auteur. Les exigences quant aux chances de succès du traitement ne devaient pas être trop élevées ; de maigres perspectives suffisaient⁷⁸. Mais la notion de traitement médical ne devait pas être interprétée strictement. Des traitements paramédicaux étaient également possibles mais devaient être supervisés par un spécialiste⁷⁹. L'hospitalisation devait avoir lieu dans un établissement sous direction médicale, mais il suffisait qu'un médecin visite régulièrement l'établissement et prenne part aux décisions administratives⁸⁰. Les établissements pour alcooliques ne devaient pas forcément être des établissements médicaux⁸¹.

⁷⁶ ATF 124 IV 246.

⁷⁷ SCHULTZ (1982), p. 154.

⁷⁸ TRECHSEL, Art. 43 N. 3 et 4.

⁷⁹ ATF 124 IV 246.

⁸⁰ TRECHSEL, Art. 43 N. 7.

⁸¹ REHBERG, p. 149.

2.5) *La délimitation entre l'hospitalisation ou le traitement ambulatoire (art. 43 ch. 1 al. 1 aCP) et l'internement (art. 43 ch. 1 al. 2 aCP)*

L'internement devait toujours être subsidiaire à une mesure curative. Au vu de la gravité de l'atteinte à la liberté personnelle que constituait l'internement, cette mesure ne devait être ordonnée qu'en cas d'ultima ratio, quand seule cette mesure était susceptible de contenir la dangerosité de l'auteur⁸². Si plusieurs mesures étaient susceptibles d'être ordonnées, celle qui portait la moindre atteinte aux droits de l'individu devait toujours avoir la priorité.

Les mesures prononcées en vertu des art. 43 et 44 aCP pouvaient être modifiées en fonction des besoins de sécurité et du besoin de soins de l'individu. S'il résultait une plus grande atteinte à la liberté de l'individu, par exemple lors du passage du traitement ambulatoire à l'hospitalisation ou à l'internement, c'est le juge qui avait la compétence de modifier une mesure. En revanche, s'il résultait une moindre atteinte à la liberté, par exemple lors du passage de l'internement à l'hospitalisation ou au traitement ambulatoire, il appartenait à l'autorité compétente de modifier la mesure⁸³. Le passage d'une peine à une mesure était impossible, excepté dans le cas de l'art. 44 ch. 6 al. 2 aCP, mais avec l'accord du condamné⁸⁴.

2.6) *La fin de la mesure*

L'autorité compétente devait prononcer la levée de la mesure dans deux cas : lorsque l'auteur était guéri et donc que la mesure avait réussi et lorsque la mesure s'était révélée inutile et donc qu'elle avait échoué. Un traitement ordonné sur la base de l'art. 43 aCP devait être levé si son but, la prévention de nouvelles infractions, était atteint ou si sa cause, l'anomalie psychique, avait disparu⁸⁵. Mais le patient ne devait pas forcément être complètement guéri pour que la mesure soit levée. Son état pouvait s'être stabilisé au point que l'autorité compétente estime que la prévention de nouvelles infractions était atteinte. A l'égard des toxicomanes, la mesure devait être considérée comme réussie non seulement en cas d'abstinence totale mais également en cas de resocialisation du délinquant⁸⁶.

⁸² Arrêt non publié du 24 février 2006 (6S.5/2006) ; 127 IV 1 ; 123 IV 1 ; 121 IV 297.

⁸³ TRECHSEL, Art. 43 N. 208.

⁸⁴ TRECHSEL, Art. 43 N. 209.

⁸⁵ Arrêt non publié du 18 octobre 2004 (6A.61/2004) ; ATF 122 IV 8.

⁸⁶ TRECHSEL, Art. 43 N. 23.

Le Tribunal fédéral avait également déclaré à propos de l'inutilité d'un traitement ambulatoire que tel pouvait – mais ne devait pas – être le cas lorsque le condamné s'y opposait en refusant de se présenter⁸⁷. Une mesure devait également être levée si le patient n'était pas malade et qu'elle avait été ordonnée à tort. Enfin, une mesure devait être levée si le patient n'était pas apte à être traité et donc que cette mesure était inutile. Le fait de commettre de nouvelles infractions durant le traitement pouvait être un indice de son inutilité. Néanmoins tout nouveau crime ou délit d'une certaine gravité n'imposait pas nécessairement la levée de la mesure⁸⁸. La levée de la mesure en raison de son inutilité ne s'appliquait pas à l'égard des délinquants dangereux soumis à un internement.

Une solution intermédiaire s'offrait également à l'autorité compétente lorsque la cause de la mesure n'avait pas complètement disparu : la levée à l'essai de la mesure (art. 43 ch. 4 al. 2 aCP). La levée à l'essai était différente de la libération conditionnelle en ce sens qu'elle n'était soumise à aucun délai d'épreuve, qu'elle était d'une durée indéterminée et qu'elle était soumise à l'appréciation de l'autorité compétente. Cette solution présentait l'avantage de pouvoir réintégrer rapidement l'auteur qui présentait un risque de délinquance. L'autorité compétente devait examiner d'office si et quand la levée définitive ou à l'essai de la mesure devait être ordonnée. Dans le cas des mesures au sens des art. 42 et 43 aCP, l'autorité compétente devait procéder à cet examen au moins une fois par an (art. 45 ch. 1 al. 2 aCP). Avant de prendre une décision, elle devait entendre l'intéressé et demander un rapport à la direction de l'établissement (art. 45 ch. 1 al. 3 aCP). L'avis d'un expert-psychiatre pouvait dans certains cas être requis mais il fallait que l'intéressé ait présenté une requête en ce sens⁸⁹. L'art. 44. ch. 3 et 6 aCP prévoyait un autre motif de levée de la mesure qui ne s'appliquait qu'à l'internement des alcooliques et des toxicomanes : l'écoulement du temps. Si la mesure n'avait pas fait ses preuves après un délai de deux ans, elle devait être levée. En cas de réintégrations réitérées, la durée totale de la mesure ne pouvait pas dépasser six ans (art. 44 ch. 3 al. 6 aCP).

Lorsque l'autorité compétente mettait fin à une mesure, trois possibilités s'offraient au juge : il pouvait prononcer une autre mesure de sûreté, il pouvait faire exécuter la peine suspendue, il pouvait libérer l'individu de toute peine ou mesure. En règle générale, si l'effet de la mesure avait été efficace et si l'individu était tenu pour guéri le juge le libérait de toute peine ou mesure (cf. art. 44 ch. 3 aCP). Si la mesure avait échoué, le juge pouvait ordonner

⁸⁷ ATF 109 IV 10.

⁸⁸ ATF 109 IV 10.

⁸⁹ Arrêt non publié du 18 octobre 2004 (6A.61/2004/rod), Arrêt non publié du 5 mars 2003 (6A.9/2003/rod) ; ATF 121 IV 1.

une autre mesure pour autant que les conditions en soient remplies et s'il pensait que cette mesure serait propre à détourner l'auteur de commettre de nouveaux crimes ou délits (art. 43 ch. 3 al. 3 et 44 ch. 3 al. 2 aCP). Même si la loi parlait d'une « autre mesure », il n'était pas interdit au juge, au regard du sens et du but de l'ensemble de la réglementation, d'ordonner la même mesure mais avec un traitement différent ou un autre médecin⁹⁰. Pour ordonner une mesure en vertu de l'art. 43 aCP, suite à la levée d'une mesure au sens de l'art. 44 aCP, le juge devait requérir une expertise, sauf si l'auteur avait été expertisé avant de subir la mesure ordonnée selon l'art. 44 aCP et si cette expertise permettait de déterminer l'utilité d'une mesure au sens de l'art. 43 aCP, après l'échec de celle ordonnée en vertu de l'art. 44 aCP⁹¹.

L'art. 44 ch. 3 aCP réglementait les possibilités qui s'offraient au juge une fois l'interné libéré: ordonner une autre mesure ou faire exécuter les peines suspendues. Mais s'agissant de la libération d'un établissement ou de la fin du traitement ambulatoire, la loi ne mentionnait que la possibilité de faire exécuter les peines suspendues (art. 44 ch. 5 aCP). S'agissait-il d'une lacune ou d'un silence qualifié? Une partie de la doctrine et de la jurisprudence⁹² recommandait l'application par analogie de l'art. 44 ch. 3 aCP, contrairement à Stratenwerth⁹³ qui estimait qu'il fallait une base légale. D'après Schultz, opinion que nous partageons, lorsque la personne soumise à un traitement ambulatoire en vertu de l'art. 44 aCP n'était pas guérie, le juge devait avoir la possibilité d'ordonner son hospitalisation, ainsi que le prévoyait l'art. 43 ch. 3 al. 3 aCP. Le traitement ambulatoire était une forme d'exécution de la mesure. Si cette forme était inefficace, le juge devait avoir la possibilité d'ordonner le renvoi dans un hôpital ou un hospice si une telle mesure offrait des chances de succès⁹⁴. Le Tribunal fédéral avait confirmé cette opinion, en déclarant que l'art. 43 ch. 3 al. 2 et 3 devait être appliqué par analogie aux alcooliques et aux toxicomanes⁹⁵.

Si le libéré commettait une infraction pendant le délai d'épreuve, suite à une libération conditionnelle ou à l'essai, s'il enfreignait une règle de conduite ou s'il trompait de toute autre manière la confiance mise en lui, l'autorité pouvait ordonner la réintégration ou le juge pouvait ordonner l'exécution des peines suspendues (art. 45 ch. 3 aCP). La loi ne prévoyait pas la possibilité d'ordonner une autre mesure. Mais, de toute façon, le juge pouvait parvenir

⁹⁰ ATF 106 IV 101.

⁹¹ SCHULTZ (1982), p. 171.

⁹² ZBJV 113 (1977) p. 276 ss, LGVE 1983 I 90, FRAUENFELDER, p. 171 ss, SCHULTZ (1982), p. 171 ss.

⁹³ STRATENWERTH, pp. 436-437.

⁹⁴ SCHULTZ (1982), p. 171.

⁹⁵ ATF 125 IV 225.

au même résultat: l'autorité compétente réintégrerait l'auteur libéré et ensuite, en cas d'échec de la mesure, le juge prononcerait son internement. En outre, si l'on ne prévoit pas une telle possibilité, il y aurait une différence de traitement difficile à justifier entre l'individu qui récidiverait pendant une libération conditionnelle ou à l'essai et celui qui récidiverait pendant l'exécution de sa mesure. Il fallait ainsi, admettre la possibilité d'ordonner une autre mesure.

2.7) *La suspension de la peine et l'imputation*

Si le délinquant n'était pas irresponsable, le juge qui prononçait une mesure en vertu des art. 43 et 44 aCP prononçait également une peine. En cas d'internement ou d'hospitalisation, cette peine devait être suspendue (art. 43 ch. 2 al. 1 et 44 ch. 1 al. 1 aCP), alors qu'en cas de traitement ambulatoire, le juge pouvait suspendre la peine mais il n'était pas obligé de le faire (art. 43 ch. 2 al. 2 et 44 ch. 1 al. 1 aCP). En règle générale, la peine devait être exécutée immédiatement et il fallait procéder au traitement ambulatoire simultanément⁹⁶. Le critère déterminant était de savoir si les chances effectives de succès seraient considérablement amoindries par l'exécution immédiate de la peine privative de liberté. Le Tribunal fédéral avait précisé à cet égard qu'une atteinte était considérable non seulement lorsque l'exécution de la peine rendait impossible ou remettait complètement en question le succès du traitement mais également lorsqu'un traitement immédiat offrait de bonnes chances de réinsertion qu'une exécution de peine pouvait empêcher ou atténuer⁹⁷. Sous l'angle de l'égalité de traitement, plus la peine suspendue au profit d'un traitement ambulatoire était longue, plus l'anomalie devait être marquée⁹⁸.

La question s'était posée s'il fallait fixer une durée maximale jusqu'à laquelle une peine pouvait être suspendue. Le Tribunal fédéral avait déclaré⁹⁹ qu'un traitement ambulatoire avec suspension de l'exécution de la peine pouvait avoir lieu même en cas de condamnation à une peine de réclusion de longue durée. Enfin, même si cela ne ressortait pas de la loi, le juge devait recueillir l'avis d'un expert avant de décider de la suspension de la peine au profit d'un traitement ambulatoire¹⁰⁰. Si le traitement ambulatoire avait lieu en même temps que la peine privative de liberté, il ne prenait pas forcément fin en même temps, puisque, contrairement à la peine, sa durée était indé-

⁹⁶ ATF 119 IV 30.

⁹⁷ Arrêt non publié du 6 avril 2005 (6S.48/2005/rod); 124 IV 246; 120 IV 1.

⁹⁸ ATF 124 IV 24.

⁹⁹ ATF 120 IV 1; 107 IV 20.

¹⁰⁰ ATF 116 IV 101.

terminée. Ainsi, le traitement pouvait continuer en liberté, après la fin de l'exécution de la peine¹⁰¹.

Une fois que la mesure avait pris fin, le juge devait décider si et dans quelle mesure les peines suspendues seraient exécutées. Il pouvait y renoncer complètement si l'exécution de la peine risquait de compromettre sérieusement l'effet de la mesure et si l'auteur avait fait ses preuves pendant la période de libération à l'essai. La question s'était posée dans la doctrine si, pour des raisons d'égalité de traitement, l'exécution de la peine devait être liée à sa durée. Il faudrait alors que seuls une peine de dix-huit mois au plus ou le dernier tiers d'une plus longue peine puissent ne pas être exécutés et que les conditions du sursis ou d'une libération conditionnelle soient remplies¹⁰². Mais la pratique décida de ne pas suivre cette interprétation restrictive et se prononça pour un refus général de l'exécution de la peine¹⁰³. Le juge avait tendance à faire exécuter la peine lorsque l'échec du traitement était dû à l'obstruction ou à la mauvaise volonté de l'intéressé. Mais, il y avait des cas dans lesquels il était difficile d'évaluer si l'échec était dû à l'obstruction dont l'auteur était responsable ou s'il était dû à une opposition de l'auteur qui résultait de son état psychique.

Lorsque la mesure ordonnée n'avait pas pu être mise à exécution mais que la guérison ou la désintoxication était néanmoins intervenue, notamment lorsque l'auteur s'était imposé spontanément une cure visant à sa guérison ou sa désintoxication, une peine ne devait pas être exécutée¹⁰⁴. S'il faisait exécuter la peine, le juge devait imputer la durée de la privation de liberté consécutive à un séjour dans un établissement¹⁰⁵, l'imputation pouvait être partielle, si la mesure avait laissé plus de liberté au condamné que l'exécution de la peine dans un pénitencier. Comme l'imputation constituait la règle, le juge ne devait la réduire que s'il existait, entre l'exécution concrète de la mesure et le régime plus favorable de l'exécution de la peine, une différence importante, claire et indiscutable sous l'angle de la privation de liberté qui empêchait l'assimilation à une exécution de peine¹⁰⁶.

A la différence de l'art. 44 ch. 5 in fine aCP, l'art. 44 ch. 3 aCP ne prévoyait pas l'obligation d'imputer la durée de la mesure sur la peine qui restait à subir. La genèse de cette disposition montrait que l'imputation obligatoire

¹⁰¹ SCHULTZ (1982), p. 160.

¹⁰² STRATENWERTH, pp. 377-379.

¹⁰³ HEER, Art. 43 N. 273.

¹⁰⁴ ATF 114 IV 130.

¹⁰⁵ ATF 122 IV 51.

¹⁰⁶ ATF 117 IV 225.

prévue à l'art. 44 ch. 5 aCP était réservée à l'art. 44 ch. 4 aCP, c'est-à-dire au cas où l'intéressé était guéri. Lorsque tel n'était pas le cas, il n'était donc pas question d'une imputation automatique et obligatoire. La jurisprudence avait admis que le juge devait refuser l'imputation dans la mesure où l'intéressé avait fait échouer le traitement ou l'avait rendu plus difficile par un comportement répréhensible, imputable à sa mauvaise volonté¹⁰⁷. Cette jurisprudence devait s'appliquer mutatis mutandis aux mesures ordonnées en vertu des art. 43 ss aCP.

2.8) *L'expertise psychiatrique*

Les experts devaient se prononcer sur la responsabilité de l'inculpé, ainsi que sur l'opportunité et les modalités d'une mesure de sûreté. Contrairement à l'art. 43 ch. 1 al. 3 aCP, l'art. 44 ch. 1 al. 2 aCP laissait au juge une large marge d'appréciation pour décider si une expertise était ou non nécessaire¹⁰⁸. Le juge devait ordonner une expertise non seulement lorsqu'il éprouvait des doutes quant à la responsabilité de l'inculpé, mais également lorsqu'en raison des circonstances il devait en avoir. Le juge devait également ordonner une expertise lorsqu'il s'était écoulé un certain temps depuis une précédente expertise établie dans une affaire pénale et qu'il fallait savoir si un nouvel examen mental de l'inculpé se justifiait. Le Tribunal fédéral avait admis une telle nécessité lorsqu'une vingtaine d'années s'étaient écoulées depuis une précédente expertise¹⁰⁹. Toutefois, une nouvelle expertise n'était nécessaire que lorsqu'en raison des circonstances survenues ou découvertes entre temps, le juge doutait ou aurait dû douter que l'on puisse encore se fonder sur l'ancienne¹¹⁰.

Le Tribunal interprétait l'art. 13 aCP en ce sens que le juge devait recueillir l'avis d'un expert sur tout ce qui relevait de la science et concernait l'exécution ou les modalités d'une mesure de sûreté. Savoir, par exemple, si un traitement ambulatoire, dans son accomplissement ou ses chances de succès, serait rendu vain ou sérieusement entravé par l'exécution d'une peine relève largement de la science qui régit le traitement lui-même¹¹¹. L'expertise avait pour but de faciliter au juge la constatation des faits qui nécessitait certaines connaissances spéciales, en particulier dans les domaines scientifiques. Elle constituait donc une preuve parmi d'autres et le juge, comme tel, en appréciait

¹⁰⁷ ATF 117 IV 225.

¹⁰⁸ SJ 1991 p. 25.

¹⁰⁹ ATF 116 IV 273.

¹¹⁰ ATF 88 IV 49.

¹¹¹ ATF 116 IV 101.

librement la valeur probante¹¹². Mais, il ne pouvait s'en écarter que si des faits ou des indices importants venaient sérieusement ébranler la valeur probante de l'expertise et il devait motiver sa décision¹¹³. Il pouvait s'écarter de l'avis de l'expert s'il existait une contradiction à l'intérieur de l'expertise, s'il existait une contradiction entre les faits établis dans le cadre de la procédure et l'expertise, si la question à trancher était juridique et non médicale¹¹⁴. Il pouvait également s'écarter des conclusions d'une expertise si une détermination ultérieure de son auteur venait la contredire sur des points importants, si une contre-expertise aboutissait à des conclusions différentes ou si l'expertise se fondait sur des pièces ou des témoignages dont il appréciait autrement que l'expert la valeur ou la portée¹¹⁵. Enfin le juge devait éprouver des doutes face à un expert qui examinait l'intéressé d'une manière partielle. Le juge qui se basait sur une expertise insuffisante rendait une décision arbitraire¹¹⁶.

Si les juges n'étaient pas convaincus d'un rapport, ils devaient envisager la possibilité d'ordonner une contre-expertise. La situation était différente lorsque deux ou plusieurs experts, successivement mis en œuvre, exprimaient des points de vue divergents sur le degré de responsabilité de l'auteur ou sur la nécessité d'ordonner une mesure de sûreté. Dans ce cas, le juge devait, en toute liberté, faire son choix pour autant qu'il ne soit pas arbitraire¹¹⁷.

3. Quelques problèmes pratiques rencontrés dans l'application des mesures de sûreté

3.1) *Le sursis*

La peine prononcée avec la mesure pouvait-elle être assortie du sursis ?

Les conditions pour qu'une peine puisse être prononcée avec sursis étaient au nombre de quatre, deux conditions formelles et deux conditions matérielles : la peine ne devait pas être supérieure à dix-huit mois (art. 41 ch. 1 al. 1 aCP) ; le condamné ne devait pas avoir subi, en raison d'un crime ou d'un délit intentionnel, plus de trois mois de réclusion ou d'emprisonnement dans les cinq ans qui avaient précédé la commission de l'infraction (art. 41 ch. 1 al. 2) ; les antécédents et le caractère du condamné devaient faire prévoir que cette mesure le détournerait de commettre d'autres crimes ou délits

¹¹² ATF 96 IV 97.

¹¹³ ATF 87 I 90 ; ATF 101 IV 129 ; HEER, p. 589.

¹¹⁴ SJ 1998 p. 125 ss.

¹¹⁵ ATF 101 IV 129.

¹¹⁶ STRATENWERTH, pp. 589-590.

¹¹⁷ ATF 107 IV 7.

(pronostic favorable ; art. 41 ch. 1 al. 1 aCP) ; le condamné devait avoir réparé autant qu'on pouvait l'attendre de lui le dommage fixé judiciairement ou par accord avec le lésé (art. 41 ch. 1 al. 1 aCP).

Le Tribunal fédéral avait jugé, dans un arrêt rendu sous l'empire du droit antérieur à la révision de 1971, que si un délinquant à responsabilité restreinte devait être interné en vertu de l'art. 14 aCP parce qu'il compromettait la sécurité ou l'ordre public, le sursis à l'exécution de la peine était exclu. En effet, la condition du pronostic favorable (art. 41 ch. 1 al. 2 aCP) n'était pas remplie au moment du jugement puisque l'on ne saurait, à ce moment-là, admettre que le sursis détournerait le condamné de commettre de nouveaux crimes ou délits. Il en serait certes empêché par l'internement, mais non, comme la loi l'exigeait, par le retour à de meilleurs sentiments qu'on ne pourrait lui attribuer au moment du jugement, en raison de son état mental. Le juge ne devrait pas statuer non plus, au moment du prononcé de la mesure, en fonction de l'état dans lequel serait le condamné au moment de sa libération de la mesure. Il n'était enfin pas nécessaire de remettre la décision au moment où le délinquant ne serait plus dangereux car, à ce moment-là, le juge devrait de toute manière décider si la peine devait être exécutée. Cette décision rendrait le sursis inutile car, pour exclure l'exécution de la peine, le juge se fonderait en premier lieu sur les raisons qui auraient milité en faveur du sursis si le délinquant n'était pas dangereux pour la sécurité publique. A aucun moment le sursis ne pouvait donc être prononcé¹¹⁸.

Dans un ATF 73 IV 1, toujours rendu avant la révision de 1971, le Tribunal fédéral confirma sa jurisprudence en affirmant que c'était au moment de la condamnation que le juge devait se prononcer sur l'octroi du sursis car, au moment où l'hospitalisation ou le traitement du condamné était terminé, le juge ne se prononçait plus sur le fond et ne pouvait, en conséquence, plus modifier le jugement. Il ne pouvait pas plus prononcer le sursis que remplacer la peine prononcée par une autre. Il n'avait plus qu'à se prononcer sur l'exécution. Dans cet arrêt le Tribunal fédéral envisageait la possibilité pour le juge du fond de prononcer une mesure ainsi qu'une peine avec sursis. Mais, poursuivait-il, dans la plupart des cas, cette mesure de clémence ne pourrait guère être accordée car, lorsque le délinquant à responsabilité restreinte devait être traité ou placé dans un hospice, il était rare qu'il donne les garanties exigées par l'art. 41 ch. 1 al. 2 aCP. Comme le délinquant responsable, celui dont la responsabilité était restreinte devrait admettre que le sursis lui soit refusé si, au moment du jugement, le pronostic à son égard était défavorable.

Ainsi, d'après la jurisprudence rendue sous l'empire du code pénal de 1937, une peine prononcée avec sursis n'était que très rarement compatible

¹¹⁸ ATF 69 IV 193.

avec une mesure de sûreté. En effet, le sursis ne pouvait pas être accordé au moment de la levée de la mesure, lorsque le juge décidait si des peines suspendues seraient exécutées parce que l'octroi du sursis étant une décision au fond, le juge n'était pas compétent pour l'accorder. D'autre part, même si le juge qui condamnait le délinquant à une mesure était compétent pour prononcer en même temps une peine avec sursis, la condition du pronostic favorable n'était presque jamais réalisée. Schultz critiqua cette jurisprudence avec raison, en disant qu'une peine prononcée avec sursis à la fin d'une mesure exécutée avec succès serait de nature à favoriser l'amendement de l'intéressé¹¹⁹.

En 1988, le Tribunal fédéral modifia sa jurisprudence¹²⁰. Il affirma que, puisque ni le texte légal, ni les travaux préparatoires¹²¹ n'empêchaient d'assortir du sursis la peine ferme précédemment suspendue en vue d'un traitement, la possibilité de l'accorder devait être admise, malgré l'objection théorique qu'au moment où l'hospitalisation ou le traitement du condamné se terminait, le juge ne pouvait plus se prononcer sur le fond. Comme le juge pouvait de toute façon renoncer à l'exécution de la peine, cette objection n'apparaissait pas décisive. Les choix qui s'offraient en matière de mesures étaient fondés sur l'idée que la resocialisation pouvait être obtenue de bien différentes façons. Dans les cas où une mesure se justifiait, il pouvait s'écouler beaucoup de temps jusqu'à ce qu'elle ait déployé tous ses effets. Il était donc justifié, pour faire un pronostic, de se fonder sur la situation qui existait au moment de la levée de la mesure, l'évolution du cas dans l'intervalle étant de la plus grande importance pour l'appréciation des perspectives d'amendement.

En outre, selon l'argument formel *a majore ad minus*, si le juge pouvait ordonner l'exécution de la peine à la fin de la mesure, il devrait pouvoir suspendre conditionnellement cette exécution. A ce moment-là, le pronostic favorable exigé par l'art. 41 ch. 1 al. 1 aCP ne constituerait plus un obstacle parce que, contrairement au moment du jugement, il serait probablement donné si l'exécution de la mesure avait pris fin avec succès¹²².

a) *Les règles de conduite*

L'art. 41 ch. 2 aCP permettait au juge d'imposer certaines règles de conduite au condamné pendant le délai d'épreuve. Ces règles de conduite pouvaient consister en une activité professionnelle, un lieu de séjour, un contrôle médical, une abstention de boissons alcooliques et la réparation du dommage,

¹¹⁹ SCHULTZ (1982), p. 40.

¹²⁰ ATF 114 IV 85.

¹²¹ FF 1965 I 583.

¹²² SCHULTZ, FJS n° 1196, p. 3.

pour ne citer que celles prévues par la loi. Ainsi, l'art. 41 ch. 2 al. 1 aCP permettait au juge d'imposer une règle de conduite sous la forme d'un traitement psychiatrique ambulatoire. En pareil cas, le juge devait se fonder sur une expertise psychiatrique¹²³.

A première vue, un traitement ambulatoire prononcé, en vertu des art. 43 et 44 aCP, avec une peine suspendue paraissait similaire à une peine prononcée avec sursis assortie d'une règle de conduite sous forme de traitement ambulatoire. Si tel était le cas, le fait que le juge ne puisse pas prononcer une peine avec sursis au moment où il prononçait la mesure serait un faux problème puisqu'il pourrait prononcer une peine avec sursis et une règle de conduite. Pourtant, les conditions n'étaient pas les mêmes et le prononcé d'une mesure n'était pas compatible avec une peine prononcée avec sursis. La condition du pronostic favorable qui était une condition nécessaire à l'application du sursis était déterminante pour que le juge décide s'il ordonnait une mesure de sûreté ou une règle de conduite. En effet, le juge qui prononçait une peine avec sursis posait un pronostic favorable dans le sens où il partait de l'hypothèse que cela aurait assez d'effets pour détourner l'auteur de commettre de nouvelles infractions. Face à un auteur qui présentait des troubles mentaux sérieux, une peine avec sursis ne serait pas suffisante parce que le pronostic était incertain, précisément à cause de son état mental. Dans un tel cas, une peine avec sursis ne suffirait pas à atteindre le but visé.

Si le pronostic était favorable mais l'intéressé avait besoin de soins pendant un certain temps, le juge prononcerait une peine avec sursis et limiterait le traitement ambulatoire sous forme de règle de conduite à la période d'épreuve. Si le pronostic était incertain et le délinquant avait besoin d'un traitement sur une longue durée, le juge prononcerait une mesure au sens des art. 43 et 44 aCP.

En outre, la violation d'une règle de conduite ordonnée en vertu de l'art. 41 aCP pouvait certes conduire à l'exécution de la peine mais seulement si la violation avait eu lieu pendant la période d'essai qui devait s'étendre entre deux et cinq ans. Contrairement à l'art. 41 aCP, le traitement médical ordonné en vertu des art. 43 et 44 aCP était de durée indéterminée. L'exécution de la peine avait lieu une fois que la mesure avait pris fin, ce qui pouvait avoir lieu après de nombreuses années. Enfin, l'exécution de la peine prononcée en vertu des art. 43 et 44 aCP devait être suspendue sans condition. En effet, ce n'était pas l'avènement de certaines conditions qui conduirait à l'exécution de la peine suspendue, comme c'était le cas d'une peine prononcée avec sursis. Une peine suspendue au bénéfice d'une mesure de sûreté devait en principe toujours être exécutée à la fin de la mesure. Ce n'était que si l'exécution de la

¹²³ SCHULTZ, FJS n° 1197, p. 7.

peine risquait de compromettre sérieusement l'effet de la mesure que le juge y renoncerait. Au premier plan se trouvait donc le traitement ambulatoire et non la suspension de la peine¹²⁴.

b) *Récapitulation*

Il était plus adéquat que le sursis puisse être prononcé à la fin de la mesure, par le juge qui décidait si la peine suspendue devait ou non être exécutée. En effet, si la question du sursis se posait au moment où le juge suspendait la peine pour prononcer une mesure de sûreté, il ne prononcerait pratiquement jamais le sursis parce que la condition du pronostic ne serait pas réalisée. Le problème, si le sursis était prononcé à la fin de la mesure, était que le juge qui le prononçait ne serait pas le même que celui qui avait prononcé la mesure. Il devrait se baser sur des actes délictueux commis parfois de nombreuses années auparavant. En outre, cela poserait un problème d'immédiateté formelle, car le juge ne serait pas le même que celui présent au procès: il ne se prononcerait pas sur la base de preuves formulées devant lui, il n'aurait pas été présent lors des débats et la décision ne serait pas rendue directement après les débats.

Dans la pratique, à Genève, il était rare qu'un juge fasse exécuter une peine avec sursis à la fin d'une mesure. En effet, si le juge estimait que la peine devait être exécutée parce qu'elle ne compromettrait pas l'effet de la mesure ou parce que la mesure avait échoué en raison de l'obstruction du condamné, la question du sursis ne se posait pas. Si le juge estimait que la mesure avait été un succès que l'exécution de la peine risquait de compromettre, il ne ferait en général pas exécuter la peine, même avec sursis. Il était regrettable que les juges ne fassent pas un plus grand usage de cette possibilité. En effet, une peine avec sursis prononcée à la fin d'une mesure de sûreté était de nature à favoriser l'amendement de l'intéressé. L'auteur ne subissait aucune détention mais il en connaissait le risque, ce qui pouvait être une stimulation à un bon comportement.

3.2) *La compétence d'ordonner une mesure de sûreté*

Selon l'art. 43 ch. 1 al. 1 aCP, la compétence d'ordonner une mesure appartenait au juge. Si le prévenu était irresponsable et si son irresponsabilité et le besoin de soins ou d'un traitement médical étaient constatés déjà au stade de l'instruction, les autorités qui conduisaient l'action pénale étaient également compétentes pour se prononcer sur cette décision. Mais seul le juge du fond pouvait ordonner une mesure au sens des art. 43 et 44 aCP. Aucune mesure

¹²⁴ FRAUENFELDER, pp. 96-98.

ne pouvait être ordonnée par une autorité administrative à qui une autorité judiciaire aurait transmis le dossier, après avoir mis fin à l'action pénale. Le Tribunal fédéral avait déclaré à cet égard qu'une décision de la Chambre d'accusation prononçant un non-lieu et transmettant le dossier au Conseil d'Etat pour décision sur l'internement, sans indiquer les voies et délais de recours, n'était pas valable¹²⁵.

Autrefois, dans certains cantons, il était d'usage que l'autorité compétente (p. ex. le ministère public) rende une ordonnance de non-lieu et ordonne elle-même les mesures nécessaires. Cette pratique était contraire aux art. 43 et 44 aCP, 5 ch. 1 lit. a et e, ch. 4 et 6 ch. 1 CEDH en ce qui concernait les mesures privatives de liberté. En effet, selon les art. 43 et 44 aCP, seuls les tribunaux avaient la compétence d'ordonner des mesures au sens de ces dispositions; selon les art. 5 et 6 CEDH, toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si sa détention est illégale, et toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. D'après la Cour européenne des droits de l'homme, lorsque la décision privant l'intéressé de sa liberté émanait d'une administration, il devait toujours pouvoir s'adresser à un juge qui apprécierait le bien-fondé de la détention. Si la décision émanait d'un tribunal, la nature de la mesure pouvait imposer un réexamen de sa légalité¹²⁶. Le Tribunal fédéral avait également précisé que « *par tribunal, au sens de l'art. 5 ch. 4 CEDH, il ne faut pas entendre nécessairement une cour de type classique intégrée dans une organisation judiciaire traditionnelle. Ce qui importe c'est l'indépendance du juge dans sa personne, ses fonctions et l'organisation de son office. Le tribunal doit avoir le pouvoir de rendre des jugements et de statuer équitablement. Les garanties de procédure qui entourent toute privation de liberté doivent être respectées, de même que toutes celles qui assurent la bonne marche du procès. Le tribunal doit notamment veiller au droit d'être entendu, de consulter le dossier et à une instruction contradictoire. Il importe enfin que la cour statue à bref délai sur la légalité de la détention ainsi que le prescrit l'art. 5 ch. 4 CEDH.* » Le tribunal ne doit pas posséder de simples attributions consultatives mais doit avoir la compétence de « statuer » sur la « légalité » de la détention et d'ordonner la libération en cas de détention illégale. La Cour avait ainsi considéré qu'une mesure ordonnée par un procureur n'était pas une décision prise par un juge et, partant, violait l'art. 5 ch. 4 CEDH¹²⁷.

¹²⁵ ATF 100 IV 74.

¹²⁶ Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en la cause Luberti c. Italie du 23 février 1984; arrêt Van Droogenbroek c. Belgique du 24 juin 1982; arrêt Weeks c. Royaume-Uni du 2 mars 1987.

¹²⁷ ATF 116 Ia 60.

Les cantons avaient donc dû modifier leurs lois de procédure et adopter l'une des solutions suivantes : soit le ministère public rendait une ordonnance de non-lieu et communiquait le dossier au tribunal avec un rapport et la proposition d'ordonner une mesure de sûreté, soit le ministère public communiquait directement sans prononcer de non-lieu le dossier au tribunal avec un rapport et la proposition d'ordonner des mesures de sûreté. La première solution pouvait poser un problème. En effet, théoriquement le tribunal ne pouvait plus se prononcer sur l'infraction commise puisque le ministère public avait mis fin à l'action publique. Il ne pouvait se prononcer que sur la mesure à ordonner. Or, si le tribunal estimait que les faits n'avaient pas été assez établis pour prouver la commission de l'infraction, il refuserait d'ordonner une mesure. Dans un tel cas, il devait pouvoir instruire les faits avant d'ordonner une mesure¹²⁸.

A Genève, la Chambre d'accusation pouvait ordonner une mesure, après avoir prononcé un non-lieu en raison de l'irresponsabilité de l'auteur. Même si la Chambre d'accusation est un tribunal au sens de l'art. 5 CEDH, elle n'instruisait que très sommairement les faits afférents à la commission de l'infraction. Elle se penchait plus particulièrement sur l'anomalie de l'auteur conduisant à son irresponsabilité, prononçait un non-lieu et, s'il y avait un lien de causalité entre l'anomalie et l'infraction commise, prononçait une mesure. Or, comme la Cour de cassation ne revoyait pas les faits, cela posait un sérieux problème au regard du droit d'être entendu. En outre, si la Chambre d'accusation prononçait une mesure sans qu'il y ait eu de commission de crime ou délit, elle violait les art. 43 ou 44 aCP. Enfin, se posait également un problème d'impartialité : un des trois juges de la Chambre d'accusation amené à prononcer une mesure de sûreté se serait souvent déjà prononcé sur une éventuelle prolongation de détention ou une demande de mise en liberté de l'auteur.

Deux solutions permettaient de remédier à cette carence de la Chambre d'accusation. Elle pouvait instruire les faits de manière aussi approfondie que le prévoyait la procédure devant la Cour d'assises et la Cour correctionnelle. Mais cela représenterait une grande surcharge de travail pour les juges de la Chambre d'accusation qui devaient également se prononcer sur les demandes de mise en liberté, de prolongation de détention, de renvoi en jugement et sur les recours contre les décisions du juge d'instruction et du ministère public. Une seconde solution paraissait préférable : au moment du renvoi en jugement, la Chambre d'accusation pouvait renvoyer le prévenu devant la Cour d'assises ou la Cour correctionnelle, en préconisant l'ordonnance d'un non-lieu et d'une mesure de sûreté.

¹²⁸ HAUSER / SCHWERI, p. 397.

B. Le code pénal actuel

1. L'historique

L'actuelle partie générale du code pénal, dont l'avant-projet avait été fondé par Carl Stooss en 1883, était très avant-gardiste et n'avait subi que très peu de modifications depuis son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1942, jusqu'à aujourd'hui. La révision de 1971 était certes importante mais il ne s'agissait que d'une révision partielle. La partie générale n'avait jamais fait l'objet d'une révision globale. Les nécessités d'une révision globale se sont fait sentir. Le point prépondérant de cette révision résidait dans la réforme du système de sanctions qui devait protéger la sécurité publique en prévenant autant que possible la récidive.

L'imprécision de l'ancien code pénal faisait l'objet de nombreuses critiques. Les critiques portaient sur l'imprécision de l'atteinte que devait constituer l'anomalie mentale, les faibles exigences posées à l'ordonnance d'un internement et sur la possibilité, depuis la révision de 1971, d'exécuter un internement dans un établissement d'exécution des peines sans que des efforts soient entrepris pour qu'un traitement thérapeutique soit effectué. La mesure devenait ainsi équivalente à une peine à durée indéterminée¹²⁹.

Ainsi en 1983, le Département fédéral de justice et police (DFJP) mandata le Professeur Hans Schultz d'examiner la nécessité d'une modification de la partie générale du code pénal ainsi que les prescriptions de l'entrée en vigueur et de l'application du code. En 1985, le Professeur Hans Schultz présenta un avant-projet ainsi qu'un rapport explicatif. Le 16 février 1987, le DFJP réunit une commission d'experts qui fut chargée d'examiner la nécessité de réviser la partie générale du code pénal à la lumière de l'avant-projet Schultz, de la doctrine, de la jurisprudence et du droit comparé. Au milieu de l'année 1992, la commission adopta l'avant-projet qui fut encore légèrement modifié par l'administration.

A la mi-juillet de l'année 1993, le DFJP mandata une procédure de consultation qui accueillit favorablement l'avant-projet de révision de la partie générale du code pénal. La nouvelle réglementation du système de sanctions reçut, dans son principe, l'approbation d'une nette majorité de participants. Mais la critique porta essentiellement sur la protection de la sécurité publique. Une partie des milieux concernés estima que l'avant-projet ne tenait pas assez compte de ce besoin, qu'il était trop axé sur les intérêts des auteurs d'infractions et que les sanctions étaient trop légères.

¹²⁹ SCHULTZ (1987), p. 167.

En septembre 1995, le Conseil fédéral, après avoir examiné les résultats de la procédure de consultation, chargea le DFJP de modifier l'avant-projet en tenant compte des avis exprimés et d'établir un message à l'intention du Parlement. Cette tâche fut confiée à l'Office fédéral de la justice. En mars 1997, les principales modifications furent débattues par les représentants des milieux scientifiques, de la justice pénale, des autorités d'exécution des peines et du barreau¹³⁰.

Le Conseil des Etats puis le Conseil national se sont penchés sur le projet du Conseil fédéral¹³¹. Le travail législatif s'est conclu en décembre 2002 par le ralliement complet du Conseil des Etats¹³² au projet adopté par le Conseil national¹³³ lors de la session d'automne 2002¹³⁴. Le Conseil fédéral ne mit pas immédiatement les modifications en vigueur pour laisser le temps aux cantons de procéder à l'adaptation de leurs législations. Après l'adoption de la nouvelle partie générale du code pénal, des critiques de plus en plus fortes se sont élevées, notamment dans les milieux des professionnels de la poursuite et de la justice pénale et de l'exécution des peines, à l'égard de certaines dispositions. Les principales critiques portaient sur la liste des infractions pouvant donner lieu à un internement au sens de l'art. 64, sur l'examen de la libération de l'internement et sur la possibilité d'ordonner un internement en cours d'exécution de peine si le juge n'avait pas eu connaissance, au moment du prononcé de la peine, de certains faits pouvant conduire à un internement. Le groupe de travail institué au début du mois de mars pour concrétiser l'art. 123a Cst sur l'internement à vie fut également chargé d'examiner les demandes de modifications des dispositions du nouveau code pénal qui faisaient l'objet de ces critiques. Le groupe de travail présenta, le 15 juillet 2004, un rapport et projet de loi. Les modifications envisagées ont été mises en consultation auprès des milieux intéressés. La grande majorité des cantons a approuvé les modifications. En date du 29 juin 2005, le Conseil fédéral prépara son message qui fut adopté le 24 mars 2006¹³⁵.

¹³⁰ FF 1999 II 1790-1795, Rapport établi sur la base du rapport final de la commission d'experts, pp. 4-7.

¹³¹ BOCE 1999 1104 ss.

¹³² BOCE 2002 1060 ss.

¹³³ BOCN 2002 1178 ss.

¹³⁴ ROTH (2003), pp. 1-2.

¹³⁵ FF 2005 4429-4432.

2. L'analyse de la loi

2.1) Les dispositions générales

Le principe de la proportionnalité doit être érigé en condition expresse. En effet quand le juge prononce une peine, il tient compte du principe de la proportionnalité en appréciant la culpabilité de l'auteur. Mais les mesures, qui peuvent être ordonnées indépendamment de toute culpabilité, ne contiennent aucune limite. Les trois aspects du principe de la proportionnalité sont prévus à l'art. 56 CP: le sous-principe de l'adéquation, c'est-à-dire l'aptitude vis-à-vis de l'objectif et la conformité au but poursuivi, le sous-principe de la nécessité et le sous-principe de la subsidiarité. L'art. 56 al. 2 concrétise également la proportionnalité au sens étroit. En effet, une mesure peut être adéquate et nécessaire mais disproportionnée si l'atteinte qu'elle comporte est exagérée par rapport au but poursuivi. La disposition interdit des sanctions excessives comme une atteinte importante à la personnalité de l'intéressé pour l'empêcher de commettre des contraventions. Mais elle vise également à empêcher des sanctions trop clémentes. Ainsi, la durée de la mesure et l'intensité de l'atteinte qui en résultent ne doivent pas être trop faibles par rapport à la peine suspendue. D'après le principe de la subsidiarité interprété selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, si la mesure thérapeutique institutionnelle risque d'être inférieure aux deux tiers de la peine privative de liberté, celle-ci ne devra être suspendue qu'exceptionnellement, c'est-à-dire si la resocialisation attendue par l'effet de la mesure ne peut pas être obtenue par un traitement ambulatoire pendant l'exécution de la peine¹³⁶.

La nécessité d'ordonner une expertise est prévue à l'art. 56 al. 3 CP. Cette disposition précise que, pour ordonner une mesure thérapeutique institutionnelle, un traitement ambulatoire et un internement, ou en cas de changement de sanction, le juge devra se fonder sur une expertise. Même si le risque de récidive n'appartient en effet plus seulement à la psychiatrie classique, l'expertise sera confiée à un psychiatre. Si l'auteur a commis une infraction au sens de l'art. 64 al. 1 CP, l'expertise doit être effectuée par un expert qui n'a pas traité l'auteur et ne s'en est pas occupé d'une quelconque manière¹³⁷. Cette disposition vise à s'assurer que l'expert disposera de toute la neutralité et toute l'objectivité nécessaire. Mais l'on peut se demander pourquoi cette condition ne s'applique qu'à l'expertise portant sur des auteurs qui ont commis une infraction au sens de l'art. 64 al. 1¹³⁸. Certes, ces auteurs sont exposés à la mesure la plus restrictive de liberté mais on ne comprend pas pourquoi

¹³⁶ ATF 107 IV 20 ss.

¹³⁷ WIPRÄCHTIGER (2002), p. 291.

¹³⁸ WIPRÄCHTIGER (2002), p. 52.

les conditions de neutralité et d'objectivité de l'expert, qui sont d'une importance fondamentale, ne devraient pas s'appliquer à toutes les expertises.

L'art. 56 al. 5 CP dispose que le tribunal n'ordonnera une mesure que s'il existe un établissement approprié, dans lequel la mesure est susceptible d'être exécutée. L'expert et les autorités d'exécution devront donc indiquer au juge si un établissement existe. Si le juge a la compétence de prononcer la mesure, le placement appartient toujours à l'autorité d'exécution compétente. C'est donc cette autorité et non pas le juge qui désignera l'institution appropriée. L'art. 56a CP, constitue une nouveauté par rapport au droit actuel. Il offre la possibilité d'ordonner conjointement plusieurs mesures si leurs conditions sont réunies et qu'une seule d'entre elles ne suffirait pas à détourner l'auteur de commettre de nouvelles infractions. Ces mesures peuvent être exécutées simultanément s'il existe un établissement approprié, offrant les thérapies et l'encadrement prévus par la loi. Aujourd'hui, le juge ne dispose pas d'une telle possibilité, il doit choisir quelle mesure ordonner¹³⁹.

L'art. 57 CP concerne le rapport entre la mesure et la peine privative de liberté. Si les conditions sont remplies aussi bien pour le prononcé d'une mesure que d'une peine, le juge prononcera les deux sanctions mais l'exécution de la mesure primera l'exécution de la peine et la durée de la privation de liberté qui en est résultée sera imputée de la durée de la peine. Cela confirme le principe découlant du système dualiste représentatif. Mais, contrairement à l'ancien droit, il ne limite pas cette imputation uniquement aux cas où la mesure a réussi. Il est souvent difficile de déterminer si l'échec est dû au manque de volonté du condamné ou à la maladie dont il souffre¹⁴⁰. L'art. 58 CP prévoit l'exécution anticipée d'une mesure. Cela permet d'éviter que la motivation thérapeutique de l'auteur ne soit anéantie par une longue période de détention provisoire et cela permet à l'auteur de commencer la thérapie pendant la période de l'instruction qui peut être longue et de disposer déjà d'une expérience concrète de la thérapie en question au moment du jugement.

2.2) *Le traitement institutionnel des délinquants anormaux*

L'internement des délinquants dangereux réglementé actuellement à l'art. 43 ch. 1 al. 2 aCP a été remplacé par le placement dans un établissement d'exécution des mesures (art. 59 al. 2 CP), dans un établissement fermé (art. 59 al. 3 CP) ou dans un établissement pénitentiaire (art. 59 al. 3 CP) et également par la nouvelle forme d'internement (art. 64 CP). Le 1^{er} alinéa dispose que l'auteur de l'infraction doit « *souffrir d'un grave trouble mental* ». La distinction

¹³⁹ FF 1999 II 1876-1878.

¹⁴⁰ FF 1999 II 1878-1881.

de l'avant-projet entre les personnes souffrant d'une maladie mentale et celles souffrant d'un handicap mental grave n'a pas été reprise. D'après les critiques d'un groupe de travail «Psychiatrie légale», une telle distinction ne se justifiait ni objectivement ni médicalement. En outre, les «éléments constitutifs du diagnostic» utilisés dans l'avant-projet ignoraient toute systématique nosologique et il serait très difficile de faire le lien entre les notions médicales et juridiques. Il valait mieux renoncer à toute classification et utiliser le terme générique de «maladie mentale». Ainsi, une mesure thérapeutique peut être ordonnée à l'égard de tous les phénomènes anormaux susceptibles d'être diagnostiqués selon des critères scientifiques. Contrairement à l'avis de la commission d'experts mais conformément au droit actuel, une telle mesure peut également s'appliquer à l'égard d'un auteur souffrant de graves troubles de la personnalité. Ils représentent d'ailleurs la plus grande partie des délinquants anormaux. En outre, le régime de l'exécution des peines ne peut leur offrir un traitement adéquat. Le projet précise que le trouble mental doit être grave. Le traitement doit avoir lieu dans une institution spécialisée, comme le prévoit l'art. 43 ch. 1 al. 1 aCP. Mais le code pénal actuel entend mettre l'accent sur le caractère spécial du traitement plutôt que sur les soins. En parlant de «traitement», contrairement à l'art. 43 ch. 1 al. 1 aCP qui parlait de «traitement médical ou de soins spéciaux», l'art. 59 CP souhaite mettre l'accent sur un impact thérapeutique dynamique et une amélioration du pronostic plutôt que sur la simple administration statique et conservatoire de soins.

L'art. 59 al. 3 CP prévoit que, s'il y a lieu de craindre que l'auteur ne s'enfuit ou ne commette de nouvelles infractions, le traitement institutionnel devra avoir lieu dans un établissement fermé ou dans un établissement pénitentiaire si le traitement thérapeutique nécessaire est assuré par du personnel qualifié. Lors de la consultation, il a été soulevé qu'en raison du manque d'établissement approprié, il serait très difficile d'assurer la prise en charge dans une clinique psychiatrique ou dans un établissement de soins. Or, des installations de haute sécurité n'existent ni dans les établissements d'exécution des peines ni dans les cliniques psychiatriques, qui refusent de servir de prison. Ainsi, il y a un risque que les délinquants les plus dangereux restent soumis au régime de l'exécution des peines alors qu'ils auraient bien besoin d'un traitement. La commission d'experts a estimé que les autorités cantonales chargées de l'exécution des peines et de la santé publique devaient combler cette lacune et créer *«des sections spéciales fermées dans des établissements d'exécution des peines pour des détenus dangereux souffrant de troubles psychiques et dans des cliniques psychiatriques pour les délinquants dangereux souffrant de maladie mentale»*. Suite à cela, l'art. 59 al. 3 CP précise les établissements dans lesquels le traitement des délinquants dangereux souffrant de maladie mentale doit être effectué.

Contrairement à ce qui a été proposé par la commission d'experts, le code pénal n'entend pas limiter la durée du traitement institutionnel à cinq ans. Même s'il est juste de limiter la durée de la mesure, une durée de cinq ans est insuffisante pour les malades mentaux qui souffrent de graves troubles chroniques et dont le traitement dure souvent plus longtemps. Il est donc juste de donner la possibilité au juge de prolonger la mesure. Ainsi, l'art. 59 al. 4 CP prévoit que si après cinq ans, les conditions d'une libération conditionnelle ne sont pas réunies et s'il est à prévoir que le maintien de la mesure détournera l'auteur de commettre de nouveaux crimes ou délits en relation avec son trouble mental, le juge peut ordonner la prolongation de la mesure de cinq ans au plus chaque fois. Cette mesure peut donc être reconduite aussi souvent que son maintien paraît nécessaire. Si la mesure de traitement institutionnelle est levée parce qu'elle est vouée à l'échec et si le besoin de soins et la protection de la sécurité publique se fait sentir, le juge pourra ordonner une autre mesure thérapeutique ou l'internement s'il s'agit d'un délinquant dangereux¹⁴¹.

2.3) *Le traitement institutionnel de la dépendance de l'alcool, de stupéfiants ou de médicaments*

L'art. 60 CP régleme dans une même disposition le traitement de l'auteur toxico-dépendant ou qui souffre d'une autre addiction. Cette disposition s'applique également aux auteurs pharmacodépendants, car la dépendance aux médicaments peut également être une cause d'infractions et nécessiter un traitement particulier. Tout comme l'art. 59 CP, l'art. 60 CP met l'accent sur le caractère spécial du traitement plutôt que sur le placement dans un établissement. La possibilité d'un tel traitement, suite à la commission d'une contravention, comme il était prévu à l'art. 104 al. 2 aCP, a été supprimée¹⁴². Le juge doit tenir compte de la demande et de la motivation de l'auteur (art. 60 al. 2 CP). Par cet alinéa, le législateur a voulu tenir compte de la disposition de l'auteur à être traité. Le traitement institutionnel des dépendances à l'alcool, aux stupéfiants ou aux médicaments est peu utile, voire inutile, si l'auteur ne le souhaite pas, s'il n'est pas prêt à s'y soumettre ou s'il le refuse. L'art. 60 al. 3 prévoit que le traitement s'effectue dans un établissement spécialisé ou, si besoin est, dans un hôpital psychiatrique. Il doit être adapté aux besoins particuliers de l'auteur et à l'évolution de son état. Cela n'exclut pas que le patient soit placé pour une courte période dans une clinique somatique¹⁴³. Mais le traitement ne doit s'effectuer dans une clinique psychiatrique qu'en

¹⁴¹ FF 1999 II 1882-1885.

¹⁴² SOLLBERGER, p. 175.

¹⁴³ SOLLBERGER, p. 175.

cas d'ultima ratio, quand il n'y a pas d'autre institution spécialisée ou qu'il faut traiter des complications qui ne peuvent l'être dans l'institution où l'interné est placé¹⁴⁴. Concernant la durée maximale de la mesure, une audition d'experts ainsi que les résultats de la consultation ont démontré que la durée de deux ans prévue à l'art. 44 ch. 3 aCP devait être modifiée si l'on voulait prévoir les différents traitements dans une même disposition. En effet, si la durée maximale de deux ans est adéquate pour le traitement des alcooliques, tel n'est pas le cas pour le traitement des toxicomanes. Les experts ont ainsi préconisé une durée maximale de trois ans avec la possibilité de la prolonger d'une année. Mais la durée maximale de la mesure est restée fixée à six ans comme le prévoyait l'ancien droit¹⁴⁵.

2.4) *La levée de la mesure*

Les dispositions actuelles réglementent la levée de la mesure en plusieurs dispositions différentes : la libération conditionnelle (art. 62 CP), l'échec de la mise à l'épreuve (art. 62a CP), la libération définitive si la mesure a réussi (art. 62b CP), la libération définitive si la mesure paraît vouée à l'échec (art. 62c CP) et l'examen de la libération et de la levée de la mesure (art. 62d CP). Dans un premier temps, seule la libération conditionnelle est prévue. Il a été jugé très difficile de déterminer si la cause de la mesure a entièrement ou partiellement disparu et si l'auteur est guéri. D'autre part, même si le traitement institutionnel a réussi, il a paru judicieux de prévoir un traitement ambulatoire, une assistance de probation ou des règles de conduite pour assurer la transition. La durée du délai d'épreuve pour les délinquants souffrant de troubles mentaux est de cinq ans. Toutefois, il a été relevé, lors de la procédure de consultation, que, dans certains cas, notamment lorsqu'il s'agit de délinquants sexuels, une très longue période d'encadrement est nécessaire, sous la forme d'un traitement médical ou d'une assistance de probation. Ainsi, l'art. 62 al. 4 CP prévoit que la durée de cinq ans peut à chaque fois être prolongée de un à cinq ans, si la poursuite du traitement médical, de l'assistance de probation ou des règles de conduite s'avère nécessaire pour prévenir le risque de nouvelles infractions en rapport avec le trouble mental. Le délai d'épreuve est ainsi de durée indéterminée. Enfin, si l'auteur a commis une infraction prévue à l'art. 64 al. 1, le délai d'épreuve pourra être prolongé autant de fois qu'il le faut pour prévenir des infractions du même genre.

La durée du délai d'épreuve accompagnant la libération conditionnelle d'une des mesures prévues aux art. 60 et 61 CP est, comme dans l'ancien droit,

¹⁴⁴ STRATENWERTH (1989), p. 322.

¹⁴⁵ FF 1999 II 1885-1887.

de un à trois ans. Elle peut être prolongée de toute sa durée si nécessaire mais ne peut excéder six ans en tout. Comme dans l'ancien droit, la libération conditionnelle peut être accompagnée d'une assistance de probation ou de règles de conduite. La règle de conduite obligeant l'auteur à se soumettre à un traitement ambulatoire a été expressément prévue dans le texte étant donnée son importance pratique.

L'échec de la mise à l'épreuve est prévu à l'art. 62a CP. La révocation de la libération conditionnelle ne dépend plus de la gravité de l'infraction commise, mais de la persistance du danger que l'auteur commette de nouvelles infractions, danger auquel la mesure est censée remédier. C'est le caractère symptomatique de l'infraction qui est déterminant. Contrairement à l'ancien droit, l'art. 62a al. 1 et 2 CP prévoit qu'il appartient au même juge de se prononcer sur l'infraction commise et sur la réintégration. Cette solution permet d'éviter le parallélisme qui existait dans l'ancien droit et qui permettait pratiquement qu'une réintégration soit prononcée par l'autorité compétente et qu'une nouvelle mesure soit ordonnée par le juge. Si une réintégration est inappropriée, par exemple, parce que le délai maximal de six ans est presque atteint, le juge peut ordonner une nouvelle mesure, si les conditions sont réunies, ou l'exécution d'une éventuelle peine privative de liberté suspendue. Si le juge ordonne l'exécution d'une peine privative de liberté suspendue, il prononcera une peine d'ensemble avec la peine privative de liberté à laquelle l'auteur est condamné pour la commission de la nouvelle infraction (art. 62a al. 2). Cela permet d'éviter le cumul de plusieurs peines suspendues qui peut s'avérer négatif d'un point de vue de prévention spéciale. En outre, cette réglementation tient compte de la règle qui permet d'éviter l'exécution des peines suspendues en cas de récidive de peu de gravité. La formulation de l'ancien droit selon laquelle la réintégration doit avoir lieu «si l'état du libéré l'exige» a été supprimée.

Le juge prononce la réintégration s'il est sérieusement à craindre que l'auteur commette une infraction au sens de l'art. 64 al. 1 CP, donc susceptible de conduire à un internement (art. 62a al. 3 CP). Enfin, la réintégration peut être ordonnée si l'auteur se soustrait à l'assistance de probation ou viole les règles de conduite et si ce comportement dénote un danger sérieux qu'il commette de nouvelles infractions. Contrairement à l'ancien droit qui prévoit une durée indéterminée, l'art. 62a al. 4 CP prévoit que la durée maximale de la réintégration ne peut excéder cinq ans, pour les mesures applicables aux malades mentaux (art. 59 CP). En revanche, comme le prévoyait l'ancien droit (art. 45 ch. 3 al. 6 aCP), la réintégration ne peut excéder deux ans pour les mesures applicables aux alcooliques et aux toxicodépendants. L'art. 62a al. 5 prévoit les alternatives à la réintégration ou à une nouvelle mesure. Le juge peut également adresser un avertissement à la personne libérée conditionnellement, ordonner un traitement ambulatoire ou une assistance de

probation, imposer des règles de conduite ou prolonger le délai d'épreuve de un à cinq ans dans le cas de la mesure prévue à l'art. 59 CP et de un à trois ans dans le cas de l'une des mesures prévues aux art. 60 et 61 CP. Par analogie avec l'art. 62 al. 4 CP, il est prévu que le délai d'épreuve pourra être prolongé de la durée maximale intégrale prévue par la loi. L'art. 62a al. 6 réglemente les conséquences si l'auteur viole les règles de conduite ou ne se soumet pas à l'assistance de probation.

L'art. 62b CP traite de la libération définitive, si l'exécution de la mesure a été couronnée de succès. La libération définitive doit être ordonnée dans deux cas, énoncés à l'art. 62b al. 1 et 2 CP : l'auteur doit avoir subi l'épreuve avec succès ou la durée maximale prévue aux art. 60 et 61 CP doit avoir été atteinte et les conditions de la libération conditionnelle doivent être réunies. Pour avoir subi l'épreuve avec succès, il faut non seulement qu'aucune réintégration n'ait été ordonnée mais qu'un traitement ambulatoire ou que le maintien de règles de conduite ou de l'assistance de probation ne soit plus nécessaire. Pour que la libération définitive soit accordée suite à l'expiration de la durée maximale prévue aux art. 60 et 61 CP, il faut que les conditions de la libération conditionnelle soient réunies, c'est-à-dire que l'état de la personne concernée permette d'admettre que le risque qu'elle commette de nouveaux crimes ou délits est faible et qu'il est juste de lui donner l'occasion de faire ses preuves en liberté. Comme le traitement institutionnel applicable aux malades mentaux peut être prolongé à de nombreuses reprises et qu'il n'y a pas de durée maximale en cas de multiples réintégrations, l'auteur ne peut pas être libéré définitivement, sauf s'il a subi l'épreuve avec succès. L'alinéa 3 prévoit que, pour ne pas compromettre l'effet de la mesure, un reliquat de peine ne doit pas être exécuté. Mais cet alinéa s'applique également à la libération définitive en raison de l'écoulement de la durée maximale de la mesure (art. 62b al. 2 CP). Un auteur condamné à une longue peine privative de liberté risque d'être avantagé par cette disposition, si la mesure est sensiblement plus courte que la peine. Un risque en découle que le tribunal, pour éviter d'ordonner un traitement institutionnel susceptible d'être plus court qu'une peine et ainsi d'avantager le délinquant, ordonne un traitement ambulatoire en prison¹⁴⁶. Mais il convient d'accepter cette réglementation qui est dans l'intérêt de la prévention de futures infractions.

L'art. 62c CP traite de la levée de la mesure si sa poursuite paraît vouée à l'échec. En outre, si la durée maximale prévue aux art. 60 et 61 CP est atteinte et que les conditions de la libération conditionnelle ne soient pas réunies, la mesure doit être considérée comme vouée à l'échec et levée au sens de l'art. 62c CP. C'est le pendant de l'art. 62b al. 2 CP. Dans les deux cas, la

¹⁴⁶ STRATENWERTH (1989), p. 290.

mesure doit être levée en cas de l'écoulement de sa durée maximale. Enfin, une mesure doit être levée s'il n'y a plus d'établissement approprié. Si les conditions de la libération conditionnelle ne sont pas réunies (art. 62b al. 2 CP), l'auteur doit exécuter le reliquat de peine. Le sursis peut être octroyé en présence d'un pronostic favorable, par exemple, si la mesure est levée parce qu'il s'est avéré en cours d'exécution de peine que la personne n'avait pas besoin de mesure. Conformément à l'ancien droit, le juge peut ordonner une nouvelle mesure à la place de l'exécution de la peine si les conditions sont remplies. Il peut également ordonner l'internement au sens de l'art. 64 CP, s'il est sérieusement à craindre que l'auteur commette un des crimes particulièrement graves énoncés à l'art. 64 CP. L'autorité compétente peut également signaler le cas aux autorités de tutelle.

L'art. 62d traite de l'examen de la libération et de la levée de la mesure. L'art. 5 ch. 4 CEDH reconnaît un droit à un contrôle judiciaire à intervalles réguliers d'une privation de liberté liée à une mesure institutionnelle, même si celle-ci a été ordonnée par un tribunal. En effet, si c'est un tribunal qui a ordonné la privation de liberté par un jugement pénal, le droit à un examen régulier de la détention n'existe pas sauf si la privation de liberté est liée à des caractéristiques personnelles comme la maladie mentale ou la toxicomanie ou à d'autres circonstances susceptibles de se modifier. Dans ce cas, un contrôle régulier d'office ou à la demande de la personne concernée est exigé. Ainsi, la jurisprudence a admis qu'un contrôle d'office effectué chaque année par l'autorité compétente est raisonnable¹⁴⁷. Mais des contrôles peuvent avoir lieu à intervalles plus fréquents si la personne concernée le requiert¹⁴⁸. L'autorité judiciaire au sens de l'art. 5 ch. 4 CEDH ne doit pas forcément être un tribunal traditionnel mais elle doit être indépendante au niveau de son fonctionnement, de son organisation et de son personnel. Elle doit également avoir une compétence de décision et un pouvoir de cognition lui permettant de vérifier la légalité de la mesure. L'autorité doit entendre l'intéressé et demander un rapport à la direction de l'établissement où la mesure est exécutée avant de rendre sa décision. En complément au rapport, une expertise d'un expert indépendant peut être requise. L'al. 2 prévoit, pour l'examen d'un auteur ayant commis une infraction au sens de l'art. 64 al. 1 CP, que l'autorité doit entendre une commission composée des autorités de poursuite pénale, de représentants des autorités d'exécution et de représentants des milieux de la psychiatrie. Il a paru indiqué, pour statuer sur la libération conditionnelle ou définitive d'une mesure ordonnée en vertu de l'art. 64 CP, de ne pas se baser seulement sur des expertises psychiatriques. En effet, le pronostic de dangerosité ne relevant pas uniquement de la science et de l'expérience

¹⁴⁷ Jugement du 24.9.1992 dans la cause *Herczegfalvy c. Autriche* du 24 septembre 1992, n° 77.

¹⁴⁸ FF 1999 II 1896.

psychiatrique, il doit être réservé à des spécialistes qui ont non seulement de solides expériences en psychiatrie mais également de bonnes connaissances criminologiques et sont au courant des recherches modernes en matière de pronostic¹⁴⁹.

2.5) *Le traitement ambulatoire*

L'art. 63 CP prévoit le traitement ambulatoire des personnes souffrant de troubles mentaux, des alcooliques et des toxicomanes. A l'instar de l'art. 60 CP, l'art. 63 CP prévoit également le traitement ambulatoire des personnes dépendantes de médicaments. Contrairement au traitement institutionnel, un traitement ambulatoire peut être ordonné à l'égard d'une personne ayant commis une contravention. A cette exception près, les conditions sont les mêmes que celles applicables au traitement institutionnel. L'art. 63 al. 3 CP prévoit la possibilité de soumettre l'intéressé à un traitement institutionnel comme phase initiale du traitement ambulatoire. Ce traitement peut être de deux mois au plus.

Le droit actuel comporte une lacune en ne prévoyant pas de durée maximale pour le traitement ambulatoire. Le principe de la proportionnalité commande de limiter ces atteintes à la liberté personnelle. Mais il doit y avoir la possibilité, tout en respectant le principe de la proportionnalité, de poursuivre le traitement ambulatoire des délinquants mentalement anormaux si un tel traitement paraît nécessaire pour détourner l'auteur de commettre de nouvelles infractions. En limitant ces mesures dans le temps et en examinant périodiquement si une prolongation est nécessaire, on évite des traitements inutilement longs et coûteux. Ainsi, l'art. 63 al. 4 CP prévoit que le traitement ambulatoire ne peut en général excéder cinq ans mais que le juge peut le prolonger à chaque fois de un à cinq ans, si cela paraît nécessaire pour détourner l'auteur de commettre de nouveaux crimes ou délits. Enfin, si nécessaire, le traitement peut se poursuivre au terme de l'exécution de la peine.

La levée du traitement ambulatoire est réglementée à l'art. 63a CP. Cette disposition ne prévoit pas de libération conditionnelle, comme le prévoit l'art. 62a CP pour le traitement institutionnel. Il est en effet inutile de permettre à l'auteur de faire ses preuves en liberté parce que de deux choses l'une: soit le traitement ambulatoire est ordonné avec une peine suspendue ou après l'exécution de la peine et, dans ce cas, la personne concernée est déjà en liberté, soit il est ordonné parallèlement à l'exécution de la peine et, dans ce cas, les conditions applicables à la libération conditionnelle sont déterminantes. Dans tous les cas, la mesure prend fin lors de sa levée. Les motifs

¹⁴⁹ FF 1999 II 1889-1895.

de levée de la mesure prévus à l'art. 63a al. 2 CP correspondent largement à l'ancien droit. Comme le traitement des personnes dépendantes de l'alcool, de stupéfiants ou de médicaments ne peut excéder six ans, cette mesure doit être levée à l'issue de ce délai (art. 63a al. 2 lit. c). En revanche, le traitement ambulatoire des délinquants mentalement anormaux peut être prolongé au-delà du délai de cinq ans et sa durée n'est soumise à aucune limite absolue (art. 63 al. 4 CP).

L'art. 63b CP régleme la décision relative à l'exécution d'une peine privative de liberté suspendue suite à la levée d'un traitement ambulatoire de manière analogue au traitement institutionnel. Il sied de renoncer à l'exécution de la peine si le traitement s'est achevé avec succès. En revanche, si la mesure exécutée en liberté échoue ou si la durée légale maximale est atteinte sans avoir pu écarter le danger que l'auteur ne commette de nouvelles infractions en relation avec son état, la peine doit être exécutée. Selon l'art. 63b al. 3 CP, une peine privative de liberté suspendue doit également être exécutée si le traitement ambulatoire exécuté en liberté paraît dangereux pour autrui. Mais dans ce cas, le traitement ne prend pas fin mais doit se poursuivre après l'exécution de la peine. Comme pour les mesures institutionnelles, la privation de liberté qu'a entraînée l'exécution de la mesure doit en principe être imputée sur l'exécution de la peine. Le juge peut ordonner un traitement institutionnel à la place de l'exécution de la peine suspendue, si une telle mesure est propre à détourner l'auteur de commettre de nouveaux crimes ou délits en rapport avec son état. Ce n'est que dans le cas où il reste un reliquat de peine que le juge peut ordonner un traitement institutionnel à la place¹⁵⁰.

2.6) *L'internement de sécurité*

L'art. 64 CP prévoit une liste des délits les plus graves pouvant entraîner un internement. Cette liste, estimée trop restreinte, a fait l'objet de critiques, après l'entrée en vigueur de la modification de la partie générale. Suite à de nombreuses discussions auprès des milieux concernés, le Conseil fédéral proposa simultanément une extension et une restriction de la clause qui complète la liste des infractions. Ainsi, outre les infractions énumérées dans la liste, les crimes passibles d'une peine maximale de cinq ans au moins pourront conduire à un internement, si l'auteur de l'infraction a porté ou voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de sa victime. Cette disposition entra en vigueur le 24 mars 2006¹⁵¹. L'internement s'appliquant tant à des auteurs responsables qu'irresponsables, il peut

¹⁵⁰ FF 1999 II 1897-1900.

¹⁵¹ FF 2005 4445-4447.

être ordonné seul, sans peine privative de liberté. La jurisprudence associe souvent dangerosité et maladie mentale et part du principe qu'elle peut être mesurée d'après des critères médicaux. Mais il n'est pas certain que les personnes souffrant d'affection mentale soient plus dangereuses que les personnes saines. Ainsi, la dangerosité ne doit pas être établie par un diagnostic médical mais par une analyse approfondie du risque. La dangerosité résulte d'une association complexe d'éléments personnels, des conditions de vie et de circonstances liées à l'environnement. Il est donc inadéquat de classer un auteur parmi les personnes dangereuses en raison de ses troubles mentaux. L'art. 64 al. 1 lit. b et c CP a tenu compte de cet aspect en érigeant comme condition pour ordonner l'internement non plus le trouble mental de l'auteur, mais le risque que celui-ci commette de nouvelles infractions graves. Les autres conditions pour qu'un internement soit prononcé sont les suivantes: il faut que l'auteur ait commis une infraction grave au sens de l'art. 62 al. 1 CP et qu'en raison d'un grave trouble mental chronique ou récurrent en relation avec l'infraction, des caractéristiques de la personnalité de l'auteur, des circonstances dans lesquelles il a commis l'infraction et de son vécu, il soit sérieusement à craindre qu'il ne commette de nouvelles infractions graves. Cette nouvelle règle permet de prononcer un internement à l'égard des délinquants dangereux qui, sous l'empire de l'ancien droit, ne pouvaient qu'être condamnés à une peine privative de liberté parce qu'ils ne remplissent ni les conditions des délinquants mentalement anormaux ni celles des délinquants d'habitude. On peut imaginer la difficulté de l'évaluation du pronostic de dangerosité d'une personne qui ne souffre d'aucun trouble mental et qui n'est pas récidiviste¹⁵².

Un internement peut être prononcé à la fin d'une peine privative de liberté. Il est donc en premier lieu un internement de sécurité dans le sens que c'est la sécurité publique et non le traitement médical qui constitue le but premier de la mesure. Mais comme dans l'ancien droit et conformément au principe de la proportionnalité, l'internement doit être subsidiaire. Il n'entre en ligne de compte que si aucun traitement institutionnel ne suffit à détourner l'auteur de commettre de nouvelles infractions. Un internement peut également être prononcé sans traitement préalable à l'égard d'un auteur qui a déjà suivi sans succès plusieurs traitements psychiatriques et qui commet un nouveau crime ou délit justifiant une telle mesure. L'art. 64 CP ne fixe pas de limite de temps à l'internement. Le tribunal ordonne l'internement au moment du jugement mais ce n'est qu'à la fin de l'exécution de la peine qu'une nouvelle décision se prononce sur l'exécution de cet internement, sur la base du rapport d'un expert indépendant et après avoir entendu une commission. La question s'est posée si l'internement commence à la fin des deux tiers de

¹⁵² WEBER, p. 400.

la peine privative de liberté ou à la fin de l'exécution de la totalité de la peine. Finalement, le projet prévoit que la libération conditionnelle ne s'applique pas à la peine privative de liberté¹⁵³. Il s'agit de garantir les soins et l'encadrement psychiatrique pendant l'internement, tant que le trouble ou la maladie de l'auteur le requiert. Il faut également tenir compte du fait que certains auteurs sont pénalement irresponsables et n'ont donc commis aucune faute. Dans ces cas là, l'internement doit avoir lieu dans une institution spéciale d'exécution des mesures. En revanche, il est possible d'interner des auteurs mentalement sains et pénalement responsables dans un établissement pénitentiaire.

L'art. 64a CP traite de la libération de l'internement. Comme les autres mesures institutionnelles, la libération de l'internement nécessite un pronostic favorable. Mais le pronostic est plus sévère que celui exigé pour la levée d'une mesure thérapeutique institutionnelle. Ainsi, la libération conditionnelle est prononcée s'il est à « prévoir » que le condamné se conduira bien en liberté. Une forte probabilité est donc exigée. Le délai d'épreuve a été limité à cinq ans comme la mesure institutionnelle des délinquants souffrant de troubles mentaux. Mais la durée minimale a été fixée à deux ans. La prolongation du délai d'épreuve a été estimée nécessaire par la commission, afin de s'assurer que l'auteur peut être réinséré et vivre normalement¹⁵⁴. Ainsi, l'art. 64a al. 2 CP prévoit que, si à l'expiration du délai d'épreuve, la poursuite de l'assistance de probation ou des règles de conduite paraît nécessaire pour prévenir d'autres infractions prévues à l'art. 64 al. 1, le juge peut prolonger le délai d'épreuve de deux à cinq ans à chaque fois, à la requête de l'autorité d'exécution. La libération définitive prévue à l'art. 64a al. 4 est réglementée de la même manière que les autres mesures institutionnelles. Elle intervient si la personne libérée a subi l'épreuve avec succès. La réintégration est possible même sans commission d'un nouveau crime ou délit, si le comportement de l'auteur fait sérieusement craindre la commission de nouvelles infractions qui justifierait un internement. Cette disposition permet de réintégrer, par exemple, un pédophile que l'on retrouve régulièrement à proximité d'enfants. Elle permet la réintégration d'un auteur avant qu'il n'ait agi. La formulation laisse entendre qu'il faut être en présence d'indices sérieux laissant craindre un risque de récidive et que de simples soupçons ne suffisent pas.

L'art. 64b CP traite de l'examen périodique de la libération. L'autorité compétente doit examiner d'office ou à la demande de l'auteur s'il peut être libéré conditionnellement de l'internement et quand il peut l'être¹⁵⁵. Ainsi,

¹⁵³ SOLLBERGER, p. 181.

¹⁵⁴ Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, séances des 21 et 22 octobre 2002, p. 7.

¹⁵⁵ Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, séances des 3, 4, 5 novembre 1999, p. 41; sur la conformité avec l'art. 5 ch. 4 CEDH, voir p. 51.

la conformité à l'art. 5 ch. 4 CEDH est garantie¹⁵⁶. Mais il a paru nécessaire d'introduire des garde-fous supplémentaires pour l'examen tant du maintien de l'internement que de la libération conditionnelle. Comme il est prévu à l'art. 62d al. 2 CP (levée du traitement institutionnel d'un malade mental ayant commis une infraction au sens de l'art. 64 CP), la décision de levée de l'internement doit être prise sur la base de l'expertise d'un expert indépendant et de l'audition d'une commission composée de représentants des autorités de poursuite pénale, de représentants des autorités d'exécution et de représentants des milieux de la psychiatrie¹⁵⁷.

Cette disposition a fait l'objet de discussions après l'entrée en vigueur de la modification de la partie générale. La question s'est posée si la personne condamnée devait exécuter l'intégralité de sa peine précédant l'internement et commencer, même pendant une courte période, à exécuter son internement ou son traitement institutionnel, quand bien même elle n'était plus dangereuse. Le Conseil fédéral proposa, dans son message, que le juge qui a ordonné l'internement puisse prononcer la libération conditionnelle de l'auteur au plus tôt s'il a exécuté deux tiers de sa peine ou 15 ans d'une sanction à vie, à condition que, pendant l'exécution de sa peine, l'auteur ne présente plus de signe de dangerosité et qu'il existe un pronostic favorable qu'il se conduira bien en liberté. Cette modification a été adoptée le 24 mars 2006¹⁵⁸.

2.7) *Le changement de sanction*

L'art. 65 CP qui traite du changement de sanction élargit considérablement par rapport à l'ancien droit la possibilité offerte au condamné de changer de sanction. L'alinéa 1^{er} prévoit la possibilité d'être soumis à une mesure thérapeutique non seulement pour les délinquants condamnés à une peine privative de liberté mais également pour les internés. Cette possibilité existe pour tous les types de traitements institutionnels. Comme le changement de sanction constitue une entorse à la force exécutoire d'un jugement, c'est le juge qui a prononcé la peine ou l'internement qui est compétent pour prendre cette décision. Mais l'accord de l'intéressé devrait être obligatoire, à l'instar de ce qui était prévu à l'art. 44 al. 6 aCP, afin de respecter le principe de *ne bis in idem*¹⁵⁹ Or tel n'est pas le cas¹⁶⁰. Ce consentement conserve cependant toute

¹⁵⁶ Voir p. 51.

¹⁵⁷ FF 1999 II 1900-1906; sur les problèmes posés par la commission d'experts voir p. 62 ss.

¹⁵⁸ FF 2005 4448-4449.

¹⁵⁹ Rapport de la commission d'experts concernant la révision de la partie générale et du troisième livre du code pénal et concernant une loi fédéral régissant la condition pénale des mineurs, Office fédéral de la justice, Berne 1993, pp. 86-87; pour plus de détails, voir p. 63 ss.

¹⁶⁰ Voir p. 64 ss.

son importance dans la pratique, parce qu'un changement d'une peine ou d'un internement en mesure thérapeutique donne plus de résultat si l'intéressé coopère. Le passage d'un traitement institutionnel à une autre mesure thérapeutique – même sans l'accord du condamné – est également possible à la place d'un solde de peine, si le traitement institutionnel prend fin parce qu'il est voué à l'échec ou parce que sa durée maximale a été atteinte (art. 62c al. 6 CP). Il est également possible de remplacer un traitement ambulatoire par un traitement institutionnel (art. 63b al. 3 et 5 CP)¹⁶¹. Enfin, cette disposition a été modifiée après son entrée en vigueur prévoyant que le juge compétent pour prononcer la révision peut également prononcer un internement en cours d'exécution de peine si des faits ou des moyens de preuve nouveaux permettent d'établir qu'un condamné remplit les conditions d'un internement et que ces conditions étaient déjà remplies au moment du jugement sans que le juge ait pu en avoir connaissance (art. 65 al. 2 CP)¹⁶². Il s'agit d'une procédure en révision, ce qui est problématique parce que la dangerosité qui constitue le fait nouveau n'est pas un fait mais un pronostic. En outre, la dangerosité peut ne pas exister au stade du premier jugement mais apparaître pendant l'exécution de la peine, sans compter que la constatation de la dangerosité dans de telles conditions, soit dans une prison, pose des difficultés pratiques. Le prononcé de l'internement est un renforcement dramatique de la sanction à l'égard d'un fait déjà jugé qui contredit le principe *ne bis in idem* sous l'angle de l'interdiction de la double poursuite¹⁶³. Ce principe sert à éviter qu'un individu subisse deux fois la pression résultant d'une procédure pénale. La procédure de changement de sanction prévue par le droit actuel suppose un réexamen complet et non une simple exécution d'une décision antérieure. Comme le même contexte de faits réprimés fait l'objet d'une seconde décision au fond, le principe *ne bis in idem* est sérieusement mis en doute. Le principe de la double punition pose également problème dans le cas d'un changement de sanction sans l'accord du condamné. L'on ne saurait en effet admettre que la peine privative de liberté et l'internement ne forment qu'une seule peine au sens de l'art. 7 CEDH. Deux peines sont prononcées pour le même contexte d'infractions sans possibilité d'imputation¹⁶⁴.

2.8) *Les dispositions transitoires*

L'art. 2 al. 1 CP a été modifié, en 2005, après son entrée en vigueur. Ainsi, non seulement les tribunaux doivent appliquer les art. 56 ss CP aux infractions commises et jugées avant l'entrée en vigueur du nouveau droit mais les

¹⁶¹ FF 1999 II 1906-1907.

¹⁶² FF 2005 4449-4450.

¹⁶³ STRATENWERTH (2006), p. 347.

¹⁶⁴ ROTH (2003), pp. 20-21.

autorités d'exécution doivent également appliquer le nouveau droit aux mesures prononcées sous l'ancien droit¹⁶⁵. Les dispositions en cause sont notamment celles sur l'exécution des mesures (art. 90), la libération conditionnelle (art. 62), la réintégration (art. 62a) et la libération définitive (art. 62b). Les nouveaux délais s'appliquent également dès l'entrée en vigueur du nouveau droit. Ainsi, les traitements pour alcooliques et toxicomanes ordonnés selon l'ancien droit ne doivent en principe pas dépasser trois ans (art. 60 al. 3) et les traitements pour malades mentaux cinq ans (art. 59 al. 4).

L'internement prévu à l'art. 64 CP qui remplace l'internement au sens des art. 42 et 43 ch. 1 al. 2 aCP vise avant tout à protéger la société contre les individus dangereux. Il n'est cependant plus nécessaire que l'état mental du délinquant exige un traitement. L'internement peut être ordonné en sus de la peine privative de liberté si le délinquant est responsable. Bien qu'il s'agisse d'une mesure nouvelle portant atteinte à la liberté du délinquant, il doit s'appliquer immédiatement pour des raisons de sécurité publique. L'intérêt de la société à se protéger contre des délinquants dangereux prime l'intérêt de l'individu. Les internements prévus aux art. 42 et 43 ch. 1 al. 2 aCP ne sont maintenus que si les conditions de l'art. 64 CP sont remplies. Mais il est possible d'ordonner une autre mesure si ses conditions sont remplies. Le tribunal doit examiner alors d'office et dans un délai de douze mois dès l'entrée en vigueur de la loi si les internements prononcés sous l'empire de l'ancien droit remplissent les conditions d'une mesure thérapeutique institutionnelle ou d'un internement. Si la personne a commis une infraction au sens de l'art. 64 al. 1 lit. a CP, le tribunal doit statuer sur la base du rapport d'un expert indépendant et après avoir entendu une commission composée de représentants des autorités de poursuites pénales, des autorités d'exécution et des milieux de la psychiatrie¹⁶⁶. L'art. 2 al. 1 viole le principe de la non-rétroactivité des art. 7 CEDH et 1 CP. Les faits doivent certes remplir les conditions de l'internement sous l'ancien droit, mais le nouvel internement qui est plus sévère ne devrait pas pouvoir être ordonné après coup¹⁶⁷.

3. Quelques problèmes posés par le nouveau droit

3.1) *Le traitement institutionnel des délinquants souffrant de troubles mentaux*

L'art. 59 al. 4 CP prévoit que, si les conditions d'une libération conditionnelle ne sont pas réunies après cinq ans et s'il est à prévoir que le maintien de la

¹⁶⁵ FF 2005 4451-4452.

¹⁶⁶ FF 1999 II 1994 ss.

¹⁶⁷ STRATENWERTH (2006), p. 347.

mesure détournera l'auteur de nouveaux crimes ou de nouveaux délits en relation avec son trouble mental, le juge peut, à la requête de l'autorité d'exécution, ordonner la prolongation de la mesure de cinq ans au plus à chaque fois. La prolongation de cette mesure est donc illimitée. Les mesures thérapeutiques institutionnelles peuvent également être ordonnées pour des délits de peu d'importance, comme un vol dans un magasin fait par des cleptomanes ou de la petite délinquance due à la passion du jeu, par exemple. Cela signifie donc que, même pour des délits mineurs, un auteur peut être privé de sa liberté et être hospitalisé dans un établissement psychiatrique ou un établissement d'exécution des mesures pendant des années. Ces aménagements thérapeutiques peuvent conduire à un véritable internement si la mesure est toujours reconduite, ce qui est inadéquat. D'ailleurs les hospitalisations administratives dans des hôpitaux psychiatriques, qu'elles soient volontaires ou involontaires, durent aujourd'hui rarement plus de quelques mois; ensuite, le patient est traité ambulatoirement ou est placé dans un foyer mais il ne se trouve plus dans une institution hospitalière¹⁶⁸. Dans l'ancien droit, les mesures de sûreté n'étaient pas non plus limitées dans le temps. Mais, comme le droit actuel limite le traitement institutionnel des alcooliques et des toxicomanes, il serait préférable qu'il le fasse également pour le traitement institutionnel des délinquants souffrant de troubles mentaux.

3.2) *Le traitement institutionnel des alcooliques et des toxicomanes*

Le juge peut ordonner un traitement institutionnel pour n'importe quelle addiction. Or, de nombreuses addictions qui découlent d'un trouble mental sont régies par l'art. 59 CP. L'on pense à la passion du jeu ou à la pyromanie, dépendances qui ne sont pas liées à une substance mais qui dénotent un trouble mental. En prévoyant que l'art. 60 CP peut également s'appliquer à l'égard d'auteurs qui souffrent d'une autre addiction, la nouvelle réglementation déplace le poids de l'art. 59 à l'art. 60. L'art. 60 s'applique donc à toutes les dépendances. Mais l'on peut douter que les conditions cadres qui ont été créées pour la dépendance à l'alcool, aux stupéfiants et aux médicaments soient également adéquates pour les autres formes d'addiction. La question se pose donc si les autres formes de dépendance ne devraient pas être réglées par l'art. 59 et si seules devraient être mentionnés à l'art. 60 celles qui sont liées à une substance et pour lesquels il existe des institutions spécialisées et des concepts de soins déterminés¹⁶⁹.

¹⁶⁸ BOCN 2001565-566.

¹⁶⁹ BOCN 2001569.

3.3) *L'internement*

L'ancien droit permettait l'internement des délinquants d'habitude et des délinquants anormaux. L'auteur qui ne remplissait aucune de ces conditions pouvait seulement être condamné à une peine privative de liberté de durée déterminée. Le législateur a estimé qu'une personne dangereuse devrait pouvoir être internée même si elle n'a aucun trouble psychiatrique. Il existe des auteurs qui ne sont pas malades psychiquement mais qui sont dangereux et représentent un risque pour la société. Il est en outre parfois difficile de déterminer à partir de quel stade une personne est malade psychiquement. En effet, la limite entre une personne psychiquement malade et en bonne santé n'est, dans la plupart des cas, pas claire et absolue et l'on ne peut souvent pas répondre par oui ou non à la question de savoir si une personne est curable. Ainsi, une grande nouveauté de l'internement consiste en son application également à des délinquants en bonne santé, qui ne sont atteints d'aucun trouble psychique. C'est pour cela que l'art. 64 al. 4 CP in fine prévoit une prise en charge psychiatrique seulement en cas de besoin. Mais pour ordonner un internement, le juge doit s'assurer qu'il existe un réel risque de récidive. Dans le cas contraire, il doit y renoncer. En élargissant l'application de l'art. 64 CP aux délinquants dangereux mais sains d'esprit, il faut trouver des critères permettant de mesurer la dangerosité de l'auteur de manière sûre. En outre, les délinquants en bonne santé n'ont pas besoin de soins¹⁷⁰. Ils sont donc condamnés à une peine privative de liberté de durée indéterminée. Face à de tels délinquants, qui doit faire l'expertise et poser le diagnostic de dangerosité? Cette tâche doit-elle être confiée à des médecins psychiatres si l'on se trouve en présence d'un délinquant qui n'est atteint d'aucun trouble psychiatrique?¹⁷¹

L'internement peut être ordonné dans deux cas: si, 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 et si, 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 CP semble vouée à l'échec. La première clause contient un listing de critères pouvant estimer le risque de rechute d'un délinquant. La loi prévoit, à côté de cette large clause «*un grave trouble mental chronique ou récurrent en relation avec l'infraction*». Il est impensable qu'une telle clause puisse conduire à un internement qui doit s'effectuer, aussi longtemps que la sécurité l'exige, dans un établissement fermé

¹⁷⁰ WEBER, p. 405.

¹⁷¹ WIPRÄCHTIGER (2001), p. 143.

d'exécution des mesures ou dans une section spéciale d'un établissement, seulement parce que certains psychiatres ont affirmé que l'on peut – théoriquement – traiter avec succès des délinquants qui ne souffrent d'aucun trouble psychiatrique. C'est ne pas considérer la réalité de l'exécution de la mesure lors de laquelle il est notoire qu'il manque des possibilités de soins, même à l'égard de délinquants atteints de graves troubles mentaux¹⁷².

D'un côté, l'internement ne peut être ordonné qu'à des conditions très strictes, bien plus strictes que le droit actuel, à savoir un grave trouble chronique et récurrent. D'un autre côté, il suffit que les caractéristiques de la personnalité de l'auteur, les circonstances dans lesquelles il a commis l'infraction et son vécu fassent craindre qu'il ne commette de nouvelles infractions. Il ne doit pas être récidiviste, une seule infraction suffit pour que l'internement soit prononcé. Il ne doit ainsi plus s'agir de délinquants anormaux, ni de délinquants d'habitude. En outre, ces circonstances et caractéristiques sont des notions imprécises qui doivent être interprétées par les tribunaux. L'internement équivaut en réalité à une peine de durée indéterminée. Il est exécuté dans une institution fermée, soit dans une prison, comme une peine privative de liberté. Il ne pèse pas moins lourd qu'une peine privative de liberté et pèse même plus lourd en raison de l'indétermination de sa durée pour l'individu¹⁷³.

La commission des affaires juridiques du Conseil national avait proposé que les délinquants dangereux et malades soient internés alors que les délinquants dangereux mais mentalement sains soient soumis à un traitement institutionnel au sens de l'art. 59 CP. Cette solution aurait été absurde : les délinquants dangereux mentalement anormaux auraient été internés alors que les délinquants dangereux «sains» auraient bénéficié du traitement réservé aux délinquants non dangereux souffrant d'affections mentales. La proposition a finalement été rejetée de justesse en plenum¹⁷⁴.

Comment savoir si une mesure thérapeutique institutionnelle au sens de l'art. 59 CP serait vouée à l'échec ? Il est très difficile de mesurer l'effet d'une mesure. En effet, comment être sûr qu'une personne n'est pas apte à être soignée si l'on n'a pas essayé ? Contrairement à l'art. 43 ch. 1 al. 2 aCP, l'internement doit aujourd'hui être exécuté directement à la fin de la peine privative de liberté et durer aussi longtemps que l'auteur est considéré comme dangereux. Un renversement s'est donc opéré dans le système de sanctions. L'ancien droit suivait un modèle dualiste représentatif : la mesure avait la priorité sur la peine. La mesure prévue par l'art. 42 aCP suivait un système représentatif

¹⁷² KUNZ / STRATENWERTH, pp. 5-6.

¹⁷³ STRATENWERTH (2006) p. 343.

¹⁷⁴ BOCN 2002, pp. 1182-1184.

pur puisque la peine n'était pas exécutée alors que les mesures prévues par les art. 43 et 44 aCP suivaient un système représentatif tempéré : la peine était seulement suspendue pendant la durée de l'exécution de la mesure. Dans le droit actuel, le rapport est inversé puisque la peine est exécutée avant l'internement mais les deux sanctions sont exécutées. Il est certes possible de remplacer l'internement par un traitement institutionnel (art. 59 CP) à la fin de la peine privative de liberté mais nullement de renoncer à toute mesure. Il s'agit d'un système dualiste cumulatif tempéré.

La question s'est posée de la compatibilité de la nouvelle disposition sur l'internement avec la Convention européenne des droits de l'homme. Tant la peine que la mesure sont en relation directe avec l'infraction commise. La peine et la mesure ont la même cause, ce qui rend le système compatible avec l'art. 5 CEDH. En outre, la peine et la mesure ayant toutes deux un caractère punitif, elles forment un tout, une seule peine au sens de l'art. 7 CEDH. Mais le problème qui se pose est que la peine et la mesure doivent toutes deux être exécutées. Il n'y a pas d'imputation possible puisque la mesure, exécutée en second lieu, est de durée indéterminée. On peut dès lors se poser la question de la compatibilité de cette nouvelle forme d'internement avec l'art. 5 CEDH, d'une part, et avec la règle *ne bis in idem* sous l'angle de la double punition, d'autre part.

En outre, il sied d'examiner si le lien entre la condamnation et l'exécution de l'internement est assez étroit pour que l'un soit la cause de l'autre. Un tel lien doit être nié quand une longue période s'est écoulée. Enfin, même si la procédure prévoit que l'internement n'est pas automatiquement exécuté mais que l'autorité doit examiner si une mesure thérapeutique institutionnelle peut entrer en ligne de compte, elle ne prévoit pas la possibilité de renoncer à toute mesure si la cause en a disparu et elle ne prévoit pas non plus l'examen de la dangerosité de l'auteur. L'examen prévu est donc pour le moins incomplet et guère compatible au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci exige, en effet, que l'autorité examine si la dangerosité de l'auteur et le risque qu'il ne commette de nouvelles infractions du même genre – cet examen devant se faire restrictivement – existent avant d'ordonner l'exécution de la mesure¹⁷⁵. Or, un tel examen n'est pas prévu par l'art. 64 : même si le pronostic est extrêmement favorable, la mesure doit être exécutée, au risque de péjorer l'état de l'auteur. Cette procédure n'apparaît guère compatible avec l'art. 5 CEDH¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Arrêts *Herczegfalvy c/ Autriche* du 24 septembre 1992 et *Stafford c/ Royaume-Uni* du 28 mai 2002.

¹⁷⁶ ROTH (2003), pp. 16-18.

3.4) *La commission d'experts amenée à se prononcer sur la libération conditionnelle de l'internement*

Le souci de sécurité qui entoure l'internement a également marqué les nouvelles dispositions sur la libération conditionnelle. Ainsi, l'art. 62d al. 2 CP dispose que, si l'auteur a commis une infraction prévue à l'art. 64 al. 1 CP, l'autorité compétente prend une décision au sujet de la libération sur la base d'une expertise indépendante, après avoir entendu une commission composée de représentants des autorités de poursuite pénale, des autorités d'exécution et des milieux de la psychiatrie. L'expert et les représentants des milieux de la psychiatrie ne doivent ni avoir traité l'auteur ni s'être occupés de lui d'une quelconque manière. L'art. 64b al. 2 CP dispose également que la décision sur la libération conditionnelle et sur la constatation que les conditions d'un traitement thérapeutique institutionnel sont réunies doit être prise sur la base d'une expertise indépendante, après avoir entendu une telle commission. Enfin, l'art. 75a CP dispose que, en vue de fixer un placement dans un établissement d'exécution des peines ouvert ou d'accorder des congés aux détenus qui ont commis un crime visé à l'art. 64 al. 1, la commission visée aux art. 62d al. 2 et 64b al. 2 CP apprécie le caractère dangereux pour la collectivité de ces détenus. Cette disposition a une portée très importante parce qu'elle démontre que la mise en œuvre de la commission dépasse le cercle des personnes internées. En outre, les décisions lors desquelles la commission doit être consultée touchent les éléments les plus essentiels de la condition du détenu. La commission doit donc se prononcer sur de très nombreuses décisions. La quantité de travail que cela implique permet de mettre en doute la qualité de son travail.

La commission d'experts doit se prononcer sur la dangerosité des individus. Mais il n'est pas possible d'établir la véracité des pronostics défavorables puisque les délinquants considérés comme dangereux ne sont pas libérés et ne peuvent démontrer qu'ils ne sont pas dangereux. L'on ne peut donc savoir si ces personnes étaient réellement dangereuses, ce qui comporte le risque que des personnes inoffensives restent enfermées. Depuis le 1^{er} janvier 2000, toutes les commissions d'experts du nord-ouest et du centre de la Suisse ont l'obligation d'utiliser comme instrument de travail une liste de critères. Or, comme beaucoup d'autres catalogues, il ne peut s'agir que d'une *checklist* et non d'un instrument efficace permettant d'établir des pronostics. Pour ces deux raisons encore, l'on peut douter de la fiabilité des pronostics établis par la commission.

Le jugement sur la dangerosité d'un auteur n'est rien d'autre qu'un pronostic: il y a lieu de craindre qu'il commette de nouvelles infractions. Mais il n'existe aucune méthode exacte ni même sûre et suffisante pour établir ce pronostic. Il n'est donc pas possible de déterminer avec précision quels sont

les effets de l'intervention d'une telle commission sur la sécurité publique. La personne qui se détermine sur la dangerosité joue donc un rôle essentiel voire même décisif, suivant qu'il le fasse d'après sa représentation personnelle de l'infraction et de la peine, d'après ses expériences ou en se basant sur sa propre pesée entre l'intérêt public et les droits de l'individu. L'on peut remarquer que la pratique de chaque commission ne peut être uniforme mais subit des variations suivant les courants qui l'influencent.

Cette situation pose d'autant plus de problèmes que les décisions de la commission d'experts en défaveur de l'intéressé représentent pratiquement un verdict inattaquable. Sauf dans le cas d'une procédure pénale pendant laquelle une expertise peut-être remise en cause par d'autres expertises, l'intéressé n'a presque aucune arme pour se défendre contre la décision d'une commission d'experts. Lorsqu'il est informé d'une décision de la commission il est difficile de requérir une contre-expertise. En effet, même si l'intéressé désigne un expert – qu'il doit financer lui même –, la prise de position de l'expert privé ne sera guère écoutée.

Pour éviter que l'analyse soit faite tous les deux ans de manière répétée et automatique, il faudrait s'assurer que cet examen soit fait par des experts et des méthodes différents. La qualité de l'expertise sur la dangerosité et l'activité de la commission d'experts doit être évaluée régulièrement par des experts qui ne se sont pas occupés du cas auparavant. Il faut autant que possible éviter que l'interné ne soit privé de liberté parce que les experts – pour une raison ou une autre – ont mal fait leur travail ou l'ont fait de manière imprécise¹⁷⁷. La question qui se pose également est celle de savoir quelle latitude de décision a l'autorité compétente, si elle ne partage pas le même avis que la commission. Est-elle une simple autorité d'exécution ou garde-t-elle un certain pouvoir décisionnel?¹⁷⁸

3.5) *Le changement de sanction*

Si avant ou pendant l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'un internement le condamné réunit les conditions d'une mesure thérapeutique institutionnelle, le juge qui a prononcé la peine ou ordonné l'internement peut ordonner cette mesure en suspendant le solde de l'exécution de la peine. Or, selon l'art. 62c al. 4 CP, si lors de la levée du traitement institutionnel ordonné en raison d'une infraction prévue à l'art. 64 al. 1 CP il est sérieusement à craindre que l'auteur ne commette d'autres infractions du même genre, le juge peut ordonner l'internement à la requête de l'autorité d'exécution. Il

¹⁷⁷ WEBER, p. 408.

¹⁷⁸ BOCE 1999 1106 et BOCN 2001, p. 591.

est donc possible de transformer une peine privative de liberté en un internement via un traitement institutionnel. C'est la suite de ce qui était prévu à l'art. 44 ch. 6 al. 2 CP mais il manque un élément important: l'accord du condamné. Cette absence de consentement peut poser problème au regard de *ne bis in idem*¹⁷⁹. L'on peut se poser la question de savoir si le simple réexamen du dossier initial de condamnation et le prononcé d'une nouvelle décision est constitutif de nouvelle poursuite au sens de *ne bis in idem*. Il sied également de préciser que cette procédure est bien différente de l'ancien droit, en cas de changement de mesure. S'il était possible de prononcer une nouvelle mesure d'hospitalisation ou d'internement après l'échec d'une première mesure, le juge ne procédait pas au réexamen de toute la procédure: il se limitait à examiner quelle était la sanction la plus adéquate sans en examiner ses conditions d'imposition. L'art. 62c al. 4 CP prévoit un réexamen complet et non plus une simple exécution d'une décision antérieure. Il prévoit une nouvelle décision au fond qui pose problème avec le principe *ne bis in idem* sous l'angle de l'interdiction de la double poursuite. En outre, il est difficile d'admettre que la peine et l'internement constituent la même peine sous l'angle de l'art. 7 CEDH. Enfin, ces deux peines s'additionnent sans possibilité d'imputation. S'il s'agit de deux peines différentes pour la même infraction, l'on se trouve en présence d'une violation du principe *ne bis in idem* sous l'angle de l'interdiction de la double punition¹⁸⁰.

3.6) *L'initiative populaire fédérale « Internement à vie pour les délinquants sexuels violents jugés très dangereux et non amendables »*

a) *L'historique*

En date du 8 février 2004, le peuple et les cantons ont accepté le nouvel art. 123a Cst sur l'internement à vie pour les délinquants sexuels violents jugés très dangereux et non amendables. Cette initiative introduit un internement applicable à certains délinquants dont la libération est soumise à des conditions très restrictives. Elle s'inscrit dans le contexte visant à éviter la récidive de certains délinquants lors des congés ou de leur libération conditionnelle. En effet, tout congé est exclu et une libération ne peut être envisagée que si de nouvelles connaissances scientifiques démontrent que le délinquant ne présente plus de danger. Les expertises doivent toujours être rendues par deux experts indépendants l'un de l'autre. Ces experts sont rendus responsables en cas de récidive après libération¹⁸¹.

¹⁷⁹ Pour plus de détails, voir pp. 56-57.

¹⁸⁰ ROTH (2003), pp. 18-20.

¹⁸¹ FF 2006 870.

Cette initiative porte une atteinte beaucoup trop importante à la liberté personnelle. En effet, il s'agit d'un internement à vie parce que les conditions posées pour la libération conditionnelle rendent cette libération illusoire. En outre, la procédure de libération conditionnelle en deux étapes est bien trop compliquée. Sa compatibilité avec la CEDH et avec le principe de la proportionnalité nécessite une interprétation si extensive du texte de l'initiative que l'on peut douter de sa conformité avec le droit international. Enfin, le texte de l'initiative ne précise pas quel type de responsabilité encourra l'autorité qui a prononcé la libération en cas de récidive. Une telle responsabilité existe déjà aujourd'hui mais, en le précisant expressément, cette initiative risque de rendre encore plus difficile la libération conditionnelle des auteurs.

Cet internement est hybride: il contient tant des éléments des peines que des mesures et élimine les limites de la peine. Le but de cette sanction hybride consiste dans la neutralisation d'une potentielle dangerosité à travers une longue privation de liberté. Cette neutralisation se réalise dans une peine de durée indéterminée, sans perspective de liberté. Cette privation de liberté sécuritaire de longue durée correspond à une demande de protection de la société. Dans un tel cas, le système de sanction qui était à l'origine dualiste devient un système moniste qui ne connaît que la peine, afin que la protection contre les délinquants dangereux soit contenue par une peine, même si elle est appelée mesure. La fausse appellation de mesure d'internement sert uniquement à ignorer la notion de degré de culpabilité. Cette fausse appellation est problématique face à la surestimation de la dangerosité. Ainsi, l'internement de sécurité n'est plus justifié par la nécessité d'un système dualiste, ce qui est problématique¹⁸².

Suite à l'entrée en vigueur de cette disposition constitutionnelle, le Conseil fédéral a proposé des dispositions d'exécution de cette norme destinées à compléter la nouvelle partie générale du code pénal. Le chef du Département fédéral de justice et police a ainsi institué le groupe de travail «internement», au début du mois de mai 2004, pour élaborer les dispositions modifiant le code pénal¹⁸³. Les propositions du groupe de travail ont été mises en consultation entre la mi-septembre et la fin décembre 2004 et ont fait l'objet d'avis partagés. Le Conseil fédéral a édicté un message en date du 23 novembre 2005 qui est toujours en discussion devant les chambres, en raison de son incompatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁸² KUNZ, pp. 236-239.

¹⁸³ FF 2006 874.

b) *L'expertise*

L'art. 123a Cst exige que toutes les expertises soient rendues par deux experts indépendants. Les dispositions d'application prévoient à l'art. 56 al. 4 bis et 64c al. 5 CP: « *Si l'internement à vie au sens de l'art. 64 al. 1 bis, est envisagé, le juge prend sa décision en se fondant sur les expertises réalisées par au moins deux experts indépendants l'un de l'autre et justifiant d'une certaine expérience en la matière, qui n'ont pas traité l'auteur ni ne s'en sont occupés d'une quelconque manière.* » Le juge qui a ordonné l'internement à vie peut prononcer la levée de l'internement ou la libération conditionnelle « *en se fondant sur les expertises réalisées par au moins deux experts indépendants l'un de l'autre et justifiant d'une certaine expérience en la matière, qui n'ont pas traité l'auteur ni ne s'en sont occupés d'une quelconque manière.* ». Les experts doivent rendre au moins deux expertises. En cas de divergence entre les experts, l'internement ne doit pas être prononcé. Mais le juge a toute la latitude de requérir une troisième expertise, puisque les art. 123 a al. 3 Cst et 56 al. 4 bis CP disposent que le juge se fonde sur les expertises réalisées par *au moins* deux experts indépendants.

Afin de ne pas limiter la possibilité de choix et la marge de manœuvre des tribunaux, le groupe de travail « internement » a décidé de ne pas préciser dans la loi les exigences professionnelles que doivent posséder les experts. Ne pas poser d'exigence de compétences élevées à l'égard d'experts qui ont le pouvoir de priver un individu à vie de sa liberté est surprenant. Les experts sollicités doivent être des spécialistes de la psychiatrie, de l'évaluation du pronostic judiciaire et du traitement des délinquants sexuels violents. Ils devraient disposer d'une longue expérience dans le domaine de la thérapie intensive visant à prévenir la récidive des délinquants sexuels et violents, avoir établi des pronostics ou des expertises à l'intention des autorités d'exécution, posséder de solides connaissances en matière d'exécution des peines et avoir déjà été mandatés comme experts pendant plusieurs années dans des cas complexes de criminalité sexuelle et violente, avoir déjà rendu une ou plusieurs expertises pénales sur laquelle les tribunaux se sont fondés pour prononcer un internement, offrir, grâce à la qualité de leur travail et à leur position professionnelle, la garantie de compétences professionnelles élevées et les aptitudes à assumer des responsabilités¹⁸⁴.

c) *Les conditions du prononcé de l'internement à vie*

L'art. 123a al. 1 Cst parle de *délinquant sexuel ou violent jugé extrêmement dangereux et non amendable*. Cette désignation comporte quatre notions juridiques plus ou moins indéterminées qu'il s'agit de préciser dans la loi d'application

¹⁸⁴ FF 2006 879-881.

par un nouvel al. 1 bis à l'art. 64 CP. La notion de délinquant sexuel ou violent a dû être concrétisée au moyen d'une liste d'infractions pouvant donner lieu à un internement. L'internement à vie peut ainsi être ordonné à l'égard d'un auteur qui a commis un assassinat, un meurtre, une lésion corporelle grave, un brigandage, un viol, une contrainte sexuelle, une séquestration ou un enlèvement, une prise d'otage ou qui s'est livré à la traite d'êtres humains, qui a commis un acte de génocide ou une infraction au droit des gens en cas de conflit armé et qui a voulu porter une atteinte particulièrement grave à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui. La qualification d'*extrêmement dangereux* n'apparaît pas telle quelle dans le texte proposé. Sont considérés comme tels les auteurs pour lesquels il est hautement probable qu'ils commettront d'autres crimes comme ceux énumérés dans la liste des infractions. Mais il est très difficile d'établir avec certitude que la commission d'un délit laisse présager la commission d'autres délits semblables de la part du délinquant¹⁸⁵.

La notion de *non amendable* a également suscité des controverses. La définition du groupe de travail, à savoir « *en raison des caractéristiques particulières de sa personnalité, l'auteur peut être qualifié de durablement non amendable, dans la mesure où la thérapie semble, à longue échéance, pratiquement vouée à l'échec* » n'a été approuvée que par peu d'intervenants. Plusieurs personnes ont reproché à cette formulation d'enfreindre des principes déontologiques de la psychiatrie, de ne pas être fondée d'un point de vue scientifique, d'être trop imprécise et de ne pas être exploitable dans la pratique. Une critique portait en particulier sur le fait de faire dépendre la curabilité uniquement des caractéristiques de la personnalité. Mais la principale objection visait le nouvel article constitutionnel directement. Elle portait sur le fait qu'il est impossible de se prononcer à long terme sur l'absence de perspectives d'amendabilité et l'efficacité de la thérapie. Le Conseil fédéral a ainsi proposé une définition qui s'inspire de la formulation de l'internement ordinaire (art. 64 al. 1 lit. b CP) et qui met l'accent sur le fait que seuls sont déterminants les critères structurels, étroitement et durablement liés à la personnalité de l'auteur, et non les critères qui peuvent varier, tels que le manque de motivation, le fait de ne pas reconnaître son acte, les symptômes influençables par des médicaments ou le fait qu'il n'existe pas d'institution adaptée au genre de traitement en question. La non-amendabilité doit être durable et pourrait même être qualifiée de chronique¹⁸⁶.

¹⁸⁵ KUNZ / STRATENWERTH, pp. 8-9.

¹⁸⁶ FF 2006 881-884.

d) *L'examen de l'internement à vie*

La notion «nouvelles connaissances scientifiques» est pour le moins vague et indéterminée. L'on peut penser à de nouvelles découvertes ou théories ou de nouvelles explications de certains phénomènes. Il s'agira en grande partie de nouveaux traitements permettant de guérir ces délinquants de leur dangerosité. Autant dire que ces nouvelles connaissances scientifiques risquent d'être plutôt rares.

Dans le but d'assurer une pratique uniforme, une commission fédérale spécialisée, instituée par le Conseil fédéral, sera chargée d'examiner, en vertu de l'art. 64c al. 1, s'il existe de nouvelles connaissances scientifiques permettant d'établir que le délinquant peut être amendé. L'autorité d'exécution cantonale chargée de traiter les demandes des internés invitera la commission, d'office ou sur demande des personnes concernées, à procéder à l'examen. Sur la base du rapport de la commission, l'autorité prendra la décision de proposer ou non un traitement à l'auteur. Celui-ci ne pourra pas être contraint de subir un traitement, de se soumettre à une opération ou de prendre un nouveau médicament. Mais c'est seulement s'il se soumet au traitement proposé qu'il sera possible d'évaluer si ledit traitement est susceptible de diminuer sa dangerosité de manière décisive. Si tel est le cas, le tribunal convertira l'internement à vie en un traitement institutionnel.

Les rôles sont clairement séparés entre celui des commissions cantonales d'exécution qui dirigent la procédure et celui de la commission fédérale spécialisée qui a une fonction consultative. La commission fédérale se prononcera sur l'amendabilité de l'auteur et l'autorité d'exécution se fondera sur celle-ci pour proposer un traitement qui permette d'escompter avec une probabilité suffisante que sa dangerosité disparaîtra. L'interné doit pouvoir attaquer les décisions des autorités d'exécution devant un tribunal qui se prononcera également sur la dangerosité et ordonnera le cas échéant sa libération. Mais les évaluations de la commission fédérale spécialisée et les expertises psychiatriques ne sont pas directement attaquables.

La commission se réunira environ deux fois par an pour évaluer les cas qui lui seront soumis par l'autorité d'exécution. Après l'examen du cas, la commission rendra des recommandations sur la question de savoir s'il existe des connaissances scientifiques nouvelles, fondées, convaincantes et documentées de manière empirique, permettant de prévoir que le traitement envisagé conduira à une réduction importante du risque de récidive. Cette procédure est beaucoup trop lourde et difficilement compatible avec le principe de la proportionnalité. En effet, une expertise devrait suffire pour estimer la dangerosité ou l'amendement d'un condamné¹⁸⁷. L'être humain peut changer et il

¹⁸⁷ FF 2001 3284.

faudrait pouvoir apprécier régulièrement ces modifications sans avoir besoin de se fonder sur de nouvelles connaissances scientifiques. Mais il n'est pas possible de modifier cette procédure sans porter atteinte à l'art. 123a al. 2 Cst qui a été acceptée par le peuple et les cantons et donc à la volonté populaire.

Cette notion de nouvelles connaissances scientifiques a donné lieu à de vives discussions. Elles peuvent porter sur toute forme de thérapie invasive ou non invasive. Tandis que certains, dont les auteurs de l'initiative, considèrent la notion de nouvelles connaissances scientifiques comme de nouvelles méthodes thérapeutiques, une partie du groupe de travail et plusieurs intervenants ont considéré que cette notion doit également inclure des changements subjectifs de la personne de l'auteur, afin que la conformité avec la CEDH soit assurée. Le Conseil fédéral partage cet avis. Il estime que sont de nouvelles connaissances scientifiques « *toutes celles acquises par le biais de procédés méthodiques qui concernent la nature dangereuse et (non) amendable du délinquant ayant amené à son internement* ». Cette interprétation de l'art. 123a Cst qui inclut une modification de la situation personnelle du délinquant ou d'autres circonstances extérieures peut ainsi être compatible avec la CEDH¹⁸⁸.

e) *La levée de l'internement à vie*

Le juge qui a prononcé l'internement est également compétent pour ordonner sa levée et remplacer cette mesure par une mesure thérapeutique institutionnelle ou une libération conditionnelle sans traitement préalable. Normalement la levée de la mesure d'internement doit être combinée avec un traitement thérapeutique institutionnel qui a lieu dans un établissement fermé. Mais le juge peut lever la mesure d'internement sans traitement préalable de l'auteur qui, pour cause de vieillesse ou de maladie grave, ne présente plus de danger pour la collectivité et peut donc être libéré conditionnellement. D'autres motifs doivent également être prévus pour assurer la compatibilité avec l'art. 5 al. 4 CEDH. C'est ainsi que l'art. 64c al. 4 prévoit la levée de la mesure d'internement à vie également « *pour une autre raison* ». L'autorité compétente peut, par exemple, demander au tribunal d'ordonner la libération conditionnelle si elle arrive à la conclusion, sur la base du rapport de la commission spécialisée que, même sans traitement préalable ou après le traitement « à l'essai », l'auteur ne présente plus de danger. Cette disposition est compatible avec l'art. 123a al. 2 Cst qui autorise l'examen de la libération dès que de nouvelles connaissances scientifiques laissent entrevoir des chances de guérison, même faibles, qui conduiraient à la disparition de la dangerosité de l'auteur. L'examen doit également être possible si les connaissances scientifiques permettent de penser que la dangerosité a disparu et qu'un traitement

¹⁸⁸ FF 2006 885-886.

est inutile. Le juge fonde toujours sa décision sur des expertises rendues par deux experts indépendants¹⁸⁹.

f) L'examen pendant l'exécution de la peine qui précède l'internement

La systématique de l'art. 64 al. 2 CP, selon laquelle la peine privative de liberté précède l'internement, doit également s'appliquer à l'internement à vie. La question se pose de savoir si les démarches sur l'examen de l'internement (art. 64c) doivent déjà être entreprises lors de l'exécution de la peine. Plusieurs motifs plaident en faveur de l'examen déjà pendant l'exécution de la peine : l'internement est une mesure préventive qui doit être levée si la dangerosité disparaît ; la procédure d'examen doit pouvoir commencer dès que les conditions en sont remplies et pas seulement quand l'individu a complètement exécuté sa peine ; même en cas d'examen de l'internement à vie, l'auteur exécute sa peine au moins jusqu'au moment où il peut bénéficier d'une libération conditionnelle. S'il n'est plus dangereux, l'individu doit être libéré aux deux tiers de sa peine. C'est pourquoi, l'examen qui consiste à déterminer si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'escompter la réussite d'un traitement et de pallier la dangerosité doit pouvoir avoir lieu déjà pendant l'exécution de la peine. Il en va de même d'un traitement à l'essai¹⁹⁰.

g) L'exclusion de congés et autres allègements dans l'exécution

Selon l'art. 123a al. 1 Cst, aucun congé ne peut être accordé à une personne internée à vie. Cette interdiction doit figurer explicitement dans le code pénal, à l'art. 90 al. 4 ter CP. Mais cette interdiction doit logiquement également s'appliquer à la peine privative de liberté qui précède l'internement à vie, ce qui est prévu à l'art. 84 al. 6 bis CP. Comme les allègements ne doivent pas être exclus de manière aussi absolue pendant l'internement que pendant la peine qui le précède, ces interdictions sont prévues dans deux dispositions différentes¹⁹¹.

h) La responsabilité pour des actes de récidive commis par des internés à vie

L'art. 123a al. 2 Cst prévoit que l'autorité qui a pris la décision de lever un internement à vie doit être rendue responsable en cas de récidive. Mais il ne précise pas quel type de responsabilité est visé. On peut imaginer que

¹⁸⁹ FF 2006 886-887.

¹⁹⁰ FF 2006 888.

¹⁹¹ FF 2006 888.

la volonté des auteurs de l'initiative était d'englober tous les types de responsabilité auxquels pourrait s'exposer l'autorité compétente. S'il s'agit d'une responsabilité pénale, une telle responsabilité existe déjà en droit actuel. En effet, les dispositions de la partie spéciale du code pénal, notamment celles concernant l'homicide par négligence, les lésions corporelles ou la mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui permettent de réprimer une autorité qui a rendu une décision irrégulière.

La notion de « responsabilité » ne peut qu'être comprise dans le sens d'une « prestation de dommages-intérêts pour les conséquences patrimoniales ». C'est toujours la collectivité publique qui répond de manière causale, soit indépendamment de toute faute et non l'autorité prise isolément qui ne dispose pas « de fonds propres ». Mais, le principe de la faute peut s'appliquer dans le cas d'une action récursoire contre une personne qui a fautivement violé ses obligations. Toutes les formes de responsabilité individuelle, qu'elle soit pénale, civile ou disciplinaire nécessitent un comportement blâmable, c'est-à-dire illicite et fautif.

La réglementation prévue à l'art. 380 bis al. 1 institue un régime de responsabilité plus élargie que celle qui figure dans la loi sur la responsabilité (LRCF) ainsi que les lois cantonales sur les responsabilités publiques à raison du comportement de leurs agents. Elle prévoit comme seule condition engageant la responsabilité la récidive d'une personne qui a fait un jour l'objet d'une mesure d'internement à vie, indépendamment du caractère fautif ou illicite de la décision de levée de l'internement et indépendamment du moment où l'auteur a récidivé. Ainsi, ni la LRCF ni les lois cantonales ne sont suffisantes pour se conformer à la notion de responsabilité prévue à l'art. 123a al. 2 2^e phr. Cst. La collectivité publique qui engage sa responsabilité est en principe le canton, parce que c'est le canton qui prend en général la décision de libérer une personne internée à vie. Il peut cependant s'agir exceptionnellement d'une autorité fédérale, par exemple, dans des cas graves de criminalité organisée, ou si, saisi d'un recours, le Tribunal fédéral ne renvoie pas à l'autorité cantonale mais lève directement la mesure.

La personne lésée peut s'en prendre directement à la collectivité publique concernée sans devoir rechercher les personnes qui avaient pris part à la décision. Elle n'a pas d'action directe concurrente contre les membres qui ont prononcé la décision. Cette responsabilité de la collectivité n'enlève pas la responsabilité directe du délinquant à l'égard de la victime. La responsabilité à charge de la collectivité publique est une responsabilité de droit public. Mais le dommage se détermine de la même manière qu'en droit privé, soit comme la diminution involontaire du patrimoine de la victime et également le tort moral au sens des art. 47 et 49 CO. L'indemnisation vaut ainsi pour tous les dommages réparables selon le droit privé même si c'est en premier lieu l'atteinte à l'intégrité corporelle, psychique ou sexuelle qui est en cause.

L'art. 380 bis al. 2 renvoie pour certaines questions aux dispositions du code des obligations sur les actes illicites (art. 41 ss) qui s'appliquent à titre de droit public supplétif. Il s'agit du recours de la collectivité publique contre l'auteur direct du dommage (art. 51 CO) et de la prescription (art. 60 al. 1 et 2 CO). La prescription est d'un an à compter du jour où la personne lésée a eu connaissance du dommage et de l'auteur de la récidive et de dix ans à compter de la survenance du crime qui a causé le dommage à la victime, à moins que ce crime ne soit soumis à un délai plus long. Si la décision de lever l'internement est prise par une autorité cantonale, l'art. 380 bis al. 3 laisse aux cantons le soin de régler les conditions et les modalités de l'action récursoire contre les membres de l'autorité.

En prévoyant expressément que l'autorité qui a prononcé la libération de l'auteur sera rendue responsable en cas de récidive, cette initiative rend encore plus difficile – pour autant que ce soit possible – la libération conditionnelle des auteurs. En effet, l'on imagine la pression que subira l'autorité compétente qui devra se déterminer sur la libération d'un délinquant. Dans le doute, elle ne prendra jamais le risque de libérer une personne. Or, le doute existe presque toujours parce qu'on ne peut jamais être absolument sûr que la personne ne récidivera pas. On en vient à poser la question suivante : vaut-il mieux qu'une personne soit privée de sa liberté alors qu'elle ne devrait plus l'être ou prendre un risque à l'égard de la sécurité publique ?

C. Le droit belge

1. La loi sur la défense sociale

En date du 14 février 1923, le gouvernement avait déposé devant la Chambre des représentants un projet de loi de « défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et de l'adolescence coupable ». Ce projet de loi avait en vue de combler des lacunes provenant du fait que le code pénal de 1867, basé exclusivement sur le principe de la responsabilité, ne défendait pas la société contre les aliénés¹⁹².

Le projet s'appliquait aux déments, aux insuffisants mentaux et aux déséquilibrés. L'art. 71 du code pénal qui concluait « qu'il n'y a pas d'infraction, lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment des faits » s'appliquait seulement à la démence complète. Si le juge constatait la démence du prévenu, il devait cesser les poursuites pénales et transmettre le dossier au ministère public qui décidait si le dément était colloqué, c'est-à-dire hospitalisé. Mais, même s'il était colloqué, le prévenu était assimilé aux aliénés non délinquants et était élargi dès que le médecin l'estimait guéri. Le ministère public n'avait que de maigres recours contre cet élargissement. D'autre part, la loi était muette à l'égard des déséquilibrés et des insuffisants mentaux. Le juge ne pouvait que leur appliquer les circonstances atténuantes déduites de leur responsabilité restreinte et leur infliger une peine moindre que celle qu'ils auraient encourue s'ils étaient sains d'esprit. Ces malades qui étaient dangereux en raison de leur maladie étaient rendus prématurément à la société sans être guéris.

La loi entra en vigueur le 9 avril 1930.

La loi du 9 avril 1930 a donné des résultats favorables dans l'ensemble mais a également suscité des critiques au fur et à mesure de son application. Dès 1935, le Ministre de la Justice chargea une commission de revoir les textes en vigueur. Un rapport qui concluait à des modifications importantes fut déposé en 1939. La deuxième section de la Commission pour l'étude de la révision du droit pénal et de la procédure pénale, dans son rapport de 1955, conclut que, si la loi du 9 avril 1930 appelait des modifications, ses principes pouvaient néanmoins être conservés moyennant quelques aménagements. En date du 19 février 1956, une Commission permanente de défense sociale fut créée pour élaborer un avant-projet de loi et donner son avis sur les questions touchant à cette législation.

¹⁹² Chambre des représentants, séance du 14 février 1923 (n° 151) pp. 965-969; séance du 4 août 1925 (n° 124), pp. 364-376.

Les réformes proposées par la Commission permanente venaient de quatre préoccupations fondamentales :

- améliorer les droits de la défense des internés en imposant l'intervention obligatoire d'un avocat et en permettant à l'inculpé de recourir à l'avis d'un médecin de son choix ;
- souligner le but curatif des mesures de défense sociale en prévoyant une tentative de cure libre, un régime de semi-liberté, l'organisation d'une tutelle médico-sociale et l'amélioration des commissions de défense sociale ;
- mieux garantir la protection de la société contre les actes de délinquants anormaux et dangereux en prévoyant la mise en observation à la requête du ministère public et le renforcement des conditions posées pour la mise en liberté ;
- régler la capacité civile des internés.

2. L'analyse de la loi du 1^{er} juillet 1964

2.1) *L'application de la loi*

Selon l'art. 71 du code pénal, il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. L'individu irresponsable sortait alors du champ pénal pour être traité par la loi de défense sociale à l'égard des anormaux, des délinquants d'habitude et des auteurs de certains délits sexuels. En effet, celle-ci s'appliquait à l'individu « en état de démence » ou « dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale » et qui, en raison de cet état était « incapable du contrôle de ses actions » (art. 1^{er}). Cet état devait exister au moment de la décision et non au moment des faits. Ainsi, une personne irresponsable au moment du passage à l'acte qui avait retrouvé toutes ses facultés par la suite ne pouvait pas se voir imposer une mesure de défense sociale alors qu'une personne qui avait commis une infraction avec conscience et volonté pouvait se voir appliquer une mesure de défense sociale si elle se trouvait dans un des états susmentionnés au moment de la prise de décision. Cela s'expliquait par le fait que l'individu devait présenter un danger social pour se voir appliquer une telle mesure¹⁹³.

2.2) *La mise en observation*

Si l'inculpé faisait l'objet d'un mandat d'arrêt, le juge d'instruction qui avait décerné un mandat d'arrêt ou une juridiction de jugement dans les cas où

¹⁹³ TULKENS / VAN DE KERCHOVE, pp. 366-367.

la loi prévoyait la détention préventive, pouvait, par ordonnance motivée, prononcer que l'exécution de ce mandat d'arrêt aurait lieu dans l'annexe psychiatrique d'un centre pénitentiaire (art. 1). La mise en observation pouvait être requise par l'inculpé ou son avocat et par le ministère public. L'inculpé et son avocat devaient être entendus (art. 2 al. 1). La mise en observation était prononcée pour une durée initiale d'un mois au plus (art. 6 al. 1). Mais elle pouvait être prolongée d'un mois au plus par la juridiction qui l'avait ordonnée ou qui avait confirmé la décision du juge d'instruction. Cette prolongation pouvait être renouvelée pour une période de six mois au plus (art. 6 al. 3). Le placement en observation prenait fin soit par l'écoulement de la durée d'un mois ou de six mois, soit par décision de la juridiction compétente à cet effet (art. 6 al. 5). Le ministère public et l'inculpé ou son avocat pouvaient appeler des décisions de la chambre du conseil et du tribunal correctionnel prononçant ou refusant la mise en observation (art. 4 al. 1).

2.3) *L'internement*

L'internement était ordonné si l'auteur avait commis un crime ou un délit et était dans un état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale le rendant incapable du contrôle de ses actions (art. 7 al. 1). Initialement d'une durée de cinq, dix ou quinze ans selon la nature de l'infraction, il était devenu de durée indéterminée par la révision de la loi, le 1^{er} juillet 1964. L'internement pouvait être prononcé par le juge du fond mais également par les juridictions d'instruction (art. 7 al. 1). L'audience était publique mais l'inculpé pouvait demander le huis clos. Lorsqu'il s'agissait d'un crime ou délit politique ou de presse, l'internement ne pouvait être ordonné qu'à l'unanimité de la cour et des jurés (art. 10 al. 3). Les juridictions saisies de l'action civile statuaient sur celle-ci en même tant que l'action publique. Le ministère public, l'inculpé ou son avocat pouvaient recourir devant la chambre des mises en accusation contre les décisions de la chambre du conseil et de la juridiction de jugement ordonnant ou refusant l'internement (art. 8 al. 1).

Il appartenait à la commission de défense sociale de désigner le lieu où l'internement devait être exécuté, parmi les lieux organisés par le gouvernement. Elle pouvait également, pour des raisons thérapeutiques et par décision spécialement motivée, ordonner le placement dans un établissement approprié aux soins et aux mesures de sécurité. Si l'inculpé se trouvait en observation quand l'internement était ordonné, il était maintenu à l'annexe psychiatrique où il se trouvait, en attendant la désignation d'un établissement par la commission de défense sociale. S'il était détenu dans un centre pénitentiaire, l'internement avait lieu provisoirement dans l'annexe psychiatrique de ce centre ou dans l'annexe désignée par la juridiction qui avait ordonné

l'internement (art. 14). La commission pouvait d'office ou à la demande du Ministre de la Justice, du Procureur du Roi, de l'interné ou de son avocat ordonner le transfèrement de l'interné dans un autre établissement. Une telle demande de l'interné ou de son avocat ne pouvait être présentée que chaque six mois. L'interné pouvait être soumis à un régime de semi-liberté dont les modalités étaient fixées par le Ministre de la justice (art. 15).

Avant de statuer sur le lieu de l'internement, la commission pouvait demander l'avis d'un médecin de son choix. L'interné pouvait également produire l'avis d'un médecin de son choix qui pouvait prendre connaissance du dossier. Le rapport médical de la commission était confidentiel et n'était pas transmis à l'interné. Tant le procureur du Roi de l'arrondissement, le directeur ou le médecin de l'établissement où l'interné était placé, l'interné que son avocat étaient entendus. Les débats avaient lieu à huis-clos et l'interné était représenté par son avocat si des questions médico-psychiatriques concernant son état lui étaient préjudiciables. En cas d'urgence, le président de la commission et le Ministère public pouvaient ordonner à titre provisoire le transfèrement dans un autre établissement. Leur décision était soumise à la commission qui statuait à sa plus prochaine séance (art. 17).

Si un condamné se révélait, pendant l'exécution de sa peine, *dans un état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale le rendant incapable du contrôle de ses actions*, il convenait de lui substituer une sanction sociale à sa sanction pénale. C'est au Ministre de la justice, autorité compétente pour se prononcer sur l'exécution des peines, qu'il appartenait de soumettre le condamné au régime de l'internement. Trois conditions devaient être remplies pour que l'art. 21 soit applicable. Il fallait que le condamné ait commis un crime ou un délit et qu'il soit sanctionné par une peine correctionnelle ou criminelle même inférieure à trois mois. Il fallait que l'anormalité du condamné se manifeste au cours de sa détention. Si elle apparaissait pendant le sursis, une libération conditionnelle ou provisoire ou encore entre la condamnation et l'écrou, l'art. 21 ne pouvait pas s'appliquer. L'internement devait être proposé par le Ministre de la Justice, éventuellement à l'initiative du condamné, de son avocat ou d'un médecin. La proposition du Ministre de la justice devait être soumise à la commission de défense sociale compétente. Si celle-ci n'était pas d'accord, le condamné restait en prison. Avant de rendre son avis, la commission de défense sociale pouvait soumettre le condamné à un examen dans une annexe psychiatrique. La désignation de l'établissement se faisait au terme d'un débat contradictoire. Une commission de défense sociale pouvait également ordonner le transfert d'un condamné interné (art. 15) et le président de la commission pouvait prendre seul cette décision en cas d'urgence (art. 17). La loi n'exigeait donc plus que cette mesure soit ordonnée par un juge, même si elle pouvait durer au-delà de la peine privative de liberté. Une commission de défense sociale pouvait aussi admettre la

semi-liberté des condamnés et leur accorder des congés. L'administration devait alors veiller à ce que le condamné puisse bénéficier du même régime lors de son retour en milieu carcéral. Si, avant la fin de la durée de la peine, l'état du condamné s'était suffisamment amélioré pour ne plus avoir besoin de la mesure d'internement, la commission le constatait et le Ministre de la justice ordonnait le retour du condamné au centre pénitentiaire où il se trouvait auparavant (art. 21 al. 3)¹⁹⁴. Pour la décision d'une éventuelle libération conditionnelle, le temps de l'internement était assimilé à la détention.

Concernant les droits du condamné pendant son internement, il fallait faire une distinction suivant qu'il entende les exercer avant ou après l'expiration de la durée de la peine. Dans le premier cas, l'avis d'une commission de défense sociale relatif à l'amélioration insuffisante de son état mental pour que la mesure soit levée n'était pas susceptible d'un pourvoi en cassation. Il en allait de même concernant l'avis qui ordonnait le maintien de l'internement du condamné et celui qui désignait l'établissement où il était interné. L'interné n'avait pas le droit d'exiger qu'une commission de défense sociale examine régulièrement si l'internement était justifié. Dans le second cas, le condamné bénéficiait des droits accordés par les art. 18 à 20 aux internés ordinaires. Il pouvait solliciter tous les six mois sa mise en liberté. Le ministère public pouvait également user de son droit d'appel contre les décisions de mise en liberté ou provoquer sa réintégration¹⁹⁵.

Les commissions de défense sociale pouvaient soit désigner elles-mêmes un administrateur provisoire pour administrer les biens des internés, soit attribuer cette mission au juge de paix du canton du domicile de l'interné¹⁹⁶.

2.4) *La libération à l'essai*

L'interné devait être assisté d'un avocat pour faire une demande de mise en liberté. S'il n'en avait pas, le président lui en désignait un d'office (art. 28 al. 1 et 2) Il appartenait à la commission de décider de la mise en liberté définitive ou à l'essai de l'interné si l'état mental de celui-ci s'était suffisamment amélioré et que les conditions de sa réadaptation sociale étaient réunies (art. 18 al. 2). A cet égard, elle devait se tenir régulièrement informée de l'état de l'interné (art. 18 al. 1). L'interné et son avocat pouvaient formuler une demande de libération à l'essai tous les six mois. En cas d'urgence, le président de la commission pouvait ordonner, à titre provisoire, la mise en liberté de l'interné. Il en informait immédiatement le procureur du Roi et sa décision

¹⁹⁴ VANDEMEULEBROEKE, pp. 217-220.

¹⁹⁵ VANDEMEULEBROEKE, pp. 220-221.

¹⁹⁶ VANDEMEULEBROEKE, pp. 225-226.

était soumise à la commission qui statuait lors de sa plus prochaine séance. Avant de prendre sa décision, la commission pouvait demander l'avis d'un médecin de son choix. L'interné pouvait également se faire examiner par un médecin de son choix et produire le rapport établi par celui-ci (art. 16 al. 1 et 2). La décision de mise en liberté devenait exécutoire le surlendemain de son prononcé, mais l'interné pouvait être libéré immédiatement avec l'accord du procureur du Roi de l'arrondissement (art. 19 al. 1). Le procureur du Roi pouvait faire opposition dans ce délai de deux jours ; cette opposition avait effet suspensif et était tranchée dans le mois par la commission supérieure de défense sociale, après avoir entendu l'interné et son avocat (art. 19 al. 3 et 4).

En cas de rejet de la demande de mise en liberté, l'interné en était informé par le directeur de l'établissement au plus tard le surlendemain de son prononcé (art. 19 bis al. 1). L'avocat de l'interné pouvait faire appel contre cette décision auprès de la commission supérieure de défense sociale dans un délai de quinze jours dès sa notification (art. 19 bis al. 2), puis il pouvait se pourvoir en cassation contre la décision de la commission supérieure de défense sociale confirmant la décision de rejet de la demande de mise en liberté de l'interné ou déclarant fondée l'opposition du procureur du Roi contre la décision de mise en liberté de l'interné (art. 19 ter).

Si la mise en liberté était ordonnée à l'essai, l'interné était soumis à une tutelle médico-sociale (art. 20 al. 1)¹⁹⁷. Si l'individu avait été interné en raison d'un viol ou d'un attentat à la pudeur (art. 372-377 du code pénal), la tutelle médico-sociale impliquait une guidance ou un traitement dans un service spécialisé pour délinquants sexuels (art. 20 al. 2). La personne responsable du traitement ou de la guidance devait présenter un rapport dans le mois qui suivait la libération à l'essai et chaque fois qu'elle l'estimait utile ou à la demande de la commission mais au moins tous les six mois. Ce rapport portait sur les présences effectives de l'intéressé aux consultations proposées, les absences injustifiées, la cessation unilatérale de la guidance ou du traitement par la personne concernée, les difficultés survenues et les situations comportant un risque sérieux pour les tiers. En outre, la commission devait être informée de la cessation de la guidance ou du traitement. L'avis motivé d'un tel service était également requis avant toute décision prononçant la mise en liberté provisoire ou définitive d'un délinquant qui avait commis une infraction aux art. 379 à 381 et 383 à 387 du code pénal (art. 20 bis al. 1). Si elle prononçait une libération à l'essai à l'égard de ce type de délinquants, la commission pouvait également prononcer, pour la période d'épreuve, l'interdiction de participer à quelque titre que ce soit à un enseignement donné dans un établissement public ou privé qui accueillait des mineurs ;

¹⁹⁷ VANDEMEULEBROEKE, pp. 203-204.

faire partie, comme membre bénévole, membre du personnel statuaire ou contractuel ou comme membre des organes d'administration et de gestion, de toute personne morale ou association de fait dont l'activité concernait à titre principal les mineurs ; être affecté à une activité qui plaçait l'intéressé en relation de confiance ou d'autorité vis-vis de mineurs, comme membre bénévole, membre du personnel statutaire ou contractuel ou comme membre des organes d'administration et de gestion, de toute personne morale ou association de fait (art. 20 bis al. 2).

Dans le cadre de la tutelle, un agent du Service des maisons de Justice du Ministère de la Justice était responsable de l'assistance et de la surveillance du libéré en fonction des conditions imposées. Il devait faire un rapport à la commission sur l'état du libéré, dans le mois qui suivait la libération et ensuite chaque fois qu'il l'estimait utile ou que la commission le lui demandait et au moins tous les six mois. Il proposait, cas échéant, les mesures nécessaires (art. 20 al. 8).

Si le libéré présentait un danger social, le procureur du Roi ou de l'arrondissement où il se trouvait pouvait ordonner sa réintégration dans une annexe psychiatrique (art. 20 al. 5 à 7). La réintégration était soumise au contrôle de la commission de défense sociale qui avait ordonné la mise en liberté à l'essai. Elle réexaminait son cas et pouvait ordonner, sur-le-champ, une mise en liberté provisoire ou définitive ou prononcer la réintégration. L'interné pouvait également solliciter sa mise en liberté tous les six mois. La réintégration ne pouvait avoir lieu que dans une annexe psychiatrique et non dans un établissement de défense sociale, parce que l'état mental de l'interné pouvait s'être modifié de telle sorte qu'il faille recourir à de nouveaux examens psychiatriques¹⁹⁸.

Le procureur du Roi qui avait requis la réintégration d'un interné, suite à la commission d'une infraction, pouvait également ordonner l'arrestation de l'interné qui avait commis une nouvelle infraction et engager des poursuites pénales. La réintégration était plus justifiée que la détention préventive si la nouvelle infraction était de la même nature que celle qui avait conduit à l'internement, si elle avait été commise peu de temps après la libération à l'essai et si elle était reconnue par l'interné. En revanche, si les faits étaient contestés ou si ceux-ci avaient été commis dans des circonstances qui en aggravait le caractère, la réintégration était provisoirement exclue. L'interné qui avait commis une infraction différente de celle qui avait donné lieu à un internement devait être soumis à une nouvelle expertise et il fallait renoncer à une réintégration immédiate. Il était ainsi théoriquement possible que le procureur du Roi prononce à la fois la réintégration d'un interné et une nou-

¹⁹⁸ VANDEMEULEBROEKE, pp. 210-215.

velle condamnation, lorsque celui-ci avait commis une nouvelle infraction qui était l'indice d'un désordre mental. Mais une telle procédure devait rester exceptionnelle aussi bien dans l'intérêt de l'interné, pour éviter qu'il soit partagé entre deux procédures différentes, que dans l'intérêt de la justice qui devait éviter des décisions contradictoires et des concours de compétence. Mais si l'interné était réintégré après avoir commis une nouvelle infraction et qu'il fût ensuite condamné à une peine d'emprisonnement, le procureur du Roi pouvait remédier à cette situation, en requérant sa mise en liberté définitive devant la commission de défense sociale compétente, selon l'art. 18 al. 2. Il était en effet difficilement concevable que le même individu soit considéré à la fois comme un normal et un anormal¹⁹⁹.

2.5) *La libération définitive*

La libération définitive, prévue à l'art. 18 al. 2 de la loi, n'était pas subordonnée à une mise en liberté à l'essai préalable. Il existait une modalité, la mise en liberté provisoire, qui, en cas d'urgence, pouvait être décidée seule par les présidents des commissions de défense sociale. La commission pouvait, soit d'office, soit à la demande du procureur du Roi, de l'interné ou de son avocat, ordonner la mise en liberté définitive de l'interné, lorsque l'état mental de celui-ci s'était suffisamment amélioré et que les conditions de sa réadaptation sociale étaient réunies²⁰⁰.

2.6) *La mise à disposition du gouvernement*

Les récidivistes qui, après avoir été déjà condamnés à une peine criminelle, étaient condamnés pour avoir commis un crime emportant la réclusion de dix à quinze ans étaient mis à la disposition du gouvernement pendant vingt ans après l'expiration de leur peine (art. 54 CP et 22 loi sur la défense sociale). Ceux qui, après avoir été déjà condamnés à une peine criminelle, étaient condamnés pour avoir commis un délit pouvaient être mis, par jugement ou arrêt prononçant leur condamnation, à la disposition du gouvernement pendant dix ans après l'expiration de leur peine si celle-ci était d'un an de prison au moins et pour une durée de cinq à dix ans après l'expiration de leur peine si celle-ci était inférieure à un an de prison (art. 23). La même mesure pouvait être ordonnée à l'égard d'un délinquant d'habitude qui avait commis un crime, après avoir commis au moins trois délits sur une période de quinze ans qui avait entraîné chacun un emprisonnement correctionnel d'un moins

¹⁹⁹ VANDEMEULEBROEKE, pp. 212-213.

²⁰⁰ VANDEMEULEBROEKE, pp. 215-216.

six mois et qui apparaissait comme présentant une tendance persistante à la délinquance (art. 23 al. 2). Cette mesure ne s'appliquait pas en cas d'infraction politique (art. 23 al. 3).

Le délinquant condamné pour viol ou attentat à la pudeur pouvait par jugement ou arrêt de condamnation être mis à la disposition du gouvernement pendant dix ans au plus à l'expiration de sa peine si celle-ci était supérieure à un an sans sursis (art. 23 bis). Cette mesure s'appliquait aux auteurs coupables de viol ou d'attentat à la pudeur parce qu'ils étaient le plus exposés à la rechute dans la délinquance²⁰¹. Si le nouveau délit avait été commis avant l'expiration de cinq ans depuis que le condamné avait subi ou prescrit sa peine, la mise à disposition du gouvernement était d'une période de vingt ans au plus (art. 23 bis al. 2). Le Ministre de la Justice qui avait la surveillance des condamnés mis à la disposition du gouvernement pouvait prendre la décision de les interner ou de les laisser en liberté à l'expiration de leur peine, aux conditions qu'il déterminait (art. 25 al. 1). Si le délinquant s'était rendu coupable d'un viol, d'un attentat à la pudeur, de corruption de la jeunesse, de prostitution ou d'outrages publics aux bonnes mœurs et si ces actes avaient été commis sur des mineurs ou avec leur participation, le ministre devait obtenir l'avis d'un service spécialisé dans la guidance ou le traitement de délinquants sexuels, avant de le remettre en liberté. Ce service devait adresser un rapport de suivi au Ministre, dans le mois qui suivait le début de la guidance ou du traitement et chaque fois qu'il l'estimait utile ou à la demande du Ministre mais au moins tous les six mois (art. 25).

Le Ministre de la Justice pouvait ordonner l'internement d'une personne mise à la disposition du gouvernement lorsque, à l'expiration d'une peine privative de liberté, sa réintégration dans la société s'avérait impossible ; lorsque son comportement en liberté révélait un danger pour la société (art. 25 bis al. 1). Le condamné pouvait se pourvoir contre cette décision qui était immédiatement exécutoire, dans les quinze jours dès la notification de la décision (art. 25 ter al. 1). La Chambre du conseil qui statuait sur le pourvoi vérifiait seulement si la décision était conforme à la loi et ne se prononçait pas sur son opportunité (art. 25 ter al. 7). Cette décision pouvait faire l'objet d'un appel auprès de la Chambre des mises en accusation dans un délai de vingt-quatre heures dès la prise de décision pour le ministère public et dès sa signification pour le condamné (art. 26 bis al. 1 et 2). Le condamné restait interné jusqu'au prononcé de la décision sur appel si celui-ci intervenait dans les quinze jours depuis la déclaration d'appel. Il était mis en liberté si la décision n'était pas rendue dans ce délai (art. 26 bis al. 8). Après une année d'internement, le condamné pouvait adresser une demande de mise en liberté au Ministre de

²⁰¹ Avant-projet de loi relative à l'internement des délinquants atteints d'un trouble mental, décembre 2001, p. 121.

la Justice (art. 25 quater al. 1). Cette demande pouvait être renouvelée d'année en année (art. 25 quater al. 2). Si la décision était négative, le condamné pouvait se pourvoir selon la même procédure que le pourvoi contre la décision d'internement (art. 25 quater al. 5).

Les condamnés mis à la disposition du Gouvernement en vertu des art. 22, 23 et 23 bis pouvaient requérir la levée des effets de cette décision auprès du procureur du Roi près le Tribunal de première instance qui avait prononcé la mise à disposition du gouvernement ou qui avait statué en première instance si la mise à disposition du gouvernement avait été prononcée par la Cour d'appel. Le procureur du Roi adressait le dossier accompagné de ses réquisitions à la Chambre du conseil qui entendait l'intéressé assisté de son avocat et prenait une décision motivée (art. 26 al. 1). La requête pouvait être faite trois ans après l'expiration de la peine et être renouvelée de trois ans en trois ans, si la mise à disposition du gouvernement ne dépassait pas dix ans. Si la durée était supérieure, la demande pouvait être faite cinq ans après l'expiration de la peine et être renouvelée de cinq ans en cinq ans (art. 26 al. 2). La décision de la Chambre du conseil pouvait faire l'objet d'un appel auprès de la Chambre des mises en accusation dans un délai de vingt-quatre heures dès la prise de décision pour le Ministère public et dès sa signification pour le condamné (art. 26 bis al. 1 et 2). Le condamné restait interné jusqu'au prononcé de la décision sur appel, si celui-ci intervenait dans les quinze jours depuis la déclaration d'appel. Il était mis en liberté si la décision n'était pas rendue dans ce délai (art. 26 bis al. 8).

3. Les propositions de loi relatives à l'internement des délinquants atteints d'un trouble mental

En date du 23 septembre 1996, Monsieur Stefaan De Clerck, alors Ministre de la justice, a procédé à la création d'une commission «internement» chargée d'améliorer la loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude du 1^{er} juillet 1964. Monsieur Oscar Vandemeulebroeke, avocat général émérite et vice-président de la Commission «internement», fut chargé de rédiger un projet de loi relatif à l'internement des délinquants atteints d'un trouble mental, qui visait à améliorer et compléter les dispositions de la loi du 1^{er} juillet 1964²⁰². En date du 7 avril 2003, deux projets de loi ont été déposés : un projet de loi relatif à l'internement des délinquants atteints d'un trouble mental et un projet de loi modifiant les lois relatives à la libération conditionnelle et modifiant la loi du 26 juin 1990 relative à la protection des malades mentaux. Ces projets de loi furent rendus caducs. En date du 11 mars

²⁰² THYS, p. 151.

2004 et 21 octobre 2004, deux propositions de loi furent déposées qui furent également rendues caduques.

En date du 10 janvier 2007, un nouveau projet de loi relatif à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental a été déposé qui a été adopté le 1^{er} mars par la chambre des représentants et le 29 mars par le Sénat. Ce projet prend en considération de nombreuses suggestions faites par la Commission internement et s'inscrit dans la continuité des deux lois de 1930 et 1964. Les objectifs visés sont la protection de la société tout en assurant un soutien thérapeutique adapté aux auteurs de crimes ou délits qui souffrent d'un trouble mental ayant gravement altéré leur capacité de discernement et qui représentent un danger pour la société. Le gouvernement a en outre choisi de confier le suivi des internés aux tribunaux d'application des peines (ci-après TAP) et non plus aux commissions de défense sociale. Un seul tribunal est désormais compétent pour l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures de sécurité²⁰³.

Un projet de loi sur la mise à disposition du tribunal d'application des peines, déposé le 14 février 2007, a également été adopté en date du 12 avril 2007. La mise à disposition du gouvernement était régie par le chapitre 7 de la loi sur la défense sociale. Or, le statut des délinquants souffrant de troubles mentaux ne peut être confondu avec celui des délinquants récidivistes et des délinquants d'habitude qui font l'objet d'une condamnation «classique». Si les deux catégories sont considérées comme des personnes présentant un danger pour la sécurité publique, les internés qui souffrent de troubles mentaux doivent bénéficier de soins appropriés, afin de pouvoir réintégrer la société progressivement et dans de bonnes conditions. Les récidivistes et les délinquants qui ont commis des infractions particulièrement odieuses doivent être maintenus en prison, en vue d'éviter qu'ils ne commettent de nouvelles infractions. La mise à la disposition du TAP constitue ainsi une peine complémentaire à l'égard des délinquants qui constituent une menace durable et importante à l'égard de la société. Il était ainsi cohérent, dans une réforme de la loi sur la défense sociale de proposer un projet de mise à disposition du TAP.

3.1) *Les buts de la loi*

L'art. 2 du projet indique les buts de la loi : introduire une mesure de sûreté et non une peine, protéger la société, soigner l'interné et permettre sa réinsertion dans la société²⁰⁴.

²⁰³ Chambre des représentants, doc. n° 51 2841/004, pp. 4-5.

²⁰⁴ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, p. 18.

3.2) *La victime*

L'art. 3 donne une définition d'un certain nombre de notions fréquemment utilisées dont la victime. La définition de la victime est presque identique à l'art. 3, § 6 de la loi du 17 mai 2006 relatif au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine. Mais elle ajoute une nouvelle catégorie de victime: celle d'un auteur qui a été interné par les juridictions d'instruction. Dans les cas où un internement est prononcé non pas par une juridiction de fond mais par la chambre du Conseil, les victimes disposent de peu de temps pour se constituer partie civile. La loi leur offre désormais la possibilité de se faire reconnaître comme victime par le TAP²⁰⁵.

3.3) *L'expertise psychiatrique*

L'expertise doit être psychiatrique, donc réalisée au moins par un psychiatre, mais elle peut être pluridisciplinaire. La Commission Internement a recommandé trois formes d'expertise: l'expertise psychiatrique, l'expertise psychiatrique pluridisciplinaire de personnalité et la mise en observation. L'expertise psychiatrique effectuée par un seul psychiatre est indiquée dans le cas de troubles psychiatriques manifestes et importants. En revanche, il est préférable de recourir à une expertise pluridisciplinaire, lorsqu'une analyse plus approfondie de la personnalité de l'inculpé est nécessaire. La désignation comme expert d'un psychiatre, d'un criminologue et d'un spécialiste des sciences sociales et criminologiques permet une approche médicale, psychologique et sociale. Les délinquants malades mentaux cumulent plus volontiers que les malades non-délinquants des problèmes sociaux liés à leur maladie mentale, ce qui justifie une prise en charge pluridisciplinaire. La mise en observation est réservée à un nombre limité de cas qui nécessitent un examen intensif dans un lieu résidentiel fermé.

L'expertise doit indiquer si le délinquant était, au moment des faits, atteint d'un trouble mental qui a aboli ou gravement altéré sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes. L'expression «trouble mental» est un terme générique, internationalement admis. Il n'est en effet pas indiqué de recourir à des termes de diagnostic précis, étant donné que ceux-ci peuvent changer en fonction de l'évolution de la science médicale. Tant l'aspect cognitif que l'aspect volitif sont visés. L'expertise doit posséder un contenu minimal à travers quatre questions de base auxquelles l'expert doit répondre. Ainsi, l'expert doit renseigner le juge sur le moment où le trouble mental s'est

²⁰⁵ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 18-19.

manifesté et quelles en sont les caractéristiques, le lien causal entre le trouble mental et les faits commis, la question de savoir si ce trouble mental risque de lui faire commettre de nouvelles infractions et le traitement ou les mesures d'accompagnement indiqués²⁰⁶.

L'art. 6 tend à mettre la mise en observation sur le même pied que les autres expertises, qu'elles soient psychiatriques, balistiques, comptables ou autres. Cela entraîne plusieurs conséquences: la mise en observation n'est plus qu'une expertise psychiatrique qui tend à réunir les conditions matérielles les plus favorables à l'examen mental auquel l'inculpé est soumis; la mise en observation étant une expertise, elle n'est plus susceptible de recours sauf si elle est ordonnée par une juridiction de fond et qu'elle est ainsi considérée comme un jugement d'avant dire droit; le juge d'instruction peut l'ordonner aussi longtemps qu'il est saisi de la cause, alors qu'auparavant il devait demander l'autorisation de la chambre du conseil lorsqu'il n'avait pas prévu cette mesure au moment du prononcé du mandat d'arrêt; la mise en observation n'étant plus une modalité du mandat d'arrêt, elle ne doit plus être confirmée avec le mandat d'arrêt, mais elle prend fin si le mandat d'arrêt est levé et peut continuer, cas échéant, sous forme de traitement ambulatoire. Sa durée maximale est de quatre mois mais cette durée peut être réduite si la mise en observation ne se justifie plus. La fin de cette mesure ne doit pas coïncider avec le dépôt du rapport d'expertise. Le placement en observation ne dispense pas la Chambre du conseil de confirmer mensuellement le mandat d'arrêt de l'inculpé, même si cela interrompt et perturbe l'expertise en cours, durant le transport et la comparution de l'intéressé devant la Chambre du conseil ou la Chambre des mises en accusation.

A la fin de la mise en observation, le délinquant est réintégré dans le centre pénitentiaire désigné par le fonctionnaire de placement et reste en détention préventive, à moins que son internement ne soit immédiatement ordonné²⁰⁷. Toute personne faisant l'objet d'une expertise psychiatrique avec ou sans mise en observation peut transmettre aux experts l'avis des médecins de son choix, avis sur lesquels les experts doivent se prononcer avant de conclure. Ce médecin doit avoir connaissance de l'expertise et doit donc être informé de sa teneur exacte²⁰⁸.

3.4) *La décision d'internement*

La loi actuelle n'impose pas une expertise psychiatrique préalablement à un internement. Il s'agit là d'une lacune parce que le juge qui prend une telle

²⁰⁶ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 11-15.

²⁰⁷ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 22-23.

²⁰⁸ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 23-24.

décision est confronté à une lourde responsabilité, puisqu'elle entraîne une privation de liberté de durée indéterminée. Cette lacune doit être comblée dans l'intérêt tant du prévenu que de la société. C'est ce que fait l'art. 8 § 2 du projet qui prévoit que le juge doit disposer d'un rapport psychiatrique avant d'ordonner un internement.

L'internement peut être prononcé par une juridiction de fond ou une juridiction d'instruction. Pour qu'un internement soit prononcé, il doit exister un danger que le délinquant commette de nouveaux faits délictueux. En outre, un internement ne peut être prononcé qu'à l'égard d'une personne qui a commis un fait qualifié de crime ou délit punissable d'une peine d'emprisonnement. L'interné peut faire l'objet d'une incarcération immédiate qui fait l'objet d'un débat spécifique et dont la décision n'est susceptible ni d'un appel ni d'une opposition (art. 9)²⁰⁹. L'internement peut être ordonné par la chambre du conseil qui siège comme juridiction du fond sur l'internement d'un inculpé. Le droit exceptionnel accordé à la chambre du conseil et à la chambre des mises en accusation de prononcer un internement vise à simplifier la procédure lorsque l'internement s'adresse à des délinquants dont la maladie mentale ne fait aucun doute²¹⁰. Dans un tel cas, les délais de comparution sont de quinze jours si l'inculpé n'est pas détenu et de trois jours s'il est détenu. L'audience est publique comme devant les juridictions de fond. Ces modifications ont comme objet de placer les juridictions d'instruction sur le même plan que les juridictions de fond lorsqu'elles statuent sur un internement. Le juge peut entendre des témoins ou des experts et réclamer de nouveaux actes d'instruction à l'audience (art. 11 § 4)²¹¹. L'opposition aux décisions de la chambre du conseil statuant sur un internement est ouverte à l'interné, la partie civile et la partie civilement responsable (art. 12). L'opposition et l'appel contre les décisions rendues par les juridictions correctionnelles sont de droit et ainsi ne sont pas précisées dans la loi.

Lors d'une procédure devant la Cour d'assises, le jury est compétent avec la cour pour se prononcer sur un internement. Compte tenu de la spécificité des délits de presse, l'unanimité de la Cour et des jurés pour prononcer l'internement d'un auteur coupable d'un tel crime ou délit a été maintenue. L'art. 364 bis du Code d'Instruction criminelle dispose que la cour d'assises doit énoncer les motifs qui ont déterminé la peine prononcée. Cette obligation s'est étendue aux décisions ordonnant l'internement. Le jury doit ainsi se prononcer sur la certitude que l'accusé a commis un crime ou un délit, sur son trouble mental et sur le fait qu'il commettra de nouvelles infractions (art. 13)²¹².

²⁰⁹ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 24-25.

²¹⁰ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, p. 24.

²¹¹ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 25-26.

²¹² Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 25-27.

L'art. 382 bis CP permet au juge d'interdire aux condamnés le droit de participer à certaines activités qui les mettent en contact avec des mineurs. Ces interdictions sont des mesures de sûreté, à l'instar de la confiscation. Sous l'empire de la loi de défense sociale, les commissions de défense sociale avaient la possibilité d'attacher de telles interdictions à une libération à l'essai, mais il est préférable de confier cette compétence au juge qui prononce l'internement²¹³.

3.5) *L'intérêt des victimes*

L'art. 16 concerne les intérêts des victimes. Lorsque les juridictions de jugement prennent une décision sur l'état mental d'un inculpé ou d'un accusé à qui les faits ont été imputés, elles doivent choisir, sur le plan pénal, entre cinq décisions :

- si l'intéressé était anormal au moment des faits et l'est toujours au moment du jugement et si sa dangerosité est avérée, elles doivent l'interner ;
- si l'intéressé était anormal au moment des faits et l'est toujours au moment du jugement mais sa dangerosité n'est pas avérée, elles ne doivent pas l'interner ;
- si l'intéressé était anormal au moment des faits mais ne l'est plus au moment du jugement, elles doivent prononcer un non-lieu ou un acquittement ;
- si l'intéressé était normal au moment des faits mais s'il est anormal au moment de son jugement et si sa dangerosité est avérée elles doivent l'interner ;
- si l'intéressé est normal au moment des faits mais s'il est anormal au moment de son jugement et sa dangerosité n'est pas avérée, elles ne doivent pas l'interner.

L'art. 11 al. 2 de la loi sur la défense sociale ne prévoyait pas dans tous les cas le dédommagement des victimes d'un délinquant anormal. Cette disposition exigeait deux conditions : d'une part que l'auteur ait été un malade mental au moment des faits et d'autre part que l'auteur du dommage soit interné. Ainsi, le juge saisi de l'action civile ne pouvait pas indemniser la victime dans les cas suivants :

- le délinquant était anormal au moment des faits et avait ainsi bénéficié d'un non-lieu ou d'un acquittement ;
- le délinquant était anormal au moment des faits et l'était encore au moment du jugement mais n'avait pas été interné parce que sa dangerosité n'était pas avérée ;

²¹³ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, p. 27.

- le délinquant était interné en raison de son anormalité au moment du jugement alors qu’il était normal au moment des faits ;
- le délinquant était normal au moment des faits et était anormal au moment du jugement mais n’était pas interné parce que sa dangerosité n’était pas avérée.

La doctrine et la jurisprudence ont décidé de réduire les cas dans lesquels la victime ne peut être dédommagée. Si le délinquant est normal au moment des faits et anormal au moment du jugement, qu’il soit interné ou non, la victime doit pouvoir obtenir réparation de son préjudice devant une juridiction pénale. Plusieurs solutions ont été proposées pour permettre au juge pénal de statuer plus largement sur les dommages-intérêts subis par la victime d’un délinquant anormal. Finalement, l’art. 12 prévoit que le juge pénal saisi de l’action civile est tenu d’appliquer les règles de la responsabilité civile²¹⁴.

3.6) *Les modalités d’exécution de l’internement et conditions y afférentes*

La première décision du placement d’un interné et les décisions de transfèrement sont prises par le TAP. En cas d’urgence, le juge unique de l’application des peines peut prendre la décision de transfèrement, décision qui sera soumise à l’ensemble du TAP. L’interné peut être placé dans des établissements organisés par l’autorité fédérale ou dans tout établissement disposant des mesures de sécurité requises et en état de dispenser les soins appropriés, indépendamment du fait qu’il soit organisé par un établissement privé, les communautés, les régions ou des autorités locales (art. 17).

Le TAP peut accorder des permissions de sortie. Celles-ci visent à permettre à l’interné de répondre à des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, thérapeutiques ou éducatifs qui requièrent sa sortie de prison. Ainsi, de telles sorties peuvent être accordées, par exemple, pour assister à l’enterrement d’un parent ou au mariage d’un enfant, pour comparaître devant un tribunal, pour se présenter à un examen, pour exercer une activité religieuse ou pour suivre un traitement médical. Enfin de telles permissions de sortie peuvent veiller à la réintégration sociale de l’interné (art. 18)²¹⁵. Si les congés des internés poursuivent essentiellement les mêmes objectifs que les congés des condamnés, leur durée diffère. Les congés des internés doivent être de plus longue durée, parce que le retour de l’interné dans la société peut être un processus plus long et plus complexe et doit s’effectuer de manière

²¹⁴ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 28-30.

²¹⁵ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 31-32.

progressive. Ainsi la durée est de minimum un jour et maximum sept jours par mois²¹⁶.

Le TAP peut accorder une détention limitée, une surveillance électronique et une libération à l'essai. La détention limitée peut également être accordée aux internés dans un but thérapeutique, par exemple, pour se rendre dans un centre de jour et y suivre un traitement ambulatoire. Pour qu'une libération à l'essai ou une surveillance électronique puisse être prononcée, il est essentiel que l'interné ait un logement et qu'il ait des projets d'avenir. Une détention limitée n'implique pas que l'interné ait un logement et ses projets d'avenir peuvent être moins concrets. Si le TAP estime que des personnes qui ont été internées pour certains faits de nature sexuelle doivent suivre une thérapie, leur refus ou leur inaptitude à se soumettre à un traitement peut être considéré comme une contre-indication. Ce traitement, imposé pour réduire le risque de récidive, est toujours nécessaire lorsque l'interné bénéficie d'une modalité qui implique une certaine liberté qui doit être contrôlée. La libération à l'essai ne peut être prononcée que si l'interné a déjà bénéficié d'une permission de sortie, d'un congé, d'une détention limitée ou d'une surveillance électronique²¹⁷.

Le TAP doit examiner le dossier de l'interné, déterminer le lieu de placement et régler les formalités au plus tard deux mois après que le jugement ou l'arrêt est devenu définitif. L'inculpé et son conseil peuvent consulter le dossier mais, si le juge estime, sur avis du psychiatre, que la consultation du dossier serait préjudiciable à l'état de santé de l'interné, il peut le lui refuser (art. 26). Le TAP entend l'interné et son conseil, le ministère public et, si l'interné est en détention, le directeur. Si l'interné n'est pas en détention préventive et si l'internement n'a pas été ordonné avec incarcération immédiate, il comparaît librement. L'interné comparaît toujours en personne, sauf si des questions d'ordre médico-psychiatriques sont posées au cours de l'audience qui seraient préjudiciables à son état de santé auquel cas son conseil peut le représenter. Le TAP rend sa décision dans les 14 jours (art. 30)²¹⁸.

Lorsqu'il estime qu'une détention limitée ou une surveillance électronique peut être accordée immédiatement, le TAP peut procéder à la remise de l'affaire à la première audience, afin de convoquer la victime (art. 31). La victime doit pouvoir être entendue au sujet des conditions imposées dans son intérêt (art. 33). Le temps de la remise, l'interné continue de séjourner dans la section psychiatrique de la prison ou reste en liberté s'il n'est pas détenu. Lorsqu'il envisage de prononcer une détention limitée ou une surveillance

²¹⁶ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, p. 32.

²¹⁷ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 33-34.

²¹⁸ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 35-36.

électronique, le TAP peut requérir un rapport d'information succinct ou une enquête sociale auprès du service des Maisons de justice (art. 32). L'interné et son conseil peuvent consulter le dossier et en obtenir copie (art. 34). Le TAP entend l'interné et son conseil, le ministère public et, si l'interné est en détention, le directeur. L'interné comparait en personne sauf si des questions d'ordre médico-psychiatrique seraient préjudiciables à son état de santé, auquel cas il peut se faire représenter par son conseil (art. 35). Le TAP rend sa décision dans les 14 jours de la mise en délibéré²¹⁹.

L'art. 38 régleme la procédure générale d'octroi d'un transfèrement, d'une permission de sortie en vue d'une réinsertion sociale, d'un congé, d'une détention limitée, d'une surveillance électronique et d'une libération à l'essai. Toutes sont initiées sur avis du directeur mais la décision est prise par le TAP. Il existe également une procédure particulière qui concerne uniquement les décisions de transfèrement pour des motifs impérieux et les demandes d'octroi d'une permission de sortie pour d'autres motifs que la réinsertion sociale. Dans la procédure générale, le directeur doit donner son avis au TAP au plus tôt dix mois et au plus tard douze mois dès la première décision de placement. Son avis doit être motivé sur chacune des différentes modalités sur lesquelles le TAP doit se prononcer. Le directeur doit donner son avis régulièrement jusqu'à ce que l'interné soit placé en détention limitée, sous surveillance électronique ou libéré à l'essai. Cette évaluation sert également à éviter que des internés qui ne sollicitent jamais leur libération soient oubliés. La procédure doit obligatoirement être initiée par le directeur, l'interné ou son conseil. Le directeur doit constituer un dossier comprenant un rapport psychiatrique ou un rapport médical, la copie des jugements ou arrêts, l'exposé des faits et un extrait du casier judiciaire. Le directeur est tenu de prendre les initiatives nécessaires en temps opportun pour constituer un dossier et formuler un avis. S'il n'a pas reçu à temps les informations des autres services, il doit envoyer le dossier en l'état au TAP en précisant qu'il n'a pas reçu les documents des services concernés.

Si le directeur ne rend pas son avis à temps, le conseil ou l'interné peut porter l'affaire devant le président du tribunal de première instance. Le ministère public donne également son avis préalablement à l'examen de l'affaire devant le TAP (art. 40). En outre, le TAP peut requérir du Service des maisons de justice ou du Centre national de surveillance électronique la rédaction d'un rapport d'information succinct ou d'une enquête sociale (art. 41). L'affaire doit être examinée par le TAP au plus tard deux mois, dès la réception de l'avis du directeur. L'interné et son conseil peuvent consulter le dossier, sauf si le juge de l'application des peines, sur avis du psychiatre, estime que

²¹⁹ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 35-38.

l'accès au dossier est préjudiciable à l'état de santé de l'interné (art. 42). Selon l'art. 43, le TAP entend l'interné et son conseil, le ministère public, le directeur et la victime qui peut se faire représenter par son conseil ou se faire assister par le délégué d'un organisme public, par exemple un assistant de justice pour l'accueil des victimes ou une association agréée par le Roi. Le TAP peut entendre d'autres personnes. L'interné comparaît en personne sauf si des questions médico-psychiatriques qui sont posées seraient susceptibles de porter préjudice à son état de santé auquel cas il peut se faire représenter par son conseil. L'art. 45 prévoit que l'examen de l'affaire peut-être remise une seule fois à un examen ultérieur qui ne peut avoir lieu plus de deux mois après la remise²²⁰.

Le TAP rend sa décision dans les 14 jours de la mise en délibéré (art. 46). Si l'interné a commis un des faits visés aux art. 372 à 378 CP ou 379 à 386 ter CP et que ces faits aient été commis sur des mineurs ou avec leur participation, l'art. 50 prévoit que le TAP peut, en cas d'une détention limitée, d'une surveillance électronique ou d'une libération à l'essai imposer l'obligation de suivre une guidance ou un traitement auprès d'un service spécialisé. Lorsque le TAP octroie une permission de sortie, il en fixe la durée dans sa décision (art. 51). S'il octroie des congés, il détermine le nombre de congés dont l'interné peut bénéficier chaque mois jusqu'à ce qu'il doive à nouveau comparaître devant le tribunal (art. 52). Le fait de laisser au TAP le soin de déterminer le nombre de congés permet de procéder de façon très progressive, les congés pouvant être régulièrement adaptés. La détention limitée et la surveillance électronique sont considérées comme des régimes transitoires vers une libération à l'essai et donc, ne peuvent être accordés que pour une période de six mois au plus qui ne peut être prolongée qu'une fois. Si la surveillance électronique se passe bien, l'interné est libéré à l'essai. Mais le TAP a la possibilité de révoquer la mesure si elle ne se déroule pas bien. Le TAP détermine les grandes lignes de la surveillance électronique ou de la détention limitée mais les dispositions d'ordre pratique, comme les jours de détention limitée, les heures auxquelles l'interné quitte et regagne l'établissement, sont déterminées par l'assistant de justice, plus à même de faire preuve de flexibilité et à apporter des modifications si la réalité quotidienne le requiert (art. 53)²²¹.

Quand le TAP octroie la libération à l'essai, il soumet l'interné à des conditions particulières. Ces conditions sont imposées pour une période renouvelable de deux ans qui correspond à la durée minimale du délai d'épreuve auquel les condamnés à des peines privatives de liberté sont soumis en cas de libération conditionnelle. Ce délai peut être renouvelé de manière illimitée, ce

²²⁰ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 39-42.

²²¹ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 44-45.

qui nécessite une évaluation périodique par le TAP de la situation de l'interné pendant la libération à l'essai (art. 54). Si le TAP n'accorde pas de libération à l'essai, il fixe la date à laquelle le directeur devra rendre un nouvel avis sur les différentes modalités. Ce délai est de six mois au moins et d'un an au plus (art. 55). La décision du TAP prononçant la permission de sortie, le congé, la détention limitée, la surveillance électronique ou la libération à l'essai est communiquée au chef du corps de la police locale où l'interné s'établira, à la banque de données nationale, au directeur de la maison de justice de l'arrondissement judiciaire du lieu de résidence de l'interné si des conditions particulières ont été imposées ou au Centre national de surveillance électronique en vue de la guidance dans le cas de la surveillance électronique. La victime est uniquement informée de l'octroi ou du refus de la permission de sortie, du congé, de la détention limitée, de la surveillance électronique, de la libération à l'essai et, cas échéant, des conditions posées dans l'intérêt de la victime (art. 56)²²².

En principe, la décision octroyant la modalité d'exécution devient exécutoire dès qu'elle a acquis force de chose jugée. Comme la décision de transfèrement n'est pas susceptible de recours, elle est immédiatement exécutoire. La décision de surveillance électronique et de libération à l'essai ne devient exécutoire que quatre jours après qu'elle a été définitive, afin de permettre à l'assistant de justice d'avoir un premier contact avec l'interné, pour lui expliquer les règles. Le TAP peut déclarer dans son jugement que la décision deviendra exécutoire à une date ultérieure, dans le cas où une condition ou des circonstances pratiques ne permettent pas l'exécution immédiate, par exemple si l'établissement ne peut accueillir l'interné qu'à une date déterminée (art. 57)²²³.

Le TAP peut modifier la décision d'octroi d'une modalité s'il se produit une situation incompatible avec les conditions fixées dans la décision. Si de nouveaux éléments apparaissent, entre la prise de décision et son exécution, le TAP peut prendre une nouvelle décision concernant les modalités. Une procédure contradictoire est prévue à cet effet et la victime peut être entendue si elle le souhaite (art. 58)²²⁴.

Même si le directeur doit rendre régulièrement un rapport au TAP sur la nécessité d'un transfèrement d'un interné dans un autre établissement, il peut arriver qu'une décision urgente doive être prise, sans attendre une comparution devant le TAP. Dans un tel cas, un juge unique peut prendre une décision urgente provisoire en attendant que le TAP se réunisse (art. 58). Pour

²²² Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 46-47.

²²³ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 46-47.

²²⁴ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 47-48.

des raisons de sécurité, un incendie par exemple, le ministre de la justice peut décider du transfèrement des internés dans un établissement fédéral. Mais le TAP doit prendre une décision aussi rapide que possible (art. 60). Le juge unique peut également accorder une permission de sortie à l'interné, sur la base d'une procédure écrite. Ces permissions revêtiront un caractère urgent et ne concerneront qu'une seule sortie pour une courte durée fixée par le juge (art. 61 et 62)²²⁵.

Le ministère public est chargé du contrôle des permissions de sortie en vue de la réinsertion sociale, des congés, de la détention limitée, de la surveillance électronique ou de la libération à l'essai. Les services de police surveilleront les internés auxquels une modalité a été accordée et contrôleront le respect des conditions qui y sont assorties. En cas de libération à l'essai ou d'une surveillance électronique, l'interné fera l'objet d'une guidance sociale assurée par l'assistant de justice. Si des problèmes se présentent dans le cadre d'une permission de sortie, d'un congé ou d'une détention limitée, le directeur fera un rapport au TAP dont une copie sera délivrée au ministère public. Si la modalité est assortie de la condition de suivre un traitement, le service en charge de ce traitement adressera régulièrement un rapport au TAP et à l'assistant de justice (art. 64). Le TAP peut apporter de petites modifications aux conditions imposées, si la réalité quotidienne le requiert. Il est informé des petits changements à apporter par les assistants de justice. Mais la situation de l'interné ne doit pas être modifiée de manière substantielle (art. 65)²²⁶.

Le ministère public peut saisir le TAP, afin de requérir la révocation d'une modalité si celle-ci pose problème. Le TAP appréciera la nécessité d'une révocation en fonction des circonstances concrètes et compte tenu du principe de la proportionnalité (art. 66). En cas de révocation d'une libération à l'essai ou d'une surveillance électronique, le TAP détermine le lieu de placement de l'interné, qui peut être la section psychiatrique d'une prison, d'un établissement ou d'une section de défense sociale relevant de l'autorité fédérale ou d'un établissement fédéral (art. 67). Le ministère public peut saisir le TAP en vue de la suspension de la modalité accordée, en précisant les effets de la suspension et la suite donnée à celle-ci (art. 68). Le TAP peut également revoir la modalité s'il estime que la révocation ou la suspension n'est pas nécessaire (art. 68). En cas de révocation, de suspension ou de révision de la modalité accordée, la victime doit être convoquée à l'audience (art. 70)²²⁷.

Le procureur du Roi peut ordonner l'arrestation provisoire de l'interné dans les cas où la révocation est possible, sauf si son état mental s'est à ce

²²⁵ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 48-50.

²²⁶ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 50-52.

²²⁷ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 52-53.

point détérioré que la modalité accordée ne se justifie plus. Comme la décision précipitée risque de causer plus de dommage à l'interné, celle-ci doit reposer sur une information détaillée que seul le TAP a à sa disposition. Seul le TAP peut ainsi prononcer l'arrêt de la modalité si aucune autre mesure adéquate ne peut être prise. Le Procureur du Roi quant à lui ne peut que prononcer une arrestation provisoire. Si une crise survient dans un établissement et que l'interné doit quitter immédiatement l'établissement, le Directeur peut en informer le Procureur du Roi et ordonner son arrestation provisoire (art. 71)²²⁸.

La libération définitive ne peut être accordée qu'après la fin du délai d'épreuve fixé par la loi et si le trouble mental de l'intéressé s'est suffisamment amélioré pour ne plus craindre que l'interné commette de nouvelles infractions (art. 72). Chaque interné devra subir un délai d'épreuve pendant lequel il sera suivi par le Service des maisons de justice (art. 72). Le TAP devra disposer d'un rapport psychiatrique récent (art. 73). Il entendra l'interné, son conseil et le ministère public (art. 74). L'examen peut être remis une seule fois à une audience ultérieure, celle-ci ne pouvant avoir lieu plus de deux mois après la remise. Si la remise a pour effet que le délai d'épreuve de deux ans prévu par la loi est dépassé, l'interné reste soumis aux conditions liées à la libération à l'essai jusqu'au moment où le jugement relatif à l'octroi ou au refus de la libération lui a été notifié (art. 76). Le TAP rend sa décision dans les 14 jours de la mise en délibéré (art. 77) En cas de refus, la libération à l'essai est prolongée. Le TAP fixe le nouveau délai d'épreuve qui est de deux ans renouvelable. (art. 79). Un mois avant la fin du délai d'épreuve le TAP réexamine le dossier en vue d'une éventuelle libération définitive (art. 80)²²⁹.

3.7) *L'internement du condamné*

Les art. 82 ss reprennent l'art. 21 de la loi actuelle qui traite du cas dans lequel un détenu devient malade mental au cours de sa détention et doit être interné. La compétence appartient au TAP du ressort de la cour d'appel où se situe l'établissement pénitentiaire où le condamné est détenu (art. 83). Le TAP peut remettre une seule fois l'affaire, pour requérir, par exemple, un examen psychiatrique et rend sa décision dans les 14 jours de la mise en délibéré (art. 87 et 88). Le condamné doit être interné dans un bâtiment suffisamment sécurisé comme un établissement ou une section de défense sociale organisée par l'autorité fédérale (art. 89)²³⁰.

²²⁸ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, p. 54.

²²⁹ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 54-57.

²³⁰ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 57-58.

Le condamné interné peut bénéficier de permissions de sortie ou de congés en vue de sa réinsertion sociale s'il répond aux conditions de temps posées par la loi du 17 mai 2006 sur l'octroi de ces modalités. Il est ainsi tenu compte des deux aspects du condamné interné : il bénéficie des soins adaptés mais continue en même temps à subir une peine privative de liberté, ce qui a pour conséquence qu'il ne peut bénéficier d'un congé ou d'une permission que s'il répond aux conditions de temps posées par la loi du 17 mai 2006. Un condamné interné peut bénéficier d'un congé de minimum 1 jour et maximum 7 jours par mois alors qu'un simple condamné ne peut bénéficier que de trois fois 36 heures par trimestre. L'objectif n'est pas de donner un statut moins favorable aux condamnés internés mais d'éviter que la modalité soit modifiée si l'internement est levé et l'interné redevient un « simple » condamné. Le fait que les possibilités de congé d'un interné soient plus larges que celles d'un condamné se justifie par la nécessité d'un retour progressif dans la société (art. 92). Le condamné interné peut également, à l'initiative du directeur, bénéficier d'une détention limitée, d'une surveillance électronique et d'une libération à l'essai s'il répond aux conditions de temps (art. 93 et 94). Le directeur doit prendre les initiatives nécessaires en temps opportun pour formuler un avis quant à l'octroi de ces modalités. S'il n'a pas reçu, dans le délai fixé par la loi, les informations requises des autres services, il doit le constater par écrit et envoyer le dossier en l'état au TAP. Si le directeur ne rend pas son avis à temps, le conseil de l'interné peut porter l'affaire devant le président du TAP qui condamnera le ministre, sous peine d'astreinte, à rendre un avis par l'intermédiaire du directeur dans un délai fixé par le président (art. 95). Le TAP requiert, s'il le juge nécessaire, un rapport d'information succinct ou une enquête sociale du Service des maisons de justice ou du Centre national de surveillance électronique (art. 97). L'affaire doit être examinée au plus tard deux mois après la réception de l'avis du directeur. Le condamné interné et son conseil peuvent consulter le dossier sauf si le juge estime, sur avis du psychiatre, que l'accès au dossier est préjudiciable à l'état de santé du condamné interné (art. 98). Le TAP entend le condamné interné et son conseil, le ministère public, le directeur et la victime qui peut se faire représenter par son conseil et se faire assister par un délégué d'un organisme public comme un assistant de justice pour l'accueil des victimes ou une association agréée par le Roi. Le condamné interné comparaît toujours en personne, sauf si des questions médico-psychiatriques posées au cours de l'audience seraient préjudiciables à son état de santé (art. 99). La procédure n'est pas publique (art. 100). Enfin, l'affaire peut être remise une seule fois à une audience ultérieure qui ne peut pas avoir lieu plus de deux mois après la remise (art. 101). Le TAP rend sa décision dans les 14 jours de la mise en délibéré (art. 102)²³¹.

²³¹ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 59-62.

Si l'interné a été condamné pour des faits visés aux art. 372 à 378 CP, ou 379 à 386 ter CP et ceux-ci ont été commis sur des mineurs ou avec leur participation, le TAP peut, en cas d'une détention limitée, d'une surveillance électronique ou d'une libération à l'essai, imposer l'obligation de suivre une guidance ou un traitement auprès d'un service spécialisé (art. 105). Si le TAP octroie une sortie, en vue de la réinsertion sociale, il en fixe la durée dans sa décision ou une périodicité déterminée qui peut être d'un jour par semaine pour suivre une formation spécifique. Il peut également octroyer des congés qui seront fixés jusqu'à la comparution suivante de l'interné, afin de procéder de façon très progressive (art. 107). La détention limitée et la surveillance électronique n'étant pas limitées à l'égard des condamnés de plus de trois ans, elle ne l'est pas non plus à l'égard des condamnés internés (art. 108). Si le TAP n'octroie pas la modalité sur laquelle le directeur a rendu son avis, il fixe la date à laquelle le directeur est tenu de rendre un nouvel avis, afin d'assurer un examen périodique du dossier (art. 110)²³².

Si, au terme de sa peine, le trouble mental du condamné interné constitue une menace pour la sécurité publique, il doit être traité comme un malade mental et relever de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux. Si le TAP estime que le trouble mental du condamné interné est de nature à mettre gravement en péril sa propre santé, sa sécurité ou la sécurité publique, le ministère public saisit le juge de paix, en vue de l'admission de l'intéressé dans un service psychiatrique (art. 112)²³³.

Un pourvoi en cassation est ouvert contre les décisions du TAP qui se prononcent sur l'octroi, le refus ou la révocation de la permission de sortie, du congé, de la détention limitée ou de la surveillance électronique, de la révision des conditions particulières, de l'octroi ou du refus de la libération définitive, et de la décision d'interner un condamné ou de lever l'internement d'un condamné interné. Le pourvoi en cassation contre les décisions de libération à l'essai n'est plus possible, mais le dossier de l'interné fait l'objet d'un examen périodique permettant une évaluation régulière. Les décisions de placement ou de transfèrement ne sont pas non plus susceptibles de pourvoi en cassation, celles-ci étant davantage prises en raison de considérations thérapeutiques (art. 115). Le pourvoi a effet suspensif et la Cour de cassation statue dans les 15 jours (art. 116) Suite à l'arrêt de la Cour de cassation le TAP statue dans une autre composition dans les 14 jours (art. 117)²³⁴.

²³² Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 63-64.

²³³ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 64-65.

²³⁴ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 66-67.

3.8) *Dispositions transitoires*

La nouvelle loi s'applique immédiatement à toutes les affaires pendantes devant les commissions de défense sociale. Les dossiers des internés en liberté depuis deux ans doivent être examinés, selon les dispositions de la nouvelle loi. Les dossiers des condamnés internés qui ont subi leur peine, doivent être soumis au tribunal qui prononcera leur libération ou saisira le juge de paix par l'entremise du ministère public. Enfin, les dossiers des internés qui comparaissent régulièrement devant les commissions de défense sociale doivent comparaître devant le TAP au plus tard un an après leur dernier examen. Comme la loi de défense sociale ne prévoyait pas de disposition en faveur des victimes, il est important que celles-ci se fassent connaître (art. 154)²³⁵.

Les compétences des commissions de défense sociale sont reprises par les TAP. L'expérience acquise des présidents des commissions est importante pour l'exercice des fonctions de président du TAP. Mais seuls les juges et les juges complémentés des tribunaux de première instance peuvent être désignés comme juges au TAP. Ainsi, une mesure transitoire est adoptée en vue de permettre à un conseiller à la cour d'appel désigné président effectif d'une commission de défense sociale d'être candidat pour la fonction de juge au TAP. Mais celui-ci devra avoir cinq ans d'expérience auprès d'une commission de défense sociale et suivre la formation obligatoire (art. 155)²³⁶.

3.9) *Le mise à disposition du TAP*

La mise à disposition est une peine complémentaire que les juridictions de jugement doivent ou peuvent prononcer dans certaines situations. Elle est obligatoire dans deux cas :

- 1) un délinquant est condamné à une peine criminelle alors qu'il a déjà été condamné à une telle peine ;
- 2) un délinquant est condamné pour avoir commis une des infractions suivantes :
 - une infraction terroriste ayant entraîné la mort ;
 - un viol ou un attentat à la pudeur ayant entraîné la mort de la victime ;
 - un acte de torture ayant entraîné la mort de la victime ;
 - un enlèvement de mineur ayant entraîné la mort.

La mise à disposition du TAP est facultative dans les cas suivants :

²³⁵ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, p. 75.

²³⁶ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 75-76.

- 1) un délinquant qui a été condamné dans les dix années antérieures à une peine de plus de cinq ans de prison pour des faits ayant causé intentionnellement de graves souffrances ou des atteintes graves contre l'intégrité ou la santé physique ou mentale, est à nouveau condamnée pour des faits similaires;
- 2) un délinquant est condamné pour avoir commis les formes les plus graves des infractions suivantes:
 - de graves violations du droit humanitaire;
 - une prise d'otage;
 - un meurtre;
 - un traitement inhumain;
 - une traite des êtres humains;
 - un meurtre pour faciliter le vol ou l'extorsion;
 - un incendie volontaire;
 - un meurtre pour faciliter la destruction ou le dégât;
 - un attentat à la pudeur ou un viol n'ayant pas entraîné la mort de la victime.

Dans la loi sur la défense sociale, la mise à la disposition était prononcée par le gouvernement. Comme le TAP a aujourd'hui la compétence générale sur les différentes modalités d'exécution des peines et des mesures de défense sociale, il dispose également de la compétence générale de la mise à disposition. Dans tous les cas où la juridiction de jugement a prononcé la mise à disposition, le TAP doit se prononcer, avant le début effectif de la peine complémentaire, sur le maintien ou non du détenu en détention. S'il estime que le condamné mis à disposition représente toujours une menace de futures infractions graves et qu'il soit impossible de remédier à cette menace par l'imposition de conditions particulières dans le cadre d'une libération sous surveillance, il maintient le délinquant en détention. Le fait que la mise à disposition ait été obligatoire ou facultative ne change rien à l'examen systématique par le TAP des personnes mises à disposition. Mais le caractère obligatoire permet de s'assurer que le TAP dispose bien de la possibilité de maintenir en détention un condamné au-delà de sa peine si nécessaire.

Le TAP peut accorder aux condamnés mis à disposition une permission de sortie, un congé pénitentiaire, une détention limitée, une mesure de surveillance électronique ou une libération sous surveillance. Il est, en effet, important de préparer le retour progressif du condamné dans la société. Pour qu'une telle modalité puisse être accordée, le condamné ne doit pas présenter de contre-indications prévues dans la loi du 17 mai 2006, soit l'absence de perspective de réintégration sociale, le risque de perpétration de nouvelles infractions graves, le risque d'importuner les victimes et l'attitude du condamné à l'égard des victimes d'infraction qui ont donné lieu à

la condamnation. Le TAP doit se prononcer chaque année sur le besoin du maintien en détention. Il doit requérir un avis du directeur et du ministère public.

Les victimes doivent être informées et peuvent, si elles le souhaitent, être entendues par le TAP sur les conditions qui les concernent et qui peuvent être imposées au condamné libéré sous surveillance. La libération définitive intervient au terme de la période de mise à disposition. Mais le TAP peut y mettre un terme avant la fin de la période initialement fixée s'il n'y a raisonnablement plus lieu de craindre que l'intéressé commette de nouvelles infractions. Pour pouvoir obtenir cette libération définitive, le condamné doit avoir obtenu une libération sous surveillance d'au moins deux ans²³⁷.

3.10) *Les problèmes rencontrés*

a) *La notion de trouble mental*

Ces remarques ont été relevées par la Commission internement (ci-après Commission), mais sont également valables à l'égard de la loi relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental adoptée le 29 mars 2007.

Les termes «démence», «déséquilibre mental», «débilité mentale» sont dépassés et source de confusion. En effet, le terme «démence», dans la nosologie psychiatrique actuelle, signifie une perte des capacités cognitives assez importante pour avoir des effets sur les fonctions sociales et professionnelles. Cette signification est différente de celle qui prévalait en 1930. La notion de déséquilibre mental est difficile à cerner et a donné lieu à des divergences d'interprétation. Elle varie entre l'irresponsabilité totale et partielle.

La Commission a ainsi formulé deux propositions :

- Retenir l'expression «trouble mental» à l'instar de l'Organisation Mondiale de la Santé et de l'American Psychiatric Association. Ce terme générique est plus adapté que des termes diagnostics précis qui changent en fonction de l'évolution de la discipline médicale.
- Faire référence non plus seulement à l'altération des facultés volitives de la personne examinée, c'est-à-dire sa capacité de se contrôler au moment des actes et d'agir seulement si elle l'a voulu, mais également des facultés cognitives, c'est-à-dire à sa capacité de discernement. Ainsi, la Commission a proposé de retenir la formulation suivante : «*trouble mental qui a aboli ou gravement altéré sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actions*».

²³⁷ Chambre des représentants, doc n° 51 2999/003, pp. 4-9.

Le terme « gravement » est significatif. En effet, toute altération de la capacité de discernement ou de contrôle des actes ne peut conduire à une mesure de défense sociale. Mais cette notion doit être définie pour être la plus objective possible, ce qui n'est pas chose aisée. L'altération cognitive ou volitive doit être assez prononcée pour retentir de manière importante sur l'insertion sociale et les activités professionnelles de l'intéressé²³⁸.

En droit suisse également, la question de la définition de l'anomalie mentale a fait couler beaucoup d'encre lors de la création du code pénal actuel. L'avant-projet prévoyait une distinction entre les personnes souffrant d'une maladie mentale et celles souffrant d'un handicap mental grave. Mais une telle distinction n'a pas été reprise. Le groupe de travail estimait qu'une telle distinction ne se justifiait ni objectivement ni médicalement. Il valait mieux renoncer à toute classification et utiliser le terme générique de « maladie mentale ».

b) *La dangerosité*

La dangerosité, condition pour prononcer un internement, était absente de la loi de défense sociale, excepté à l'art. 20 qui traitait de la révocation de la libération à l'essai. Il fallait remédier à cette lacune. Mais la notion de dangerosité n'est pas aisée à définir, d'autant plus qu'elle est source de contestation entre les médecins et les juristes. Les médecins estiment que ce n'est qu'une opinion et non pas une notion définissable scientifiquement. En outre, elle donne à penser à tort que c'est une caractéristique individuelle. Or, une personne est rarement dangereuse dans l'absolu mais peut l'être dans certaines situations. Les juristes estiment qu'une expertise psychiatrique est indispensable à l'établissement de la dangerosité. La notion de dangerosité a été introduite dans la loi, celle-ci devant être entendue dans le sens de risque de rechute²³⁹.

En droit suisse, l'internement de sécurité doit s'appliquer à tous les délinquants dangereux. Si la jurisprudence associe souvent dangerosité et maladie mentale, il a été jugé qu'il n'est pas certain que les personnes souffrant d'affection mentale soient plus dangereuses que les personnes saines. La dangerosité ne doit ainsi pas être établie par un diagnostic médical mais par une analyse approfondie du risque. Ainsi, le code pénal actuel prévoit comme condition pour prononcer un internement non plus le trouble mental de l'auteur mais le risque qu'il commette de nouvelles infractions graves. Un internement pourra ainsi être ordonné si, en raison d'un grave trouble mental chronique ou récurrent en relation avec l'infraction, des caractéristiques de la personnalité de l'auteur, des circonstances dans lesquelles il a commis

²³⁸ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, pp. 32-36.

²³⁹ Chambre des représentants doc. 51 2841/001, p. 43.

l'infraction et de son vécu il est sérieusement à craindre qu'il ne commette de nouvelles infractions graves et que la mesure thérapeutique institutionnelle semble vouée à l'échec.

c) *Le principe de la proportionnalité*

En Belgique, la durée de la mesure est souvent disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction²⁴⁰. L'internement ne peut être ordonné que si l'auteur a commis un crime ou un délit mais le législateur n'a pas prévu de limite inférieure: tous les délits sont visés. Or, l'internement, de durée indéterminée, peut-être une mesure à vie. C'est une mesure très rigoureuse et difficilement compatible avec le principe de la proportionnalité, surtout si l'auteur a commis un petit délit qui serait sanctionné par une peine avec sursis s'il était responsable. Cette critique est également valable en Suisse. En effet, les mesures thérapeutiques institutionnelles prévues à l'art. 59 CP peuvent être ordonnées pour des délits de peu d'importance. Elles sont cependant de durée indéterminée. Cela signifie qu'une personne pourrait être privée de sa liberté pendant des années pour un délit qui aurait entraîné une peine compatible avec le sursis.

Les conditions fixées pour la mise en liberté à l'essai sont souvent stéréotypées, irréalisables et parfois humiliantes²⁴¹. Leur durée est excessive et l'atteinte à la liberté qu'elle implique fait également l'objet de critiques. Les internés libérés à l'essai ont du mal à voir l'effet bénéfique destiné à les aider, à les réintégrer dans la société et à les soutenir dans leur évolution. Pourtant, les services de tutelle jouent un rôle essentiel puisqu'ils sont chargés entre autre de veiller à la continuité de la thérapie commencée pendant la période d'internement et à faire comprendre à l'ancien interné que certaines conditions sont nécessaires à la protection de la société²⁴². En outre, les internés libérés à l'essai sont perçus avec méfiance, ont de nombreux rendez-vous à intervalles très réguliers, font l'objet d'injonctions normatives et de contrôles externes à la consultation, dans la famille notamment²⁴³. L'on peut craindre que ces nombreux contrôles stigmatisent l'individu et diminuent ses chances de réinsertion, d'une part parce qu'il risque de se percevoir lui-même comme un délinquant à vie qui n'arrivera jamais à s'en sortir et d'autre part parce qu'il risque d'être stigmatisé par la société.

La même constatation peut être faite en Suisse à propos des personnes soumises à un traitement ambulatoire de durée indéterminée. Alors qu'elles

²⁴⁰ VAN DE KERCHOVE (1987), pp. 83-84.

²⁴¹ VAN DE KERCHOVE (1987), pp. 83-84.

²⁴² VANDEMEULEBROEKE, pp. 207-208.

²⁴³ THYS, p. 25 ss.

sont en liberté et que la seule contrainte consiste à se rendre chez un médecin une ou deux fois par semaine, ces personnes vivent très mal l'effet contraignant et la durée indéterminée de ce traitement. Elles se sentent stigmatisées par l'étiquette de la mesure et préféreraient souvent exécuter une peine de prison qui leur permettrait de payer leur dette à la société et de recouvrer leur liberté.

d) L'exécution de la décision d'internement

Une des premières raisons du dysfonctionnement de la loi de défense sociale était sans aucun doute les carences au niveau de la prise en charge des internés. Il était ainsi inutile de modifier la loi de défense sociale sans adapter les structures thérapeutiques à la loi et sans se donner les moyens financiers de réaliser cet objectif. Il existe deux manières d'organiser le traitement psychiatrique des détenus et plus particulièrement des internés. Une première solution consiste en la création par le Ministère de la Justice d'un réseau de traitement complet et adapté aux problèmes médico-psycho-sociaux posés par les internés. Il s'agit d'un circuit autonome et parallèle à ce qui existe en dehors du milieu pénitentiaire. Une seconde solution est de déléguer la responsabilité du traitement à la Santé publique par un accord de partenariat définissant clairement les droits et devoirs de chacun. Le traitement est de la compétence de la Santé publique, tandis que le contrôle de l'interné et des décisions judiciaires à son égard reste de la compétence de la Justice. C'est la seconde solution qui a été retenue, moins coûteuse que de créer une structure de soins autonome, indépendante et parallèle à celle de la Santé publique²⁴⁴.

Plusieurs lieux de traitement sont possibles: un milieu pénitentiaire fermé ou ouvert, un milieu hospitalier fermé ou ouvert – bien qu'il n'existe plus de milieu hospitalier fermé –, une hospitalisation partielle, soit de jour soit de nuit, une résidence surveillée ou un traitement ambulatoire. Il faudrait prévoir au sein de certaines prisons des unités psychiatriques externes à la prison. Celles-ci auraient pour tâche de prendre en charge les détenus présentant une certaine dangerosité sociale qui doivent être traités dans un lieu hautement sécurisé et les internés qui sont dans l'attente d'un transfert vers un autre lieu thérapeutique plus adéquat. Les annexes psychiatriques des maisons d'arrêt devraient pouvoir également bénéficier des soins offerts par les services psychiatriques aigus, afin de disposer de personnel qualifié et de traitement de qualité pour les détenus nécessitant un traitement psychiatrique immédiat. Le traitement des détenus pourrait également avoir lieu dans des hôpitaux reconnus par les communautés et les régions qui offrent les garanties nécessaires de sécurité et de qualification. Il faudrait créer une

²⁴⁴ THYS, pp. 70-72.

unité appelée unité médico-légale de soins disposant d'un niveau de sécurité renforcée avec les caractéristiques suivantes : une capacité réduite n'excédant pas trente lits, des normes de personnel renforcées, une architecture ouverte à l'intérieur mais fermée à l'extérieur. Cette unité serait réservée à une minorité d'internés qui ont besoin de soins psychiatriques intensifs et d'une approche hautement sécurisée.

La prise en charge thérapeutique ambulatoire devrait avoir lieu sur le modèle de l'accord de coopération entre le Ministre fédéral de la Justice et les ministres régionaux concernés par la guidance et le traitement des délinquants sexuels²⁴⁵.

En Suisse également, l'internement doit être exécuté dans un établissement approprié. Or, un tel établissement n'a jamais vu le jour et l'internement est exécuté dans un établissement pénitentiaire. Un tel établissement n'est pas adéquat, d'une part parce que les internés à durée indéterminée se trouvent avec les autres détenus de durée déterminée et d'autre part, parce que les internés ne peuvent pas recevoir les soins adéquats et bénéficier d'un encadrement suffisant.

e) *Le secret professionnel*

La Commission a envisagé six situations problématiques :

- l'interné ne se présente pas ou se présente de manière irrégulière à ses rendez-vous ;
- l'interné refuse son traitement ;
- l'interné ne s'investit pas dans son traitement ;
- l'interné a un comportement social défaillant (perte de son emploi, résidence instable ou inconnue, fréquentations douteuses, prise de stupéfiants, alcoolisme, etc.) ;
- le contexte dans lequel vit l'interné fait craindre une rechute dans la délinquance ;
- l'interné a commis de nouveaux faits en rapport avec son trouble mental qui ont été dénoncés par son entourage.

Les deux premières situations relèvent davantage du contrôle de l'interné que de sa thérapie ou de sa guidance. Ces manquements sont visibles et vérifiables. Ils peuvent ainsi être signalés aux commissions de défense sociale. La troisième situation a donné lieu à des divergences d'opinion qui n'ont pas été tranchées. Mais le refus de s'investir dans le traitement et la guidance

²⁴⁵ THYS, pp. 72-74.

constituent une information importante sur l'état d'esprit du délinquant à l'égard de son suivi. Les quatrième et cinquième situations révèlent un risque de rechute nécessitant une reprise en main. Les faits qui sont la plupart du temps constatés par la personne chargée de la guidance et du contrôle de l'interné sont visibles et échappent ainsi au secret professionnel. Mais si le thérapeute qui a été mis au courant du comportement inquiétant de l'interné par celui-ci ou son entourage estime qu'il doit en informer la commission de défense sociale compétente, il risque de voir sa responsabilité civile et pénale engagée si son acte n'est pas justifié par l'état de nécessité²⁴⁶.

Le problème se pose en Suisse, lorsqu'un patient soumis à un internement refuse que son médecin transmette un rapport à l'autorité compétente bloquant ainsi le contrôle de la mesure et la possibilité de la lever. Il existe deux solutions pour que le médecin-traitant soit délié du secret médical et puisse donner des informations à l'autorité. La première possibilité consiste à considérer la disposition obligeant l'autorité à requérir un rapport médical pour se prononcer sur une libération conditionnelle ou à l'essai, comme un fait justificatif constituant une exception au secret médical. Une seconde solution consiste à ce que le médecin se fasse délier de son secret par l'autorité de surveillance. Cette solution permet de préserver le rapport de confiance entre le médecin et le patient.

f) *L'expertise*

Les expertises sont souvent déficientes²⁴⁷. Une des raisons est due au fait que les experts ont connaissance des antécédents criminologiques de l'expertisé, ce qui n'est pas sans influence sur l'expertise. Ainsi, le passé tant judiciaire que médical et social pèse lourdement sur le rapport d'expertise et sur ses conclusions quant à la recommandation d'application de la loi sur la défense sociale²⁴⁸. Le thérapeute est souvent considéré par l'intéressé comme participant à la mesure de privation de liberté et les conditions de l'internement médical sont souvent dominées par la notion de sécurité. Enfin, l'absence de continuité dans la relation thérapeutique entre la prise de décision et la réinsertion dans un milieu social a également ouvert la porte à la critique²⁴⁹.

Ce problème se pose en Suisse à propos du médecin qui transmet régulièrement à l'autorité compétente un rapport sur l'état du patient soumis à une mesure. Ce rapport est nécessaire, afin que l'autorité compétente puisse examiner chaque année si une libération conditionnelle ou à l'essai peut être

²⁴⁶ THYS, pp. 88-90.

²⁴⁷ VAN DE KERCHOVE (1987), pp. 83-84.

²⁴⁸ KORN / THYS, p. 285 ss.

²⁴⁹ TULKENS (1973), p. 195 ss.

prononcée. Le médecin a un double rôle : un rôle de thérapeute et un rôle de « policier ». Il donne des informations sur l'état du patient et sur le risque de récurrence, informations qui seront déterminantes pour une levée de la mesure. Cela rend difficile la création d'une relation de confiance. Dans le cas d'une expertise, le patient doit être informé du statut du médecin et du fait qu'il rendra un rapport aux autorités. Il n'est pas dans une relation usuelle médecin-patient et la relation de confiance est affaiblie parce que le médecin n'est pas soumis au secret médical vis-à-vis de l'autorité. Cette relation biaisée a une influence sur le rapport médical.

4. Quelques éléments de comparaison entre les droits suisse et belge

4.1) *Un système moniste ou dualiste*

Les systèmes pénaux suisse et belge ont adopté deux modèles distincts. Alors que le système pénal suisse est légalement dualiste, le système pénal belge est moniste. En effet, le système pénal suisse comprend à la fois des peines et des mesures de sûreté. Ainsi, les mesures de sûreté sont des sanctions pénales. Le système pénal belge ne contient que des peines, les mesures de défense sociale n'étant pas des sanctions pénales, exceptée la mise à disposition du gouvernement qui est de nature hybride. La mesure de défense sociale n'est pas une peine mais, tout à la fois, une mesure de sécurité sociale et d'humanité, dont le but est de mettre le dément ou l'anormal hors d'état de nuire et, en même temps, de le soumettre dans son propre intérêt, à un régime curatif scientifiquement organisé. Si la mesure d'internement possède effectivement et indépendamment des intentions du législateur un caractère afflictif et infamant qui l'apparente à une peine, par la privation douloureuse de liberté et par l'effet stigmatisant qui en découle, le législateur n'a pas voulu lui attribuer la qualification de peine. Les caractéristiques apparentant les mesures de sûreté aux peines sont des conséquences involontaires découlant de leur application alors que ces mêmes caractéristiques sont intentionnellement recherchées dans le cas des peines. Même si la qualification du législateur s'apparente très souvent à une fiction, c'est lui qui dicte la nature pénale ou non d'une sanction²⁵⁰.

La mise à disposition du gouvernement est de nature hybride. Il s'agit d'une mesure de sûreté participant à la nature des peines. Cet état hybride est dû au fait qu'il est difficile d'éliminer toute idée de peine d'une mesure à ap-

²⁵⁰ VAN DE KERCHOVE / TULKENS, pp. 457-458.

plier aux récidivistes et aux délinquants d'habitude. Il s'agit d'une mesure de nature mixte²⁵¹.

Les mesures de défense sociale ayant été pensées dans l'intérêt du délinquant, l'on assiste à une diminution des droits de la défense, en raison de la nature nettement moins conflictuelle et contradictoire, en tout cas en théorie. Même quand la présence de l'avocat est obligatoire, il remplit un rôle de collaborateur des autorités judiciaires et administratives, plutôt qu'un rôle de défenseur²⁵². En outre, n'étant pas des sanctions pénales, elles ne sont pas soumises aux exigences découlant de l'art. 6 CEDH. Elles ne doivent ainsi pas être prononcées en audience publique et peuvent être prononcées par une juridiction d'instruction.

L'internement est souvent perçu par l'interné comme une privation de liberté de nature coercitive semblable à une sanction. L'aide que la loi veut apporter à l'interné est souvent perçue comme une punition. Le délinquant, soumis à une mesure de défense sociale, de durée indéterminée, préférerait exécuter une peine et « payer ainsi sa dette à la société » en contrepartie de sa liberté. L'interné ressent une discrimination à l'égard des condamnés dont le sort lui paraît meilleur que le sien, et il ressent une certaine injustice. L'internement belge s'apparente ainsi à une sanction, puisque la personne est privée de sa liberté, suite à une infraction commise. Si formellement l'internement se différencie de la peine, en réalité, l'internement est une peine améliorée par son organisation et son individualisation. Elle ne doit théoriquement être ni afflictive ni infamante mais elle l'est certainement dans la pratique puisqu'elle est privative de liberté qui est le bien le plus précieux de l'homme²⁵³. Comme l'affirme Michel van de Kerchove, « *Qu'est-ce à dire, sinon que la qualification que le législateur entend donner lui-même à l'internement exclut l'idée de peine et, que cette qualification légale s'impose à quiconque entend rendre compte de la nature juridique de cette mesure. Par contre, cette qualification ne saurait empêcher quiconque de s'interroger de manière critique sur l'adéquation de cette qualification par rapport à la réalité et, en particulier, par rapport aux différences réelles existant entre les peines traditionnelles et les mesures nouvelles* »²⁵⁴.

Selon la jurisprudence rendue par la CEDH à propos de l'art. 7, la qualification d'une peine a une portée autonome. Pour que l'art. 7 puisse remplir efficacement le besoin de protection visé, la Cour peut aller au-delà des apparences et est libre d'apprécier si une mesure est en réalité une peine au sens de l'art. 7. Plusieurs éléments permettent de déterminer si une mesure est en

²⁵¹ VAN DE KERCHOVE/TULKENS, pp. 445-446.

²⁵² VAN DE KERCHOVE/TULKENS, pp. 567-568.

²⁵³ CORNIL (1930), p. 49.

²⁵⁴ VAN DE KERCHOVE (1977), p. 254.

réalité une peine: le fait qu'elle soit imposée suite à une condamnation pour une infraction commise, la qualification de mesure en droit interne, sa nature et son but punitif ou dissuasif, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité²⁵⁵. A la lumière des ces critères, il est fort probable que la mesure d'internement constitue une peine au sens de l'art. 7 CEDH.

Le fait que le Ministère public prenne part à des décisions importantes à propos des mesures d'internement est un élément de plus permettant de douter du caractère non pénal de cette mesure. En effet, il donne son avis sur l'octroi d'une modalité prononcée par la TAP (art. 40), il contrôle les permissions de sortie, en vue de la réinsertion sociale, ainsi que les congés, la détention limitée, la surveillance électronique ou la libération à l'essai (art. 54 § 1) et il peut requérir la révocation d'une modalité (art. 66).

4.2) *La mise en observation*

Le droit belge permet la mise en observation des détenus. En effet, si l'inculpé fait l'objet d'un mandat d'arrêt, le juge d'instruction qui a décerné le mandat d'arrêt peut ordonner qu'il soit exécuté dans l'annexe psychiatrique d'une prison. La mise en observation peut également être ordonnée par une autorité de jugement dans les cas où la loi autorise la détention préventive.

Le droit suisse ne connaît pas cette procédure. Il ne prévoit que l'expertise pendant la détention préventive. Or, la pratique a mis en évidence les carences des expertises. En effet, les experts mandatés manquent de temps pour faire une évaluation de qualité. En outre, il existe une surcharge de travail due au manque d'experts. Il est ainsi judicieux d'utiliser la phase de détention préventive pour examiner quotidiennement le détenu dans l'annexe psychiatrique où il est placé. Cela permet de faire un examen plus approfondi du prévenu que lors d'une simple expertise.

4.3) *La mesure d'internement*

En droit suisse, tant l'ancien droit que le droit actuel prévoient que l'internement ou le traitement institutionnel sont prononcés à l'égard d'un auteur qui a commis un crime ou un délit en raison d'un état dangereux, d'un état mentalement anormal, des caractéristiques de sa personnalité ou de son vécu. Le délinquant n'a pas besoin d'être irresponsable pour qu'un internement soit prononcé. L'internement de sécurité ne pose pas non plus comme condition

²⁵⁵ Arrêt Jamil c. France du 8 juillet 1995; Welch c. Royaume-Uni du 9 février 1995.

l'irresponsabilité du prévenu pour être ordonné. L'auteur peut même être mentalement sain mais dangereux en raison des caractéristiques de sa personnalité et de son vécu. Le droit belge pose comme condition l'état de démence ou l'état grave de débilité mentale ou de déséquilibre mental rendant le délinquant incapable du contrôle de ses actions. Mais cet état doit exister au moment du jugement et non au moment des faits. Cette systématique est différente du droit suisse. En effet, le droit suisse met l'accent sur l'infraction commise et les circonstances qui l'ont entourée, alors qu'en droit belge, c'est le moment du prononcé de la décision qui est déterminant. Cela peut s'expliquer par le fait qu'en droit suisse la mesure de sûreté est une mesure pénale qui est liée à une infraction commise, alors qu'en droit belge, la mesure n'est pas pénale, c'est une mesure de défense sociale qui vise à protéger la société. Un individu qui n'est plus dangereux au moment de la prise de décision se verra infliger une peine en raison d'une infraction commise, s'il était responsable au moment des faits, ou un non-lieu, s'il était irresponsable, mais non une mesure puisqu'il ne présente plus de danger.

4.4) *L'internement des condamnés*

Le droit belge permet l'internement des condamnés au cours de leur détention. Cette mesure peut être ordonnée si un condamné se révèle dans un état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale le rendant incapable du contrôle de ses actions. Le condamné doit en outre avoir commis un crime ou un délit sanctionné par une peine correctionnelle ou criminelle et l'anormalité doit se manifester au cours de la détention. Si la mesure d'internement prend fin avant le terme de la peine, parce que l'état du condamné s'est amélioré, il retourne en prison. Le temps de l'internement est assimilé à la détention pour le calcul afférent à la libération conditionnelle. L'internement est prononcé par le TAP sur avis du directeur. Mais, l'accord du condamné n'est pas requis.

En droit suisse, sous l'empire de l'ancien droit, seul l'art. 44 ch. 6 aCP permettait à un condamné d'être soumis à une mesure d'internement. Selon cette disposition, si, en cours de détention, un condamné toxicomane avait besoin d'un traitement, était apte à être soigné et souhaitait l'être, il pouvait demander au juge de suspendre l'exécution de la peine et de l'interner dans un établissement pour toxicomanes. Mais l'accord du condamné était obligatoire. Sous l'empire du droit actuel, le changement de sanction s'est généralisé, mais l'accord du condamné n'est plus requis. En effet, si, avant ou pendant l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'un internement, le condamné remplit les conditions d'une mesure thérapeutique institutionnelle, le juge qui a prononcé la peine ou l'internement peut ordonner une mesure et suspendre l'exécution de la peine ou de l'internement. Et si, lors de la levée du

traitement institutionnel ordonné suite à une infraction prévue à l'art. 64, l'on doit sérieusement craindre que l'auteur ne commette une infraction du même genre, le juge peut ordonner l'internement à la requête de l'autorité d'exécution. Il est ainsi possible de prononcer un traitement institutionnel et un internement en cours de détention. Mais l'absence de consentement du condamné pose problème au regard de *ne bis in idem*²⁵⁶. En droit belge, l'internement peut également être prononcé sans le consentement du condamné. L'internement n'étant pas une sanction pénale en Belgique, se pose la question de la coordination entre la sanction pénale et la mesure de défense sociale au sens de *ne bis in idem*. Il est intéressant de faire une mise en parallèle avec la coordination entre une sanction pénale et une sanction administrative en droit suisse. Le principe *ne bis in idem* s'applique pleinement dans une telle situation, parce que la sanction, administrative selon le droit suisse, est une sanction à caractère pénal au sens de l'art. 6 CEDH²⁵⁷. Tel devrait être également le cas s'agissant de la coordination entre une sanction pénale et une mesure d'internement. Si l'internement n'est pas une sanction pénale au sens du droit belge, elle présente une analogie suffisante avec une peine pour être considérée comme telle au sens de l'art. 6 CEDH. En effet, trois critères alternatifs permettent à la Cour de déterminer si une mesure doit être considérée comme une sanction pénale: si le texte définissant l'infraction ressort du droit pénal d'après la technique juridique de l'état défendeur, la nature de l'infraction et la nature et le degré de gravité de la sanction que risque de subir l'intéressé²⁵⁸. Il est donc fort probable que l'internement d'un condamné au sens du droit belge soit considérée comme une sanction pénale et viole ainsi également la règle *ne bis in idem*.

4.5) La procédure

En droit belge, les juridictions d'instruction et de jugement qui statuent sur un réquisitoire ou sur une demande d'internement, peuvent ordonner d'office, ou à la demande du ministère public ou de l'inculpé et de son avocat, l'audition de témoins ou d'experts. A Genève, lorsque les mesures sont prononcées par la Chambre d'accusation qui prononce un non-lieu en raison de l'irresponsabilité du prévenu et ne renvoie pas en jugement, les faits sont instruits bien plus sommairement que lors d'une audience de jugement devant la Cour d'assises, la Cour correctionnelle ou le Tribunal de police. Les faits ne sont pas revus par la Cour de cassation qui ne revoit que le droit.

²⁵⁶ Pour plus de détails, p. 63 ss.

²⁵⁷ JEANNERET, pp. 275-276.

²⁵⁸ Arrêt Engel et autres c. Pays Bas du 8 juin 1976; Lutz c. France du 17 juin 2003.

Le droit belge prévoit la détention limitée ou la surveillance électronique. Un tel régime a été institué dans le but de mieux préparer la réintégration de l'interné dans la société. L'interné, soumis à une détention limitée, quitte l'établissement le matin pour se rendre à son travail et y retourne le soir. Un tel régime n'existe pas en droit suisse. La pratique belge est plus souple que la pratique suisse en ce qui concerne les congés et les sorties. En effet, le projet de loi prévoit que le TAP puisse accorder des congés ou des sorties aux internés pour qu'ils puissent assister à l'enterrement d'un parent, au mariage d'un enfant, pour suivre un cours ou exercer une activité religieuse. Il accorde également aux internés des congés entre un et sept jour par mois. A Genève, la loi ne réglemente pas les sorties et les congés. Mais, en règle générale, un interné ne bénéficie d'aucune sortie, sauf cas exceptionnels comme des funérailles, et ces rares sorties sont toujours accompagnées.

Les TAP ne sont pas tenus aux obligations de publicité des audiences au sens de l'art. 6 CEDH, lorsqu'ils prononcent une décision, puisque, même s'ils se prononcent sur une mise en liberté, ils ne statuent pas sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. Le droit suisse au contraire est tenu par les obligations de procédure découlant de l'art. 6 CEDH puisque les mesures de sûreté sont des sanctions pénales.

4.6) *Les informations aux victimes*

Contrairement au droit suisse, le projet de loi belge contient des dispositions sur les informations aux victimes. Les victimes de crimes très graves peuvent ainsi être entendues par le TAP avant une libération sous condition. Elles peuvent également se prononcer par écrit sur toutes les autres décisions concernant les modalités de sortie. Enfin, si elles ont un intérêt légitime et direct, les victimes peuvent être informées des moments cruciaux du déroulement de l'internement. Elles sont également informées si l'interné est en fuite ou décède pendant l'exécution de l'internement mais en aucun cas des circonstances du décès. L'interné est toutefois protégé, parce que la victime perd le droit d'être informée si elle utilise ces informations pour porter atteinte à la vie privée, à l'intégrité physique ou morale ou au bien-être de tiers.

De telles informations aux victimes ne sont pas prévues par le droit suisse. Il n'était pas rare, sous l'ancien droit, que des victimes ou leur famille contacte l'autorité compétente pour avoir des informations sur le déroulement de la mesure et, surtout sur le moment de son terme. Mais l'autorité ne donnait aucune information et n'entendait pas les victimes. Sous le droit actuel, il n'est pas prévu que l'autorité d'exécution entende les victimes à propos des modalités d'exécution d'une mesure de sûreté.

III.

Les mesures de sûreté en droit actuel et la pensée pénale de Jeremy Bentham

A. La prévention

1. La fonction, la finalité et le fondement de la sanction

Pour qualifier la notion de prévention, il sied de différencier la fonction, la finalité, le fondement et les effets de la sanction. Le fondement de la sanction se définit comme sa justification ou sa raison d'être qui peut se définir selon deux approches différentes, l'une juridique, l'autre philosophique. D'après Michel van de Kerchove et Françoise Tulkens²⁵⁹, les principaux fondements résident dans l'importance du dommage, la gravité de l'acte commis ou la responsabilité et la dangerosité de son auteur. L'approche philosophique décrit le fondement comme de type théocratique ou fondé sur le contrat social. Le fondement justifie l'imposition d'une sanction; il répond à la question de « pourquoi punit-on ? » Il justifie également son quantum et sa nature. La finalité est hypothétique. Elle se réalise dans le but recherché par la punition, les intérêts poursuivis par la peine. Elle peut, par exemple, avoir comme but la protection de la sécurité publique ou l'intérêt de la victime à voir le délinquant puni. Les effets sont les résultats concrets effectivement atteints par la sanction. Ils sont souvent différents de la finalité, parce qu'ils ne correspondent pas au but envisagé. Par exemple, une peine d'emprisonnement peut faire plus de mal au délinquant que ce qui était envisagé. La fonction de la sanction est probablement la notion la plus mal aisée à définir. Michel van de Kerchove et Françoise Tulkens la décrivent comme la « finalité réalisée ». La fonction est différente de la finalité en ce sens qu'elle n'est pas intentionnelle. Elle remplit un rôle effectif en amont de la finalité, en ce sens qu'elle permet de parvenir au but recherché. Contrairement à la finalité, elle n'est pas artificielle. Elle est également différente des effets qui remplissent un rôle secondaire qui ne correspond pas forcément au but recherché.

Les principales fonctions que remplit la sanction sont la prévention qui se subdivise en prévention spéciale et générale, la réparation, la rétribution et la fonction socio-pédagogique²⁶⁰. La prévention générale représente la fonction rationnelle par excellence des sanctions pour les utilitaristes. Il s'agit de la dissuasion ou de l'intimidation collective de tous les auteurs qui pourraient potentiellement se rendre coupables d'une infraction. Si cette fonction paraît plausible, elle est en réalité d'une effectivité bien incertaine. La prévention spéciale représente la capacité de la sanction d'empêcher un individu de commettre une nouvelle infraction. Elle peut prendre plusieurs formes. L'élimination du délinquant est la forme la plus radicale. Une forme plus

²⁵⁹ TULKENS / VAN DE KERCHOVE, p. 488.

²⁶⁰ TULKENS / VAN DE KERCHOVE, pp. 488-494.

respectueuse des libertés individuelles est la neutralisation ou l'« incapacitation » du délinquant en lui infligeant une peine privative de liberté qui lui ôte la possibilité de nuire. Enfin, la forme qui tient le plus compte de l'individu est la resocialisation et la réinsertion qui se réalisent dans le traitement. C'est sous cette forme que les mesures de sûreté tendent à réaliser la fonction de prévention spéciale. En pratique, l'on observe souvent des combinaisons et des mélanges verbaux de ces trois formes²⁶¹. Si l'on privilégie la notion de prévention générale, il faut une sanction d'une certaine gravité pour dissuader de commettre un crime. Si l'on considère la sanction comme un remède spécial dans la lutte contre la criminalité, donc comme une mesure de sécurité, la prévention spéciale occupe une place prépondérante.

La réparation n'a un sens que si l'on estime que l'infraction commise a entraîné un dommage qu'il s'agit de réparer. La sanction infligée est le prix à payer. Cette notion ressemble beaucoup à l'idée de rétribution. Le prix à payer pour réparer l'offense constitue également sa rétribution. La fonction de rétribution est sans doute l'une des plus anciennes mais elle est réapparue assez récemment dans la discussion après que les partisans des théories utilitaristes et de la pensée de la défense sociale eurent tenté de l'effacer au profit de la prévention. La notion de rétribution et surtout celle de punition ou de répression qui en constitue l'aspect négatif préconisent que l'on fasse correspondre un mal équivalent, la peine, au mal causé par l'infraction. Tandis que la prévention est tournée vers l'avenir et la réparation vers le présent, la rétribution est tournée vers le passé. L'idée de rétribution présuppose ainsi une équivalence symbolique et non utilitaire entre le mal causé par l'infraction commise et le mal infligé par la peine. La peine constitue, contrairement aux mesures, par sa nature spécifiquement afflictive et infamante, le meilleur instrument de rétribution en tant que réprobation publique. En effet, elle ne peut être infligée que si l'infraction pénale est moralement imputable à son auteur, selon une échelle de gravité parallèle entre les infractions et les peines. L'on pourrait affirmer que la rétribution est la fonction de la peine et la prévention est la fonction de l'exécution de la peine. La peine est prédéterminée abstraitement selon une échelle de gravité parallèle entre les infractions et les peines, afin de remplir la fonction rétributive. Le prononcé de la sanction permet déjà de parvenir à la fonction recherchée : il s'agit mathématiquement de prononcer la peine prévue qui permettra de rétablir le déséquilibre créé par l'infraction commise. Mais la manière dont une peine est exécutée favorisera la fonction préventive. En effet, l'exécution de la peine peut être plus ou moins axée sur la resocialisation et le traitement du condamné, elle peut également avoir une fonction plus ou moins marquée de prévention générale, suivant l'influence qu'elle a sur de potentiels futurs délinquants. Ainsi, la

²⁶¹ ROBERT, p. 180.

peine permet de rétablir le déséquilibre causé par l'infraction commise mais elle doit être exécutée de manière à prévenir de futures infractions.

Même si la notion de rétribution ressemble à celle de réparation, ces deux notions sont néanmoins différentes, en ce sens que la réparation se réfère au dommage alors que la rétribution se réfère à la faute. En effet, de même qu'un dommage peut devoir être réparé en l'absence de faute, dans le cas d'une responsabilité objective, une faute peut être réprimée en l'absence de dommage. Les notions de prévention et de rétribution ne sont pas si étrangères l'une de l'autre. En effet, si la prévention générale peut être fondée sur la sévérité de la peine, Bentham a souligné qu'une sévérité démesurée entraîne plus d'averssion que d'adhésion et qu'une peine proportionnée à la gravité de l'infraction est plus légitime et plus efficace²⁶². Ainsi, la dissuasion et la rétribution ne sont pas deux notions étrangères l'une de l'autre et la rétribution peut apparaître comme un moyen d'atteindre la dissuasion qui constitue la fin. Le lien entre la rétribution et la prévention spéciale est moins évident. La notion de prévention spéciale a modifié le fondement de la peine qui n'est plus la gravité de l'infraction mais la dangerosité du délinquant et a réduit la fonction rétributive de la peine au profit d'une fonction de neutralisation ou de réhabilitation. Il y aurait une incompatibilité entre réprimer et traiter, rétribuer et réhabiliter. Mais les conceptions ont évolué ces dernières années jusqu'à admettre que la rétribution fait partie intégrante du traitement voire même qu'elle peut constituer le meilleur traitement. En effet, un traitement est peu utile, voire inutile, si le condamné n'y adhère pas. Dans cette optique, rétribution et prévention spéciale deviennent indissociables jusqu'à se confondre. La fonction socio-pédagogique ne nous intéresse pas pour cette étude. Il s'agit de l'expression symbolique de l'attachement à certaines normes, aux comportements qui s'y conforment et aux valeurs qu'elles consacrent à l'égard de la société.

2. La prévention d'après la pensée pénale de Jeremy Bentham

2.1) *La prévention générale et la prévention spéciale*

Bentham donne des peines légales la définition suivante: « *D'après le principe de l'utilité, les peines légales sont des maux infligés, selon des formes juridiques, à des individus convaincus de quelque acte nuisible, défendu par la loi, et dans le but de prévenir de semblables actes.* » Trois éléments découlent de cette définition : le droit de punir, le but de la peine et la fixation de la peine sur le seul délinquant²⁶³.

²⁶² Voir p. 151 ss.

²⁶³ BENTHAM (1829) (II), pp. 1-3.

Après la commission d'un acte nuisible, le législateur et le magistrat ont en tête d'empêcher la répétition d'actes semblables et de réparer autant que faire se peut le dommage commis. Le délit commis est un acte qui appartient au passé alors que le futur est infini. Le délit n'a (directement) affecté qu'une personne alors qu'un délit similaire dans le futur pourrait affecter n'importe qui. Le mal commis ne peut souvent pas être réparé alors que des délits futurs peuvent être prévenus. Pour ces raisons, la prévention est le but premier et la principale justification de la peine²⁶⁴. Le premier danger qu'il faut prévenir vient du délinquant lui-même. Mais en réalité le danger provient de tout individu qui pourrait potentiellement avoir les mêmes motifs et les mêmes envies de commettre un tel délit. Ainsi, la prévention se subdivise en prévention particulière et prévention générale. La prévention particulière vise le délinquant et la prévention générale vise l'ensemble de la communauté. Chaque personne agit, même sans s'en rendre compte, d'après un calcul de peines et de plaisirs. Si la peine infligée lui paraît plus forte que le plaisir obtenu par le délit commis, il ne le commettra pas.

Il y a trois manières de prévenir la récidive par rapport à un délinquant donné :

1. En ôtant au délinquant le pouvoir physique de commettre le délit.
2. En ôtant au délinquant l'envie de commettre le délit.
3. En ôtant au délinquant l'audace de commettre le délit.

Si le délit est de nature à répandre une grande alarme auprès de la communauté, il faut enlever au délinquant le pouvoir de récidiver. Mais si le délit est moins dangereux et ne justifie qu'une peine légère, celle-ci doit être intimidante et réformatrice à l'égard du délinquant avant qu'il ne soit rendu à la société²⁶⁵. La réformation est la plus difficile à accomplir mais également la plus utile. Réformer ou amender un délinquant signifie modifier ses inclinations, ses motifs, ses habitudes, son caractère. Un délinquant réformé ne veut plus enfreindre la loi, parce qu'il n'a plus de penchants ou d'habitudes criminelles²⁶⁶.

La prévention générale se réalise par l'exemple offert par la peine, tant dans son existence que dans son application. Toute personne voit ce qu'il souffrirait s'il commettait le même acte. La prévention générale est la fonction première et la raison justificative des peines. Si l'on pensait qu'un délit n'est qu'un fait isolé qui ne sera plus commis, la peine est infligée en pure perte. Le mal commis n'apporte aucun bien puisque, de toute façon, il ne sert

²⁶⁴ PRIMORATZ, p. 334.

²⁶⁵ BENTHAM (1829) (II), pp. 4-5.

²⁶⁶ PRIMORATZ, p. 334.

à prévenir aucun nouveau mal. Mais si l'on estime que le délit impuni ouvrirait la porte à de nouveaux délits semblables non seulement de la part du délinquant mais également de toute autre personne, la peine devient la sauvegarde universelle. La peine est un moyen vil en soi mais indispensable si on l'envisage non pas comme un acte de colère ou de vengeance mais comme un sacrifice indispensable à la société²⁶⁷.

*« Quand on a fait cesser le mal, quand on a dédommagé la partie lésée, il reste encore à prévenir des délits pareils, soit du même délinquant, soit de tout autre. Il y a deux manières d'opérer pour arriver à ce but : l'une de corriger la volonté, l'autre d'ôter le pouvoir de nuire. On influe sur la volonté par la crainte ; on ôte le pouvoir par quelque acte physique. Ôter au délinquant la volonté de récidiver, c'est le réformer ; lui en ôter le pouvoir, c'est l'incapaciter. Un remède qui doit opérer par la crainte s'appelle peine. (...) Le but principal des peines c'est de prévenir des délits semblables. L'affaire passée n'est qu'un point ; l'avenir est infini. »*²⁶⁸ Ainsi, d'après le principe de l'utilité, la peine est une dépense qui doit être faite par l'Etat en vue d'un profit : la prévention.

La peine doit tendre vers l'amendement moral. Elle doit opérer un changement dans le caractère et les habitudes morales de l'individu. Elle doit tendre à affaiblir les motifs séducteurs et renforcer les motifs tutélaires. *« C'est un grand mérite dans une peine que de pouvoir servir à la réformation du délinquant, je ne dis pas seulement par la crainte d'être encore puni, mais par un changement dans son caractère et ses habitudes. On obtiendra ce but en étudiant le motif qui a produit ce délit, et en appliquant une peine qui tend à affaiblir ce motif. »*²⁶⁹ Bentham mentionne ici la fonction de prévention spéciale. Ainsi, en ce qui concerne les fonctions de la peine, l'utilité n'implique pas uniquement que la peine soit intimidante mais qu'elle tende à reclasser et amender l'individu. Bentham estime qu'il est possible de parvenir à la réformation des délinquants pour autant qu'elle ne nuise pas « au grand but de l'exemple »²⁷⁰. Les peines peuvent prendre différentes formes mais elles doivent être efficaces. Elles sont tournées vers l'avenir puisque elles ont comme rôle d'empêcher la récidive. La prévention générale cherche à agir sur le comportement de la société en dissuadant les délinquants de récidiver. Mais l'effet préventif ne se limite pas aux peines. La prévention spéciale peut prendre d'autres formes comme l'intimidation par la menace et la crainte qui en résulte, la réhabilitation par la réforme et l'amendement ou la neutralisation fondée sur la prédiction de la dangerosité²⁷¹.

²⁶⁷ BENTHAM (1829) (II), pp. 4-5.

²⁶⁸ BENTHAM (1829) (I), p. 143.

²⁶⁹ BENTHAM (1829) (II), p. 12.

²⁷⁰ TULKENS (1987), pp. 628-629.

²⁷¹ TULKENS (1987), pp. 657-658.

L'on voit que la prévention est la fonction première puisqu'elle sert à l'utilité, contrairement à la rétribution. En effet, la rétribution implique une peine fixée à l'avance. C'est le prix à payer et elle doit être infligée peu importe son effet sur le délinquant ou sur la sécurité publique, donc peu importe son utilité. La fonction préventive implique une peine individualisée au délinquant, afin de produire un effet sur lui qui le dissuadera de récidiver. Une peine qui ne permet pas d'empêcher la récidive ne devrait pas être infligée parce qu'elle ne serait d'aucune utilité. Ainsi, Bentham favorise la fonction préventive parce qu'elle répond au principe d'utilité ou du plus grand bonheur du plus grand monde. Une peine ne sera infligée que si elle permet d'améliorer la sécurité publique et ainsi d'augmenter le bien-être de la population.

Ainsi pour Bentham, le but et la nécessité de la punition doivent être utiles. Il s'oppose en cela tant à la théorie aristotélicienne de la justice qu'à la théorie moderne du contrat social²⁷². Or, une peine utile est une peine qui permet d'éviter des délits futurs et qui apporte de la sécurité. L'utilité de la peine se retrouve dans sa fonction préventive.

2.2) *La valeur apparente et la valeur réelle de la peine*

La peine a une valeur apparente et une valeur réelle. La valeur réelle est le mal réel que subit celui qui exécute une peine. La valeur apparente est le mal probable que s'imagine le commun des hommes d'après sa description ou la vue de son exécution. La peine réelle constitue la dépense puisqu'elle engendre des maux et la peine apparente le profit puisqu'elle tend à la prévention générale et donc à la sécurité. C'est la peine apparente qui influe sur la conduite des hommes. Dans ce calcul, l'intérêt du délinquant doit être pris en compte, parce que le délinquant est membre de la communauté, comme tout autre individu, comme la partie lésée elle-même. Son intérêt doit tout autant être consulté que celui des autres individus. Si une partie de son intérêt peut être sacrifiée pour l'intérêt commun, on doit y avoir égard et le sacrifier le moins possible. Ainsi, on ne peut infliger une grande peine que si elle est susceptible de produire un plus grand bien. Mais des peines réelles doivent néanmoins être infligées pour l'exemple, pour qu'elles aient une réelle influence sur les hommes. La réalité de la peine est nécessaire pour en produire l'apparence. C'est l'aspect le plus important puisque c'est l'apparence qui apporte la prévention et qui conduit ainsi à la sécurité et au bien-être de la population. Ainsi, le mal caché est inutile et ne devrait pas être infligé. Il faut donc que le mal réel soit aussi petit et le mal apparent aussi grand que possible²⁷³.

²⁷² TULKENS (1987), p. 651.

²⁷³ BENTHAM (1829) (II), pp. 5-6.

Il sied également de diminuer l'incertitude des procédures et des peines. Plus la peine est certaine et connue, plus elle remplira le but préventif désiré parce que les individus sauront à quoi s'attendre. En effet, le doute favorise l'espoir de l'impunité. Ainsi, toutes les précautions qui ne sont point absolument nécessaires à la protection de l'innocence offrent une protection dangereuse contre le crime. Bentham s'insurge contre la maxime selon laquelle il vaut mieux laisser échapper cent coupables que de condamner un seul innocent. Selon lui, l'innocence peut être totalement préservée sans favoriser l'impunité²⁷⁴.

D'un côté, Bentham estime que la peine apparente est essentielle parce qu'elle produit l'effet préventif désiré, sans le mal produit par la peine réelle. Mais d'un autre côté, il affirme que les peines doivent être appliquées parce que la réalité de la peine est nécessaire pour en produire l'apparence. Il s'agit de l'opposition toujours actuelle entre la validité formelle et l'effectivité d'une norme juridique. La loi n'est en effet pas toujours faite pour être appliquée, que ce soit parce que la loi est désuète ou en raison d'une règle de procédure pénale comme la prescription ou la présomption d'innocence. Si l'on favorise la fonction de rétribution, la loi pénale devra être appliquée, comme juste rétribution à une infraction commise. Mais si l'on favorise la fonction préventive, la peine devient un instrument. On doit donc en apprécier ses mérites en termes d'efficacité, en fonction d'une balance entre les coûts et les bénéfices. La loi doit alors être appliquée avec souplesse, en fonction de la diversité des infractions, des circonstances concrètes dans lesquelles elles ont été commises et de la personnalité de l'auteur, signes d'un degré différent de dangerosité. Dans un tel cas, la validité formelle d'une loi est différente de son effectivité. Seule une application sélective de la loi est recherchée au nom du principe d'efficacité²⁷⁵. Cela rejoint la pensée de Bentham qui recherche l'efficacité de la loi pénale, avec le moins de souffrance possible infligée au délinquant. Les lois doivent être précises pour que les individus sachent ce qui les attend et doivent être appliquées pour avoir un effet dissuasif. Les citoyens doivent savoir que la loi pénale existe et qu'elle est appliquée mais, en réalité, les peines doivent être infligées avec économie.

2.3) *L'individualisation de la peine*

Comme nous l'exposerons plus en détails au chapitre D, pour que les peines répondent à l'effet préventif désiré il faut qu'elles tiennent compte des circonstances qui influent sur la sensibilité. Chaque plaisir et chaque peine ne

²⁷⁴ BENTHAM (1829) (I), pp. 206-207 et p. 217.

²⁷⁵ VAN DE KERCHOVE (1985), pp. 329-334.

sont pas les mêmes pour chaque individu. Elles dépendent des différences de sensibilité. Ces différences sont dues à certaines circonstances qui ont une influence sur l'état physique et moral des individus. Ces circonstances sont nombreuses. Il existe des circonstances premières comme le tempérament ou la constitution originelle, la santé, la force, les imperfections corporelles, le degré de lumière, c'est-à-dire les connaissances ou les idées que possède un individu, la force des facultés intellectuelles, c'est-à-dire le degré de facilité à se rappeler des idées acquises ou à en acquérir de nouvelles, la fermeté de l'âme, la persévérance, la pente des inclinations, c'est-à-dire les idées que se forme un individu d'une peine ou d'un plaisir, les notions d'honneur, les notions de religion, les sentiments de sympathie et d'antipathie, la folie ou le dérangement d'esprit, les circonstances pécuniaires²⁷⁶. Mais il existe également des circonstances secondaires comme le sexe, l'âge, le rang, l'éducation, les occupations habituelles, le climat, la race, le gouvernement et la religion. Ces circonstances secondaires contiennent plusieurs circonstances premières. Par exemple, le sexe rappelle les circonstances premières de force, de lumière, de fermeté d'âme, de persévérance, des idées d'honneur, des sentiments de sympathie²⁷⁷. Le législateur pénal, dans plusieurs cas, doit tenir compte de toutes ces circonstances qui influent sur la sensibilité²⁷⁸.

2.4) *Les cas dans lesquels aucune peine ne devrait être infligée*

Bentham cite quatre cas dans lesquels aucune peine ne devrait être infligée : lorsque celle-ci serait mal fondée, inefficace, superflue ou trop dispendieuse. Une peine est mal fondée s'il n'y a pas de vrai délit commis, s'il n'y a aucun mal de premier ou de second ordre ou si le mal serait plus que compensé par le bien, comme dans l'autorité politique ou domestique, dans la répulsion d'un mal plus grave ou dans la défense de soi-même. Il n'y a point de vrai délit dans les cas de délits de mal imaginaire, actes innocents mais rangés parmi les délits en raison de préjugés, d'antipathies ou d'erreurs d'administration. Les peines sont inefficaces si elles n'ont aucun effet sur la volonté et ainsi ne serviraient pas à prévenir des actes semblables. L'on peut penser à des personnes qui n'ont pas pu connaître la loi, qui ont agi sans intention, de manière erronée ou sous une contrainte irrésistible. Telles sont les personnes qui n'ont pas atteint le degré de maturité nécessaire pour que la perspective du mal ait une influence sur leur comportement, les personnes atteintes de

²⁷⁶ BENTHAM (1829) (II) pp. 25-27.

²⁷⁷ BENTHAM (1829) (II) pp. 27-28.

²⁷⁸ Pour plus de détails, voir l'individualisation, p. 173 ss.

folie, si elles ont atteint la maturité nécessaire mais en sont privées par l'influence d'une cause permanente et invisible et les personnes intoxiquées qui ont perdu leur bon sens par l'influence d'une cause comme le vin, l'opium ou d'autres drogues²⁷⁹. « *Des enfants, des imbéciles, des fous, quoiqu'on puisse les mener jusqu'à un certain point par des récompenses et des menaces, n'ont pas assez d'idées de l'avenir pour être retenus par des peines futures. La loi serait sans efficace à leur égard.* » Une peine est superflue si l'on pouvait atteindre les mêmes résultats par des moyens plus doux comme l'instruction, l'exemple, les invitations, les délais, les récompenses. Bentham cite ainsi de nombreuses alternatives à la peine. Les limites qu'il pose à l'intervention pénale n'implique donc pas l'absence de tout contrôle social²⁸⁰. Enfin, une peine est trop dispendieuse si le mal de la peine excède le mal du délit parce que le législateur produirait plus de souffrance qu'il n'en préviendrait²⁸¹. Dans ces quatre cas, Bentham estime qu'une peine ne devrait pas être infligée parce qu'elle ne permettrait pas d'atteindre correctement la fonction préventive correspondant au but d'utilité.

2.5) *Les manières directes et indirectes de prévenir un délit*

Il y a deux manières de prévenir des délits. La manière directe consiste à combattre les délits par des peines, en prohibant chaque délit par une peine spéciale. La manière indirecte consiste à combattre les délits par des moyens qui les préviennent, en prenant les précautions adéquates. « *Dans la législation directe, on attaque le mal de front ; dans l'indirecte, on l'attaque par des moyens obliques. Dans le premier cas, le législateur déclare ouvertement la guerre à l'ennemi, le signale, le poursuit, le prend corps à corps, et monte ses batteries en sa présence. Dans le second cas, il n'annonce pas tous ses desseins, il ouvre des mines, il se ménage des intelligences, il cherche à prévenir les desseins hostiles, et à maintenir dans son alliance ceux qui auraient eu des intentions secrètes contre lui.* » La législation directe doit procéder de la manière suivante: 1) Choisir les actes qu'elle érige en délits, 2) décrire chaque délit, 3) exposer les raisons pour attribuer à ces actes la qualité de délit, 4) attribuer une peine compétente à chaque délit, 5) exposer les raisons qui servent à justifier cette peine. Ce système pénal est défectueux pour plusieurs raisons. Un des défauts du système pénal est dû à son caractère purement réactif. « *Il faut que le mal ait existé avant qu'on puisse appliquer le remède. Le remède consiste dans l'application de la peine, et la peine ne peut être appliquée qu'après que le délit a été commis. Chaque nouvel exemple d'une peine infligée est une preuve de plus de son peu d'efficacité, et laisse subsister un certain*

²⁷⁹ BENTHAM (1996), p. 161.

²⁸⁰ VAN DE KERCHOVE (1987), p. 686.

²⁸¹ BENTHAM (1829) (I) pp. 169-170; (II) pp. 21-22.

degré de danger et d'alarme. »²⁸² Ainsi Bentham estime qu'un meilleur système serait celui où l'aspect préventif permettrait d'agir en amont de toute infraction commise. Ce système permettrait de prévenir toute infraction puisqu'il n'y aurait pas besoin d'attendre qu'une infraction soit commise. La peine, même si elle sert à prévenir un mal plus grand, est elle-même un mal. La justice pénale implique toute une série de maux : « *maux dans les menaces et la contrainte de la loi ; maux dans la poursuite des accusés avant qu'on puisse distinguer l'innocent du coupable ; maux dans l'infliction des sentences juridiques ; maux dans les suites inévitables qui rejouissent sur des innocents* ». Enfin, le système pénal n'a pas de prise sur plusieurs délits qui échappent à la justice.

Cette imperfection du système pénal a forcé le souverain à recourir à de nouveaux expédients. Ceux-ci visent à prévenir les délits, en ôtant la connaissance du mal ou en ôtant la puissance ou la volonté de mal faire. La plupart des ces moyens de prévenir les délits touchent à l'art de diriger les inclinations, en affaiblissant les motifs qui poussent au mal et en favorisant ceux qui poussent au bien. Tels sont les moyens indirects : ceux qui, sans avoir les caractères de la peine, agissent sur le physique ou le moral de l'individu, afin qu'il obéisse aux lois, qu'il ne soit pas tenté par le crime et qu'il soit conduit par ses penchants et ses lumières. Le souverain agit indirectement quand il prend des précautions pour prévenir des délits. Ces moyens indirects sont non seulement plus doux mais réussissent mieux que les moyens directs²⁸³. Les moyens indirects peuvent se résumer à trois types de mesures. Les premières portent sur les moyens d'ôter le pouvoir physique de nuire. Le pouvoir interne se distingue du pouvoir externe. Le pouvoir interne dépend des facultés intrinsèques de l'individu et le pouvoir externe dépend des personnes et des choses hors de lui, dont il se sert pour agir. La privation du pouvoir interne est un moyen radical mais dont on a de la peine à trouver un effet positif pour l'homme qui le subit parce que le pouvoir de faire du mal est inséparable du pouvoir de faire du bien. Par exemple, un individu à qui l'on a coupé les mains ne peut certes plus voler mais il ne peut pas travailler non plus. Il vaut mieux se concentrer sur la réglementation des objets matériels qui servent à commettre une infraction, comme l'interdiction de certaines ventes ou le besoin de permis pour acquérir une arme. Un autre moyen indirect est d'empêcher les hommes d'acquérir les connaissances qui pourraient leur donner des idées nuisibles. Mais Bentham est contre ce moyen qui conduirait à la censure des livres. Enfin, un dernier moyen indirect est celui qui est susceptible de prévenir la volonté de commettre un délit. Il faut agir sur les ressorts de la volonté, détourner le cours des désirs dangereux, et diriger les inclinations vers des amusements plus conformes à l'intérêt public, faire en sorte qu'un plaisir

²⁸² BENTHAM (1829) (I), p. 187.

²⁸³ BENTHAM (1829) (I), pp. 169-170.

se satisfasse sans préjudice ou avec le moins de préjudice possible, éviter de fournir des encouragements au crime, augmenter la responsabilité des personnes à mesure qu'elles sont plus exposées à la tentation de nuire, diminuer la sensibilité à l'égard de la tentation, fortifier l'impression des peines sur l'imagination, faciliter la connaissance du corps du délit, empêcher un délit en donnant à plusieurs personnes un intérêt immédiat à le prévenir, faciliter les moyens de reconnaître et de retrouver les individus, augmenter pour les délinquants la difficulté de l'évasion, diminuer l'incertitude des procédures et des peines, prohiber les délits accessoires pour prévenir le délit principal. Ce principe s'applique à trois formes de désir: la vengeance, l'indigence et l'amour²⁸⁴.

Les mesures de défense sociale sont des moyens indirects de prévenir des délits. En effet, face à des délinquants mentalement anormaux, surtout ceux qui ont une responsabilité diminuée, une peine n'a guère de succès. Il a donc fallu trouver des expédients permettant de prévenir de nouveaux délits et de parer à la dangerosité de ces délinquants. Les mesures de défense sociale remplissent ce but en soignant et réhabilitant les délinquants anormaux, soignant et sevrant les délinquants dépendants de l'alcool ou des stupéfiants. Ces mesures ont pour effet d'affaiblir les motifs qui poussent à la délinquance. Ils agissent sur la santé physique et psychique de ce type de délinquants, afin de les détourner du crime.

3. La prévention et les mesures de sûreté en droit actuel

Les mesures de sûreté sont des mesures de protection ou de défense sociale, comme la loi belge les nomme justement, destinées à prévenir la récidive des délinquants et à neutraliser la dangerosité. Elles se distinguent des peines par leur fondement, leur but et leur contenu. Leur fondement repose non pas sur la culpabilité des délinquants mais sur leur dangerosité. Elles ne devraient théoriquement pas avoir de fonction rétributive et expiatoire et ne comporter aucun caractère afflictif ou infamant prémédité. Elles devraient avoir pour unique fonction l'élimination de la dangerosité et non pas la souffrance ou l'humiliation à l'égard du condamné. Elles ne devraient pas se trouver dans le champ pénitentiaire mais dans un champ prophylactique exempt de la notion de châtiment et être exécutées dans un établissement psychiatrique ou dans une institution de rééducation et n'entraîner que les désagrèments de la thérapie²⁸⁵. Nous verrons que leurs différences ne sont pas si tranchées en réalité.

²⁸⁴ TULKENS (1987), p. 637.

²⁸⁵ MERLE/VITU, pp. 826-827.

3.1) *La prévention et les mesures de sûreté dans l'ancien code pénal suisse*

Les mesures de sûreté avaient avant tout une fonction préventive. Le principe de la proportionnalité qui se déduisait seulement des art. 43 et 44 aCP mais qui est expressément prévu dans le code pénal actuel (art. 56 al. 2 CP) exigeait qu'un risque de récidive soit présent et que la mesure envisagée soit propre à prévenir la commission de nouvelles infractions²⁸⁶. Pour qu'une mesure soit ordonnée, il fallait qu'elle soit propre à éliminer ou atténuer le danger de voir le délinquant commettre d'autres actes punissables. Le traitement médical ou les soins ne devaient pas avoir uniquement un but thérapeutique mais un but préventif. Ils devaient remplir les besoins de prévention générale et spéciale. Ainsi, un auteur souffrant d'une anomalie mentale qui paraissait propre à être guéri mais dont la mesure ne paraissait pas propre à diminuer sa dangerosité ne pouvait pas bénéficier d'une mesure au sens de l'art. 43 aCP²⁸⁷. Le juge devait donc poser un pronostic et parvenir à la conclusion que la mesure empêcherait ou diminuerait le risque que le délinquant commette de nouvelles infractions et qu'elle aurait une influence positive sur la tendance récidiviste de l'auteur.

L'art. 43 aCP permettait de prononcer un internement indépendamment des chances de succès et de la motivation de l'auteur de se soumettre à un traitement. Il n'était même pas nécessaire que le traitement de l'auteur nécessite des soins. Si, en raison de l'état mental du délinquant qui était à l'origine du crime ou du délit commis, l'auteur présentait une dangerosité importante, l'internement pouvait être justifié sous l'angle du principe de la proportionnalité et ce, indépendamment du besoin ou des chances de succès d'un traitement médical²⁸⁸. D'ailleurs la loi laissait un bien maigre pouvoir d'appréciation au juge puisqu'elle disposait que si, en raison de son état mental, le délinquant compromettait gravement la sécurité publique et si cette mesure était nécessaire pour prévenir la mise en danger d'autrui, le juge devait ordonner l'internement. En prévoyant que l'internement était prononcé en priorité pour des motifs de sécurité publique et non pour le bien de l'auteur, le législateur avait voulu favoriser la prévention spéciale sous l'angle de la neutralisation.

Mais, pendant l'internement, une aide thérapeutique ou médicale devait si possible être prodiguée; l'aspect curatif devait être pris en compte en sus de l'aspect sécuritaire. La notion de traitement médical devait être comprise

²⁸⁶ KILLIAS, pp. 228-229.

²⁸⁷ REHBERG, p. 133.

²⁸⁸ KILLIAS, p. 226.

dans un sens large; il pouvait s'agir de toutes les formes de traitement de type médical mais aussi paramédical, à condition qu'ils soient à même d'éliminer ou d'atténuer le danger de voir le délinquant commettre d'autres actes punissables²⁸⁹. Ces moyens ressemblaient fortement aux moyens indirects de prévenir les délits que l'on trouvait dans la pensée de Jeremy Bentham. Il s'agissait, en effet, de tous les moyens qui, sans avoir les caractéristiques d'une peine, agissaient sur le physique ou le moral de l'individu pour prévenir de nouvelles infractions²⁹⁰. Cela rejoignait le Tribunal fédéral qui décrivait ces moyens comme toutes formes de traitement qui permettaient d'éliminer ou d'atténuer le risque de nouvelles infractions²⁹¹.

L'aspect curatif était ainsi néanmoins présent en théorie. Mais l'internement avait lieu dans une prison parce que l'établissement approprié prévu à l'art. 43 ch. 1 al. 2 aCP n'existait toujours pas et les hôpitaux psychiatriques étaient des lieux ouverts. La prison était donc le seul lieu où les internés pouvaient être placés. La sécurité publique était ainsi favorisée au détriment des soins. L'internement devait être préféré à l'hospitalisation ou au traitement ambulatoire si l'auteur était particulièrement dangereux et n'était accessible à aucun traitement ou si l'auteur, bien qu'apte à être traité, ne pouvait l'être dans un hôpital ou en liberté en raison de sa dangerosité. Ici également, c'était la prévention spéciale sous l'angle de la neutralisation de l'individu qui avait la priorité.

Contrairement à l'internement, le juge disposait d'un large pouvoir d'appréciation dans l'ordonnance de l'hospitalisation ou du traitement ambulatoire, au sens des art. 43 ch. 1 al. 1 et 44 ch. 1 aCP, puisque la loi disposait que le juge pouvait ordonner une telle mesure si les conditions étaient réalisées. Ainsi, le juge devait faire un pronostic et arriver à la conclusion que la mesure serait propre à éviter ou diminuer de futures infractions et avoir une bonne influence sur la tendance récidiviste de l'auteur. Les exigences quant aux chances de succès ne devaient pas être trop élevées; de maigres perspectives suffisaient²⁹². Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un traitement médical devait être entrepris chaque fois que le succès était vraisemblable. Le traitement médical au sens des art. 43 ch. 1 al. 1 et 44 ch. 1 aCP représentait ainsi un moyen d'éliminer ou d'atténuer de futures infractions²⁹³.

S'agissant du traitement des alcooliques et des toxicomanes, la mesure ne devait pas être une « occasion » de soigner l'auteur; elle devait servir à la

²⁸⁹ ATF 124 IV 246.

²⁹⁰ Pour plus de détails voir p. 200 ss.

²⁹¹ ATF 124 IV 246.

²⁹² TRECHSEL, Art. 43 N. 3 et 4.

²⁹³ ATF 124 IV 246.

protection de la sécurité publique. Il fallait en effet qu'il y ait une relation entre la dépendance et l'infraction commise, relation qui pouvait être directe ou indirecte. En effet, une personne pouvait commettre une agression parce qu'elle se trouvait dans un état anormal dû à l'effet de l'alcool ou des stupéfiants mais elle pouvait également commettre une atteinte au patrimoine dans le but de financer sa consommation de stupéfiants²⁹⁴.

Un traitement au sens de l'art. 43 aCP devait être levé si son but – la prévention de nouvelles infractions – était atteint ou si sa cause – l'anomalie psychique – avait disparu. Pour décider de mettre fin à un traitement, il fallait examiner l'état de la personne et le risque de nouvelles infractions²⁹⁵. Mais le patient ne devait pas forcément être complètement guéri pour que la mesure soit levée. Son état pouvait s'être stabilisé au point que l'autorité compétente estime que la prévention de nouvelles infractions était atteinte. La fin de la mesure pouvait également se justifier si le délinquant était capable de se conduire correctement en société malgré ses problèmes. S'il s'agissait de toxicomanes, la mesure devait être considérée comme réussie non seulement en cas d'abstinence totale mais également en cas de resocialisation du délinquant²⁹⁶. C'étaient ainsi des motifs de prévention spéciale qui dictaient la fin d'une hospitalisation ou d'un traitement ambulatoire. La levée de l'internement en raison de son inutilité ne s'appliquait pas à l'égard des délinquants dangereux qui n'étaient accessibles à aucun traitement. Dans de tels cas, la mesure devait être maintenue, même si elle était inutile d'un point de vue thérapeutique. C'étaient donc également des motifs de prévention spéciale mais sous l'angle de la neutralisation du délinquant qui dictaient la levée de l'internement. La fin d'une mesure de sûreté en droit suisse était ainsi dictée essentiellement par des motifs de prévention spéciale.

Même si la prévention occupait une place prépondérante, la rétribution était tout de même présente dans la systématique des mesures de sûreté, puisqu'une peine était également prononcée si l'auteur était responsable. En cas d'internement ou d'hospitalisation, cette peine devait être suspendue (art. 43 ch. 2 al. 1 et 44 ch. 1 al. 1 aCP) alors qu'en cas d'un traitement ambulatoire, elle pouvait l'être mais le traitement pouvait également avoir lieu en détention (art. 43 ch. 2 al. 2 et 44 ch. 1 al. 1 aCP). Le critère déterminant, dans ce cas, était de savoir si les chances effectives de succès seraient considérablement amoindries par l'exécution immédiate de la peine privative de liberté. Le Tribunal fédéral avait précisé à cet égard qu'une atteinte était considérable non seulement lorsque l'exécution de la peine rendait impossible ou remettait complètement en question le succès du traitement mais également lorsqu'un traitement immédiat offrait de bonnes chances de réinsertion qu'une

²⁹⁴ TRECHSEL, Art. 44 N. 4.

²⁹⁵ ATF 122 IV 8.

exécution de peine risquait d'empêcher ou atténuer²⁹⁷. Une fois que la mesure avait pris fin, le juge devait décider si et dans quelle mesure les peines suspendues devaient être exécutées. Il pouvait y renoncer complètement si l'exécution de la peine risquait de compromettre sérieusement l'effet de la mesure et si l'auteur avait fait ses preuves pendant la période de libération à l'essai. En outre, il ne fallait pas oublier que les mesures visaient avant tout à l'amendement de l'auteur et à la diminution du risque de récidive. L'on ne devait pas négliger cet aspect lorsque la mesure ordonnée n'avait pas pu être mise à exécution mais que la guérison ou la désintoxication était néanmoins intervenue, par exemple, lorsque l'auteur s'était imposé spontanément une cure visant à sa guérison ou sa désintoxication. Si l'initiative du traitement avait été couronnée de succès, mais qu'ensuite, l'intéressé refusait un traitement ambulatoire imposé par la loi, il n'y avait plus de raison d'imposer une incarcération susceptible de compromettre le résultat du traitement effectué spontanément²⁹⁸. Ainsi, la fonction rétributive était également présente puisqu'une peine était prononcée et devait être exécutée à la fin de la mesure. Mais la prévention spéciale était privilégiée par rapport à la rétribution parce que la peine ne devait pas être exécutée si elle risquait d'avoir un effet négatif sur la fonction préventive.

3.2) *La prévention et les mesures de sûreté dans le code pénal suisse actuel*

Comme dans l'ancien droit, un traitement institutionnel n'est ordonné que s'il est propre à détourner l'auteur de commettre de nouvelles infractions en rapport avec sa dépendance. A nouveau, un tel traitement ne doit ainsi pas être une « occasion » de soigner l'auteur. Il doit servir à la protection de la sécurité publique et remplir ainsi le but de prévention.

Comme dans l'ancien droit, le droit actuel prévoit, dans un premier temps, la libération conditionnelle de la mesure. Celle-ci peut être révoquée, non pas en fonction de la gravité de l'infraction commise mais de la persistance du danger que l'auteur commette de nouvelles infractions, danger auquel la mesure est sensée remédier. La réintégration peut également être ordonnée si un auteur se soustrait à l'assistance de probation ou viole les règles de conduite et si ce comportement dénote un danger sérieux qu'il commette de nouvelles infractions. C'est ainsi le but de prévention qui dicte si une mesure doit être levée ou non.

²⁹⁶ TRECHSEL, Art. 43 N. 23.

²⁹⁷ TRECHSEL, Art. 43 N. 10 et 10a.

²⁹⁸ ATF 114 IV 130.

Le nouveau droit prévoit la possibilité pour le juge de prononcer un internement à la fin d'une peine privative de liberté. Il est donc en premier lieu un internement de sécurité dans le sens que c'est la sécurité publique et non le traitement médical qui constitue le but premier de la mesure. Il est d'ailleurs possible d'interner des auteurs mentalement sains et pénalement responsables dans un établissement pénitentiaire. Enfin, l'entrée en vigueur de l'art. 123a Cst suite à l'acceptation de l'initiative sur l'internement à vie prévoit un internement purement sécuritaire. Cet internement remplit un but préventif par la neutralisation de l'auteur. L'on se préoccupe assez peu de la maladie de l'auteur puisqu'il est incurable. L'internement est exécuté sans aucune sortie, afin de protéger la sécurité publique.

L'art. 56 CP prévoit qu'une mesure doit être ordonnée si une peine seule ne peut écarter le danger d'autres infractions et si l'auteur a besoin d'un traitement ou que la sécurité publique l'exige. En outre, l'art. 57 CP prévoit que, si les conditions sont remplies aussi bien pour le prononcé d'une peine que d'une mesure, le juge ordonne les deux sanctions. L'exécution d'une mesure institutionnelle prime la peine privative de liberté ordonnée conjointement. Tel n'est pas le cas de l'internement de sécurité. Le principe de prévention prédomine ainsi dans l'imposition d'un traitement institutionnel mais non dans le cas d'un internement de sécurité. En effet, la peine ordonnée conjointement à l'internement doit toujours être exécutée et ce n'est qu'à la fin de la peine que l'autorité compétente doit examiner si l'internement prononcé sera exécuté. La peine est ordonnée et exécutée pour que la fonction rétributive soit remplie et, dans un deuxième temps, se posera la question de la mesure à prononcer pour éviter la récidive.

3.3) La prévention dans la loi belge sur la défense sociale

Le projet de loi de défense sociale, déposé devant la Chambre des représentants en 1923, ne précisait pas dans quel établissement l'internement devait être exécuté. L'exposé des motifs disait que les anormaux internés ne devaient pas être traités comme des délinquants mais devaient être soignés comme des malades. Toutefois, le texte du projet ne s'opposait pas à ce que l'internement ait lieu dans une annexe psychiatrique ou dans un quartier séparé d'un établissement pénitentiaire. De nombreux partisans du projet estimaient préférable que les internements aient lieu dans un cadre pénitentiaire, ou au moins que la procédure d'exécution et de mise en liberté soient soumises au contrôle de celui-ci. Leur préoccupation obéissait à un double souci : étant données les conditions précaires des budgets après la première guerre mondiale, il valait mieux utiliser les établissements pénitentiaires existants, après les avoir transformés dans un sens médico-psychiatrique ; d'autre part, il était préférable de maintenir à la base du régime pénal les principes de répres-

sion et d'intimidation, même à l'égard de criminels mentalement anormaux auxquels une conception essentiellement prophylactique et thérapeutique s'appliquait. Mais une telle solution n'a pas été retenue. Il avait paru plus opportun de procéder expérimentalement, en internant certaines catégories de délinquants dans des quartiers spéciaux d'établissements pénitentiaires et d'autres dans des colonies ou des asiles dépendants d'une autre direction générale²⁹⁹. L'on peut constater que la prévention spéciale prédominait par la neutralisation de l'auteur et non par sa resocialisation.

Lors du dépôt du projet de la loi sur la défense sociale à l'égard des anormaux qui a été adoptée le 1^{er} juillet 1964, la Commission pour l'étude et la révision du droit pénal et la Commission permanente de défense sociale chargés par le Ministre de la justice de revoir les textes en vigueur avaient proposé des réformes tendant à l'amélioration du caractère curatif des interventions de défense sociale. Une première remarque concernait les annexes psychiatriques des prisons et des établissements de défense sociale qui ne disposaient pas du personnel et de l'équipement indispensables à l'examen et aux soins de toutes les maladies mentales, notamment certaines affections graves et aiguës qui nécessitaient un traitement médical urgent et complexe. Pour pallier cette lacune, la loi prévoyait la possibilité d'envoyer les inculpés et les internés anormaux dans un hôpital psychiatrique agréé par le Gouvernement. Mais cette décision ne pouvait être prise qu'à titre exceptionnel dans des cas de nécessités thérapeutiques impérieuses qui devaient être précisées dans la décision. Cette décision pouvait être prise à tous les stades de la procédure, tant par le juge d'instruction quand il prescrivait un mandat d'arrêt que lors d'une mise en observation ou d'un internement³⁰⁰.

Avant l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 1964, l'internement devait être exécuté immédiatement. La révision de 1964 prévoyait que l'inculpé qui était en liberté pouvait être dispensé de l'exécution immédiate de la décision d'internement dans les cas où des considérations d'ordre psychothérapeutique recommandaient une tentative de cure libre. Une telle décision pouvait être prise lorsque le danger que représentait l'inculpé était assez grave pour imposer un internement mais assez peu précis de telle sorte qu'on pouvait prendre le risque de surseoir au placement dans un établissement³⁰¹.

Afin de mieux préparer la réintégration de l'interné dans la société, la loi prévoyait que les Commissions de défense sociale pouvaient accorder un régime de semi-liberté entre l'internement et la libération à l'essai. Les

²⁹⁹ Rapport fait au nom de la Commission spéciale par M. Vandervelde, Chambre des représentants, Séance du 11 décembre 1924 (n° 37).

³⁰⁰ FETTWEIS, pp. 317-318 et FETTWEIS / VAN DEN BOSSCHE, p. 140.

³⁰¹ FETTWEIS, p. 318.

conditions et les modalités étaient fixées par le Ministre de la Justice. Ainsi, l'intéressé pouvait quitter l'établissement de défense sociale le matin pour se rendre à son travail et y retourner le soir, afin de favoriser sa réinsertion. Enfin, une tutelle médico-sociale des anormaux libérés à l'essai améliorait l'efficacité du traitement et comblait le manque de la simple et insuffisante surveillance psychiatrique prévue par la loi de 1930. Ses modalités et sa durée étaient fixées par la décision de libération à l'essai. Des organisations d'assistance intervenaient pour assurer la réinsertion familiale, professionnelle et sociale. Des assistants sociaux spécialisés, bien informés sur la personnalité et le passé de leur pupille, étaient chargés de les guider, de contrôler leurs activités et, le cas échéant, de provoquer l'intervention du dispensaire, du service social ou même du président de la commission³⁰².

Toutes ces modifications avaient pour but de privilégier la prévention spéciale par la resocialisation du délinquant. Mais, afin de mieux garantir la sécurité publique, la loi avait également voulu favoriser la prévention spéciale en accentuant l'aspect sécuritaire. Elle prévoyait ainsi la modification des conditions de la mise en liberté à l'essai des internés, l'élargissement des possibilités de prorogation de l'internement et la possibilité que le Ministère public soumette l'opportunité ou la légalité d'une mise en liberté à la censure de la Commission supérieure de défense sociale.

En effet, deux conditions devaient être réunies pour qu'une libération à l'essai puisse être prononcée :

- 1) L'état mental de l'interné devait être suffisamment amélioré, ce qui supposait une atténuation très nette des phénomènes pathologiques observés.
- 2) Les conditions de la réadaptation sociale (milieu familial ou social favorable, possibilités de reclassement) devaient être réunies de sorte que tout danger sérieux de récidive soit écarté³⁰³.

Une Commission supérieure de défense sociale avait été créée qui examinait les oppositions du Procureur du Roi à l'exécution d'une décision de mise en liberté prise par la Commission de défense sociale. Ce droit d'opposition, accordé au Parquet par la loi, devait être exercé avec circonspection, dans les rares cas où la libération accordée présentait un danger réel et grave pour l'ordre public. La prorogation de l'internement d'un interné libéré à l'essai était désormais possible si l'intéressé n'avait pas été libéré définitivement par la Commission. Enfin, la mise en observation devait pouvoir être requise par le Ministère public également et être ordonnée d'office par le juge³⁰⁴.

³⁰² FETTWEIS, pp. 319-320.

³⁰³ FETTWEIS, pp. 321-322.

³⁰⁴ FETTWEIS, pp. 322-323.

4. La prévention, de Jeremy Bentham aux mesures de sûreté contemporaines

La prévention représente la fonction première des mesures de sûreté, contrairement aux peines qui répondent essentiellement à la fonction de rétribution. L'on peut lire chez plusieurs auteurs³⁰⁵ que la notion de prévention, qui est le fondement des mesures de sûreté, serait apparue avec la naissance de la pensée sur la défense sociale, à la fin du XIX^e siècle. Contrairement aux théories classiques³⁰⁶, la pensée sur la défense sociale mettrait l'accent sur l'effet préventif de la sanction. Les doutes élevés contre les théories classiques sur le libre arbitre auraient ébranlé tout le système répressif. Face à un crime commis, le droit pénal ne devrait plus s'exercer au nom de la morale pour punir l'individu, mais au nom de la sécurité publique pour protéger la société. « *La peine, ou la mesure, pour être valable, c'est-à-dire utile, ne devrait plus avoir seulement pour but de punir, mais aussi de guérir, de relever, d'amender, de défendre.* »³⁰⁷ Les juristes devraient oublier les concepts de responsabilité entière ou atténuée ainsi que la capacité de se contrôler et ne juger les délinquants anormaux qu'en fonction du danger social qu'ils représentent ainsi que de l'efficacité d'un traitement à appliquer. Il s'agit de défendre la société, de soigner, rééduquer et traiter les anormaux qui sont des malades mais il s'agit également de les intimider et de satisfaire la conscience sociale grâce à la sanction³⁰⁸. Or, pour que ce résultat puisse être atteint, la tâche du juge serait moins de prononcer une peine proportionnée au degré de responsabilité que de prendre des mesures adaptées au danger créé par l'auteur de l'infraction. Le but final serait la protection de la sécurité publique.

Selon ces auteurs, dans l'ancienne conception pénale, le crime faisait naître le sentiment de vengeance, individuelle ou sociale. La peine, réaction vindicative contre le crime, permettait de répondre à ce sentiment. La nécessité de vengeance publique aurait peu à peu disparu pour laisser apparaître un nouveau concept : celui de sûreté. Ce concept appellerait une réaction défensive ou d'assurance, réaction tournée vers l'avenir. Des éléments de l'ancien régime subsisteraient alors que de nouveaux éléments apparaîtraient. Ainsi, les peines subsisteraient répondant à des sentiments de vengeance publique encore présents mais le concept de sûreté générale prendrait de plus en plus d'importance. Cette conscience de sûreté nécessiterait les instruments adéquats permettant d'y répondre. Ainsi seraient nées les mesures de sûreté³⁰⁹.

³⁰⁵ CHARLES, p. 271; EWALD, p. 56; GRISPIGNI, p. 757 ss; LEY, pp. 363-365; RABINOWICZ, p. 25; SALDANA, pp. 10-11; SENCIE, p. 75; TULKENS (1986), p. 35 ss; VAN DER VORST, p. 82 ss.

³⁰⁶ Pour une définition de l'époque classique voir p. 4.

³⁰⁷ CHARLES, p. 271.

³⁰⁸ LEY, pp. 363-365.

³⁰⁹ SALDANA, pp. 10-11.

L'on peut lire chez Léon Rabinowicz : « *L'introduction des mesures de sûreté dans les codes pénaux prouve que la peine, telle qu'elle est conçue par l'Ecole classique et éclectique, est incapable d'assurer la défense de la Société contre le délit ; elle prouve par là la nécessité de la substitution au principe de rétribution et d'expiation – base de la construction pénale classique – du principe de la défense sociale et de la rééducation – base de la construction pénale positiviste. Ainsi donc, l'introduction progressive des Mesures de Sûreté dans toutes les législations pénales modernes démontre d'une façon éclatante la décadence et la faillite du système classique* »³¹⁰.

La notion d'état dangereux aurait des conséquences importantes. Ainsi, la fonction de la peine se modifierait. Selon l'Ecole classique la sanction devait remplir un but de rétribution. La pensée neoclassique mettait en avant l'amendement de l'auteur. Ainsi, la peine aurait acquis à cette époque une dimension réformatrice et correctrice, fonction très présente dans le code pénal belge de 1867. Le mouvement de défense sociale viserait en premier lieu la défense de la société. Mais elle aurait également tendance à associer le crime à l'anormalité et à la déviance. Ainsi, de l'amendement de l'auteur, on assisterait de plus en plus à une médicalisation et une neutralisation de l'auteur. La violation des règles légales ne serait plus un délit mais un indice de comportement antisocial qui ne puiserait pas sa source et ses limites dans une faute mais précisément, dans cet état antisocial. Elle ne prendrait pas la forme d'une sanction rétributive mais d'un traitement choisi en fonction de la nature et du degré du comportement antisocial³¹¹.

Au changement dans la fonction de la répression correspondrait également un changement dans la temporalité. Le régime rétributif serait tourné vers le passé puisque seule compterait l'infraction commise à laquelle la sanction devrait répondre. Le but serait la rétribution de l'acte et la réparation de la faute. Le régime d'individualisation de la peine répondrait à un but de prévention. On imposerait une sanction qui devrait être adaptée à l'individu, afin de diminuer le risque de récidive. Le but de prévention serait ainsi tourné vers l'avenir³¹². Punir servirait à prévenir les infractions, par la dissuasion de la société également par la réadaptation et la neutralisation du délinquant³¹³. La peine se tournerait essentiellement vers l'avenir, même si elle devrait tout-de-même être proportionnée au délit commis, donc tournée vers le passé³¹⁴.

³¹⁰ RABINOWICZ, p. 14.

³¹¹ GRAVEN (1970), pp. 39-40.

³¹² CARTUYVELS / OST, p. 77.

³¹³ CARTUYVELS / OST, pp. 74-75.

³¹⁴ CARTUYVELS / OST, p. 74.

Selon Marc Ancel³¹⁵ : *«L'apparition des deux notions de prévention du crime et de traitement des délinquants marque à proprement parler l'avènement du droit pénal moderne. Elle était à vrai dire inconcevable dans le système de l'Ancien Droit pénal européen fondé sur les idées de vengeance et de terreur à inspirer au criminel. Mais elle n'était guère plus concevable, parce qu'inutile et contraire aux principes de base, dans le système classique du 19^{ème} siècle dominé par les idées de rétribution et d'intimidation. Dans ce système, la faute morale entraîne l'application automatique d'un châtiment qui doit retenir les délinquants en puissance. L'exécution de la peine-châtiment constitue le paiement après lequel le délinquant est quitte envers la Société. Il n'est pas question de < traitement > ; et la seule prévention qui soit prise en considération, la prévention générale, est tout entière contenue dans la force intimidante du châtiment légal : il suffit donc de l'affirmer sans avoir à l'organiser. Ce système simple est en lui-même assez harmonieux ; mais il repose sur ce double postulat, d'une part, que tous les hommes sont semblables et également sensibles aux mêmes raisonnements et, d'autre part, que chaque délit particulier est toujours identique, de telle sorte que la loi n'a qu'à définir ce délit objectif pour cet homme abstrait. Le droit criminel ne connaît alors que le fait délictueux et la peine légale qui l'accompagne. »*

Ainsi que nous le démontrerons dans les pages qui vont suivre, le système pénal de Jeremy Bentham, bien qu'il appartienne temporellement à la période classique telle que nous l'avons définie dans l'introduction, est fort différent de celui décrit par Marc Ancel.

Prins, l'un des pères de la défense sociale décrit³¹⁶, au début du XX^e siècle, les buts de la sanction en les ramenant à deux grandes catégories. Selon la première catégorie, *«le coupable doit éprouver une souffrance parce qu'il a fait du mal et qu'il a violé son devoir»*. Si l'on remonte à l'origine de ces théories, l'on trouve l'idée d'expiation. Selon la seconde catégorie, *«le rôle social de la peine c'est d'empêcher la répétition du mal dans l'avenir soit en empêchant le coupable de recommencer soit en empêchant les autres de l'imiter»*. Si l'on poursuit ces théories dans leurs résultats, on trouve l'idée de la défense sociale. La vengeance, les représailles et l'expiation relèvent des théories absolues. Elles réagissent de manière absolue à la violation de la loi. L'expiation répond à l'illégalité mais soulage peu les victimes et n'améliore guère le comportement des auteurs. Elle n'a pas non plus comme but premier de prévenir la criminalité. Selon cette théorie, il faut réagir à la violation d'une norme sans se préoccuper de connaître l'effet de cette réaction. En d'autres termes, le mal est la négation du bien et du droit. Il peut seulement être corrigé par une sanction comme négation de cette négation.

Les buts absolus se préoccupent peu de l'état de l'auteur et de savoir s'il a besoin d'un traitement. Mais en ne se préoccupant pas de soigner un auteur

³¹⁵ ANCEL (1956), p. 2.

³¹⁶ PRINS (1986), pp. 59-60.

psychiquement malade, une sanction ne permet guère de diminuer le risque de récidive. Selon la théorie absolue, des sanctions doivent être infligées, peu importe si cela crée une diminution et même si cela crée une augmentation de la criminalité. Elle se préoccupe peu de la prévention. La vengeance, les représailles et l'expiation qui font partie de la théorie absolue n'ont que peu d'influence sur la sécurité publique. En effet, que la sécurité publique augmente ou diminue ne change rien : une sanction devra être prononcée³¹⁷.

La théorie relative vise un but concret : la prévention. Le but des sanctions est de diminuer autant que possible la criminalité par la prévention spéciale et générale. Prins disait³¹⁸ : « *en faisant les sacrifices préventifs nécessaires, nous ne simplifierons pas seulement le problème pénal, nous réduirons le risque de criminalité dans la mesure où il peut être réduit* ». Selon cette théorie, la sanction doit tendre à améliorer l'auteur. Les malades doivent être soignés, les alcooliques et les toxicomanes désintoxiqués, dans le but de diminuer leur tendance récidiviste. Le but de représailles pour autant qu'il soit présent, vient seulement au second plan. Pour citer Prins à nouveau : « *L'une de ces imperfections est l'infortune de l'être humain naissant avec le legs maudit de l'insuffisance et de l'infériorité mentales et morales. Voilà assurément l'une des formes les plus aiguës de l'universelle souffrance. Cette souffrance est à la base de la criminalité, et si on l'ignore, on ne comprend rien contre elle !* »³¹⁹

A la même époque, mais sur territoire helvétique, Stooss propose de donner au droit pénal un but qui dépasse le châtement du délit. L'objectif consiste en la lutte contre la criminalité et en une meilleure défense de la société. Dans cet objectif, la sanction pénale ne devrait plus être considérée comme un but mais comme un instrument, un moyen d'action qui devrait s'adapter à chaque cas. La sanction devrait s'individualiser et la punition du délinquant ne serait plus qu'une possibilité parmi tant d'autres de parvenir à la prévention spéciale³²⁰. Dès l'instant où la peine n'est plus considérée comme la rétribution d'une infraction mais comme un moyen de lutter contre la criminalité, elle doit être non seulement juste mais également utile et efficace. Le juge ne peut ainsi plus se limiter à apprécier la gravité de l'acte et la culpabilité de l'auteur mais il doit examiner également si le délinquant est apte à subir une peine et à en tirer profit à l'avenir. Carl Stooss préconise ainsi un système fondé sur la capacité. Le juge n'est plus limité à l'alternative de la punition ou de l'acquittement mais dispose de tout un éventail de sanctions : punitives, thérapeutiques et éliminatrices. Contrairement aux classiques qui cher-

³¹⁷ NIGGLI, pp. 89-91.

³¹⁸ PRINS (1986), p. 169.

³¹⁹ PRINS (1986), p. 170.

³²⁰ RUSCA, p. 29.

chaient une juste punition, Stooss voudrait soumettre l'auteur à une sanction utile³²¹.

Le système benthamien n'est pas loin de ceux prônés par les deux auteurs suisse et belge. Il est fondé sur le principe d'utilité, selon lequel la sanction choisie doit permettre de remplir les besoins de sécurité publique. Une sanction qui produit un mal ne peut être infligée que si elle produit un bien supérieur à ce mal : la prévention de délits futurs. Il pousse même le raisonnement jusqu'à imaginer des sanctions ou d'autres moyens qui agiraient en amont de l'infraction, afin d'éviter d'attendre qu'une infraction soit commise pour agir. Bentham critique la théorie fondée sur la notion de rétribution. Cette théorie, dit-il, est basée sur l'égalité arithmétique qu'Aristote applique également au droit pénal. Selon lui, le délit crée un déséquilibre qui doit être réparé par un mal équivalent. Chaque délit mérite une peine et, entre la peine et le délit, la justice rétributive établit une liaison naturelle. La peine est un bien puisqu'elle permet de réaliser la justice corrective. Bentham réfute ces idées de « mérite », « justice » et « talion ». La peine ne peut être un bien puisqu'elle inflige de la douleur qui est un mal. La peine est ainsi une sorte de « contredélit » commis avec l'autorité de la loi. Peine et délit ont la même nature. Ce qui les différencie est leur effet. « *Le délit est l'ennemi de tous, la peine est la protection commune. Le délit pour le profit d'un seul produit un mal universel, la peine par la souffrance d'un seul, produit un bien général.* »³²² Selon un calcul utilitaire, la peine est un mal qui doit procurer un plaisir. Elle doit être imposée pour le bien de la société. Mais le mal de la peine ne doit pas excéder le bien de la société. Le délit ne sera plus apprécié en fonction de sa gravité ou de la faute morale qu'il contient mais en fonction de la douleur qu'il produit ou risque de produire à la société³²³.

Le pensée de Bentham va à l'encontre des affirmations de Marc Ancel³²⁴, selon lesquelles le système classique du début du XIX^e préconiserait que tous les hommes sont semblables et sensibles aux mêmes raisonnements et donc que la loi n'aurait qu'à définir objectivement chaque délit pour tout homme abstrait. Selon Bentham, bien au contraire, pour que les peines remplissent l'effet préventif désiré, elles doivent tenir compte des circonstances qui influent sur la sensibilité. Chaque plaisir et chaque peine sont différents pour chaque individu et ces différences sont dues à de nombreuses circonstances comme le tempérament ou la constitution originelle, la santé, la force, les imperfections corporelles, le degré de lumière, la force des facultés intellectuelles, la

³²¹ RUSCA, pp. 36-38.

³²² BENTHAM (1829) (I), p. 179.

³²³ ABD-EL-HADI EL SHAKANKIRI, pp. 340-344.

³²⁴ ANCEL (1956), p. 2.

fermeté de l'âme, la persévérance, la pente des inclinations, les idées d'honneur et de religion, toutes les caractéristiques qui influencent la sensibilité de l'être humain.

Certains auteurs³²⁵ objectent que Jeremy Bentham avait essentiellement pensé à la prévention générale. Or, la pensée sur la défense sociale se distancierait de cet auteur en mettant l'accent sur la prévention spéciale. Elle éprouverait des doutes à propos de l'effet intimidant à l'égard des délinquants qu'elle vise et même, selon certains auteurs³²⁶, elle n'aurait aucune fonction de prévention générale et ne produirait aucun effet intimidant à l'égard d'autrui. Bentham prendrait en considération l'homme raisonnable et raisonnant qui, selon lui, ne commettrait jamais un délit sans avoir minutieusement examiné les profits espérés et les risques encourus. Or, la défense sociale prendrait en considération l'homme irresponsable qui ne serait précisément pas raisonnable et sur lequel la prévention générale n'aurait guère d'effet. Seule la prévention spéciale pourrait avoir un effet sur lui en le soignant s'il est curable et en le neutralisant s'il est dangereux et incurable.

Cette thèse ne peut être suivie. Bentham prône tant la prévention générale que la prévention spéciale. En effet, Bentham affirme que, si le danger peut provenir de tout individu qui pourrait potentiellement avoir les mêmes motifs et les mêmes envies de commettre un tel délit, le premier danger provient du délinquant lui-même. C'est donc bien la prévention spéciale qu'il vise en premier lieu. Et il poursuit en disant que la prévention se subdivise en prévention particulière et prévention générale, la prévention particulière visant le délinquant et la prévention générale visant l'ensemble de la communauté. Si le délit est de nature à répandre une grande alarme auprès de la communauté, il faut enlever au délinquant le pouvoir de récidiver. Mais si le délit est moins dangereux et ne justifie qu'une peine légère, elle doit être réformatrice et intimidante à l'égard du délinquant³²⁷. La prévention spéciale occupe donc une place importante chez Bentham.

L'on ne peut affirmer non plus que les mesures n'ont aucune fonction de prévention générale et qu'elles ne produisent aucun effet d'intimidation pour les autres. Même si l'accent est mis sur la prévention spéciale, la mesure d'internement à vie et l'internement à durée indéterminée remplissent une fonction de prévention générale autant que les peines privatives de liberté. En outre, les délinquants auxquels s'appliquent les mesures de sûreté ne sont pas tous irresponsables et exempts de capacité pénale. L'internement s'applique également aux responsables restreints et même aux délinquants dangereux mais mentalement sains.

³²⁵ Voir notamment ANCEL (1964), pp. 190-191.

³²⁶ JIMENEZ DE ASUA, p. 33.

³²⁷ BENTHAM (1829) (II), pp. 4-5.

L'on constate que la prévention existait déjà dans la pensée de Jeremy Bentham. Or la prévention est la fonction première des mesures de défense sociale. C'est un premier élément qui démontre que l'on peut mettre en parallèle la systématique benthamienne et celle des mesures de sûreté. Il avait d'ailleurs pensé à d'autres moyens que les moyens pénaux pour parvenir à la prévention. Il s'était aussi prononcé sur plusieurs problématiques qui sont toujours au cœur de la réflexion aujourd'hui.

Une première problématique concerne l'effectivité et la précision de la loi pénale. Pour pouvoir choisir la peine utile, celle-ci doit être souple et variée puisqu'elle doit pouvoir s'adapter à l'individu ou à ce que Bentham appelle « les circonstances qui influent sur la sensibilité ». Mais d'un autre côté, les peines doivent être aussi précises que possible pour qu'elles se marquent dans l'esprit des hommes et pour que ceux-ci puissent prévoir les conséquences de leur délit. La prévention générale ne peut être efficace que si les individus savent ce qu'ils risquent en cas de commission d'un délit et donc s'en abstiennent par crainte du châtement. La prévention spéciale est ainsi en conflit avec la prévention générale. Bentham énonce ces deux éléments contradictoires. Aujourd'hui également, le législateur et les juges se trouvent face à cette problématique. Tant le choix que la durée de la mesure dépendent de l'état de l'individu qui évolue. Elles doivent avoir la souplesse nécessaire pour pouvoir s'adapter. Le juge a ainsi le choix entre plusieurs mesures qu'il choisit en fonction du risque de récidive. En droit suisse, le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'ordonnance de l'hospitalisation et du traitement ambulatoire. La mesure sera levée lorsque l'individu n'est plus considéré comme dangereux et donc qu'il n'y a plus de risque à prévenir. Mais cette souplesse donne une grande marge d'appréciation au juge avec les risques de partialité et d'inégalité de traitement qui en découlent. En outre, elle porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs. Bien évidemment, une certaine interprétation est inévitable, parce que le sens et la portée d'une loi se révèlent dans son usage concret et dans son contexte. Néanmoins, le législateur doit créer des lois claires et précises afin de ne pas substituer son pouvoir législatif au juge.

L'on doit se poser la question de la fonction de la peine. Selon la théorie classique du droit pénal, la peine aurait une fonction essentiellement rétributive. Elle répondrait à une exigence d'équivalence entre la faute et le châtement. La faute et la sanction seraient deux paramètres qui devraient s'équilibrer. Or, si l'on admet que la fonction essentielle de la peine est la rétribution, l'application effective de la peine à l'auteur d'une infraction est essentielle parce que toute inapplication de la loi est une atteinte aux valeurs qu'elle sert à protéger et une injustice puisqu'elle laisse une faute impunie.

Mais une certaine ineffectivité de la loi pénale peut néanmoins exister dans un système rétributif, en raison des valeurs qui ont pris place dans la

plupart des codes pénaux européens. La notion de culpabilité, de présomption d'innocence et le délai de prescription sont autant de limitations de l'effectivité de la norme pénale. Si l'on estime que la peine a une fonction avant tout préventive, la peine n'est plus un bien en soi mais un instrument permettant de réaliser le bien, soit la prévention des délits futurs. Il ne s'agit plus d'appliquer mathématiquement une peine correspondant à une infraction commise, il faut qu'elle soit efficace³²⁸. Ainsi, d'après la pensée utilitariste, la peine est une dépense qui doit être faite par l'Etat en vue d'un profit : la prévention. Mais la prévention sert à faire l'économie de la peine. Il s'agit ainsi de produire l'effet désiré au moindre coût. Pour y parvenir, Bentham développe la théorie de la valeur apparente et de la valeur réelle des peines. La valeur réelle représente la perte et la valeur apparente le profit. C'est donc par l'apparence de la peine qu'il faudra agir, la peine réelle ne devant exister que si elle est vraiment nécessaire. Le but auquel tend le droit pénal est de créer chez les délinquants potentiels un sentiment d'alarme, la crainte de se voir appliquer une peine, sans avoir besoin de recourir à l'infliction de la peine elle-même. La prévention spéciale implique une certaine adaptation de la peine à l'auteur de l'infraction. La sanction est un instrument qui doit avoir une certaine souplesse et qui pourra même ne pas être appliquée si ce n'est pas utile. Mais d'un autre côté, la prévention générale implique que la peine soit connue et précise, afin que les individus sachent à quoi s'attendre s'ils commettent une infraction.

Une seconde problématique que Bentham évoque très clairement est le conflit entre la prévention et la rétribution. Selon Bentham, les peines doivent avoir une fonction préventive, afin de répondre à l'utilité, soit la sécurité publique. D'ailleurs les moyens de prévenir la commission de futurs délits ne doivent pas se limiter aux peines. Tout moyen utile à la protection de la sécurité publique peut être mis en œuvre après ou même avant la commission d'une infraction. Une peine ne doit pas être infligée si elle est inefficace, soit si elle ne permet point de prévenir de nouveaux délits. Cette problématique a fait couler beaucoup d'encre. En effet, si l'ancien droit suisse privilégiait la prévention, il n'en est pas de même du droit actuel. Auparavant, le juge choisissait la mesure qui empêcherait ou diminuerait le risque que le délinquant commette de nouvelles infractions. La levée de la mesure dépendait également du risque de récidive. Une peine était suspendue pendant la durée de la mesure, si elle risquait d'en compromettre l'effet, et elle n'était pas exécutée, si l'auteur avait fait ses preuves pendant la libération à l'essai et si l'effet de la mesure risquait d'être sérieusement compromis. Il n'y avait guère de place pour l'aspect rétributif dans ce système, puisque la peine était subsidiaire à la mesure et n'était exécutée que si elle ne remettait pas en cause l'efficacité de la

³²⁸ VAN DE KERCHOVE (1985), pp. 330-332.

mesure, soit la diminution du risque de récidive. En droit belge, sous l'empire de la loi du 1^{er} juillet 1964, l'inculpé en liberté pouvait être dispensé de l'exécution immédiate de la décision d'internement si des considérations d'ordre psychothérapeutiques recommandaient une tentative de cure libre. Mais, pour cela, il fallait que le danger que présentait l'inculpé ne soit pas assez grave pour nécessiter un internement immédiat. Afin d'améliorer la réinsertion sociale de l'intéressé, la loi prévoyait d'une part un régime de semi-liberté entre l'internement et la libération à l'essai et d'autre part une tutelle médico-sociale des anormaux pendant la libération à l'essai. L'aspect sécuritaire était également renforcé puisque la loi prévoyait la prorogation de l'internement et la possibilité pour le Ministère public de soumettre l'opportunité ou la légalité de la mise en liberté à la censure de la Commission supérieure de défense sociale. Tous ces éléments tendaient à la prévention de futurs délits. La loi belge actuelle prévoit également la dispense de l'exécution immédiate de l'internement en cas de besoin de cure libre et la semi-détention, le bracelet électronique et la libération à l'essai comme modalités d'exécution de l'internement. Mais le Ministère public prend également part à des décisions importantes comme l'octroi d'une modalité prononcée par le TAP et la révocation d'une de ces modalités. L'aspect sécuritaire est ainsi toujours présent.

Le droit suisse actuel est bien différent et nous pourrions même dire choquant. En effet, l'internement prévu à l'art. 64 CP ne peut être exécuté qu'à la fin de la peine privative de liberté. La peine privative de liberté permet de remplir la fonction rétributive et, une fois la peine exécutée, se pose la question de la prévention et donc de l'exécution de la mesure. La prévention n'a ainsi plus la priorité sur la rétribution. Cette nouvelle systématique nous paraît choquante parce que nous ne voyons pas ce que la peine exécutée avant la mesure apporte à la société ou à un délinquant qui a besoin d'une mesure. La peine exécutée avant l'internement fait du mal au délinquant et ne sert pas à prévenir de nouvelles infractions, puisque la mesure exécutée ultérieurement remplit déjà cette fonction. Elle est superflue et trop dispendieuse. En cela nous rejoignons la pensée de Bentham et nous pensons qu'il s'agit d'un retour en arrière.

B. Le principe de la proportionnalité

1. La définition du principe de la proportionnalité

Une conception du principe de la proportionnalité vise un rapport raisonnable entre la gravité de l'infraction commise et la sévérité de la sanction. Mais cette conception s'est vue concurrencée par une conception plus large appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme. C'est cette conception qu'appliquent également les droits positifs suisse et belge. Selon cette nouvelle conception, lorsque le législateur ou le juge porte atteinte à une liberté, le principe de la proportionnalité exige un rapport raisonnable entre l'intérêt public poursuivi, le choix du moyen pour le réaliser et la liberté en cause. Quand il statue, le juge doit faire une pesée des intérêts entre l'intérêt public et l'intérêt du titulaire de la liberté à ce que celle-ci ne soit pas restreinte. Ce principe se divise en trois sous-principes : l'aptitude, la subsidiarité et la proportionnalité au sens étroit. Le principe de l'aptitude préconise que la mesure choisie soit propre à atteindre le but visé. Il faut que le moyen mis en œuvre par l'Etat soit à même de réaliser effectivement l'objectif poursuivi. Si l'aptitude n'est pas réalisée, la disproportion entre le moyen, le but et la liberté est inadmissible. Le principe de la subsidiarité préconise qu'il n'y ait pas une autre mesure plus respectueuse des libertés de l'individu qui soit également apte à réaliser l'objectif poursuivi. Ainsi, la mesure restrictive doit être la seule à le faire. La proportionnalité au sens étroit exige que la restriction, même si elle est apte et nécessaire, soit moins importante que le respect de la liberté. Il s'agit de faire une pesée des intérêts entre la liberté de l'individu et l'intérêt public. Le juge doit ainsi comparer la restriction de la liberté causée par la mesure et l'importance de cette mesure en vue de l'intérêt poursuivi³²⁹.

2. Le principe de la proportionnalité d'après la pensée pénale de Jeremy Bentham

2.1) *La dépense de la peine*

Selon Bentham, on ne devrait pas infliger une peine lorsque celle-ci est trop dispendieuse, soit quand elle fait trop de mal. Mais, toute loi est un mal parce qu'elle est une restriction à la liberté des individus. Il existe ainsi le mal du délit et le mal de la loi ou ce que Bentham appelle le mal de la maladie et le

³²⁹ VAN DE KERCHOVE/VAN DROOGHENBROECK, pp. 156-157; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, pp. 108-115.

mal du remède. Mais la peine est un mal nécessaire pour prévenir un mal plus grand. Le mal commis par la peine est une dépense que fait l'Etat en vue d'assurer la prévention de futurs délits. Elle doit être imposée pour le bien de la société. Le délit ne sera plus apprécié en fonction de sa gravité ou de la faute morale qu'il contient mais en fonction du bien qu'il produit au délinquant et de la douleur qu'il produit ou risque de produire à la société³³⁰. Si l'on considère un délit commis comme un acte isolé qui ne sera pas renouvelé, la punition est inutile et ajoute même un mal supplémentaire. Mais, si l'on considère qu'un délit impuni ouvre la voie à de nouveaux délits, non seulement pour le même délinquant mais pour tous ceux qui pourraient avoir les mêmes motifs et opportunités, l'on s'aperçoit que la punition infligée à un individu devient une source de sécurité. La punition qui, considérée en elle-même, apparaît comme répugnante à tous les sentiments généraux est élevée en bénéfice de premier rang, si on la considère non comme un acte de vengeance mais comme un sacrifice indispensable à la sécurité publique³³¹.

Face à un délit commis, il faut que le mal causé par la peine surpasse le bien procuré par le délit. En effet, le profit est la force qui pousse un individu à commettre un délit et le mal de la peine est la force employée à l'en détourner. Si la première force est supérieure à la seconde, le délit sera commis. Si la seconde force l'emporte, il ne le sera point. Si donc un homme qui a commis un délit et subi sa peine trouve que le bien est supérieur au mal éprouvé il récidivera. La peine n'aura aucun effet intimidant à son égard. Si la communauté estime que le gain obtenu par le délinquant est supérieur, la peine sera nulle comme exemple. Mais le mal de la peine ne doit pas excéder le bien de la société. Et si le mal de la peine devait excéder le bien procuré à l'auteur par le délit commis, afin de lui ôter l'envie de commettre un nouveau délit, il devrait le surpasser le moins possible. Il s'agit d'un calcul de gain et de perte. Ainsi, les peines doivent être *économiques*. Elles doivent parvenir à l'effet préventif désiré en utilisant le moins de souffrance possible. Elles seront au contraire dispendieuses si elles produisent un mal supérieur au bien ou s'il était possible d'obtenir le même bien au prix d'un mal inférieur. Elles seront superflues dans les cas où on pourrait atteindre les mêmes buts par des moyens plus doux comme l'instruction, l'exemple, les invitations, les délais, les récompenses. Dans ces cas, c'est un acte de prodigalité³³². Ainsi, la position utilitariste selon laquelle la peine doit être mesurée en fonction du mal objectif créé par le délit commis et non du mal que représente subjectivement le délit commis trouve ses limites dans le fait que la peine doit être économique et ne doit avoir que le degré de sévérité nécessaire pour empêcher

³³⁰ ABD-EL-HADI EL SHAKANKIRI, pp. 340-344.

³³¹ PRIMORATZ, p. 333.

³³² BENTHAM (1829) (II), p. 5.

la récidive. La peine doit être calculée de manière à assurer la protection de la société. Mais toute sévérité supplémentaire est abus de pouvoir³³³.

Si le mal de la peine est supérieur au mal du délit, le législateur produit plus de souffrance qu'il n'en prévient. Il achète ainsi l'exemption d'un mal au prix d'un mal plus grand. Il s'agit de faire un tableau, l'un représentant le mal du délit, l'autre représentant le mal de la peine. La loi pénale produit les maux suivants: 1) *Le mal de coercition* qui impose une privation plus ou moins pénible, selon le degré de plaisir qu'offre la chose défendue. 2) *La souffrance causée par la peine* lorsque les infracteurs sont punis. Pour être efficace cette souffrance doit surpasser l'avantage du délit et également être assez sévère pour contrebalancer les chances de l'impunité³³⁴. 3) *Le mal d'appréhension* souffert par celui qui a violé la loi, ou qui craint qu'on lui impute de l'avoir violée. Mais, selon Bentham, il faut prendre garde que les moyens nécessaires pour faire appliquer la loi ne soient pas plus nuisibles à la société en raison de l'alarme qu'elle répand que le mal qu'ils tendent à prévenir. Par exemple, la difficulté d'obtenir les preuves de certains délits pourra tendre à encourager la délation, ce qui risque de répandre un haut degré d'alarme chez les coupables comme les innocents³³⁵. 4) *Le mal des fausses poursuites* lié à toutes les lois pénales mais particulièrement aux lois obscures qui définissent les délits de manière vague et imprécise et aux délits de mal imaginaire. 5) *Le mal dérivatif* souffert par les parents ou les amis de celui qui est exposé à la rigueur de la loi. Voilà le tableau du mal ou de la dépense que le législateur doit considérer toutes les fois qu'il établit une peine³³⁶. L'ensemble de tous ces maux doit surpasser tant le bien procuré par le délit que le mal causé à la victime sinon la peine est dispendieuse. Une peine est en effet dispendieuse si elle cause plus de souffrances que nécessaire, ce qui est contraire au plus grand bonheur du plus grand nombre. Il arrive qu'en raison des maux consécutifs à l'application de la loi pénale, sa violation soit largement tolérée, sans pourtant que l'on songe à l'abroger et même en l'appliquant de manière sporadique. L'on pourrait tenter de soutenir, affirme Michel van de Kerchove, qu'une loi doit continuer d'exister parce qu'elle produirait un bien en démontrant qu'un comportement est moralement répréhensible mais ne produirait pas le mal qui découlerait de l'application de cette loi, puisque celle-ci est rarement appliquée. Toutefois, selon ce même auteur, Bentham est opposé à ce type de pratique pour plusieurs raisons. Le premier inconvénient provient du fait que les citoyens ne savent plus à quoi s'attendre. La sûreté qui devrait être l'objet principal des lois n'est plus remplie et le sort des citoyens est laissé à l'arbi-

³³³ TULKENS (1987), p. 659.

³³⁴ VAN DE KERCHOVE (1987), pp. 687-688.

³³⁵ VAN DE KERCHOVE, p. 688.

³³⁶ BENTHAM (1829) (II), pp. 20-21.

traire des juges. Le second inconvénient provient du fait que l'inobservation de la loi tend à discréditer le système pénal tout entier³³⁷.

2.2) *La valeur apparente et la valeur réelle de la peine*

Comme nous l'avons déjà exposé³³⁸, la peine a une valeur apparente et une valeur réelle³³⁹. C'est essentiellement la peine réelle qui doit répondre au principe de la proportionnalité et avoir uniquement le degré de sévérité nécessaire pour empêcher l'auteur d'une infraction de récidiver. La peine apparente, même si elle ne doit pas être démesurément sévère parce que, selon Bentham, une telle peine entraînerait plus d'aversion que d'adhésion, peut être plus sévère si c'est nécessaire pour répondre à l'effet préventif utile à la sécurité publique.

La peine apparente devra être décrite de la manière la plus précise possible pour que les hommes, sachant la peine qui les attend, hésitent à commettre un délit alors que la peine réelle devra être beaucoup plus individualisée au délinquant pour produire uniquement l'effet préventif nécessaire pour le dissuader de récidiver.

2.3) *La mesure de la peine*

D'après la pensée de Jeremy Bentham, pour qu'il y ait une proportion entre les délits et les peines, il faut que six règles soient respectées.

Première règle: *Il faut que le mal de la peine surpasse le profit du délit*. Le profit est la force qui pousse un individu à commettre un délit et le mal de la peine est la force employée à l'en détourner. Si la première force est supérieure à la seconde, le délit sera commis. Si la seconde force l'emporte, il ne le sera point. Si donc un homme qui a commis un délit et subi sa peine trouve que le bien est supérieur au mal éprouvé il récidivera. La peine n'aura aucun effet intimidant à son égard. Si la communauté qui en est l'exemple estime que le gain obtenu par le délinquant est supérieur, la peine sera nulle comme exemple. Les lois anglaises qui fixaient un certain prix pour la vie des hommes: tant pour le meurtre d'un paysan, six fois autant pour celui d'un noble et trente-six fois autant pour celui d'un roi ne respectaient pas cette logique. En effet, de nombreuses fois, la peine pouvait être inférieure au profit du délit. De même, mauvaises sont les lois qui prévoient une peine qui ne peut aller au-delà d'un certain point, tandis que l'avantage du délit peut aller bien

³³⁷ VAN DE KERCHOVE (1987), pp. 690-691.

³³⁸ Voir p. 120 ss.

³³⁹ BENTHAM (1829) (II), pp. 5-6.

au-delà. Mais une peine trop légère produit un plus grand mal qu'une peine trop sévère parce qu'une peine trop légère produit un mal en pure perte. Aucun bien n'en résulte, ni pour le public qui est toujours exposé à de semblables délits ni pour le délinquant qui ne s'améliorera pas. Le juge doit avoir une certaine latitude pour pouvoir infliger la peine permettant d'assurer la prévention tout en n'étant pas inutilement sévère. En effet, la peine devra être adaptée à chaque individu et ne pourra pas être déterminée à l'avance de manière stricte et rigide. Si le juge a une certaine liberté dans la peine à infliger, c'est le principe de la proportionnalité qui lui dictera la juste peine : celle qui fait le plus de bien à la société et le moins de mal à l'auteur de l'infraction. L'on peut voir à nouveau que Bentham réfute ici l'aspect rétributif pour favoriser l'aspect préventif et que le principe de la proportionnalité occupe une place importante. C'est en effet, le principe de la proportionnalité qui permettra d'évaluer la quantité de peine nécessaire mais pas excessive pour parvenir à l'effet préventif désiré.

Deuxième règle : *Quand l'acte est de nature à fournir une preuve concluante d'une habitude, il faut que la peine soit assez forte pour excéder non seulement le profit du délit individuel, mais encore de tous les délits semblables, qu'on peut supposer avoir été commis impunément par le même délinquant.* En effet, la peine serait inefficace si elle n'était pas proportionnée au gain total que l'on peut présumer résulter de l'activité du délinquant mais uniquement à un acte isolé.

Troisième règle : *La peine doit excéder le profit du délit au point de compenser ce qui lui manque en fait de certitude et de proximité.* En effet, plus il manque à la peine, du côté de la certitude, plus il faut y ajouter du côté de la grandeur. D'habitude, le profit du délit est ou paraît au délinquant plus certain que sa punition. Il est en tous cas plus immédiat : la tentation est présente, la peine est lointaine. L'incertitude et l'éloignement de la peine en affaiblissent son effet. Par exemple, si le profit du crime est de 10 francs et que la peine est du même prix, la peine est inférieure en raison de son incertitude comparée à la certitude du gain. En outre, l'homme commet un crime, en ayant souvent en vue l'espoir de l'impunité. Ainsi, plus on augmente la certitude d'une peine, plus on peut en diminuer sa grandeur. De même, la peine doit être aussi près du crime que possible parce que l'impression qu'elle a sur l'esprit des hommes s'affaiblit à mesure de son éloignement.

Quatrième règle : *Si deux ou plusieurs délits sont en concurrence, le plus nuisible doit être soumis à une peine plus forte, afin que le délinquant ait un motif pour s'arrêter au moindre.* Deux délits sont en concurrence quand une personne a la volonté et la possibilité de les commettre tous les deux. Il y a plusieurs manières de commettre un vol, par exemple, en commettant un vol simple, un meurtre ou un incendie. Si la peine est la même pour la commission d'un vol simple que pour un vol commis avec un incendie ou un assassinat, les

voleurs ont un motif de commettre un incendie ou un assassinat parce que cela rend le premier crime plus sûr et plus facile.

Cinquième règle: *Plus un délit est nuisible, plus on peut hasarder une grande peine pour la chance de le prévenir.* Les législateurs ont toujours eu l'intention de suivre cette règle mais leur opinion et l'opinion du peuple sur la gravité des délits ont varié au fil du temps. Ainsi une fausse estimation de la gravité des délits a toujours donné une fausse estimation de la mesure de la peine.

Sixième règle: *La même peine ne doit pas être infligée pour le même délit à tous les délinquants sans exception. Il faut avoir égard aux circonstances qui influent sur la sensibilité.* Les mêmes peines nominales ne produisent pas le même effet sur tous les individus. Une peine pécuniaire, par exemple, sera un jeu pour le riche alors qu'elle ruinera le pauvre. La loi peut prévoir qu'une peine sera modifiée en fonction de l'âge, du sexe, du rang, ou d'autres facteurs, mais le juge devra avoir une certaine latitude de jugement. Il est plus facile de voir une peine trop légère que trop sévère. En effet, l'on voit mieux ce qui ne suffit pas que ce qui excède. Il faut infliger une peine approximative. Il serait plus dangereux d'infliger une peine inférieure à ce qui est nécessaire parce que la peine serait ainsi inefficace. Mais cette erreur est peu probable et, si elle arrive, elle sera évidente et il sera facile d'y remédier. Par contre, le risque est plus grand que la peine infligée soit supérieure à ce qui est nécessaire parce que cela correspond à « *la pente naturelle de l'esprit humain et des législateurs, soit par l'antipathie qui porte à une sévérité outrée, soit par un défaut de compassion pour des hommes qu'on se représente comme dangereux et vils. C'est donc là qu'il faut porter les précautions* ». « *La législation est souvent arrêtée par le danger d'envelopper l'innocent en cherchant à punir le coupable. D'où vient ce danger ? de la difficulté de punir le délit, d'en donner une idée claire et précis.* »³⁴⁰

Pour pouvoir répondre au principe de la proportionnalité, une peine doit être susceptible de plus et de moins ou être divisible, afin de se conformer aux variations dans la gravité des délits. La peine doit également être commensurable. Si un homme a deux délits devant lui, il verra ainsi que le plus grand délit lui causera la plus grande peine et aura ainsi un motif de s'en abstenir au profit du plus petit. Il faut dépenser moins de peines contre les délits qui attaquent les biens, afin de pouvoir en dépenser davantage contre les délits qui attaquent la personne³⁴¹. L'on voit que le principe de la proportionnalité occupe une place importante dans la pensée de Bentham puisque tout est question de balance entre l'intérêt général et individuel. D'un côté pèse l'intérêt de la société et de l'autre celui de l'individu qui s'est rendu coupable d'une infraction.

³⁴⁰ BENTHAM (1829) (II), pp. 7-9.

³⁴¹ BENTHAM (1829) (II), pp. 10-11.

Mais Bentham pose un bémol en ajoutant qu'il ne faut pas, en voulant appliquer une proportion mathématique, rendre les lois stupides, minutieuses et compliquées. La clarté, la brièveté, la simplicité et l'effet exemplaire des lois sont des éléments plus importants que la proportion. D'après Bentham, la peine devrait être déterminée de la manière la plus précise possible, pour favoriser la certitude et l'impartialité. Plus la mesure d'une peine approche de la certitude, plus les individus savent à quoi s'attendre s'ils commettent un délit. C'est, en effet, la peine connue qui détourne de commettre un délit. Toute peine douteuse est propre à favoriser l'espérance. Une peine certaine favorise l'impartialité du juge. Mais il peut y avoir, dans les délits ou dans la personne des délinquants, des circonstances imprévues ou particulières dont résulteraient de grands inconvénients dans une loi inflexible. Il faut donc laisser une certaine latitude au juge pour diminuer la peine. Ainsi, une loi trop certaine et inflexible va à l'encontre du principe de la proportionnalité parce qu'elle ne donne aucune latitude au juge pour l'appliquer. D'un autre côté, elle favorise la certitude et l'égalité de traitement, et répond au principe de la légalité. L'on trouve ici l'opposition entre l'individualisation de la peine et les « *sentencing guidelines*³⁴² ». L'individualisation, si elle a de quoi séduire, n'est pas sans risque. En effet, elle ouvre la porte à l'arbitraire et à la discrimination. Les partisans de la théorie de l'individualisation de la peine estiment que celle-ci doit s'ajuster au criminel concret plutôt qu'au crime abstrait. Les partisans de la théorie rétributiviste estiment que seul compte le crime à laquelle la peine doit répondre comme rétribution légale. C'est le prix à payer pour le délit commis. Aucune de ces théories n'est satisfaisante si elle est appliquée à la lettre. En effet, la grille de peines est trop rigide et ne permet pas de tenir compte des circonstances personnelles de l'auteur. Le juge n'a plus aucune latitude, il applique la peine prévue sans se poser la question d'éventuelles circonstances atténuantes ou aggravantes. A l'opposé, l'individualisation permet d'adapter la peine à la situation personnelle de l'individu mais un droit pénal totalement individualisé ouvre la porte à l'inégalité de traitement et à l'arbitraire. La théorie à appliquer dépend du but de la sanction. Si la sanction a comme but premier la punition, la doctrine de la rétribution et de la fixité de la peine doit être préférée. En revanche, si le but premier de la

³⁴² Les *sentencing guidelines* furent créées aux Etats-Unis par la loi *Sentencing Reform Act* de 1984 qui fut à l'origine de la *United States Sentencing Commission* (Commission fédérale des peines). Cette commission était chargée d'établir des grilles de peines, les *sentencing guidelines*, déterminant précisément la peine à exécuter en fonction de critères précis, notamment la gravité du crime et le casier judiciaire du condamné. Ce système de peines fixes supprima toute latitude dans le choix de la peine par les juges qui devaient appliquer les peines selon une grille disposée sur deux axes : un axe vertical représentant la gravité de l'infraction et un axe horizontal qui variait selon les antécédents de l'auteur. Le point d'intersection indiquait au juge la peine à appliquer d'après une fourchette très étroite. Tous les facteurs classiques de l'individualisation de la peine étaient ainsi supprimés. (GARAPON / PAPADOPOULOS, pp. 271-272).

sanction est de nature préventive, la sanction doit être individualisée à la maladie et à l'état de l'auteur³⁴³. L'on retrouve à nouveau l'opposition entre l'aspect préventif et l'aspect rétributif de la sanction. Si Bentham favorise l'aspect préventif, il dit néanmoins que la peine doit être prévue de manière précise pour favoriser la certitude et l'impartialité. Ainsi que je l'ai exposé précédemment, la peine apparente devrait être la plus précise possible pour se marquer dans l'esprit des hommes, alors que la peine réelle devrait être individualisée au délinquant, afin d'avoir uniquement le degré de sévérité nécessaire pour empêcher la récidive. Enfin, Bentham s'insurge contre le fait de penser que la proportion est une mauvaise chose parce qu'elle suppose qu'un esprit de passion entre dans les calculs. Tous les hommes calculent, surtout dans les matières qui sont d'un grand intérêt.

3. Le principe de la proportionnalité et les mesures de sûreté en droit actuel

3.1) La proportionnalité et les mesures de sûreté dans l'ancien code pénal suisse

Le juge devait tenir compte du principe de la proportionnalité lorsqu'il prononçait une mesure de sûreté. En effet, les mesures avaient une fonction de nature plus préventive que les peines puisqu'elles étaient ordonnées en fonction de la maladie et de la dangerosité de l'auteur qui évoluaient et étaient donc de durée indéterminée. Ni le type de mesure ni le terme n'était déterminé de manière précise par la loi. Le juge avait donc une certaine liberté dans le choix de la mesure à ordonner et le terme était fixé par une autorité administrative. C'était le principe de la proportionnalité qui devait le guider dans le type de mesure. Ainsi, il devait prononcer la mesure qui portait la moindre atteinte à la liberté personnelle tout en ayant une fonction préventive. Contrairement à ce qui est prévu dans le droit actuel (art. 56 CP), le principe de la proportionnalité se déduisait seulement des art. 43 et 44 aCP. Il n'y était pas expressément mentionné. Ce principe exigeait qu'un risque de récidive soit présent et que la mesure envisagée soit propre à prévenir la commission de nouvelles infractions qui devaient être d'une certaine gravité³⁴⁴.

L'internement était la mesure qui portait l'atteinte la plus grave à la liberté personnelle. Ainsi, le principe de la subsidiarité, subdivision du principe de la proportionnalité commandait de renoncer à prononcer une telle mesure si la dangerosité de l'auteur pouvait être contenue d'une autre manière. Pour

³⁴³ VAN DE KERCHOVE (1977), pp. 262-263.

³⁴⁴ KILLIAS, pp. 228-229.

déterminer si la sécurité publique était gravement mise en péril, il fallait tenir compte, non seulement de l'imminence et de la gravité du danger mais également de la nature et de l'importance du bien juridique menacé. S'il s'agissait d'un bien juridique important, tel que la vie ou l'intégrité corporelle, il fallait se montrer moins exigeant quant à l'imminence et à la gravité du danger que s'il s'agissait de biens de moindre valeur tels que la propriété ou le patrimoine. De même, lorsque des biens juridiques importants étaient menacés, un internement pouvait être nécessaire au sens de l'art. 43 ch. 1 al. 2 aCP, même si le danger n'était pas particulièrement grave. La question n'était donc pas de savoir si une autre mesure était préférable d'un point de vue thérapeutique mais si elle était suffisante pour prévenir la mise en danger d'autrui. Lorsqu'au vu d'un rapport psychiatrique, le juge arrivait à la conclusion que le délinquant, même traité médicalement, présentait un danger pour autrui, il devait admettre que la dangerosité qui justifiait l'internement était réalisée. Le principe «*in dubio pro reo*» ne s'appliquait pas à ce pronostic³⁴⁵.

Le principe de la proportionnalité commandait que l'internement ne soit ordonné qu'en cas d'*ultima ratio*, quand aucune autre mesure n'était susceptible de contenir la dangerosité de l'auteur. L'internement devait toujours être subsidiaire à une mesure curative. Cette mesure s'imposait si l'auteur n'était pas susceptible d'être soigné ou si son hospitalisation représentait un risque trop élevé au regard des standards de sécurité acceptables. Si plusieurs mesures étaient susceptibles d'être ordonnées, celle qui portait la moindre atteinte aux droits de l'individu devait toujours avoir la priorité³⁴⁶. L'on retrouvait le caractère économique de la sanction prôné par Bentham.

Les mesures de sûreté à l'égard des délinquants anormaux poursuivaient deux buts : soigner l'auteur et protéger la sécurité publique. C'était d'ailleurs seulement lorsque l'auteur était considéré comme guéri et donc qu'il ne présentait plus de danger que la mesure était levée. Face à de tels délinquants, une peine de prison coûtait cher en termes de maux puisqu'elle faisait du mal au condamné et à ses proches sans pour autant améliorer son état. La sécurité publique était certes protégée pendant la durée de la peine mais, au moment où l'auteur sortait, il souffrait toujours autant de ses troubles mentaux et donc était susceptible de commettre de nouveaux actes punissables. La peine faisait un certain mal au délinquant et à ses proches sans pour autant l'améliorer ni protéger correctement la sécurité publique. Bentham disait d'ailleurs que la prison est dispendieuse parce que les individus y perdent leur honneur et leurs habitudes de travail et ressortent prêts à commettre un nouveau délit. En prévoyant des mesures de sûreté avec des soins et une réévaluation

³⁴⁵ ATF 118 IV 108 ; JdT 1994 134.

³⁴⁶ HEER, Avant Art. 42 N. 9.

de l'état de l'auteur à intervalles réguliers, on essayait de faire en sorte que le mal subi par la peine ne soit pas trop élevé par rapport au bien découlant des soins dont pouvait bénéficier le détenu et à la protection de la sécurité publique. Mais ce système qui accordait une marge d'appréciation à l'administration dans sa décision de levée d'une mesure de sûreté comportait un risque d'arbitraire et d'inégalité de traitement. L'on retrouvait l'effet pervers de la flexibilité et de l'individualisation de la sanction. De ce système découlait le risque de ne jamais laisser sortir un tel délinquant arguant du fait que cette sanction était maintenue avant tout pour son bien ou pour le bien de la sécurité publique.

3.2) *La proportionnalité et les mesures de sûreté dans le code pénal suisse actuel*

Contrairement à l'ancien droit, le code pénal actuel prévoit une disposition spéciale sur le principe de la proportionnalité. Les trois aspects du principe de la proportionnalité, à savoir l'aptitude, la subsidiarité et la proportionnalité au sens étroit y sont prévus. Le sous-principe de l'aptitude est mentionné dans la loi qui dispose que le tribunal ordonnera une mesure «s'il est à prévoir qu'elle détournera l'auteur de commettre de nouvelles infractions». Il s'agit de l'aptitude vis-à-vis de l'objectif visé et de la conformité au but poursuivi. Le critère de la subsidiarité est mentionné à l'art. 58 CP qui traite du rapport de la mesure avec la peine privative de liberté. Selon cette disposition, «le tribunal peut ordonner une mesure parallèlement à une peine privative de liberté si la peine seule ne suffit pas à détourner l'auteur de commettre de nouvelles infractions». L'art. 56 al. 1 CP concrétise la proportionnalité au sens étroit. Une mesure peut en effet être adéquate et nécessaire mais disproportionnée si l'atteinte qu'elle comporte est trop importante par rapport au but poursuivi. Le tribunal ne peut ainsi ordonner une mesure que si l'atteinte aux droits de la personnalité de l'auteur ne paraît pas disproportionnée au regard de la vraisemblance qu'il ne commette de nouvelles infractions graves. Une sanction ne doit pas être excessive comme le serait, par exemple, une atteinte importante à la personnalité de l'intéressé pour l'empêcher de commettre des contraventions. Mais elle vise également à empêcher des sanctions trop clémentes. Ainsi, la durée de la mesure et l'intensité de l'atteinte ne doivent pas être trop faibles par rapport à la peine suspendue. L'avant-projet Schultz avait proposé une disposition qui prévoirait qu'une mesure ne pourrait être prononcée si la peine prononcée simultanément était trois fois plus longue que la durée maximale de la mesure. Mais cette idée a été abandonnée parce qu'une telle disposition priverait fréquemment d'une mesure des délinquants qui en auraient fortement besoin. De plus une clause si stricte irait à l'encontre du principe de la subsidiarité prévu à l'art. 58 al. 1 CP. D'ailleurs, selon la

jurisprudence du Tribunal fédéral rendue sous l'ancien droit³⁴⁷, si la mesure institutionnelle paraît inférieure aux deux tiers de la peine privative de liberté, celle-ci ne devra être suspendue qu'exceptionnellement, c'est-à-dire si la resocialisation attendue par l'effet de la mesure ne pourrait pas être obtenue par un traitement ambulatoire pendant l'exécution de la peine. L'art. 56 al. 2 CP prévoit enfin que le tribunal ordonnera la mesure qui porte l'atteinte la moins grave à l'auteur³⁴⁸.

Contrairement à l'ancien droit, le code pénal actuel prévoit une limite maximale au traitement ambulatoire. Le principe de la proportionnalité commande en effet de limiter une telle atteinte à la liberté personnelle. Il est certes difficile de limiter des traitements qui s'appuient sur des médicaments, en particulier ceux qui s'adressent à des délinquants sexuels et dont ils auront probablement besoin jusqu'à la fin de leur trouble. Mais, même dans ces cas, le principe de la proportionnalité et la liberté de l'individu doivent être respectés. Après un certain temps, il faut laisser la liberté à l'individu de continuer son traitement ambulatoire. Ainsi, la durée du traitement ambulatoire se limite à cinq ans³⁴⁹. Mais la possibilité de continuer le traitement ambulatoire des délinquants anormaux doit exister, tout en respectant le principe de la proportionnalité, si un tel traitement paraît nécessaire pour détourner l'auteur de commettre de nouvelles infractions. Ainsi, l'art. 63 al. 4 CP prévoit que le traitement ambulatoire ne peut en général excéder cinq ans mais que le juge peut le prolonger à chaque fois de un à cinq ans, si cela paraît nécessaire pour détourner l'auteur de commettre de nouveaux crimes ou délits. S'il est voué à l'échec ou s'il démontre depuis longtemps qu'il ne conduira pas à la guérison, notamment parce que l'individu s'y soustrait, le juge doit décider si et dans quelle mesure des peines suspendues devront être exécutées³⁵⁰.

L'entrée en vigueur de l'art. 123a Cst suite à l'acceptation par le peuple et les cantons, en date du 8 février 2004, de l'initiative sur les délinquants sexuels violents jugés très dangereux et non amendables (ci-après, initiative sur l'internement à vie) prévoit l'interdiction de tout congé et une libération ne pourra être envisagée que si de nouvelles connaissances scientifiques démontrent que le délinquant ne présente plus de danger. Cette initiative propose un procédé en deux étapes : dans un premier temps, les autorités devront se renseigner sur l'état de la science et ensuite, le cas échéant, ordonner une expertise. Cette procédure, beaucoup trop lourde, est difficilement com-

³⁴⁷ ATF 107 IV 20 ss.

³⁴⁸ FF 1999 II 1876-1878.

³⁴⁹ SCHULTZ (1987), pp. 161-162.

³⁵⁰ FF 1999 II 1897-1900.

patible avec le principe de la proportionnalité. En effet, une expertise devrait suffire pour estimer la dangerosité ou l'amendement d'un condamné³⁵¹.

3.3) *La proportionnalité dans la loi belge sur la défense sociale*

Le droit belge donnait également une certaine latitude au juge dans l'ordonnance de l'internement puisqu'il disposait que les juridictions d'instruction et de jugement pouvaient ordonner l'internement de l'inculpé qui avait commis un fait qualifié crime ou délit et qui était dans un des états prévus par l'article premier (art. 7 al. 1). Le juge, au moment du jugement, devait rechercher si l'inculpé était en état de démence ou dans un état grave d'anomalie mentale imposant l'internement. Mais, même s'il estimait que tel était le cas mais que le fait commis n'était qu'un accident et qu'il n'y avait pas de risque de récidive, il considérait que l'état de l'inculpé s'était amélioré et que la défense de la société ne requérait plus l'internement. Il devait se laisser guider par les nécessités de la défense sociale. Ainsi, l'art. 18 de la loi de 1964, prévoyait la faculté au lieu de l'obligation de libérer l'interné qui était prévue par l'art. 20 de la loi de 1930. En effet, la loi de 1930 prévoyait que la commission psychiatrique devait libérer l'interné dès que son état mental ne constituait plus un danger social. Or, la loi de 1964 donnait à la Commission de défense sociale la faculté de libérer l'interné si son état mental s'était suffisamment amélioré et si l'interné paraissait pouvoir se reclasser, sans danger pour la société et sans récidive. La Commission disposant d'une certaine latitude de jugement devait appliquer le principe de la proportionnalité pour prendre sa décision³⁵².

Le projet de la loi belge sur la défense sociale du 9 avril 1930 avait proposé que les juridictions de jugement puissent ordonner le placement en observation lorsque seuls des indices de culpabilité d'un crime ou d'un délit avaient été recueillis³⁵³. Mais de fortes réactions s'étaient élevées à la Chambre, invoquant le principe de proportionnalité et, finalement, la Commission qui élaborait le texte définitif précisa que la mise en observation ne pouvait être ordonnée que dans les cas où la loi autorisait la détention préventive. La Commission avait en effet voulu apaiser les craintes, en n'admettant la mise en observation dans une annexe psychiatrique que dans les cas graves³⁵⁴. Ainsi était introduit un parallélisme entre la mise en observation et la mise sous

³⁵¹ FF 2001 3282.

³⁵² CORNIL (1930), p. 7.

³⁵³ Sessions de 1922-1923, chambres, doc. n° 151 et sessions extraordinaires de 1925, chambres, doc. n° 124.

³⁵⁴ Session de 1926-1927, chambres, doc. n° 211.

mandat d'arrêt. Dans ce cas également, le principe de la proportionnalité avait commandé de limiter une telle atteinte à la liberté personnelle en ne l'admettant que dans les cas graves qui nécessitaient une incarcération. Ainsi, la mise en observation ne pouvait pas être ordonnée lorsque le fait n'était pas de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel de trois mois, si le fait n'était pas frappé de la peine des travaux forcés de quinze à vingt ans ou d'une peine plus grave. Si l'inculpé avait sa résidence en Belgique, la mise en observation ne pouvait être ordonnée qu'en cas de circonstances graves et exceptionnelles et si cette mesure était réclamée par l'intérêt de la sécurité publique. Ces circonstances graves et exceptionnelles pouvaient être liées aux indices de démence, de déséquilibre mental ou de débilité mentale et ainsi justifier la crainte de la réitération des faits délictueux de la part de l'inculpé³⁵⁵.

3.4) *La proportionnalité dans la loi belge relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental*

Suite à l'évolution de la psychiatrie, les termes « démence », « déséquilibre mental » et « débilité mentale » sont apparus dépassés et confus. Le terme « démence », dans la nosologie psychiatrique actuelle signifie une perte des capacités intellectuelles assez importante pour avoir des effets sur les fonctions sociales et professionnelles. Cette signification est différente de celle qui prévalait en 1930. La notion de déséquilibre mental est difficile à cerner et a donné des divergences d'interprétation. Elle varie entre l'irresponsabilité totale et partielle. Ainsi, la loi a retenu la formulation suivante : « *trouble mental qui a aboli ou gravement altéré sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actions* ». Le terme « gravement » est significatif. En effet, toute altération de la capacité de discernement ou de contrôle des actes ne peut conduire à une mesure de défense sociale. Ce ne serait pas compatible avec le principe de la proportionnalité. Mais cette notion doit être définie pour être la plus précise possible, ce qui n'est pas chose aisée. L'altération cognitive ou volitive doit être assez prononcée pour retentir de manière importante sur l'insertion sociale et les activités professionnelles de l'intéressé³⁵⁶.

Bien que le TAP ne doive théoriquement pas se préoccuper de l'infraction commise, la pratique démontre le contraire³⁵⁷. La notion de la gravité du crime ou du délit qui a justifié a priori un internement d'une certaine durée, réintroduit la notion de rétribution qui est normalement absente de la mesure

³⁵⁵ CORNIL (1930), p. 57.

³⁵⁶ Chambre des représentants, session 2002-2003, doc. n° 50 242/00, 32-36.

³⁵⁷ DUMONT / BAGUETTE, p. 713.

de sûreté, de nature essentiellement thérapeutique. Cette notion de gravité ne devrait entrer en ligne de compte que dans la mesure où elle indique un risque de récidive. Le TAP devra appliquer le principe de la proportionnalité pour effectuer une balance entre la gravité de l'infraction et l'exécution de la mesure d'internement³⁵⁸.

4. La proportionnalité, de Jeremy Bentham aux mesures de sûreté contemporaines

L'on peut voir dans ce chapitre que le principe de la proportionnalité, qui occupe une place importante dans le droit des mesures de sûreté ou mesures de défense sociale, est également un des fondements de la pensée de Jeremy Bentham. Ainsi, ce principe prédominait au moins chez un auteur bien avant la naissance de la pensée de la défense sociale qui, lit-on souvent³⁵⁹, serait à la base des mesures de sûreté. En effet, Jean Graven écrivait que la théorie de la défense sociale est une création du XX^e siècle formulée d'abord par Prins³⁶⁰. En outre, selon ces mêmes auteurs, la pensée de la défense sociale viserait à se démarquer de la pensée pénale et des positivistes italiens. Le droit pénal classique voit dans la sanction la juste rétribution à une infraction commise par un être pleinement responsable. Le criminel qui a agi avec toute sa conscience et sa volonté doit être puni. L'on ne se pose pas la question de savoir s'il est responsable ou non, il l'est. L'École néo-classique qui date des années 1830, admet la relativité de la sanction pénale. Elle prône un ajustement de la mécanique rétributive et suggère une adaptation de la peine à la situation de chaque individu. Elle introduit les notions de responsabilité restreinte et circonstances atténuantes. Les positivistes italiens, Lombroso en 1876, Ferri en 1881 et Garofalo en 1885 proposent une politique criminelle basée sur la nature du criminel et sur toutes les caractéristiques physiologiques, psychologiques et sociales dont il fait l'objet. Il doit s'agir d'une politique de «sécurité» destinée à dépister et neutraliser les individus dangereux pour la société. Cette pensée est axée non plus sur le crime mais sur le criminel qui est criminel par nature, sans possibilité d'en sortir³⁶¹.

La pensée pénale classique se serait montrée inadaptée, tant par l'exigence de la même peine pour la même infraction que par le présupposé d'une responsabilité pleine et entière de l'individu. «*Le fait marquant de la transformation, c'est l'abandon de la base traditionnelle et classique du jugement répressif:*

³⁵⁸ DUMONT / BAGUETTE, p. 713.

³⁵⁹ Voir n. 305.

³⁶⁰ GRAVEN J., p. 16.

³⁶¹ EWALD, pp. 313-314.

le principe de la responsabilité objective du coupable, et l'adoption d'une base plus objective : le principe de la défense sociale. »³⁶² Quant à l'école positiviste italienne, axée non plus sur le crime mais sur le criminel par nature, elle n'est pas sans contradiction. Le problème réside dans l'identification du criminel qui disposerait de certains traits physiques ou psychiques³⁶³.

La défense sociale se serait caractérisée par une position intermédiaire. Elle essaie de définir une politique criminelle sans prendre position pour le déterminisme ou le libre arbitre³⁶⁴. Pour Adolphe Prins, aucune de ces deux méthodes n'est adaptée. « *Car le Déterminisme est une méthode scientifique, l'Indéterminisme est une méthode morale. Mais aucune de ces deux méthodes n'est une arme utile aux mains de ceux qui sont chargés d'appliquer la loi pénale et toutes les deux imposent aux juges une tâche qui dépasse leurs forces.* »³⁶⁵ (...) « *Donc, que nous nous tournions vers les déterministes ou les indéterministes, nous n'aboutissons à aucune conclusion nette, précise et satisfaisante. (...) Nous avons en nous des dispositions ataviques dont l'influence s'exerce sur le cours de notre vie, et nous devons admettre une certaine nécessité interne de nos actes. Nous avons en nous une faculté de réaction contre le milieu, une activité tendue vers un but, et nous devons admettre une certaine liberté interne de conduite.* »³⁶⁶ Ainsi, la pensée de défense sociale vise à prendre en compte le danger que représentent certains délinquants et à protéger la société, tout en diagnostiquant leur maladie, en les soignant et les réhabilitant.

Au centre de la nouvelle pensée de défense sociale se trouve l'individu, le criminel, être fragile qui n'est pas toujours responsable de ses actes. En effet, la responsabilité de l'individu, « *cette base fragile est ébranlée à tous les points de vue* »³⁶⁷. L'homme normal et responsable ne peut être considéré comme une généralité. « *Et même en supposant qu'il fût possible de tenter un essai de généralisation, ce que l'on rencontrerait le plus souvent, ce serait non l'homme normal mais l'homme anormal. Depuis celui qui n'aime pas à être conforme, depuis l'irrégulier, l'excentrique, l'indiscipliné, le bohème, le vagabond jusqu'à l'insuffisant mental et moral, jusqu'au maniaque, jusqu'à l'aliéné ou l'idiot profond, il y a des degrés infinis d'états incomplets ou défectueux dont la moyenne ne donne nullement un homme normal.* »³⁶⁸

Quant à la volonté de l'individu, il est difficile de l'évaluer parce qu'elle dépend de multiples facettes, notamment « *la race, le climat, les neurones, les*

³⁶² PRINS (1986), p. 4.

³⁶³ EWALD, pp. 313-314.

³⁶⁴ EWALD, p. 314.

³⁶⁵ PRINS (1986), p. 20.

³⁶⁶ EWALD, pp. 36-37.

³⁶⁷ EWALD, p. 4.

³⁶⁸ EWALD, pp. 7-8.

centres nerveux, les circonstances, le milieu, l'hérédité, le degré de développement de l'esprit et la nature du tempérament. (...) jamais nous ne rencontrerons les conditions de la pleine responsabilité; toujours nous verrons s'accumuler les causes qui troublent l'activité normale de la volonté.» Il n'y a donc pas un délinquant normal et punissable et les autres, « car les formules simplificatrices et générales de la jurisprudence classique ne concordent pas avec la fluidité, la variété et la complexité de la réalité vivante toujours en devenir »³⁶⁹.

Les doutes élevés contre les théories classiques sur le libre arbitre auraient ébranlé tout le système répressif. Face à un crime commis, le droit pénal ne devrait plus s'exercer au nom de la morale pour punir l'individu, mais au nom de la sécurité publique pour protéger la société. Or, pour que ce résultat puisse être atteint, la tâche du juge serait moins de prononcer une peine proportionnée au degré de responsabilité que de prendre les mesures adaptées au danger créé par l'auteur de l'infraction. Le but final serait la protection de la sécurité publique. « On aboutit plus difficilement à un pareil résultat en proportionnant le taux de la peine au degré de responsabilité du coupable, qu'en adaptant les mesures à prendre à la nature du danger que présente l'auteur de l'atteinte à l'ordre public. »³⁷⁰

Le mouvement de défense sociale vise en premier lieu la défense de la société. Mais elle a également tendance à associer le crime à l'anormalité et à la déviance. Ainsi, du XIX^e siècle à nos jours, on assiste de plus en plus à une médicalisation de l'auteur qui n'est pas sans danger. En effet, la maladie de l'auteur et son besoin de soins légitiment la création de mesures parfois disproportionnées à l'acte commis et difficilement compatibles avec le principe de la proportionnalité. En outre, elles sont, la plupart du temps, de durée indéterminée, ce qui n'est pas sans poser problèmes. Si la relation entre la peine et la faute commise doivent subsister, elles devront s'harmoniser avec les nouvelles conceptions de défense sociale³⁷¹.

Mais l'on retrouve chez Prins des éléments de la pensée de Jeremy Bentham, notamment quand il affirme: « Nous proclamons qu'il est difficile, sans compromettre la répression, de proportionner la quantité de la peine au degré de responsabilité du coupable; nous estimons qu'il est plus rationnel d'adapter la peine à la nature du danger que présente l'auteur de l'infraction. Nous croyons qu'il faut surtout combattre la criminalité par des mesures de défense sociale, mais nous pensons aussi que, pour répondre complètement à la conception de la défense sociale, il faut considérer le criminel à la fois pour ce qu'il a fait individuellement, et pour ce qu'il est socialement, et que la haute mission du juge consiste à concilier le maximum

³⁶⁹ PRINS (1986), p. 13.

³⁷⁰ PRINS (1986), p. 40.

³⁷¹ GOUSENBERG, pp. 494-495.

possible de sécurité sociale avec le minimum possible de souffrance individuelle pour le coupable. »³⁷²

Un siècle et demi plus tôt, Bentham déclare que les peines sont dispendieuses si elles produisent un mal supérieur au bien ou s'il est possible d'obtenir le même bien au prix d'un mal inférieur. Elles sont superflues dans les cas où on pourrait atteindre les mêmes buts par des moyens plus doux comme l'instruction, l'exemple, les invitations, les délais, les récompenses. L'on retrouve notre systématique des mesures de sûreté. En effet, le juge doit prononcer la mesure qui porte la moindre atteinte à la liberté personnelle tout en veillant à la prévention générale. En outre, le juge ne devra pas prononcer un internement, mesure qui porte l'atteinte la plus grave à la liberté personnelle, si la dangerosité de l'auteur peut être contenue d'une autre manière. L'internement ne sera prononcé qu'en cas d'ultima ratio, quand aucune autre mesure n'est susceptible de contenir la dangerosité de l'auteur. Il sera ainsi subsidiaire à une mesure curative et ne s'imposera que si l'auteur n'est pas susceptible d'être soigné ou si son hospitalisation représente un risque trop élevé.

Bentham rappelle qu'il ne faut pas oublier de prendre en compte le délinquant dans le calcul du mal causé par la peine. Le délinquant est membre de la communauté, comme tout autre individu et comme la partie lésée. Les mesures de sûreté tiennent compte de l'auteur puisqu'elles veillent à lui appliquer la peine qui porte la moindre atteinte à sa liberté personnelle.

Malheureusement, l'on ne peut pas en dire autant de la mesure d'internement. En prévoyant une peine et une mesure prononcées selon le dualisme cumulatif, le délinquant n'est guère pris en compte. En effet, prononcer une peine et une mesure est excessif et ne respecte pas le principe de la proportionnalité. Un tel système est superflu et dispendieux. Il serait certainement possible de parvenir à un meilleur résultat préventif, en infligeant uniquement une mesure de sûreté. L'on ne voit pas en quoi la peine serait utile à l'égard d'un délinquant qui a besoin d'une mesure de sûreté. L'internement à vie pour les délinquants sexuels violents jugés très dangereux et non amendables est purement sécuritaire. Toute forme de congé est exclue et il ne permet aucune libération de l'intéressé sauf si de nouvelles connaissances scientifiques démontrent qu'il n'est plus dangereux. A nouveau, il serait certainement possible de parvenir aux mêmes résultats en prévoyant la possibilité d'une réévaluation régulière de l'état de l'intéressé.

Une seconde problématique évoquée par Bentham rejoint une problématique déjà évoquée dans le chapitre sur la prévention. Il dit qu'il ne faut pas vouloir appliquer une proportion mathématique et rendre les lois stupides,

³⁷² PRINS, pp. 10-11.

minutieuses et compliquées. La clarté, la brièveté, la simplicité et l'effet exemplaire des lois sont des éléments plus importants que la proportion. La peine doit être déterminée de la manière la plus précise possible, pour favoriser la certitude et l'impartialité et pour répondre au principe de la légalité. Mais n'est-ce pas là antinomique au principe de la proportionnalité? Pour pouvoir appliquer correctement un tel principe, il faut une certaine marge d'appréciation. Les lois ne peuvent ainsi pas être claires, brèves, simples et exemplaires et chaque individu ne pourra pas savoir exactement à quelle peine s'attendre.

Le principe de la proportionnalité est un fondement de la pensée de Jeremy Bentham. C'est également un fondement des mesures de sûreté qui ne peuvent être appliquées en fonction de la culpabilité de l'auteur et sont donc déterminées par le principe de la proportionnalité. C'est un deuxième élément qui permet de mettre en parallèle le système benthamien avec celui des mesures de sûreté.

C. La dangerosité

1. La dangerosité dans la pensée pénale de Jeremy Bentham

1.1) *Le mal de premier, de deuxième et de troisième ordre*

Toute loi est un mal parce qu'elle est une restriction à la liberté des individus. Ainsi, le législateur pénal, quand il édicte une loi, doit tenir compte de deux sortes de maux : le mal du délit et le mal de la loi ou ce que Bentham appelle le mal de la maladie et le mal du remède. Le mal résultant d'un acte peut se diviser en deux maux : *le mal de premier ordre* est le mal qui affecte tels ou tels individus assignables et *le mal de second ordre* qui prend sa source dans le mal de premier ordre et se répand sur la communauté entière ou une partie d'entre elle. Le mal de premier ordre se subdivise en *mal primitif* qui touche l'individu lésé et en *mal dérivatif* qui touche des individus en raison du mal souffert par le premier, parce qu'ils lui sont liés soit par sympathie soit par un intérêt personnel. Le mal de second ordre se subdivise en deux branches : *l'alarme* et *le danger*³⁷³.

Bentham, quand il examine si des actes doivent être punis considère souvent les deux conséquences : l'alarme et le danger qui sont les deux maux de second ordre. Si une personne est volée, la victime souffre d'un mal de premier ordre mais le vol affecte également d'autres personnes qui souffrent d'un mal de second ordre. Une part de ce mal de second ordre est causé par la rumeur du vol commis qui se répand dans le voisinage. Cela crée un mal d'appréhension que Bentham appelle l'alarme. Ce vol non seulement crée de l'appréhension mais augmente également les risques que d'autres vols soient commis, ce que Bentham appelle le danger³⁷⁴. Les deux branches de mal de second ordre, si elles sont proches sont néanmoins distinctes et peuvent exister séparément. L'alarme peut exister sans le danger et le danger sans l'alarme. On peut ainsi craindre un danger qui ne se produira jamais comme on peut ne pas craindre un danger qui se produira. Mais en général, l'alarme et le danger sont les effets de la même cause et un mal fait craindre et rend probables d'autres maux similaires. Une mauvaise action entraîne l'exemple et risque d'entraîner une autre mauvaise action en suggérant l'idée d'une telle action et en augmentant la force de la tentation³⁷⁵.

Le mal du troisième ordre est l'effet de la persistance de l'alarme³⁷⁶. Ainsi, le délit produit un mal de premier ordre à l'égard de la victime et un mal de

³⁷³ BENTHAM (1829) (I), pp. 32-34.

³⁷⁴ HARRISSON, p. 229.

³⁷⁵ BENTHAM (1829) (I), pp. 32-34.

³⁷⁶ BENTHAM (1829) (I), pp. 32-34.

second ordre en répandant l'alarme et le danger à travers la société. La peine produit un mal de premier ordre dans la souffrance du délinquant qui la subit et un mal de second ordre dans la menace de quiconque serait tenté de commettre un délit semblable. Mais elle produit également un bien de second ordre parce qu'elle rassure la société en écartant le danger du délit³⁷⁷.

Prenons un exemple: un homme est battu, blessé, insulté, volé. Il en découle un mal primitif. Ses amis souffrent un mal dérivé en raison de la sympathie qu'ils éprouvent. Ses créanciers souffrent également un mal dérivé en raison de la perte éprouvée. Tous ces maux composent le mal de premier ordre. La nouvelle de ces actes se répand dans la communauté créant le danger et l'alarme. Le danger et l'alarme créent le mal de second ordre. La persistance de l'alarme crée le mal de troisième ordre. Si la somme volée appartenait à l'Etat, le mal est *répartible ou divisible*. Si en raison de la blessure éprouvée, le lésé souffre d'un mal tout à fait distinct du premier, comme de ne pas pouvoir travailler, il en résulte un mal *conséquentiel*. Le mal *permanent* est un mal irréparable. Le mal *passager* ou *évanescent* peut cesser tout à fait³⁷⁸.

L'alarme inspirée par les délits est très variable puisqu'elle peut se manifester par un sentiment d'inquiétude jusqu'à la terreur. Elle dépend d'un certain nombre de circonstances, soit: 1) la grandeur du mal de premier ordre, 2) la bonne ou la mauvaise foi du délinquant dans le fait en question, 3) la position qui lui a fourni l'occasion de commettre le délit, 4) le motif qui l'a fait agir, 5) la plus ou moins grande facilité d'empêcher un délit, 6) la plus ou moins grande facilité de cacher un délit et de se soustraire à la peine, 7) le caractère que le délinquant a montré en commettant le délit, notamment s'il est récidiviste, 8) la condition de l'individu lésé³⁷⁹.

1.2) *Du mal de premier ordre*³⁸⁰

Il faut savoir évaluer le mal de premier ordre, parce qu'en fonction de sa valeur apparente ou réelle, l'alarme sera plus ou moins grande. Les règles suivantes permettent de l'évaluer et ces règles sont absolument nécessaires. 1) Le mal d'un délit complexe sera plus grand que celui de chacun des délits simples dans lesquels il pourra se résoudre. Ainsi, un délit privé combiné avec un délit public fait plus de mal qu'un délit public seul. 2) Le mal d'un délit semi-public ou public qui se propage sera plus grand que celui d'un délit privé de

³⁷⁷ ABD-EL-HADI SCHAKANKIRI, pp. 348-349.

³⁷⁸ BENTHAM (1829) (I), pp. 32-34.

³⁷⁹ BENTHAM (1829) (I), p. 129.

³⁸⁰ BENTHAM (1829) (I), p. 130.

même nom. La peste propagée dans tout un continent fait plus de mal que si elle se propage sur une île déserte. 3) Le mal d'un délit semi-public ou public qui, au lieu de se multiplier ne fait que se répartir, sera plus grand qu'un délit privé de même nom. Ainsi, le même trésor volé à une nation fait moins de mal que s'il est volé à une seule personne. Le mal résultant d'une atteinte au patrimoine est d'autant moindre qu'il se distribue sur un plus grand nombre et sur des individus plus riches. 4) Le mal total d'un délit est plus grand s'il en découle un mal consécutif sur le même individu. Ainsi, le mal résultant d'un emprisonnement est plus grand s'il en est résulté la perte d'un mariage, d'une place, d'une affaire lucrative. 5) Le mal total d'un délit est plus grand s'il en résulte un mal dérivatif portant sur autrui. Ainsi, si par les suites d'un mal qu'un individu a subi, sa femme ou ses enfants subissent également un mal, celui-ci est additionné au mal primitif.

En plus de ces règles qui servent à évaluer le mal de premier ordre, il faut tenir compte des circonstances qui aggravent ce mal. Il peut s'agir d'un surcroît de douleur physique, d'un surcroît de terreur, d'un surcroît d'opprobre, d'un dommage irréparable ou d'une souffrance aggravée.

1.3) *De la mauvaise foi*

Un délit commis intentionnellement est bien différent d'un délit commis par négligence. C'est ce que veut dire Bentham lorsqu'il affirme: «*Qu'un homme ait commis un délit le sachant et le voulant, ou sans le savoir et sans le vouloir, le mal immédiat est bien le même, mais l'alarme qui en résulte est bien différente.*»³⁸¹ L'intention d'un homme peut, à chaque occasion, être considéré comme bonne ou mauvaise selon les conséquences ou les motifs de son acte. Il peut produire de bonnes ou mauvaises conséquences ou avoir son origine dans un bon ou mauvais motif. Il dépend également de la conscience ou de l'inconscience de commettre un délit³⁸².

L'homme qui a commis un délit avec conscience et volonté se présente comme un homme méchant et dangereux, contrairement à celui qui a commis le délit sans le vouloir. L'on voit dans l'homme de mauvaise foi ce qu'il pourra et voudra faire à nouveau. Il est un récidiviste en puissance. L'idée d'un homme méchant et dangereux attriste et effraie parce qu'il fait prendre conscience du fait qu'il existe probablement d'autres hommes semblables³⁸³.

³⁸¹ BENTHAM (1829) (I), p. 131.

³⁸² BENTHAM (1996), p. 88 ss.

³⁸³ BENTHAM (1996), p. 88 ss.

1.4) *La position du délinquant*³⁸⁴

Certains délits peuvent être commis par tous alors que d'autres dépendent d'une position particulière. Ceux qui peuvent atteindre tout le monde produisent plus d'alarme que ceux qui ne visent que certaines personnes. Par exemple, entre un homicide commis pour recueillir une succession ou pour un brigandage, le second produit plus d'alarme parce que tout individu se sent potentiellement visé. Ainsi, un délit cause moins d'alarme quand la position du délinquant est plus particulière et qu'il y a un plus petit nombre d'individus dans une position semblable.

1.5) *L'influence des motifs sur la grandeur de l'alarme*

Un motif doit être compris comme toute chose qui peut avoir une influence sur la volonté et qui conduit à commettre ou à s'abstenir volontairement de commettre un acte³⁸⁵. Si le motif du délit est rare et particulier, il produira moins d'alarme que s'il est commun et fréquent. Un assassinat produit par vengeance produira moins d'alarme qu'un assassinat commis pour voler. Dans le second cas, le danger apparaît comme universel alors que dans le premier cas, l'on ne risque rien si l'on n'a pas un tel ennemi³⁸⁶.

1.6) *La facilité ou difficulté d'empêcher les délits*³⁸⁷

Il s'agit de comparer les moyens d'attaque et de défense ainsi que de juger si le crime est plus ou moins facile. Un brigandage est plus effrayant s'il est fait à domicile que s'il est fait sur la route, s'il a lieu en pleine nuit que s'il a lieu de jour, s'il se combine avec un incendie que s'il est fait par des moyens ordinaires. En outre, plus il paraît facile d'éviter un délit, moins il paraît alarmant.

1.7) *La plus ou moins grande facilité de cacher un délit et de se soustraire à la peine*

L'alarme est plus grande s'il est plus difficile de découvrir ou de reconnaître l'auteur. Si le délinquant reste inconnu et donc impuni, le succès de l'infraction commise est un encouragement pour lui comme pour d'autres. Les

³⁸⁴ BENTHAM (1996), p. 132.

³⁸⁵ BENTHAM (1996), p. 97.

³⁸⁶ BENTHAM (1996), p. 133.

³⁸⁷ BENTHAM (1996), p. 135.

circonstances qui favorisent l'impunité comme les déguisements, les infractions commises de nuit, les lettres anonymes augmentent le degré d'alarme³⁸⁸.

1.8) *L'influence du caractère du délinquant sur l'alarme*

On peut présumer le caractère du délinquant par la nature de son délit, surtout par le mal de premier ordre, d'une part, par les circonstances et par sa conduite dans le délit, d'autre part. Le caractère du délinquant doit avoir une influence sur le choix et la mesure de la peine parce qu'il a une influence sur le degré de l'alarme et parce qu'il indique la sensibilité du sujet. L'on n'a pas besoin d'une peine aussi forte pour sanctionner un caractère faible, mais foncièrement bon, que pour une personne mauvaise. Divers moyens d'aggravation peuvent se tirer de cette source.

- 1) Le premier indice d'un caractère dangereux est, selon Bentham, *la faiblesse opprimée*. En effet, moins le lésé était en état de se défendre, plus le sentiment naturel de compassion devrait agir avec force.
- 2) Le second indice d'un caractère dangereux est *la détresse aggravée*. La faiblesse doit réveiller la compassion. Ainsi, le refus de soulager un malheureux forme une présomption assez négative du caractère de l'individu. Mais encore pire est le caractère de celui qui non seulement ne soulage pas mais tente d'aggraver la souffrance de l'individu.
- 3) Le troisième indice d'un caractère dangereux est *le respect envers des supérieurs violé*. Les supérieurs sont ceux qui ont pu se former une habitude supérieure de réflexion, ceux qui sont censés être plus sages et avoir plus d'expérience. Il s'agit des citoyens les plus distingués, les personnes les plus âgées et ceux qui exercent certaines professions consacrées à l'enseignement public.
- 4) Le quatrième indice d'un caractère dangereux est *la cruauté gratuite* que l'on retrouve chez celui qui commet un délit pour des motifs légers et frivoles. Celui qui commet des actes féroces par curiosité ou par amusement fait présumer la dangerosité de son caractère.
- 5) Le cinquième indice d'un caractère dangereux est *la préméditation*. En effet, sous le coup de la passion ou de la colère, les sentiments vertueux peuvent se modifier un moment. Mais, si le cœur n'est pas perverti, la raison les ramènera à la vertu. En revanche, s'il s'est écoulé un temps assez long entre le projet d'une infraction et la commission de celle-ci, il y a une preuve de solide méchanceté.
- 6) Le sixième indice d'un caractère dangereux est *la conspiration*. La réunion de plusieurs personnes contre un seul innocent démontre une grande

³⁸⁸ BENTHAM (1996), p. 136.

lâcheté. En outre, la complicité demande une réflexion longue et particulièrement soutenue³⁸⁹.

Le délinquant qui présente des signes d'extraordinaire perversion risque de commettre de plus grands méfaits à l'avenir et inspire de la crainte en plus de la terreur de l'infraction commise. Il augmente ainsi la demande de punition³⁹⁰.

Les moyens de justification enlèvent leur caractère malfaisant au délit et ainsi diminuent l'alarme. Bentham en fait l'énumération suivante : le consentement, la répulsion d'un mal plus grave, la pratique médicale, la défense contre soi-même, la puissance politique et la puissance domestique. Ces circonstances apportent tantôt la preuve de l'absence de tout mal tantôt d'un mal compensé par un bien plus qu'équivalent.

1.9) *Le caractère réactif du système pénal*

Bentham cite trois défauts dans le système pénal dont le premier se situe dans le caractère purement « réactif » du droit pénal. Il faut en effet qu'un délit ait été commis pour qu'une peine soit infligée ou, en d'autres mots, il faut que le mal ait été commis avant d'appliquer le remède. Le remède consiste dans l'application de la peine, et la peine ne peut être appliquée qu'après que le délit a été commis. Ce défaut constitue une inefficacité incontournable en ce sens que chaque nouvel exemple d'une peine infligée laisse subsister un certain degré de danger et d'alarme³⁹¹.

Cet argument va dans le sens du but premier de la répression qui, selon Bentham, est la prévention. Un système pénal idéal, selon cet auteur, serait un système dans lequel l'aspect préventif serait si fort qu'aucun délit ne serait commis. Il n'y aurait que des peines apparentes, aucune peine réelle ne devrait être infligée puisque la peine apparente à elle seule servirait à prévenir le délit. Mais il se rend compte que ce système est utopique. En disant qu'il faut diminuer l'incertitude des procédures et des peines, faciliter les moyens de reconnaître et de retrouver les individus et augmenter pour les délinquants la difficulté de l'évasion, il tient compte des délits commis.

Une peine infligée, en fonction de la dangerosité d'un individu et avant même qu'un délit n'ait été commis permettrait d'éviter le défaut dû au caractère réactif du système pénal. Mais une telle solution n'est pas envisageable parce que la dangerosité ne peut être évaluée de manière scientifique et

³⁸⁹ BENTHAM (1996), pp. 136-138.

³⁹⁰ BENTHAM (1996), pp. 141-142.

³⁹¹ VAN DE KERCHOVE (1987), p. 670.

précise. Une telle solution ouvrirait ainsi la porte à l'arbitraire et à l'inégalité de traitement.

Cette imperfection du système pénal pousse à chercher ce que Bentham appelle les moyens indirects de prévenir des délits. La prévention s'opère «soit en ôtant la connaissance même du mal, soit en ôtant la puissance ou la volonté de mal faire». La plupart de ces moyens tendent à diriger les inclinations, en affaiblissant les motifs séducteurs qui excitent au mal, et en fortifiant les motifs tutélaires qui excitent au bien. Les moyens indirects, sans avoir les caractéristiques d'une peine, agissent sur le physique ou le moral de l'homme pour le disposer à obéir à la loi, pour lui ôter les tentations du crime et pour le guider par ses penchants et ses lumières. Le souverain agit indirectement quand il prend des précautions pour prévenir des délits. Ces moyens agissent soit en ôtant le pouvoir physique de nuire, soit en prévenant la volonté de commettre un délit³⁹².

2. La dangerosité et les mesures de sûreté en droit actuel

2.1) *La dangerosité et les mesures de sûreté dans l'ancien code pénal suisse*

Le système stoossien dont était issu l'avant-projet du code pénal suisse était construit autour de deux pôles : la culpabilité et l'état dangereux. La culpabilité requérait l'application d'une peine mais, lorsque celle-ci était incapable de parer à la dangerosité de l'individu, celui-ci se voyait appliquer une mesure de sûreté³⁹³.

Pour qu'une mesure puisse être ordonnée, un crime ou un délit devait avoir été commis. La gravité de l'infraction avait une fonction rétributive qui était également présente dans les mesures de sûreté même si l'aspect préventif prédominait, mais la gravité de l'infraction était aussi un moyen d'évaluer la dangerosité de l'individu. Pour qu'une mesure de sûreté fût ordonnée, il fallait qu'elle soit propre à éliminer ou atténuer le danger de voir le délinquant commettre d'autres actes punissables. Si un auteur qui souffrait d'une anomalie mentale paraissait propre à être guéri mais que la mesure ne paraissait pas propre à diminuer sa dangerosité, une telle mesure ne devait pas être imposée³⁹⁴.

³⁹² Pour plus de détails, voir p. 212 ss.

³⁹³ RUSCA, p. 42.

³⁹⁴ STRATENWERTH (1989), pp. 44-45.

Il existait trois mesures de sûreté en droit suisse : l'internement, l'hospitalisation et le traitement ambulatoire. Ces mesures étaient ordonnées, en tenant compte du principe de la proportionnalité et en fonction de la dangerosité de l'auteur. L'internement des délinquants anormaux, constituant une atteinte grave à la liberté personnelle, ne devait être ordonnée que si le délinquant compromettait gravement la sécurité publique et si cette mesure était nécessaire pour prévenir la mise en danger d'autrui (art. 43 ch. 1 al. 2 aCP). Cette mesure concernait les délinquants particulièrement dangereux, peu importe qu'ils soient accessibles à un traitement ou non. Autant les délinquants accessibles à aucun traitement que ceux qui étaient aptes à être traités mais dont on pouvait craindre qu'ils ne commettent de graves infractions s'ils étaient soumis à un traitement ambulatoire ou en milieu hospitalier pouvaient être soumis à un internement³⁹⁵. Ainsi, l'art. 43 aCP permettait de prononcer un internement indépendamment des chances de succès et de la motivation de l'auteur de se soumettre à un traitement. Il n'était même pas indispensable que l'état de l'auteur nécessite des soins. Si, en raison de l'état mental du délinquant qui était à l'origine du crime ou du délit commis, l'auteur présentait une dangerosité importante, l'internement pouvait être justifié, indépendamment du besoin ou des chances de succès d'un traitement médical³⁹⁶. L'hospitalisation était ordonnée, lorsque le délinquant était dangereux pour autrui mais ne compromettait pas gravement la sécurité publique (art. 43 ch. 1 al. 1 aCP). Enfin, le traitement ambulatoire devait être ordonné si le délinquant n'était pas dangereux pour autrui (art. 43 ch. 1 al. 1 aCP). C'était donc la dangerosité qui dictait au juge laquelle des trois mesures ordonner.

Le traitement des alcooliques et des toxicomanes également ne devait pas être une occasion de soigner l'auteur mais devait servir à la protection de la sécurité publique. Tout comme pour les délinquants anormaux, l'internement devait être ordonné s'il était nécessaire pour prévenir un nouveau crime ou délit, alors que le traitement ambulatoire ne devait être ordonné que si un nouveau crime ou délit n'était pas à craindre (art. 44 ch. 1 aCP). Dans ce cas également, c'était la dangerosité de l'auteur qui indiquait si et quelle mesure serait exécutée.

La durée de la mesure dépendait également de la dangerosité de l'auteur. En effet, pour décider de mettre fin à une mesure, il fallait examiner l'état de la personne et le risque de nouvelles infractions. Mais l'auteur ne devait pas être

³⁹⁵ Arrêt non publié du 22 mars 2005 (6P.166/2004), Arrêt non publié du 18 octobre 2004 (6A.61/2004/rod) ; ATF 127 IV 1.

³⁹⁶ KILLIAS, p. 226.

forcément guéri. Son état pouvait s'être stabilisé au point que l'autorité compétente estime que la prévention de nouvelles infractions était atteinte³⁹⁷.

2.2) *La dangerosité et les mesures de sûreté dans le code pénal suisse actuel*

C'est également l'évaluation de la dangerosité de l'auteur qui dicte si un traitement ambulatoire doit être levé et si les peines suspendues doivent être exécutées. Le traitement ambulatoire prévu par le droit actuel est limité à cinq ans mais peut être prolongé par le juge d'un à cinq ans si cela paraît nécessaire pour prévenir de nouveaux crimes ou délits (art. 63 al. 4 CP). Une peine privative de liberté suspendue doit être exécutée si le traitement ambulatoire exécuté en liberté paraît dangereux pour autrui. Dans ce cas, le traitement ne prend pas fin mais doit se poursuivre pendant l'exécution de la peine. Suite à la levée d'un traitement ambulatoire, le juge peut ordonner un traitement institutionnel à la place de l'exécution de la peine suspendue, si une telle mesure est propre à détourner l'auteur de commettre de nouveaux crimes ou délits en rapport avec cet état.

L'ancien droit prévoyait l'internement des délinquants anormaux et des délinquants d'habitude. L'auteur qui ne remplissait aucune de ces deux conditions pouvait seulement être condamné à une peine privative de liberté de durée déterminée. Le droit actuel prévoit également l'internement d'une personne dangereuse même si elle n'a aucun trouble psychiatrique. En effet, si la jurisprudence associe souvent dangerosité et maladie mentale, il n'est pas certain que les personnes souffrant d'affection mentale soient plus dangereuses que les personnes saines. Il existe des auteurs qui ne sont pas malades psychiquement mais qui sont dangereux et représentent un risque pour la société. La dangerosité ne doit pas être établie par un diagnostic médical mais par une analyse approfondie du risque. Elle résulte d'une association complexe d'éléments personnels, de conditions de vie et de circonstances liées à l'environnement. Il est donc inadéquat de classer un auteur parmi les personnes dangereuses en raison de ses troubles mentaux. Il est en outre parfois difficile de déterminer à partir de quel stade une personne est malade psychiquement. En effet, la limite entre une personne psychiquement malade ou en bonne santé n'est, dans la plupart des cas, pas claire et absolue et l'on ne peut souvent pas répondre par oui ou non à la question de savoir si une personne est curable.

L'art. 64 al. 1 lit. b CP a tenu compte de cet aspect en érigeant comme condition pour ordonner l'internement non plus le trouble mental de l'auteur

³⁹⁷ Arrêt non publié du 2 mai 2003 (6A.20/2003/rod), Arrêt non publié du 5 mars 2003 (6A.9/2003/rod), ATF 122 IV 8; TRECHSEL, Art. 43 N. 23.

mais le risque que celui-ci commette de nouvelles infractions graves. Ainsi, l'internement s'applique également à des délinquants en bonne santé, c'est-à-dire qui ne sont atteints d'aucun trouble psychique. Mais il doit exister un réel risque de récidive. De plus, l'auteur doit avoir commis une infraction grave au sens de l'art. 64 al. 1 lit. a CP. Enfin, un grave trouble mental, d'autres caractéristiques de la personnalité de l'auteur, les circonstances dans lesquelles il a commis l'infraction et son vécu doivent laisser sérieusement craindre qu'il ne commette de nouvelles infractions graves et la peine privative de liberté seule ne doit pas suffire à l'en détourner. Cette nouvelle règle permet de prononcer un internement à l'égard des délinquants dangereux qui, auparavant, ne pouvaient qu'être condamnés à une peine privative de liberté parce qu'ils ne remplissaient ni les conditions des délinquants mentalement anormaux ni celles des délinquants d'habitude. En élargissant l'application de l'art. 64 CP aux délinquants dangereux mais sains d'esprit, il faut trouver des critères permettant de mesurer la dangerosité de l'auteur de manière sûre. La dangerosité a tendance à ne plus être appréciée *in concreto*, en fonction de la personnalité, mais *in abstracto*, en fonction de la gravité de l'acte commis³⁹⁸. En outre, les délinquants en bonne santé ne reçoivent pas de soins³⁹⁹. Ce nouvel internement pose donc problème d'autant plus que ces délinquants sont condamnés à une peine privative de liberté de durée indéterminée⁴⁰⁰.

L'internement des délinquants anormaux prévu à l'art. 64 CP constitue l'atteinte la plus importante à la liberté personnelle de l'individu, puisqu'il a lieu dans un établissement fermé et qu'il est d'une durée indéterminée. Il ne peut donc être ordonné que pour des actes délictueux importants, comme de graves atteintes à la vie, à l'intégrité corporelle, à la liberté ou des actes qui constituent un danger public comme un incendie ou une explosion. Comme dans l'ancien droit, la gravité de l'infraction, si elle répond à une certaine fonction rétributive, a également pour but d'évaluer la dangerosité de l'individu.

Dans le droit actuel, un internement peut être prononcé à la fin d'une peine privative de liberté. Il est donc en premier lieu un internement de sécurité dans le sens que c'est la sécurité et non le traitement médical qui constitue le but premier de la mesure. Un tel internement peut également être prononcé sans traitement préalable à l'égard d'un auteur qui a déjà suivi sans succès plusieurs traitements psychiatriques et qui commet un nouveau crime ou délit justifiant un internement (art. 64 al. 1 lit. c). C'est donc la dangerosité avant le besoin de soins qui dicte si un internement doit être ordonné.

³⁹⁸ ROBERT, p. 153.

³⁹⁹ WEBER, p. 405.

⁴⁰⁰ WIPRÄCHTIGER (2001), p. 143.

En cas de libération conditionnelle, si la mise à l'épreuve a échoué, la révocation ne dépend plus de la gravité de l'infraction commise mais de la persistance du danger que l'auteur commette de nouvelles infractions. La réintégration peut également être ordonnée s'il y a un risque sérieux que l'auteur commette une infraction pouvant donner lieu à un internement. Elle peut également être ordonnée si l'auteur se soustrait à l'assistance de probation ou viole les règles de conduite et si ce comportement dénote un danger sérieux qu'il commette de nouvelles infractions. C'est ainsi l'évaluation de la dangerosité de l'auteur qui conduit à la révocation de la mise à l'épreuve et la réintégration dans un établissement.

L'art. 75a CP dispose que, en vue de fixer le lieu d'exécution, d'accorder des congés et d'octroyer la libération conditionnelle, une commission composée de représentants des autorités de poursuite pénale, des autorités d'exécution et des milieux de la psychiatrie apprécie le caractère dangereux pour la collectivité de détenus qui ont commis une infraction passible d'une peine privative de liberté de dix ans au moins. Elle doit donc se prononcer sur la dangerosité des individus. Mais il n'est pas possible d'établir la véracité des pronostics défavorables puisque les délinquants considérés comme dangereux ne sont pas libérés et ne peuvent donc démontrer leur inoffensivité. Il est donc impossible de savoir si ces personnes sont réellement dangereuses, ce qui comporte le risque que des personnes inoffensives restent enfermées. Le jugement sur la dangerosité de l'auteur n'est qu'un pronostic puisqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu de craindre que l'auteur commette de nouvelles infractions. Mais il n'existe aucune méthode exacte, sûre ou même suffisante pour établir ce pronostic. Il n'est donc pas possible de déterminer avec précision quels sont les effets de l'intervention d'une telle commission sur la sécurité publique. Les personnes qui se déterminent sur la dangerosité jouent donc un rôle essentiel voire même décisif, suivant qu'ils le fassent d'après leur représentation personnelle de l'infraction et de la peine, d'après leurs expériences ou en se basant sur leur propre pensée entre l'intérêt public et les droits de l'individu. D'ailleurs, l'on remarque que, dans la pratique, chaque commission ne peut être uniforme mais subit des variations suivant les courants qui l'influencent.

Comme nous l'avons déjà mentionné, l'entrée en vigueur de l'art. 123a Cst, suite à l'adoption de l'initiative sur l'internement à vie a introduit un internement applicable à certains délinquants particulièrement violents dont la libération est soumise à des conditions extrêmement restrictives. Elle vise à éviter la récidive de certains délinquants, lors des congés ou de leur libération conditionnelle. En effet, tout congé est exclu et une libération ne peut être envisagée que si de nouvelles connaissances scientifiques démontrent que le délinquant ne présente plus de danger. Cette initiative donne la tâche au tribunal de décider une fois pour toute si un auteur d'infractions est ex-

trêmement dangereux ou incurable. Par cette manière de faire, l'on ne fait pas un examen attentif du développement potentiel de l'auteur à l'égard de la sécurité publique mais on prend uniquement en compte l'aspect sécuritaire. La commission d'une infraction grave ne veut pas encore dire que son auteur est dangereux. Le caractère dangereux n'existe qu'à partir du moment où l'on craint avec une certaine probabilité que l'auteur commettra une nouvelle infraction grave. L'initiative prévoit que la libération n'intervient que si les experts établissent avec certitude que l'auteur ne présente plus de danger⁴⁰¹.

2.3) *La dangerosité dans la loi belge sur la défense sociale*

L'état de démence ou de grave déséquilibre mental ou de débilité mentale prévu par la loi devait exister au moment de la décision et non au moment des faits. Le juge ne devait pas se préoccuper de l'état mental du prévenu au moment des faits mais de sa dangerosité au moment du jugement. Ainsi, une personne irresponsable au moment du passage à l'acte qui avait retrouvé toutes ses facultés par la suite ne pouvait pas se voir imposer une mesure de défense sociale alors qu'une personne qui avait commis une infraction avec conscience et volonté pouvait se voir appliquer une mesure de défense sociale si elle se trouvait dans un des états susmentionnés au moment de la prise de décisions. Cette systématique, différente du droit suisse, s'expliquait par le fait que l'individu, en plus d'un état mental déficient, devait présenter un danger social pour se voir appliquer une mesure de sûreté. Si ce n'était plus le cas au moment du jugement, il n'y avait plus de raison d'ordonner une mesure de défense sociale qui n'avait pas pour fonction de punir, théoriquement du moins, mais de défendre la société⁴⁰². Tel est toujours le cas dans la loi belge relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental.

Les récidivistes qui, après avoir été condamnés à une peine criminelle, étaient condamnés pour avoir commis un crime emportant la réclusion de dix à quinze ans, étaient mis à la disposition du gouvernement pendant une durée de vingt ans après l'expiration de leur peine (art. 54 CP et 22 de la loi sur la défense sociale). Ceux qui, après avoir été déjà condamnés à une peine criminelle, étaient condamnés pour avoir commis un délit, pouvaient être mis, par jugement ou arrêt prononçant leur condamnation, à la disposition du gouvernement pendant dix ans après l'expiration de leur peine si celle-ci était d'un an de prison au moins et pour une durée de cinq à dix ans après l'expiration de leur peine si celle-ci était inférieure à un an de prison (art. 23). La même mesure pouvait être ordonnée à l'égard d'un récidiviste qui avait

⁴⁰¹ BOCN 2001 592, 596.

⁴⁰² TULKENS / VAN DE KERCHOVE, p. 368.

commis un crime, après avoir commis au moins trois délits sur une période de quinze ans qui avait entraîné chacun un emprisonnement correctionnel d'au moins six mois et qui « apparaissait comme présentant une tendance persistante à la délinquance » (art. 23 al. 2). Ainsi, les récidivistes, dont on pouvait craindre la dangerosité continuaient à être surveillés à la fin de leur peine. En outre, le délinquant condamné pour viol ou attentat à la pudeur pouvait par jugement ou arrêt de condamnation être mis à la disposition du gouvernement pendant dix ans au plus à l'expiration de sa peine si celle-ci était supérieure à un an sans sursis (art. 23 bis). Cette mesure s'appliquait aux auteurs coupables de viol ou d'attentat à la pudeur parce qu'ils étaient le plus exposés à la rechute dans la délinquance⁴⁰³. Si le nouveau délit avait été commis avant l'expiration de cinq ans depuis que le condamné avait subi ou prescrit sa peine, la mise à disposition du gouvernement devait être d'une période de vingt ans au plus (art. 23 bis al. 2). Le Ministre de la Justice, qui avait la surveillance des condamnés mis à la disposition du gouvernement pouvait prendre la décision de les interner s'il estimait, à l'expiration de leur peine, que leur réintégration dans la société était impossible et si leur comportement en liberté était dangereux pour la société, ou de les laisser en liberté à l'expiration de leur peine, aux conditions qu'il lui appartenait de déterminer (art. 25 al. 1 et 25 bis al. 1). Ainsi, la dangerosité des récidivistes continuait à être évaluée, après la fin de l'exécution de leur peine. Cette mesure a été remplacée par la mise à disposition du TAP.

La pensée sur la défense sociale tendait à abandonner la notion d'irresponsabilité ou de responsabilité atténuée pour juger les délinquants anormaux uniquement en fonction du danger social qu'ils représentaient ainsi que de l'efficacité éventuelle d'un traitement à leur appliquer⁴⁰⁴. Mais il n'existait pas de procédé scientifique certain permettant d'évaluer le degré de dangerosité d'un individu qui n'avait commis aucune infraction. Il fallait étudier la personnalité du délinquant par un examen somato-psychique, étudier sa vie individuelle et sociale ainsi que son milieu familial. C'était en fonction de ces éléments qu'il fallait déterminer de quelle manière il pouvait être châtié, rééduqué, soigné et amendé. Mais il fallait tenir également compte de l'infraction commise. La dangerosité était déterminante pour décider si un internement devait être prononcé ou non. Un individu était considéré comme socialement dangereux s'il était probable qu'il commette à l'avenir de nouveaux crimes ou délits. C'était le magistrat qui devait procéder à cette évaluation difficile⁴⁰⁵. Des objections s'étaient élevées contre l'individualisation décou-

⁴⁰³ Avant-projet de loi relative à l'internement des délinquants atteints d'un trouble mental, décembre 2001, 121.

⁴⁰⁴ LEY, p. 363.

⁴⁰⁵ VAN DEN BOSCHE, pp. 260-272.

lant de la défense sociale, qui visait à prendre en compte la personne et non l'acte. En prenant les mesures adéquates en fonction de la dangerosité ou de l'antisocialité, on laissait une grande latitude au juge, ce qui faisait craindre le risque d'arbitraire. La sentence de durée indéterminée était également dangereuse parce que l'individu ne savait pas à quoi s'attendre. Enfin, les notions de traitement et de resocialisation qui étaient censées agir sur la personnalité du délinquant avaient également fait l'objet de craintes⁴⁰⁶. Mais, malgré ces craintes, c'était tout de même la dangerosité qui devait dicter quelle mesure appliquer et quand une mesure pouvait prendre fin.

La criminalité des délinquants anormaux portait atteinte à des biens juridiques protégés particulièrement importants comme la vie, l'intégrité corporelle ou l'intégrité sexuelle. La mise en liberté d'un délinquant anormal était ainsi une décision qui pouvait être lourde de conséquences. C'était pour éviter des événements fâcheux que le projet de la loi sur la défense sociale du 1^{er} juillet 1964 avait proposé de modifier les conditions de mise en liberté à l'essai des internés, d'élargir les possibilités de prorogation de l'internement et de donner au Parquet la faculté de soumettre l'opportunité ou la légalité d'une mise en liberté au contrôle de la Commission supérieure de défense sociale⁴⁰⁷. La dangerosité des délinquants anormaux et la crainte de la récidive avait ainsi incité le législateur à prévoir des mesures supplémentaires avant de mettre en liberté un délinquant interné. L'aspect sécuritaire était ainsi mis en avant, parfois au détriment des libertés individuelles.

Sous l'empire de la loi de 1930, la durée de l'internement dépendait de la gravité de l'infraction commise qui était un facteur déterminant la dangerosité de l'interné. L'on présumait que le traitement serait d'autant plus long qu'aurait été grave l'acte reproché. Du point de vue médical, il n'était pas juste de faire dépendre la durée de l'internement de la gravité de l'infraction commise, étant donné qu'il n'était pas possible de prévoir la durée de la maladie mentale, ni la durée de la dangerosité du délinquant. L'infraction commise ne permettait pas de quantifier la durée de l'internement mais le degré de dangerosité du délinquant. Ce point de vue avait finalement été admis par le législateur de 1964. Dans la pratique, la gravité de l'infraction continuait de peser sur les décisions de mise en liberté des commissions de défense sociale. Ainsi, s'il s'agissait de crimes contre la vie ou l'intégrité corporelle, la mise en liberté était subordonnée à une certaine durée de détention. En outre, un internement ne pouvait pas être ordonné en cas de contravention. L'auteur devait avoir commis un crime ou un délit (art. 7). Il était en effet difficile de faire complètement abstraction des faits commis. Si donc la gravité de l'infraction

⁴⁰⁶ ANCEL (1964), p. 194.

⁴⁰⁷ FETTWEIS, pp. 320-321.

n'intervenait plus juridiquement dans la durée de l'internement, elle intervenait pour évaluer la dangerosité dans le prononcé de l'internement, d'une part, et dans la procédure de libération de l'interné et dans la durée de la tutelle médico-sociale prévue par les commissions de défense sociale, d'autre part⁴⁰⁸.

Pour prononcer une mise en liberté de l'interné, il ne suffisait pas que l'état mental de l'interné se soit seulement amélioré. Il fallait également tenir compte de l'amélioration de l'état d'esprit de l'interné et de sa capacité de se réinsérer dans la société. La protection de la société devait toujours être prise en compte. La réadaptation sociale de l'interné recouvrait la notion complexe de la dangerosité. Il fallait croire que le reclassement de l'interné était assuré, que sa mise en liberté ne représentait plus un danger social sérieux et que tout risque de récidive semblait pouvoir être exclu. Mais le critère de dangerosité qui avait été formellement introduit dans la loi de 1964 n'était en réalité pas nouveau. Déjà, les travaux préparatoires de la loi de 1930 disposaient que la périculosité sociale pouvait résulter du danger de récidive ou de la gravité de l'infraction. La dangerosité pouvait également dépendre de l'entourage de l'interné qui pouvait être marginal ou se trouver lui-même confronté à des problèmes de délinquance ou des problèmes économiques graves et avoir ainsi une mauvaise influence sur l'intéressé. Pour déterminer si un intéressé réunissait les conditions de réinsertion sociale nécessaires à une levée à l'essai, les commissions de défense sociale devaient collaborer étroitement avec les responsables des établissements où avaient lieu les internements, les services sociaux chargés d'établir un plan de réadaptation sociale, le Ministère public qui disposait de moyens d'investigation approfondis et les médecins appelés à évaluer la dangerosité de l'intéressé⁴⁰⁹.

Le trait caractéristique de l'état dangereux consistait en la probabilité que l'individu commette de nouvelles infractions. Il était évidemment difficile de prévoir avec certitude que l'individu commettrait de nouvelles infractions, mais des indices pouvaient prévoir la récidive d'un délinquant donné. Cet état pouvait même exister avant la commission d'une infraction mais dans un tel cas, une mesure de sûreté ne pouvait être ordonnée⁴¹⁰. La question s'était posée si une mesure de sûreté devait pouvoir être ordonnée avant la commission d'une infraction. Mais cette solution, qui est excellente si l'on se place du point de vue de la défense sociale, ouvrait la porte à l'arbitraire. Ainsi, l'existence d'un état dangereux et la probabilité même élevée d'infractions futures ne devaient pas permettre au juge de prononcer une mesure de

⁴⁰⁸ VANDEMEULEBROEKE, pp. 198-200.

⁴⁰⁹ VANDEMEULEBROEKE, pp. 200-202.

⁴¹⁰ VANDEMEULEBROEKE, pp. 99-100.

sûreté sans qu'un acte délictueux n'ait été commis. C'était d'ailleurs cet acte délictueux qui devait être considéré comme le symptôme le plus certain de la dangerosité pouvant donner lieu à l'application d'une mesure de sûreté⁴¹¹.

2.4) *La dangerosité dans la loi belge relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental*

La dangerosité, condition pour prononcer un internement, était absente de la loi sur la défense sociale, excepté à l'art. 20 qui traitait de la révocation de la libération à l'essai. La commission a estimé qu'il fallait remédier à cette lacune. Mais la notion de dangerosité n'est pas aisée à définir, d'autant plus qu'elle est source de contestation entre les médecins et les juristes. Les médecins estiment que ce n'est qu'une opinion et non pas une notion définissable scientifiquement. En outre, elle donne à penser à tort que c'est une caractéristique individuelle. Or, selon eux, une personne est rarement dangereuse dans l'absolu mais peut l'être dans certaines situations. Les juristes estiment qu'une expertise psychiatrique est indispensable à l'établissement de la dangerosité. La loi relative à l'internement des personnes atteintes d'un trouble mental introduit la notion de *dangerosité* dans la loi, celle-ci devant être entendue dans le sens de risque de rechute⁴¹².

La loi poursuit notamment l'objectif de renforcer l'aspect sécuritaire de la mesure d'internement. Ainsi, si l'interné qui bénéficie d'une sortie, d'un congé, d'une absence prolongée ou d'une semi-liberté met sérieusement en péril l'intégrité physique des tiers, le ministère public peut ordonner son arrestation provisoire. Mais il faut que plusieurs indices laissent craindre que l'intégrité physique du tiers est menacée. En renforçant l'aspect sécuritaire de la mesure d'internement, le législateur préconise l'évaluation et la prise en compte de la dangerosité de l'individu. En effet, pour pouvoir protéger la sécurité publique, il faut pouvoir anticiper le danger. Malheureusement, le danger n'est pas toujours facile à anticiper et l'évaluation du danger se fait souvent au détriment de l'individu.

3. La dangerosité, de Jeremy Bentham aux mesures de sûreté contemporaines

La notion de dangerosité a été au cœur de la pensée de la défense sociale, sous l'influence notamment de l'Union internationale de droit pénal, fondée en

⁴¹¹ VANDEMEULEBROEKE, p. 103.

⁴¹² Avis du Conseil d'Etat, p. 43.

1889 par Franz von Liszt, alors professeur à l'Université de Marburg, puis aux facultés de Halle et enfin à l'Université de Berlin, Gerhardus Antonius Van Hamel, professeur à l'Université d'Amsterdam et Adolphe Prins, professeur à l'Université libre de Bruxelles. En effet, lors de la réunion du bureau central de l'Union qui a eu lieu en 1904 à Berlin, Adolphe Prins a repris la question du criminel récidiviste en lui substituant la qualification de délinquant dangereux. Puis, à l'occasion du congrès de Hambourg qui a eu lieu en 1905, il a posé le problème de la manière suivante : « Extension pour certaines catégories de récidivistes de la notion d'état dangereux du délinquant substituée à la conception trop exclusive de l'acte poursuivi. » Cela a suscité un débat lors duquel plusieurs intervenants ont estimé qu'il fallait élargir l'état dangereux à certains individus avant même qu'ils aient commis un fait délictueux⁴¹³. Les 26 et 27 avril 1909, le bureau central de l'Union a tenu, à Amsterdam, une session élargie lors de laquelle s'est posée la question suivante : « Dans quels cas déterminés par la loi la notion de l'état dangereux du délinquant peut-elle être substituée à celle de l'acte délictueux poursuivi, et dans quelles conditions est-elle compatible, du point de vue des mesures de défense sociale, avec les garanties de la liberté individuelle ? » Cette question a été reprise lors du congrès de Bruxelles, en 1910. Le risque de l'arbitraire s'est fait sentir en raison de la difficulté de définir précisément l'état dangereux. Une définition a finalement été présentée en ces termes : « La loi doit établir des mesures spéciales de sécurité sociale contre les délinquants dangereux à raison : soit de leur état de récidive légale, soit de leurs habitudes de vie qu'elle définit, soit de leurs antécédents héréditaires et personnels manifestés par un crime ou un délit qu'elle détermine. » S'est également posée la question de savoir dans quels cas des mesures spéciales devaient être appliquées aux délinquants dangereux. Ces mesures devaient-elles être pareilles pour tous les individus dangereux ou fallait-il établir des distinctions entre les différentes catégories de dangerosité ?⁴¹⁴ L'influence de l'Union a marqué la plupart des pays européens mais c'est probablement en Suisse qu'elle s'est fait le plus sentir, en raison de la collaboration de Franz von Liszt à l'élaboration de l'avant-projet suisse du code pénal.

La théorie de la défense sociale met en avant le concept de dangerosité qui devient le cœur de la pensée. La notion de l'état dangereux va prendre la place de l'acte poursuivi, noyau dur des théories classiques. Elle permet ainsi de remédier au malaise résultant des théories néo-classiques qui consistent dans le fait que le danger que représente un individu est inversement proportionnel à sa responsabilité. La culpabilité dépendant de la responsabilité, plus l'individu est dangereux, moins il est coupable et donc punissable⁴¹⁵. Ainsi

⁴¹³ Revue de droit pénal et de criminologie, 1909, pp. 389-391.

⁴¹⁴ Revue de droit pénal et de criminologie, 1909, pp. 957-958.

⁴¹⁵ SENCIE, p. 144.

affirme Prins : « *les plus défectueux étant au sens classique les moins coupables, la défense sociale est d'autant plus négligée que les principes relatifs à la responsabilité sont mieux respectés* »⁴¹⁶.

L'effet le plus radical de cette transformation selon Prins consisterait en le droit d'intervention de l'Etat même lorsqu'il n'y a ni crime ni délit, en raison de l'état dangereux⁴¹⁷. « *Une société impuissante à empêcher la destruction de la famille, et n'ayant le droit d'intervenir que quand il est trop tard, dévoile la faillite de l'école classique.* »⁴¹⁸ Peu importe finalement le lien entre l'infraction commise et l'auteur de l'acte, le jugement pénal n'est plus là pour juger un acte mais pour juger de la « dangerosité » d'un individu. De telles mesures ne constituent pas en soi des mesures pénales, puisqu'elles peuvent être prises sans qu'aucune infraction n'ait été commise. Ce sont des mesures de défense sociale. « *Elle [la défense sociale] se borne à faire comprendre la nécessité d'institutions spéciales qui ne reflètent ni l'idée classique de la pénalité, ni l'idée classique de la collocation administrative.* »⁴¹⁹ « *Il y a des circonstances où l'on ne peut plus, soit considérer la peine comme uniquement destinée à punir une faute morale et à améliorer le coupable, soit considérer la collocation comme uniquement destinée à traiter un malade, mais où il faut prendre des mesures de sécurité et de protection sociale contre des délinquants dont l'état est dangereux (...).* »⁴²⁰ L'exposé des motifs de la loi de 1930, est révélateur à cet égard : « *l'internement n'est pas une peine, mais tout à la fois une mesure de défense sociale et d'humanité ; l'anormal mis hors d'état de nuire, est soumis à un régime curatif scientifiquement organisé* »⁴²¹.

Le degré de dangerosité étant très varié, il a fallu prévoir une variété de mesures pour y remédier. On assiste ainsi à une diversification des sanctions⁴²². La notion d'état dangereux va avoir des conséquences importantes, parce qu'elle va modifier la fonction de la peine. La sanction ne devra plus remplir un but de vengeance ou de rétribution comme à l'époque classique mais elle visera en premier lieu la défense de la société. Elle conservera sa dimension réformatrice et correctrice acquise à l'époque neoclassique mais toujours dans un but avant tout de protection de la société. Le défaut de cette évolution due à l'émergence ou plutôt à l'accentuation de la notion de dangerosité a été de créer des mesures parfois disproportionnées à l'acte commis et à l'état de l'auteur, difficilement compatibles avec le principe de la

⁴¹⁶ PRINS (1986), p. 71.

⁴¹⁷ TULKENS (1987), p. 25.

⁴¹⁸ PRINS (1986), p. 9.

⁴¹⁹ PRINS (1986), p. 109.

⁴²⁰ PRINS (1986), p. 74.

⁴²¹ Chambre des représentants, session 1922-1923, doc n° 151, 965.

⁴²² PRINS (1986), pp. 67-68.

proportionnalité. Le souci de sécurité est mis en avant parfois au détriment des libertés fondamentales de l'individu.

Avec l'introduction des mesures de sûreté, le juge répond non plus uniquement de ce que l'auteur d'une infraction a fait mais de ce qu'il est, du danger qu'il représente pour la communauté. La sanction perd donc son caractère répressif tout en gardant son caractère pénal puisqu'elle est prononcée par le juge pénal, suite à la commission d'un délit. Le droit pénal assume une fonction plus large puisque le nouvel objectif est la défense de la société et, pour y parvenir, la peine n'est plus le seul moyen⁴²³.

Prins, à travers l'Union internationale de droit pénal, a ainsi critiqué le droit pénal classique, fondé sur la responsabilité morale, qui a voulu attribuer à la justice pénale le but absolu de punir le criminel en proportion exacte avec la faute qu'il a commise. Prins a estimé que la justice pénale a pour unique objet d'assurer la protection de la société et que ce but ne peut être atteint que par la substitution de la notion d'état dangereux à la notion de responsabilité morale de l'individu. C'est ainsi qu'il a créé une action nouvelle de prévention dans les mesures de défense sociale destinées à défendre la société⁴²⁴.

La sanction ne dépend plus de la relation entre le dol et l'acte qui en est la conséquence mais d'un critère externe : la dangerosité de l'auteur. Dans l'avant-projet suisse du code pénal qui date de 1908, il est prévu que la différenciation et l'individualisation de toutes les sanctions dépendent de la personnalité et de la dangerosité de l'auteur qui peut transparaître à travers l'infraction commise. Le but des sanctions est la réinsertion du délinquant et la manière de réaliser ce but, que ce soit par une peine ou une mesure de sûreté, est déterminée, non pas par l'infraction commise, mais par les caractéristiques subjectives de la personnalité et par la dangerosité du délinquant.

Prins, en plaçant la notion d'état dangereux au centre du dispositif pénal dans le but d'une défense sociale efficace et en distinguant les différentes catégories de délinquants en fonction de leur état passager ou permanent de dangerosité, semble rompre définitivement avec la tradition classique et faire partie de la pensée moderne⁴²⁵. A cela peut-on objecter⁴²⁶ que Prins a préféré la voie du compromis en prévoyant des peines et des mesures de sûreté. Les peines continuent de répondre à la tradition classique alors que les mesures de sûreté répondent à la pensée sur la défense sociale, en étant infligées selon la dangerosité des délinquants.

⁴²³ RUSCA, p. 36.

⁴²⁴ GRAVEN (1955), p. 17.

⁴²⁵ MARY, p. 27.

⁴²⁶ CORNIL, pp. 184-185.

Il est vrai que le concept de dangerosité s'est affirmé à l'époque des positivistes italiens qui voulaient mener une étude scientifique de l'homme et de l'acte délinquant. Il s'agissait de poser un diagnostic sur les traits d'une personnalité et sur les mesures à prendre, ce qui représentait une alternative aux peines du droit pénal classique. C'est ainsi autour du concept de dangerosité que s'est développée la criminologie. Cette notion devait être prise dans deux sens différents : les infractions qu'on peut attendre de la part de quelqu'un et une perspective de réformation sociale et d'amendement du délinquant.

Si la dangerosité a eu une grande influence dans la pensée positiviste, elle a en réalité permis de justifier la transposition de certaines pratiques répressives sous des formes partiellement nouvelles, que ce soient des formes éducatives, correctrices ou thérapeutiques. Or, ces formes étaient difficilement justifiables par la culpabilité. On peut donc penser que ces deux notions sont plus complémentaires qu'antinomiques puisqu'elles peuvent avoir des objectifs communs. La notion de dangerosité a permis de combler les brèches ouvertes par les théories classiques. Ce n'est que par la suite que les positivistes ont étendu la notion de dangerosité au droit pénal tout entier, donnant l'apparence d'un droit pénal antinomique aux théories classiques. Mais également aujourd'hui où la notion de dangerosité prédomine, l'on peut se poser la question si la notion de culpabilité ne permet pas de combler certaines brèches ouvertes par les théories positivistes. En effet, un traitement imposé dans un objectif de défense sociale est largement tributaire du consentement de l'intéressé et donc d'un certain sentiment de responsabilité. Cette notion de responsabilité ne constitue ainsi plus le point de départ mais d'arrivée de la répression, mais cela permet de comprendre le caractère dialectique de la relation entre ces deux notions⁴²⁷.

La notion de dangerosité était déjà présente avant la période positiviste. Comme Philippe Robert l'affirme justement⁴²⁸, « loin d'être un legs du mouvement positiviste, [elle] constitue une constante solidement attestée. » Ainsi, l'on trouve également cette notion à l'art. 176 de la Carolina de 1532 qui prévoit l'internement de sûreté et dans la Pragmatique espagnole de 1777 qui autorise une prolongation biennale de détention à l'égard des délinquants dangereux. Elle représente un élément important de la pensée de Jeremy Bentham. En effet, le danger constitue une des deux branches du mal du second ordre et permet ainsi d'évaluer le mal du délit et le mal de la loi, balance dont doit tenir compte le législateur pénal. En outre, la dangerosité est le corollaire de l'aspect préventif, si cher à la pensée pénale de Jeremy Bentham. C'est l'évaluation de la dangerosité de chaque individu qui permettra de prendre les

⁴²⁷ VAN DE KERCHOVE (1981), p. 299.

⁴²⁸ ROBERT, p. 150.

mesures adéquates pour prévenir de nouveaux délits. S'il paraît trop extrême d'infliger une peine uniquement en fonction de la dangerosité d'un individu et avant qu'il ait commis une infraction, c'est néanmoins la dangerosité qui permettra de mesurer le risque de récidive et de dicter les mesures préventives nécessaires.

Bentham énonçait déjà des problématiques toujours très présentes dans le droit actuel des mesures de sûreté. Une problématique est l'évaluation de la dangerosité. En effet, si la dangerosité est le meilleur indice pour prévenir des infractions, c'est un concept très difficile à évaluer. Dès lors que l'on estime la dangerosité indépendante des troubles mentaux, il faut trouver un autre moyen de l'évaluer. Elle résulte d'un ensemble complexe d'éléments personnels, d'expériences de vie, de milieu familial et d'autres circonstances entourant une personne. Il ne peut s'agir que d'un pronostic parce que l'on ne peut jamais être certain qu'une personne commettra une infraction. Une personne est toujours potentiellement dangereuse. Les experts amenés à évaluer la dangerosité d'un individu ont toujours une part de subjectivité. Leur évaluation dépendra forcément plus ou moins de leurs expériences et de leur sensibilité. Les expertises sont souvent différentes, suivant à quels experts elles sont confiées. Bentham estimait déjà que la sanction à infliger devait dépendre du caractère du délinquant qui a une influence sur le degré de l'alarme. L'on n'appliquera pas la même peine à une personne bonne qu'à une personne mauvaise. Bentham avait prévu un certain nombre d'indices permettant d'évaluer le caractère dangereux. Le fait qu'il s'agisse d'indices est significatif. A l'époque classique où l'on parle de vengeance, de rétribution, de peines certaines et établies à l'avance, Bentham parle d'indices. Il s'agit seulement d'un pronostic, ce n'est pas une certitude. Il faut établir un pronostic de dangerosité et, en fonction de ce pronostic, infliger une peine. Mais comme la peine est appliquée en fonction d'un état qui semble dangereux, elle ne peut être rigide, elle doit pouvoir évoluer et se modifier. La souplesse est indispensable dans notre système de mesures de sûreté.

La dangerosité des délinquants et la crainte de la récidive a conduit le législateur à prévoir des mesures supplémentaires. Ainsi, en droit belge, les récidivistes peuvent être mis à la disposition du TAP après avoir exécuté leur peine. Cette mise à la disposition du TAP peut d'ailleurs conduire à un internement. Il est possible de prononcer l'arrestation provisoire de l'interné qui bénéficie d'une sortie, d'un congé, d'une absence prolongée ou d'une semi-liberté et qui met en danger l'intégrité physique des tiers. Le code pénal suisse prévoit également une nouvelle forme d'internement où l'aspect sécuritaire est plus important que l'aspect curatif. Un tel internement peut être ordonné sans traitement préalable à l'égard d'un individu qui a suivi plusieurs traitements sans succès et qui commet un nouveau crime ou délit justifiant un internement. L'internement à vie pour les délinquants sexuels

violents jugés très dangereux et non amendables est purement sécuritaire puisqu'il interdit toute forme de congé et toute libération. Jeremy Bentham avait déjà pensé à d'autres moyens que les peines pour pallier la dangerosité des individus. Ces moyens permettent de prévenir des délits là où les peines n'y parviennent point. Ils agissent sur le physique ou le moral de l'homme pour le disposer à obéir à la loi, pour lui ôter les tentations du crime et pour le guider par ses penchants et ses lumières. Ils devraient affaiblir les motifs qui incitent au mal et fortifier ceux qui incitent au bien. D'après Bentham, ces moyens permettraient de remédier au défaut dû au caractère réactif du système pénal qui n'intervient qu'après la commission du délit. Il s'agirait de déterminer les individus dangereux et d'agir avant même qu'ils n'aient commis une infraction. Prins avait également prévu le droit de l'intervention de l'Etat avant même qu'un délit n'ait été commis en raison de l'état dangereux. Il décrivait des moyens qui devraient être diversifiés selon la nature du danger. Ce ne seraient pas des mesures pénales puisqu'elles pourraient être infligées sans qu'aucune infraction n'ait été commise. Elles pourraient être éducatives, protectrices, réparatrices ou répressives et devraient permettre de pallier la dangerosité de l'individu. Ces moyens rejoignent nos mesures de sûreté dans l'établissement du pronostic de dangerosité et dans la recherche d'un autre moyen que les peines pour y remédier.

La dangerosité est un fondement du système des mesures parce que c'est la raison pour laquelle une mesure est ordonnée. Elle occupe également une place importante dans la pensée de Jeremy Bentham. C'est un élément de plus qui permet de démontrer que le système pénal de Jeremy Bentham s'accorde pleinement avec le système des mesures de sûreté.

D. L'individualisation de la sanction

1. L'individualisation de la sanction dans la pensée pénale de Jeremy Bentham

1.1) *Les circonstances qui influent sur la sensibilité*

Chaque plaisir et chaque peine ne sont pas les mêmes pour chaque individu. Elles dépendent des différences de sensibilité, dues à certaines circonstances et qui ont une influence sur l'état physique et moral des individus. De même, certaines causes de peines et de plaisirs produiront plus de peines et de plaisirs que d'autres et cette proportion sera différente de cas en cas. Un homme sera plus affecté par le plaisir de l'ouïe, tandis qu'un autre sera plus affecté par le plaisir de la vue. En outre une lésion pourra causer à une personne plus de tristesse que de ressentiment alors qu'une autre aura plus de ressentiment⁴²⁹. Ces circonstances sont nombreuses: *le tempérament* ou la constitution originelle, *la santé, la force, les imperfections corporelles, le degré de lumière, c'est-à-dire les connaissances ou les idées que possède un individu, la force des facultés intellectuelles, c'est-à-dire le degré de facilité à se rappeler des idées acquises ou à en acquérir de nouvelles, la fermeté de l'âme, la persévérance, la pente des inclinations, c'est-à-dire les idées que se forme un individu d'une peine ou d'un plaisir, les notions d'honneur, les notions de religion, les sentiments de sympathie et d'antipathie, la folie ou le dérangement d'esprit, les circonstances pécuniaires*⁴³⁰.

Le sexe, l'âge, le rang, l'éducation, les occupations habituelles, le climat, la race, le gouvernement et la religion sont des circonstances secondaires qui influent sur la sensibilité. Ces circonstances sont secondaires parce qu'elles contiennent plusieurs circonstances premières. Par exemple, le sexe rappelle les circonstances premières de force, de lumière, de fermeté d'âme, de persévérance, des idées d'honneur, des sentiments de sympathie⁴³¹.

L'égalité nominale n'est pas favorable au principe d'utilité. Si toutes les circonstances méritent une place dans le catalogue, elles n'ont pas toutes la même utilité pratique. Différents objets sont applicables à différentes causes. Certains s'appliquent indifféremment à toutes les classes de personnes, sans véritable différence de degré. Le législateur doit ainsi s'attacher à ces circonstances qui sont manifestes comme l'âge, le sexe ou le climat parce qu'elles sont faciles à saisir et forment des classes générales qui permettent d'individualiser la sanction. Les autres circonstances qui sont plus approximatives comme

⁴²⁹ BENTHAM (1996), p. 51.

⁴³⁰ BENTHAM (1829) (I), pp. 25-27.

⁴³¹ BENTHAM (1829) (I), pp. 27-28.

la fortune, la santé ou la force conduisent le législateur à laisser une certaine marge d'appréciation au juge qui devra s'y adapter. En effet, elles sont susceptibles d'une grande variété de degrés. Celles-ci ne peuvent ainsi pas être prévues précisément par le législateur. Mais leur existence peut en tous les cas être établie et leur degré peut être mesuré par le juge⁴³². Selon Bentham « *C'est le fondement de cette approbation que nous donnons aux lois, sous les noms un peu vagues d'humanité, d'équité, de convenance, de modération, de sagesse.* »⁴³³

Le législateur pénal doit ainsi tenir compte de toutes ces circonstances qui influent sur la sensibilité. Il doit le faire dans plusieurs cas.

Pour évaluer le mal d'un délit. En effet, le même délit nominal n'est pas le même délit réel parce qu'il dépend de la sensibilité des individus. Un acte pourrait être une grave injure envers une femme tandis qu'il n'aurait aucun effet sur un homme. Une atteinte à l'intégrité corporelle pourrait mettre en danger la vie d'un homme malade tandis qu'elle n'aurait aucun effet sur un homme bien portant.

Pour donner une satisfaction convenable à la partie lésée. En effet, une satisfaction pécuniaire n'aura pas la même valeur suivant la fortune, le rang ou les préjugés d'une personne.

Pour estimer la force et l'impression des peines sur les délinquants. Ainsi, le bannissement, par exemple, ne produira pas le même effet sur un jeune homme ou sur un vieillard, sur un célibataire ou un père de famille, sur un pauvre qui a besoin de travailler ou sur un riche, sur un homme ou sur une femme, sur un malade ou sur un bien portant.

Pour transplanter une loi d'un pays dans un autre. La même loi n'a pas le même effet suivant la sensibilité du peuple auquel elle est appliquée.

« *Les mêmes peines, dit-on, pour les mêmes délits. Cet adage a une apparence de justice et d'impartialité qui a séduit tous les esprits superficiels. (...) Une loi inflexible, une loi qui n'aurait d'égard ni au sexe, ni à l'âge, ni à la fortune, ni au rang, ni à l'éducation, ni aux préjugés moraux ou religieux des individus serait doublement vicieuse, comme inefficace ou comme tyrannique. Trop sévère pour l'un, trop indulgente pour l'autre, toujours péchant par excès ou par défaut, sous une apparence d'égalité elle cacherait l'inégalité la plus monstrueuse.* »⁴³⁴

Comme Françoise Tulkens l'affirme justement, l'on se trouve dans une dialectique entre le nominal et le réel⁴³⁵. La même peine nominale ne sera pas la même peine réelle suivant les circonstances qui influent sur la sensibilité

⁴³² BENTHAM (1996), pp. 69-70.

⁴³³ TULKENS (1987), pp. 626-627 ; BENTHAM (1829) (I), p. 32.

⁴³⁴ BENTHAM (1829) (I), pp. 29-30.

⁴³⁵ TULKENS (1987), pp. 626-627.

des individus. Ainsi, Bentham décrit ce qui constitue aujourd'hui encore les fondements de l'individualisation légale et judiciaire. En effet, une amende ne produira pas le même effet sur un riche et sur un pauvre et un nombre d'années de réclusion n'aura pas la même valeur pour un jeune et pour un vieillard. Tant la fonction rétributive que la prévention générale supposent une peine fixée à l'avance, le prix à payer, alors que la fonction préventive implique une peine individualisée au délinquant afin de remplir l'effet préventif désiré. Si la peine ne produit aucun effet sur le délinquant, elle ne le dissuadera pas de récidiver. Une amende pourra être si petite pour un riche qu'il préférera récidiver et payer l'amende que de s'abstenir de commettre un délit. Ainsi, Bentham estime que la peine doit répondre aux circonstances qui influent sur la sensibilité et ainsi être individualisée aux délinquants pour remplir l'effet préventif attendu par le principe d'utilité.

1.2) *Les raisons pour ériger certains actes en délits et pour instituer des peines*

Cette analyse des maux conduit à la question des raisons pour ériger certains actes en délits. « *Nous avons fait l'analyse du mal : cette analyse nous montre qu'il y a des actes dont il résulte plus de mal que de bien : ce sont les actes de cette nature, ou du moins ceux qui ont été réputés tels, que les législateurs ont prohibé. Un acte prohibé est ce qu'on appelle un délit. Pour faire respecter ces prohibitions, il a fallu instituer des peines. Mais convient-il d'ériger certaines actions en délits ? (...) Tout le monde est d'accord ; soit. Mais sur quoi est fondé cet accord ? Demandez à chacun ses raisons. Vous verrez une étrange diversité de sentiments et de principes : vous ne les verrez pas seulement parmi les peuples mais parmi les philosophes. Est-ce du temps perdu que de chercher une base uniforme de consentement sur un objet si essentiel ?* »⁴³⁶ Cette base uniforme de consentement est le principe de l'utilité qui « pèsera fidèlement les intérêts de toutes les parties » et les actes humains seront mesurés uniquement par les effets qui en découlent en bien et en mal. Il faut ouvrir deux comptes et passer du côté du profit tous les plaisirs et du côté des pertes toutes les peines, tout en pesant fidèlement les intérêts de toutes les parties »⁴³⁷.

L'alarme qu'inspirent les différents délits est susceptible de degrés différents. Ces degrés peuvent varier selon la grandeur du mal de premier ordre, selon la mauvaise foi du délinquant, selon la position particulière qui fournit au délinquant l'occasion du délit, selon les motifs qui le font agir, selon la facilité d'empêcher un délit, selon la clandestinité du délinquant

⁴³⁶ BENTHAM (1829) (I), pp. 34-35.

⁴³⁷ TULKENS (1987), pp. 628-629.

et selon le caractère que le délinquant a montré par son délit⁴³⁸. Elle varie également en fonction de l'imagination, du tempérament, de l'âge, du sexe, de la position et de l'expérience⁴³⁹. L'alarme sera nulle dans le cas des délits sans victime. Les faits justificatifs apportent la preuve de l'absence de tout mal⁴⁴⁰. L'alarme est donc plus ou moins grande selon les circonstances et c'est également le degré d'alarme qui dictera quelle peine appliquer. La peine doit ainsi être gouvernée par d'autres facteurs que la gravité intrinsèque de l'infraction⁴⁴¹.

De la même manière qu'il y a plusieurs délits, il doit y avoir plusieurs peines. Cela s'explique par le fait que la peine est en quelque sorte un contre-délit commis avec l'autorité de la loi. Pour atteindre le but des peines, il faut avoir le choix pour pouvoir appliquer le meilleur remède. «*Plus on a étudié la nature des délits, celle des motifs, celle des caractères, la diversité des circonstances, plus on sent la nécessité d'employer contre eux des moyens différents.*»⁴⁴²

En effet, le même châtement n'a pas la même force pour tous. De même, la nocivité d'un délit dépend du statut de l'infacteur. Comme le châtement a pour but d'empêcher la récidive, il doit tenir compte de la nature du criminel, du degré présumable de sa méchanceté et de la qualité intrinsèque de sa volonté. Ainsi, en même temps que naît la nécessité d'une classification parallèle des crimes et des châtements naît la nécessité d'une individualisation des peines adaptées aux singularités de chaque criminel. Cette individualisation va peser un poids important dans l'histoire du droit pénal moderne. Sans doute, en termes de théorie du droit et d'après les exigences de la pratique quotidienne, elle s'oppose à la théorie de la codification. Mais du point de vue d'une économie du pouvoir de punir et des techniques pour mettre en œuvre, dans tout le corps social, des signes de punition exactement ajustés sans excès ni lacunes, sans dépense inutile de pouvoir mais sans timidité, la codification du système délits-châtiments et la modulation du binôme criminel-punition vont de pair et s'appellent l'un l'autre. Ainsi, l'individualisation apparaît comme la visée ultime d'un code précisément adapté. L'idée d'une peine uniforme sans aucun autre critère de modulation que la gravité de la faute doit être bannie⁴⁴³.

⁴³⁸ TULKENS (1987), pp. 634-635.

⁴³⁹ BENTHAM (1829) (I), p. 129.

⁴⁴⁰ TULKENS (1987), p. 635.

⁴⁴¹ TULKENS (1987), p. 634.

⁴⁴² TULKENS (1987), p. 647.

⁴⁴³ FOUCAULT, pp. 117 et 134.

2. L'individualisation de la sanction et les mesures de sûreté en droit actuel

2.1) *L'individualisation et les mesures de sûreté dans l'ancien code pénal suisse*

Les mesures de sûreté offraient une grande variété, entre l'internement, l'hospitalisation et le traitement ambulatoire, dont le degré de privation de liberté était bien différent. L'internement portait en effet une bien plus grande atteinte à la liberté que le traitement ambulatoire. La durée de la mesure était également très variable puisque la mesure devait être levée lorsque l'auteur était guéri et donc que la mesure avait réussi et lorsque la mesure s'était révélée inutile et donc qu'elle avait échoué. Elle était donc de durée indéterminée parce qu'il n'était pas possible de savoir quand un délinquant anormal serait guéri ou quand un alcoolique ou un toxicomane serait sevré de sa dépendance. La variété des mesures ainsi que l'indétermination de leur durée permettait d'individualiser la peine en fonction de l'état de santé et de la dangerosité du délinquant.

Le juge avait ainsi une grande marge d'appréciation et ne se contentait plus d'attribuer de manière automatique la peine prévue. Les mesures ordonnées en fonction de la dangerosité de l'individu faisaient inévitablement appel à un élément d'appréciation personnel et même subjectif⁴⁴⁴. Elles étaient adaptées à la maladie et à la dangerosité du délinquant. Suivant l'évolution du condamné, il pouvait être transféré dans un système de plus en plus ouvert pour être finalement libéré de toute sanction. Ce type de sanction était le plus adapté face à des délinquants dont l'évolution était incertaine. Une des raisons de cette évolution provenait du fait que la dangerosité était souvent liée à une maladie mentale. Et même si elle n'était pas liée à une maladie, elle était liée à la dangerosité également susceptible d'évoluer. Il était donc difficile, face à ce type de délinquants, d'infliger une peine rigide de durée déterminée. Il était en outre impossible d'infliger une peine à un individu irresponsable, ce qui était fréquent chez ce type de délinquants.

2.2) *L'individualisation de la sanction et les mesures de sûreté dans le code pénal actuel*

Dans le code pénal actuel, les mesures de sûreté sont également très variées et font l'objet de divers degrés de privation de liberté. Comme sous l'ancien droit, la loi prévoit l'internement, l'hospitalisation et le traitement ambula-

⁴⁴⁴ ANCEL (1956), p. 12.

toire. Leur durée est également adaptée à l'état de l'individu. Dans un premier temps, il est prévu que seule la libération conditionnelle soit ordonnée. Il a été jugé très difficile de déterminer si la cause de la mesure a entièrement ou partiellement disparu et si l'auteur est guéri. D'autre part, même si le traitement institutionnel a réussi, il a paru judicieux de prévoir un traitement ambulatoire, une assistance de probation ou des règles de conduite pour assurer la transition. La libération définitive doit être ordonnée si l'auteur a subi l'épreuve avec succès ou si la durée maximale a été atteinte et si les conditions de la libération conditionnelle sont réunies. Le succès de l'épreuve implique qu'aucune réintégration n'ait été ordonnée et qu'un traitement ambulatoire ou que le maintien de règles de conduite ou de l'assistance de probation ne soit plus nécessaire. Pour que la libération définitive soit accordée suite à l'expiration de la durée maximale, il faut que les conditions de la libération conditionnelle soient réunies, donc que le risque de récidive soit faible et qu'il soit juste de lui donner l'occasion de faire ses preuves en liberté. L'art. 62c CP traite de la levée de la mesure si sa poursuite paraît vouée à l'échec. En outre, si la durée maximale est atteinte et que les conditions de la libération conditionnelle ne sont pas réunies, la mesure doit être considérée comme vouée à l'échec et levée.

L'internement est de durée indéterminée. Le tribunal doit l'ordonner au moment du jugement mais ce n'est qu'à la fin de l'exécution de la peine qu'une nouvelle décision doit se prononcer sur l'exécution de cet internement, sur la base du rapport d'un expert indépendant et après avoir entendu une commission. Comme les autres mesures institutionnelles, la libération de l'internement nécessite un pronostic favorable. Mais le pronostic est plus sévère que celui exigé pour la levée d'une mesure thérapeutique institutionnelle. Ainsi, la libération conditionnelle est prononcée s'il est à « prévoir » que le condamné se conduira bien en liberté. Une forte probabilité est donc exigée. Le délai d'épreuve a été limité à cinq ans comme la mesure institutionnelle des délinquants souffrant de troubles mentaux. Mais la durée minimale a été fixée à deux ans. La libération définitive prévue à l'art. 64a al. 4 est réglementée de la même manière que les autres mesures institutionnelles. Elle intervient si la personne libérée a subi l'épreuve avec succès. L'indétermination temporelle de la sanction est nécessaire pour que le juge puisse adapter la mesure à la dangerosité et à la maladie mentale de l'individu. La mesure étant ordonnée en fonction d'un état qui évolue, le terme ne peut être prévu à l'avance. Mais l'indétermination temporelle donne également une marge d'appréciation importante au juge qui, si elle est indispensable à un système de mesures ordonnées en fonction d'un état qui évolue, peut être source d'arbitraire et de discrimination.

L'individualisation de la sanction nécessite une certaine marge d'appréciation qui peut rendre le droit imprécis. Or, l'imprécision de l'ancien code

pénal avait fait l'objet de nombreuses critiques. Les critiques portèrent sur l'imprécision de l'atteinte due à l'anormalité, les faibles exigences posées à l'ordonnance d'un internement et sur la possibilité, depuis la révision de la partie générale, d'exécuter un internement dans un établissement d'exécution des peines sans que des efforts soient entrepris pour qu'un traitement thérapeutique soit effectué. La mesure devenait ainsi une peine à durée indéterminée⁴⁴⁵.

Mais le code pénal actuel n'est guère plus précis. L'art. 59, 1^{er} alinéa dispose que l'auteur de l'infraction doit «*souffrir d'un grave trouble mental*». Il ne prévoit aucune distinction entre les personnes souffrant d'une maladie mentale et celles souffrant d'un handicap mental grave, distinction qui ne se justifie ni objectivement ni médicalement. Il a paru très difficile de faire le lien entre les notions médicales et juridiques. Il vaut ainsi mieux renoncer à toute classification et utiliser le terme générique de «*maladie mentale*». Ainsi, une mesure thérapeutique peut être ordonnée à l'égard de tous les phénomènes anormaux susceptibles d'être diagnostiqués selon des critères scientifiques. Contrairement à l'avis de la commission d'experts mais conformément à l'ancien droit, une telle mesure peut également s'appliquer à l'égard d'un auteur souffrant de graves troubles de la personnalité. Ils représentent d'ailleurs la plus grande partie des délinquants anormaux soumis à une hospitalisation ou un traitement ambulatoire. En outre, le régime de l'exécution des peines ne peut leur offrir un traitement adéquat. La loi précise que le trouble mental doit être grave⁴⁴⁶.

Le nouvel art. 123a Cst, entré en vigueur suite à l'adoption de l'initiative sur l'internement à vie, introduit la notion de «*nouvelles connaissances scientifiques*» pour que la libération de l'internement soit prononcée. Cette notion indéterminée permet d'individualiser la durée de l'internement à chaque délinquant. Une commission fédérale est instituée, afin de déterminer l'évaluation de chaque délinquant, en fonction de l'état de la science.

2.3) *L'individualisation de la sanction dans la loi belge sur la défense sociale*

Lors de la création de la loi du 9 avril 1930, la question de la définition de l'affection mentale pouvant donner lieu à un internement avait été l'objet de vives controverses. Le texte du projet de loi de 1923 utilisait une formule très générale: *l'inculpé en état de démence, d'insuffisance ou de déséquilibre men-*

⁴⁴⁵ SCHULTZ (1987), p. 167.

⁴⁴⁶ Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, séance des 11 et 13 août 1999, 25-27, Commission des affaires juridiques du Conseil national, séance des 22 et 23 janvier 2001, 13-14.

tal. Cette formule fit l'objet de vives critiques en raison de son imprécision. Finalement, le législateur s'inspira de l'art. 21 de la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance pour élaborer le texte qui figure dans la loi: «*état de démence ou état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale rendant l'inculpé incapable du contrôle de ses actions*»⁴⁴⁷.

La commission de défense sociale devait décider de la mise en liberté définitive ou à l'essai de l'interné si l'état mental de celui-ci s'était suffisamment amélioré et que les conditions de sa réadaptation sociale étaient réunies (art. 18 al. 2). En droit belge également, l'internement était de durée indéterminée et dépendait de la maladie et de la dangerosité de l'interné. Si la mise en liberté était ordonnée à l'essai, l'interné était soumis à une tutelle médico-sociale. En outre, la commission octroyait une libération sous condition, après avoir constaté que le trouble mental s'était suffisamment amélioré et que le risque que l'interné commette de nouvelles infractions pouvait être pallié par les conditions. La libération définitive pouvait être accordée si le trouble mental de l'intéressé s'était suffisamment amélioré et si le risque de commettre de nouvelles infractions était limité.

La loi belge sur la défense sociale contenait également une certaine indétermination, tant dans la définition du trouble mental que dans la durée de la mesure à appliquer. Cette indétermination était inévitable dans un système de mesures qui devait s'adapter à l'état de l'individu. Mais il fallait tenir compte du risque lié à l'indétermination juridique qui, comme on l'a déjà exposé à de nombreuses reprises, ouvre la porte à l'arbitraire, à la discrimination et à l'inégalité de traitement.

3. L'individualisation de la sanction, de Bentham aux mesures de sûreté contemporaines

D'après Marc Ancel, la défense sociale apparaît, de prime abord, complètement différente de l'époque classique. La conception classique se fonde sur une fiction. En réalité, l'homme raisonnable du XVIII^e siècle, le citoyen maître de ses actes et de ses droits, n'existe pas. Tous les individus sont différents les uns des autres et sont ainsi soumis à différents déterminismes endogènes et sociaux. C'est également une fiction de penser que la condamnation efface juridiquement et moralement l'infraction commise et que la peine rétablit automatiquement l'ordre public lésé par l'acte délictueux. L'infraction ne peut être annihilée par la sanction. L'intimidation n'est qu'une hypothèse qui s'applique rarement à la catégorie des délinquants anormaux. Le droit classique

⁴⁴⁷ CORNIL (1930), pp. 15-17.

attache la peine au délit commis. Or, l'acte commis ne peut se distinguer de son auteur et c'est précisément en fonction de la personnalité du délinquant qu'une sanction devrait s'appliquer. C'est ainsi qu'est apparue l'idée de l'individualisation de la sanction. La peine ne peut ainsi pas être une notion purement juridique et théorique et la peine comminée, prononcée et exécutée est souvent différente. Cette peine est différente de la peine de l'époque classique qui est uniquement celle prévue par la loi. La défense sociale montre que la peine n'a de signification réelle que par son application effective. C'est la peine matériellement subie et psychologiquement vécue par le délinquant qui est la plus importante. La phase de l'exécution qui était négligée par les classiques devient la plus importante pour la défense sociale et la seule qui soit utile d'un point de vue de prévention spéciale⁴⁴⁸. Pour les classiques, la peine doit être rétributive alors que pour les partisans de la défense sociale, elle doit être préventive. Or, comme nous l'avons déjà exposé⁴⁴⁹, l'on peut affirmer que la rétribution est la fonction de la peine et la prévention est la fonction de l'exécution de la peine. Pour parvenir à la rétribution, il suffit d'appliquer la peine prévue alors que l'exécution de la peine sera déterminante pour parvenir à la prévention. L'individualisation de la peine prend donc toute son importance.

L'on a ainsi tendance à dire que le principe de l'individualisation a pris corps avec la pensée de la défense sociale qui a conduit à un changement dans la fonction de la peine. En effet, alors que le droit pénal classique prévoirait une application objective d'une sanction en fonction d'une infraction commise, la pensée de la défense sociale introduirait une nouvelle méthode qui impliquerait l'imposition d'une sanction non plus en fonction d'un acte mais d'un individu.

La conception classique de la peine aurait fait l'objet de critiques. Elle reposerait sur une fiction consistant à dire que l'homme est un citoyen raisonnable et maître de ses actes comme de ses droits. Or, en réalité, les individus sont tous différents les uns des autres et sont soumis à divers déterminismes endogènes et sociaux. Le droit classique, fondé sur l'égalité des délits et des peines, poserait l'équation délit = peine. Seul le délit commis serait pris en considération pour la détermination de la peine qui lui serait étroitement liée. Or l'acte ne peut être séparé de son auteur. La peine ne devrait donc pas s'appliquer à l'infraction abstraite mais à l'auteur de l'acte, d'où la nécessité d'individualiser la peine au délinquant. Ainsi, la peine ne peut pas être une notion purement juridique et théorique.

⁴⁴⁸ ANCEL (1972), p. 192.

⁴⁴⁹ Voir p. 116.

Le magistrat de l'école classique appliquerait le texte légal abstraitement et exclusivement en ignorant les réalités sociales et les traits distinctifs du délinquant⁴⁵⁰. Dans le droit classique, en effet, les délinquants qui avaient commis la même infraction subiraient en principe la même peine. La réalité humaine est mouvante, complexe et variable. Il est ainsi difficile de distinguer les criminels normaux des anormaux. Le système doit donc être assez souple pour pouvoir infliger une sanction adaptée à chaque cas, en tenant compte des nécessités de répression et de rééducation. La sanction doit être de durée indéterminée et régulièrement contrôlée. Un premier pas a été fait dans le sens de l'individualisation de la sanction en prévoyant une élasticité dans le taux de la peine. Un deuxième pas a été franchi en prévoyant une élasticité dans le choix des mesures à infliger. Aujourd'hui, il est admis que les mesures varient non seulement suivant les délinquants mais également pour chaque délinquant suivant les moments et l'évolution de leur maladie. Les mesures sont de durée indéterminée puisque le juge ne peut pas fixer à l'avance la durée de la mesure⁴⁵¹. Cela va conduire à une modification de la règle de jugement. Il faudra prendre en compte des éléments sociologiques et psychologiques ignorés auparavant. Cela conduira à créer des formations juridictionnelles plus aptes à juger que les juges et les jurés traditionnels⁴⁵². Ainsi, l'on parle du nouveau rôle du juge lié à une nouvelle conception de la justice pénale. Celui-ci doit rester informé des données scientifiques qui permettent de mieux saisir la réalité humaine. La collaboration médico-judiciaire doit être améliorée et, pour cela, le juge doit avoir une formation plus complète, notamment d'un point de vue criminologique. Les mesures de sûreté en sont un bon exemple puisqu'elles sont fondées sur des critères non pas abstraits mais concrets, pour lutter efficacement contre la criminalité. Il s'agit de déterminer la juste sanction de manière concrète selon les besoins tant de la justice sociale que de l'individu⁴⁵³.

L'introduction des mesures de sûreté aurait conduit à une modification de la peine. La mesure de sûreté doit en effet se substituer à la peine lorsque celle-ci est inefficace, ce qui introduit le concept d'utilité de la sanction. L'utilité est évaluée non pas en général, par son effet dissuasif, mais par rapport à un individu particulier. L'utilité de la peine a pour corollaire l'individualisation de la sanction qui s'applique à la fixation et l'exécution de la sanction. La sanction doit en effet être individualisée pour être utile à chaque individu⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Discours de De Lantsheere, Assemblée de l'Union internationale de droit pénal, Revue de droit pénal et de criminologie 1910, pp. 913-914.

⁴⁵¹ PRINS (1912), p. 276.

⁴⁵² EWALD, p. 318.

⁴⁵³ ANCEL (1958), pp. 182-183.

⁴⁵⁴ RUSCA, p. 40.

Selon Adolphe Prins, le futur danger étant très varié, diverses formes permettent d'y remédier. On assiste ainsi à une diversification des mesures en fonction de la dangerosité de l'individu. Mais ces mesures ne sont pas uniquement des peines. Elles peuvent être tant «*éducatives, protectrices, réparatrices que répressives*»⁴⁵⁵. Le juge doit étudier soigneusement les multiples facettes de l'individu, afin que la mesure idoine lui soit appliquée. Il doit exister une diversité de régimes qui varieront selon la dangerosité de l'auteur. Ainsi, ce n'est plus le degré de responsabilité mais la nature du danger qui dictera la sanction à infliger⁴⁵⁶. «*La Société a autre chose à craindre, et doit prendre d'autres mesures de défense et de préservation, suivant qu'il s'agit, ou de criminels passionnels ou malheureux, dont la liberté doit être supprimée surtout pour l'exemple, ou d'antisociaux réfractaires au milieu et qu'il faut mettre dans l'impossibilité de nuire, ou de criminels défectueux ou dégénérés qu'il faut soumettre à un régime approprié de garde et de préservation. (...) Nous ne pouvons plus nous borner au calcul mathématique de la durée de la détention (...). Nous n'avons plus à diversifier seulement les quotités d'une peine unique, nous avons à diversifier les régimes eux-mêmes et à créer des Institutions et des établissements nouveaux : Je citerai quatre groupes : les insuffisants par dégénérescence ; les épileptiques ; les alcooliques ; les immoraux sexuels, pour lesquels les criminalistes et les pénologues ont désormais à organiser des régimes différenciés et spécialisés d'après la nature des délinquants à interner.*»⁴⁵⁷

Prins, s'il souhaite éviter l'indétermination des peines pour les délinquants normaux et responsables, prône la nécessité des sanctions de durée indéterminée pour les anormaux. Pour ce type de condamnés, il est impossible de déterminer le moment où ils seront guéris et ne présenteront plus de danger. Mais il serait excessif de leur appliquer une détention à perpétuité en excluant toute chance de guérison. La sanction de durée indéterminée est donc la seule possibilité réaliste⁴⁵⁸.

Le droit pénal classique serait ainsi tourné vers l'acte commis et essaierait de définir la sanction à appliquer de la manière la plus précise possible dans un souci de prévisibilité et de sécurité, alors que le droit pénal moderne serait tourné vers l'agent et essaierait d'être le plus flexible possible pour pouvoir s'adapter à l'état de l'individu, dans un but de protection de la société.

Il est certes vrai qu'à travers les congrès que l'Union internationale de droit pénal a tenu jusqu'à la Première Guerre mondiale, des questions ont été abordées comme des effets et des conséquences directes de la pensée sur la défense sociale, questions qui ont marqué de nombreuses législations

⁴⁵⁵ PRINS, p. 55.

⁴⁵⁶ TULKENS (1987), pp. 23-25.

⁴⁵⁷ PRINS (1986), pp. 67-68.

⁴⁵⁸ CARTUYVELS / OST, p. 73.

positives⁴⁵⁹. L'individualisation de la sanction est sans aucun doute une question qui a fait couler beaucoup d'encre à cette époque. Mais il est toutefois faux d'affirmer que l'idée d'individualisation est née à ce moment-là et que cette conception était absente à l'époque classique. Bentham, à l'époque classique, disait que le législateur pénal devait tenir compte de toutes les circonstances qui influent sur la sensibilité et introduisait ainsi le principe de l'individualisation légale et judiciaire. Il décrivait un système qui possédait comme fondement l'individualisation légale et judiciaire⁴⁶⁰. En effet, « *une amende ne produira pas le même effet sur un riche et sur un pauvre et un nombre d'années de réclusion n'aura pas la même valeur pour un jeune et pour un vieillard* »⁴⁶¹.

Bentham, en intégrant dans son système l'individualisation de la sanction, avait déjà en vue les problèmes que cela posait et pose encore aujourd'hui. En effet, l'individualisme, s'il a de quoi séduire, n'est pas sans risque. Il ouvre la porte à l'arbitraire et à la discrimination. Qu'est-il préférable, un droit totalement individualisé ou des grilles de peines (*sentencing guidelines*⁴⁶²) ? Ce sont certes deux extrêmes mais qui marquent deux théories qui s'affrontent : celle de l'individualisation et celle de la rétribution. Les partisans de la théorie de l'individualisation de la peine estiment que celle-ci doit s'ajuster au criminel concret plutôt qu'au crime abstrait. Les partisans de la théorie rétributiviste estiment que seul compte le crime à laquelle la peine doit répondre comme rétribution légale. C'est le prix à payer pour le délit commis. Aucune de ces théories n'est satisfaisante si elle est appliquée à la lettre. En effet, la grille de peines est trop rigide et ne permet pas de tenir compte des circonstances personnelles de l'auteur. Le juge n'a plus aucune latitude, il applique la peine prévue sans se poser la question d'éventuelles circonstances atténuantes ou aggravantes. A l'opposé, l'individualisation permet d'adapter la peine à la situation personnelle de l'individu mais un droit pénal totalement individualisé ouvre la porte à l'inégalité de traitement et à l'arbitraire. La théorie à appliquer dépend du but de la sanction. Si la sanction a comme but premier la punition, la doctrine de la rétribution et de la fixité de la peine doit être préférée. En revanche, si le but premier de la sanction est de nature curative, la sanction doit être individualisée à la maladie et à l'état de l'auteur⁴⁶³.

Si, entre ces deux extrêmes, coexiste tout un éventail de situations variables, le droit pénal classique a tendance à se tourner vers l'acte commis en essayant de définir la sanction à appliquer de la manière la plus précise

⁴⁵⁹ TULKENS (1987), p. 35.

⁴⁶⁰ TULKENS (1987), pp. 626-627.

⁴⁶¹ GRIFFIN-COLLART, p. 42.

⁴⁶² Pour une explication de cette notion, voir n. 342.

⁴⁶³ VAN DE KERCHOVE (1977), pp. 262-263.

possible dans un souci de prévisibilité et de sécurité, alors que le droit pénal moderne se tourne vers l'agent en essayant d'être le plus flexible possible pour pouvoir s'adapter à l'état de l'individu, dans un but de protection de la société⁴⁶⁴. Il s'agit moins de proportionner la durée de la peine à la responsabilité du délinquant que de prendre les mesures adéquates pour protéger la sécurité publique de la dangerosité du délinquant. Mais ni la théorie rétributive ni l'individualisation n'est adéquate si elle est appliquée à la lettre. La théorie rétributive ne permet pas de tenir compte des circonstances personnelles de l'auteur. Le juge n'a plus aucune latitude, il applique la peine prévue sans se poser la question d'éventuelles circonstances atténuantes ou aggravantes. A l'opposé, l'individualisation permet d'adapter la peine à la situation personnelle de l'individu mais un droit pénal totalement individualisé ouvre la porte à l'inégalité de traitement et à l'arbitraire.

Bentham avait déjà pensé à cet antagonisme entre des peines certaines et des peines individualisées. En effet, d'un côté, il insiste sur les différences de sensibilité entre les individus et sur le fait que les peines doivent s'adapter. Mais d'un autre côté, il dit que les peines doivent être claires, brèves, simples et exemplaires. Elles doivent être le plus précises possibles, afin de favoriser la certitude et l'impartialité et afin que les individus sachent à quoi s'attendre s'ils commettent une infraction.

En outre, Bentham, dans son propos, exposait déjà sa crainte que le juge, par la latitude de jugement que lui offre l'individualisation de la peine, n'inflige une peine supérieure à ce qui est nécessaire, parce que cela correspond à *« la pente naturelle de l'esprit humain et des législateurs, soit par l'antipathie qui porte à une sévérité outrée, soit par un défaut de compassion pour des hommes qu'on se représente comme dangereux et vils. C'est donc là qu'il faut porter les précautions. »* Aujourd'hui également, l'introduction des mesures de sûreté à vocation essentiellement préventive et donc individualisées au délinquant et réadaptées régulièrement à son état a renforcé l'aspect sécuritaire de la sanction. Les mesures de sûreté ont permis d'introduire l'internement à vie qui, finalement, n'est guère différent d'une peine de prison à perpétuité. Elles ont également permis de contourner le principe de *ne bis in idem* en appliquant une peine suivie d'une mesure⁴⁶⁵. Les mesures de sûreté réalisent ainsi la crainte de Bentham qui était d'imposer une peine supérieure à ce qui est nécessaire.

Enfin, si les peines doivent être individualisées à l'état de l'individu qui évolue, elles doivent également être adaptées à l'alarme inspirée par le délit commis. Or, comme nous l'avons exposé⁴⁶⁶, l'alarme peut varier en fonction

⁴⁶⁴ CARTUYVELS / OST, pp. 75-76.

⁴⁶⁵ Pour plus de détails voir pp. 56-57.

⁴⁶⁶ Voir p. 161 ss.

de plusieurs circonstances, entre autres selon la mauvaise foi du délinquant, selon sa position particulière ou selon les motifs qui l'ont poussé à agir. La peine doit ainsi prendre en compte d'autres éléments que la gravité intrinsèque de l'infraction. Aujourd'hui également, la même mesure ne sera pas appliquée à l'égard de l'individu qui a commis un homicide et à celui qui a commis un parricide. Une personne peut n'être dangereuse qu'à l'égard d'un membre de sa famille et non à l'égard de toute la population. Dans un tel cas, une mesure d'hospitalisation, moins restrictive de liberté qu'un internement, pourra suffire.

Bentham avait donc introduit l'individualisation de la sanction dans son système, tout en prévoyant les risques qu'une telle individualisation comportait.

IV.

Conclusion

1. Les peines d'après la pensée pénale de Jeremy Bentham

Bentham définit la peine de la manière suivante: «*D'après le principe d'utilité, les peines légales sont des maux infligés, selon des formes juridiques, à des individus convaincus de quelque acte nuisible défendu par la loi, et dans le but de prévenir de semblables actes.*»⁴⁶⁷ Les peines ont comme but de prévenir la répétition de délits semblables et de réparer le dommage commis. La prévention spéciale peut se faire en ôtant au délinquant le pouvoir physique de commettre un délit, en lui en faisant perdre le désir ou en lui ôtant l'audace. Ainsi, dans le premier cas, il ne peut plus commettre le délit, dans le deuxième cas, il ne le veut plus et dans le troisième, il ne l'ose plus. La prévention générale s'opère en infligeant une peine à titre d'exemple pour montrer à chacun ce qu'il aurait à souffrir s'il commettait un acte semblable. Selon Bentham, la prévention générale est la principale raison d'infliger une peine. Si on ne considère que le délit passé, la peine est inutile, mais si on imagine les futurs délits qui pourraient être commis, la peine devient indispensable comme moyen préventif. Ainsi, la peine ne doit point être un acte de colère ou de vengeance mais un *sacrifice indispensable pour le salut commun*⁴⁶⁸.

La peine produit un certain mal au délinquant. Personne ne mérite une peine et la peine est un mal parce qu'elle agit contre les intérêts de la personne punie. L'effet immédiat est donc mauvais. Mais comme elle fait du bien à la majorité, dès que l'on considère les effets de second ordre, la peine cesse d'être un mal. Ainsi, une punition produit un mal de premier ordre et un mal de second ordre⁴⁶⁹. Ce mal est une dépense que fait l'Etat en vue d'un profit: la prévention de nouveaux délits. Tout est question de balance, de calcul entre le gain et les pertes. Une peine est ainsi économique si elle produit l'effet désiré, la diminution des délits futurs, en utilisant le moins de souffrance possible. Elle est dispendieuse quand elle produit un mal supérieur au bien ou si la prévention des délits peut être obtenue au moyen d'un bien inférieur⁴⁷⁰.

Les qualités que doivent posséder les peines sont la divisibilité, la certitude et l'égalité, la commensurabilité, l'analogie, l'exemplarité, l'économie, la rémissibilité, la suppression du pouvoir de nuire, la tendance à l'amendement moral, la convertibilité en profit, la simplicité dans la description et la popularité. La divisibilité suppose que la peine soit susceptible de plus et de moins, la certitude et l'égalité supposent que tous les individus en retirent la

⁴⁶⁷ BENTHAM. (1829) (II), p. 2.

⁴⁶⁸ BENTHAM (1829) (II), pp. 4-5.

⁴⁶⁹ Harrisson R., p. 367.

⁴⁷⁰ BENTHAM (1829) (II), p. 5.

même souffrance, la commensurabilité suppose qu'il soit possible de mesurer les divers degrés entre les peines, l'analogie doit s'opérer entre la peine et le délit, l'exemplarité suppose que la peine apparente soit dans une grande proportion à la peine réelle, l'économie suppose que la peine n'ait que le degré de sévérité nécessaire pour remplir le but de prévention, la rémissibilité suppose qu'il soit possible de révoquer la peine ou de rétablir l'état antérieur, la suppression du pouvoir de nuire suppose que la personne ne puisse plus nuire à autrui, la tendance à l'amendement moral suppose que la fonction de prévention spéciale soit remplie, la convertibilité consiste à donner le profit résultant de la peine à la partie lésée, la simplicité dans la description et la popularité s'expliquent par elles-mêmes⁴⁷¹. Mais, comme une seule peine peut difficilement contenir toutes ces qualités, il faut les combiner, les varier, les assortir pour trouver la juste composition qui permette de parvenir à l'effet préventif désiré. Il faut ainsi une grande variété dans les peines pour qu'elles s'adaptent à chaque délit⁴⁷².

Il existe également des moyens indirects de prévenir les délits. Ce sont ceux qui, sans avoir les caractéristiques de la peine, agissent sur le physique ou le moral de l'homme pour l'encourager à obéir aux lois et lui épargner les tentations du crime. Ces moyens sont plus doux que les peines et agissent souvent là où les peines échouent. Nous n'avons énoncé, dans la présente contribution, que les moyens indirects qui nous semblent pertinents pour démontrer la présente thèse. Parmi ces moyens il y a les moyens indirects de prévenir la volonté de commettre un délit. Ils sont de nature à diriger les inclinations des hommes et à faire cesser leur discorde intérieure. Ces moyens sont les suivants: détourner le cours des désirs dangereux et diriger les inclinations vers les loisirs les plus conformes à l'intérêt public, faire en sorte qu'un désir donné se satisfasse sans préjudice ou avec le moins de préjudice possible, éviter de fournir des encouragements au crime, augmenter la responsabilité des personnes à mesure qu'elles sont plus exposées à la tentation de nuire, diminuer la sensibilité à l'égard de la tentation, fortifier l'impression des peines sur l'imagination, faciliter la connaissance du corps du délit, empêcher un délit en donnant à plusieurs personnes un intérêt immédiat à le prévenir, faciliter les moyens de reconnaître et de retrouver les individus, augmenter pour les délinquants la difficulté de l'évasion, diminuer l'incertitude des procédures et des peines, prohiber les délits accessoires pour prévenir le délit principal.

Les moyens de diminuer les désirs dangereux sont les suivants: encourager les mouvements honnêtes, éviter de forcer les hommes à un état de paresse, favoriser la consommation des boissons non alcoolisées. Les désirs peuvent

⁴⁷¹ BENTHAM (1829) (II), pp. 176-178 et pp. 10-14.

⁴⁷² BENTHAM (1829) (II), pp. 180-182.

être satisfaits de plusieurs manières, de la manière la moins dangereuse à la manière la plus criminelle. Il faut essayer de faire en sorte que le désir s'exerce sans préjudice ou avec le moins de préjudice possible. Un autre moyen provient de l'éducation. La principale éducation que l'on doit donner aux citoyens est la connaissance des lois⁴⁷³. Mais il faut également leur enseigner la manière d'appliquer les lois, ce qu'il est permis de faire et de ne pas faire.

Il doit y avoir une proportion entre les délits et les peines. Pour cela, cinq règles doivent être respectées: 1) il faut que le mal de la peine surpasse l'avantage du délit, 2) plus la peine manque de certitude, plus elle doit être grande, 3) si deux délits viennent en concurrence, le plus nuisible doit être soumis à une peine plus forte, afin que le délinquant s'arrête au moindre, 4) plus un délit est grand, plus la peine doit être sévère pour la chance de le prévenir, 5) la même peine ne doit pas être infligée pour le même délit à tous les délinquants sans exception⁴⁷⁴.

Les peines indues sont les peines mal fondées, inefficaces, superflues ou trop dispendieuses. La peine est mal fondée lorsqu'il n'y a point de vrai délit, du moins point de mal qui en résulte ou lorsque le mal est plus que compensé par le bien. La peine est inefficace lorsqu'elle ne prévient pas d'autres délits semblables, par exemple parce qu'elle s'applique à des individus qui n'ont pas pu connaître la loi, qui ont agi sans intention, qui ont fait le mal innocemment, dans une supposition erronée ou par une contrainte irrésistible. La peine est superflue lorsqu'on pourrait utiliser des moyens plus doux comme l'instruction, l'exemple, les invitations, les délais, les récompenses pour parvenir au même résultat. La peine est trop dispendieuse si le mal de la peine excède le mal du délit et qu'ainsi il est produit plus de souffrances qu'il n'en est prévenu⁴⁷⁵.

La peine doit être connue, afin que les individus sachent ce qui les attend s'ils commettent un délit. Elle doit être certaine, afin d'éviter l'arbitraire et l'inégalité de traitement. Mais il peut y avoir soit dans la personnalité des délinquants, soit dans les délits commis des circonstances imprévues ou particulières qui nécessitent une certaine flexibilité dans la peine à appliquer. Il faut ainsi laisser une certaine latitude aux juges dans la peine à appliquer⁴⁷⁶.

Le degré de peine et de plaisir dépend des circonstances qui influent sur la sensibilité. Les peines doivent ainsi être adaptées à ces circonstances et être individualisées aux délinquants⁴⁷⁷.

⁴⁷³ BENTHAM (1829) (II), pp. 228-229.

⁴⁷⁴ BENTHAM (1829) (II), pp. 170-171.

⁴⁷⁵ BENTHAM (1829) (II), pp. 21-22.

⁴⁷⁶ BENTHAM (1829) (II), p. 22.

⁴⁷⁷ BENTHAM (1829) (II), p. 25.

2. La naissance des mesures de sûreté

Dans l'ancienne conception pénale, tout crime éveillait l'idée de vengeance et entraînait une peine. L'École classique estimait que le crime est un acte coupable dont la responsabilité morale doit entraîner une peine. D'après la conception positiviste, la réaction au crime n'est plus instinctive mais raisonnable, nécessitant l'imposition d'une mesure. Il s'agit non plus d'une réaction vindicative mais d'une réaction défensive⁴⁷⁸. La mesure de sûreté pourrait donc se substituer à la peine puisque la défense a pris le pas sur la vengeance. Dès le début du XX^e siècle, la plupart des pénalistes admettent une mesure à côté d'une peine ou, pour certains cas, seulement une mesure⁴⁷⁹. Il s'opère ainsi une transformation, passant du régime pénal à un autre régime. Des éléments de l'ancien régime pénal survivent à côté d'éléments nouveaux. Les peines subsistent, réaction vindicative à l'infraction commise, mais les mesures prennent de l'importance, répondant à une idée de sûreté générale. Les juges appliquent ainsi à la fois des peines et des mesures⁴⁸⁰. Si la peine est une réaction au crime commis, la mesure de sûreté se rapporte à tout crime, réel et possible, antérieur, présent ou postérieur à l'exécution et même au-delà, à tout danger personnel. Tant la peine que la mesure visent à prévenir de nouveaux délits mais, alors que la peine lutte contre le penchant au crime, la mesure lutte contre les causes du penchant au crime⁴⁸¹.

Excepté Luigi Luchini qui introduisit des mesures de sûreté dans le code pénal italien, c'est à Carl Stooss que revient le mérite d'avoir en premier réformé le système pénal en y introduisant des mesures de sûreté. Il estimait l'introduction des mesures indispensables parce que les peines à elles-seules étaient incapables d'empêcher la récidive. Cela permettait également d'apaiser les conflits entre les différentes Ecoles. Lors de la création des mesures de sûreté, les législations pénales qui prévoyaient des mesures de sûreté à côté des peines pouvaient se diviser en trois groupes. Le premier groupe est celui dans lequel peines et mesures sont nettement différentes et s'appliquent successivement. Le second groupe est celui dans lequel peines et mesures sont également différentes mais l'une peut néanmoins se substituer à l'autre. Le troisième est celui dans lequel peines et mesures sont semblables puisqu'elles remplissent la même fonction : la prévention des délits⁴⁸². La différence entre peines et mesures n'était pas importante pour Carl Stooss puisque, de toutes

⁴⁷⁸ SALDANA, p. 7.

⁴⁷⁹ SALDANA, pp. 9-10.

⁴⁸⁰ SALDANA, pp. 10-11.

⁴⁸¹ SALDANA, pp. 17-18.

⁴⁸² GRISPIGNI, pp. 761-765.

façons, l'une pouvait se substituer à l'autre⁴⁸³. En cela également, il a été le premier à trouver une systématisation harmonieuse entre peines et mesures. Il gardait ainsi la peine avec fonction rétributive, applicable aux délinquants responsables et coupables et y ajoutait les mesures de sûreté⁴⁸⁴.

Si les classiques pouvaient accepter que le but du droit pénal n'était plus seulement rétributif, ils n'étaient en revanche pas prêts d'admettre que la prévention prenne le pas sur la répression. Ils admettaient que la prison et l'amende étaient insuffisantes pour protéger la société contre les délinquants anormaux et que seule la sentence de durée indéterminée assurerait la protection de la sécurité publique contre de tels délinquants mais à condition que cette sanction demeurât hors du champ pénal. Les délinquants anormaux seraient frappés d'une peine atténuée en fonction de la restriction de leur responsabilité et ils seraient frappés d'une mesure de sûreté, mesure étrangère au droit pénal, sentence indéterminée justifiée par leur part d'irresponsabilité. C'est un essai de conciliation du positivisme et du classicisme caractérisant l'école néoclassique qui fut difficile à réaliser dans la pratique⁴⁸⁵. Si l'état d'un condamné justifiait une mesure de sûreté mais que sa culpabilité entraînait une peine, toutes deux devaient être prononcées. Les classiques pour qui la rétribution morale était nécessaire estimaient que cette qualité était absente des mesures de sûreté⁴⁸⁶. Mais en réalité, les mesures de sûreté, même si elles visent avant tout la prévention spéciale, contiennent tout de même un aspect rétributif. L'exécution d'une mesure entraîne d'ailleurs une privation de liberté en général bien plus longue qu'une peine. Stooss a admis à plusieurs reprises que les mesures contiennent un caractère pénal. Si l'on renonce à distinguer peines et mesures, le problème de leur cumul ne se pose plus. Chaque type de sanction contient des éléments de l'autre type, même si c'est tantôt l'élément préventif tantôt l'élément répressif qui prévaut⁴⁸⁷. Le monisme judiciaire de Stooss prévoyait ainsi l'absence de distinction entre peine et mesure et l'application alternative de l'une ou l'autre⁴⁸⁸. Pour les délinquants à responsabilité restreinte, tant la peine que la mesure entrait en ligne de compte, mais la peine cessait lorsque le délinquant partiellement responsable était soumis à un traitement. Au sein de la première commission d'experts pour l'avant-projet suisse du code pénal, les partisans de l'École classique objectèrent que le délinquant à responsabilité restreinte ne pouvait être traité de la même manière que l'irresponsable: il devait être puni dans

⁴⁸³ GRISPIGNI, p. 760.

⁴⁸⁴ JIMENEZ DE ASUA, p. 25.

⁴⁸⁵ CORNIL, pp. 12-14.

⁴⁸⁶ RUSCA, pp. 44-45.

⁴⁸⁷ RUSCA, pp. 48-49.

⁴⁸⁸ RUSCA, p. 110.

les limites de sa responsabilité. Ainsi, tant la peine que la mesure devaient être exécutées cumulativement. La commission décida que peine et mesure seraient prononcées mais que seule la mesure serait exécutée, la peine ne servant qu'à établir la durée minimale du traitement. Stooss essaya de les convaincre de renoncer à la durée minimale du traitement. La durée du traitement serait en général plus longue que la peine et, dans les cas où elle serait plus courte, les médecins psychiatres hésiteraient à garder un patient guéri. La commission se rallia au système préconisé par Stooss. Le juge prononcerait un internement si l'état du délinquant mettait en danger la sécurité publique. L'interné libéré de sa mesure devrait exécuter un éventuel solde de peine dans un établissement pénitentiaire. C'est cette solution qui a prévalu parce que Stooss n'était pas partisan du monisme judiciaire⁴⁸⁹.

Ainsi, un compromis fut établi, après un demi-siècle de discussion: ni monisme, ni dualisme judiciaire mais un «dualisme de remplacement». Le délinquant responsable devait être condamné selon deux points de vue: la peine devait servir de rétribution au délit commis et remplir le rôle de l'épée de Damoclès, mais elle ne réussit ni l'un ni l'autre. Si la distinction entre peine et mesure était théorique, ce que Stooss avait bien compris, le code pénal suisse porte encore les traces de ces querelles entre peines et mesures⁴⁹⁰.

Dans sa théorie pénale, Stooss élabore un système de sanctions qui dispose d'une échelle diversifiée de responsabilité et qui a comme fondement la dualité des peines et des mesures de sûreté. Von Liszt, un des fondateurs de l'Union internationale de droit pénal, voulait éviter que les mesures de sûreté se développent comme un système en marge du droit pénal. La mesure de sûreté est, comme la peine, une sanction individualisée en réaction à une infraction. L'évolution du condamné et de son traitement peut nécessiter le passage d'une sanction à une autre pour que le but de resocialisation et de défense de la société soit réalisé. La sanction dépend alors de critères externes, soit de la dangerosité de l'auteur. Il s'agit de créer un système individualisé de sanctions en fonction de la dangerosité de l'auteur⁴⁹¹.

Les difficultés énoncées ont poussé les auteurs de la loi belge de 1930 à préférer un système pénal moniste qui consiste à appliquer une mesure de défense sociale, qui n'est pas une mesure pénale, aux délinquants irresponsables et une peine aux délinquants partiellement responsables. Ainsi, la mesure de sûreté ne s'applique qu'aux délinquants irresponsables à qui l'on ne peut infliger aucune peine. Le code pénal suisse introduisit un système dualiste légal. La mesure de sûreté ne remplace pas la peine, elle la complète. Ce

⁴⁸⁹ RUSCA, pp. 124-126.

⁴⁹⁰ RUSCA, pp. 163-169.

⁴⁹¹ VERVAELE, pp. 140-141.

système comporte une netteté, une simplicité et une souplesse que les autres codifications de la même époque ne contiennent pas. La peine et la mesure ne sont pas forcément toutes deux exécutées. Le juge aura le choix entre la peine et la mesure. S'il prononce les deux, il suspendra la peine pendant l'exécution de la mesure. Une fois que la mesure aura pris fin, il décidera s'il fera exécuter la peine, en fonction du résultat obtenu par la mesure que l'exécution de la peine serait susceptible d'anéantir. Peine et mesure cessent de s'opposer mais l'une peut se substituer à l'autre ou toutes deux peuvent être ordonnées, la peine étant suspendue⁴⁹².

4. L'unification des mesures de sûreté

Les mesures de sûreté et les peines contiennent de nombreuses ressemblances. Toutes deux sont en général privatives de liberté, toutes deux présupposent la commission d'une infraction, toutes deux sont ordonnées par une autorité judiciaire et ont en général comme but l'amendement du délinquant. C'est la raison pour laquelle les positivistes estiment que peines et mesures sont semblables et qu'ainsi l'une peut remplacer l'autre. La mesure pourrait donc se substituer à la peine⁴⁹³.

La peine consiste en un mal infligé au délinquant coupable en réponse à une infraction commise dans le passé tout en étant tournée également vers l'avenir puisqu'elle vise à prévenir de nouvelles infractions. La mesure de sûreté répond également à une infraction commise mais est essentiellement tournée vers l'avenir puisque son but est de combattre un état dangereux par un régime ou un traitement approprié. La peine est surtout liée aux idées de châtement, souffrance, répression, tandis que la mesure de sûreté répond surtout à la prévention contre un état dangereux par des moyens appropriés. Plusieurs conséquences découlent de ces différences. La peine, réponse à une infraction commise, est de durée déterminée alors que la mesure de sûreté, liée à un état dangereux, est de durée indéterminée parce qu'il est impossible de savoir quand cet état prendra fin. Le lieu d'exécution des mesures de sûreté devrait différer sensiblement du lieu d'exécution des peines. L'idée de souffrance étant écartée, les détenus devraient être soumis à un régime semblable à la vie normale. Comme le but des mesures de sûreté est de mettre les délinquants dangereux dans l'impossibilité de nuire, la mesure doit être exécutée de la même manière à l'égard du délinquant normal ou anormal, mineur ou majeur, déficient mental ou toxicomane. Alors que les peines sont en général appliquées en fonction de la gravité de l'infraction et de la

⁴⁹² GRAVEN J., pp. 172-173.

⁴⁹³ HEDAYATI, p. 23.

culpabilité de l'auteur, les mesures de sûreté sont fonction de la dangerosité de l'auteur⁴⁹⁴. Tant Ferri que Rabinowitz pensaient qu'à l'avenir les codes pénaux ne contiendraient plus que des mesures de sûreté⁴⁹⁵.

Dès leur création, des doutes se sont élevés sur les législations qui font une distinction bien nette entre peines et mesures et qui permettent seulement d'ajouter l'une à l'autre sans possibilité de substitution⁴⁹⁶. La considération que les peines continuent à répondre au principe de rétribution alors que les mesures servent à défendre la société ne résiste pas à l'examen. Si une peine est infligée sans aucune réduction à un auteur coupable d'une infraction, cela signifie que l'infraction se rapporte à sa libre volonté et à sa faute morale. A l'inverse, la peine ne peut être appliquée dans sa totalité mais une mesure peut être ordonnée à l'égard d'un individu dont la responsabilité est diminuée. Il n'est ainsi pas possible d'appliquer la mesure et la peine dans leur totalité⁴⁹⁷. Il serait en outre absurde d'imposer un double traitement. Il est donc apparu nécessaire d'unifier peines et mesures. Ainsi, au 17^e Congrès International pénal et pénitentiaire qui s'est tenu à la Haye le 12 août 1950, il fut affirmé à propos des délinquants d'habitude que « la peine traditionnelle est insuffisante pour lutter efficacement contre la délinquance habituelle, et qu'il faut recourir à d'autres mesures appropriées. Le système dualiste judiciaire consacrant des régimes différents n'est pas recommandable. La mesure spéciale ne doit pas s'ajouter à une peine. L'on doit appliquer une mesure unifiée d'une durée relativement appropriée. » Puis la Société internationale de Défense sociale, dans sa session préparatoire au 3^e Congrès International tenu à Caracas en octobre 1952 affirmait la nécessité « d'éliminer le dualisme judiciaire entre peines et mesures de sûreté et d'adopter un système unitaire de mesures de défense sociale, variées, multiples, pouvant s'assembler, révocables et substituables »⁴⁹⁸.

Ainsi une mesure de sûreté et une peine ne doivent pas être exécutées cumulativement. En effet, dans le cas d'une peine atténuée en raison de la maladie mentale du délinquant accompagnée d'une mesure, comment déterminer le pourcentage devant être attribué à la volonté et celui à la maladie mentale ? En outre, les répercussions sur le psychisme du délinquant peuvent être néfastes : si la peine est d'abord exécutée, elle risque d'aggraver le trouble psychiatrique du délinquant. Si la mesure est exécutée en premier lieu, la peine risque d'annihiler les effets bénéfiques résultant de la mesure⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ HEDAYATI, pp. 25-28.

⁴⁹⁵ HEDAYATI, pp. 29-30.

⁴⁹⁶ HEDAYATI, p. 766.

⁴⁹⁷ HEDAYATI, pp. 767-768.

⁴⁹⁸ HEDAYATI, pp. 781-782.

⁴⁹⁹ HEDAYATI, pp. 790-791.

Certaines législations estiment que les mesures de sûreté, malgré le traitement qu'elles comportent, doivent être placées sur le même plan que les peines intimidatrices. D'autres législations prévoient que, pour certaines catégories de délinquants, une mesure doit être substituée à la peine. D'un point de vue pratique, cette différence est sans importance, ce qui compte c'est que le délinquant soit soumis à un système unitaire de traitement. Mais, d'un point de vue théorique, seules les législations qui attribuent à la peine une fonction de prévention spéciale peuvent mettre peines et mesures sur le même plan. En revanche, celles qui attribuent à la peine uniquement une fonction de rétribution ou de prévention générale feront une distinction entre les deux sanctions. Dans le deuxième cas, le juge substituera à la peine une mesure de sûreté⁵⁰⁰. Mais dans les deux cas, l'unification peut être admise.

Il est intéressant de se pencher sur les discussions qui ont entouré la création de la loi sur la défense sociale en Belgique. Selon le rapport sur la révision des dispositions relatives aux déments et aux anormaux rédigé par Louis Braffort et Léon Cornil, les délinquants qui sont incapables du contrôle normal de leurs actes en raison de leur état psychique doivent être punis autrement que les délinquants normaux, mais il n'existe aucune raison d'enlever à la sanction qui leur est appliquée le caractère de peine, parce qu'ils sont conscients de leur responsabilité et qu'il est impossible dans l'exécution de la sanction de distinguer nettement cette sanction de la peine⁵⁰¹. Si l'on admet que la peine a plus un caractère infamant et afflictif et les mesures de sûreté plus un caractère curatif et non infamant, leurs caractéristiques ne sont pas si tranchées. Il est vrai qu'une privation de liberté infligée à un malade mental n'aura pas le caractère infamant de la peine. Mais la même privation de liberté appliquée à des malades mentaux qui sont partiellement responsables aura un caractère infamant. En effet, ces délinquants disposent d'une part de conscience et de volonté et une peine privative de liberté leur est infligée parce qu'ils ont commis un délit. La privation de liberté apparaîtra tant aux délinquants qu'à la population comme la sanction d'un délit dont l'auteur a une part de responsabilité. Le fait que le médecin ait son mot à dire dans la privation de liberté ne donne pas, dans la conscience sociale, la notion d'absolution morale. Tant le délinquant que la société tiendront la mesure pour infamante comme la peine. Ainsi, l'internement de durée indéterminée appliqué à un délinquant partiellement responsable conserve les caractéristiques de la peine. Il est ainsi inutile de soumettre de tels délinquants à une mesure d'internement ainsi qu'à une peine privative de liberté. L'internement

⁵⁰⁰ HEDAYATI, pp. 782-784.

⁵⁰¹ Commission chargée d'étudier la révision de la loi du 9 avril 1930, de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, Rapport sur la révision des dispositions relatives aux déments et aux anormaux, p. 219.

serait intimidant, même plus que les peines, et il ne faut pas annihiler les effets de l'internement par une peine successive⁵⁰².

Ainsi, l'on peut affirmer que peines et mesures de sûreté ne sont pas des notions antagonistes, elles dépendent de l'application qui en est faite et de ceux qui en sont l'objet. Ainsi, les mesures de sûreté peuvent contenir certains effets de la peine. Elles ne sont pas la négation du libre arbitre. Certes, si on les applique à des délinquants irresponsables auxquels aucune peine ne pourrait être appliquée, les mesures de sûreté n'auront pas ou peu de caractère répressif. En revanche, si on les applique à des délinquants partiellement responsables, elles comportent alors le caractère répressif et intimidant des peines. Le législateur doit être réaliste et ne pas chercher à supprimer le caractère répressif de la mesure de sûreté en la proclamant uniquement curative et scientifique et ne l'appliquer qu'aux cas où le besoin curatif se justifie. D'après Léon Cornil, Avocat Général à la Cour de cassation et Professeur de droit pénal à l'Université de Bruxelles, l'erreur du législateur de la loi belge sur la défense sociale de 1930, a été d'imaginer qu'il pouvait faire sortir les anormaux du champ pénal pour les faire entrer uniquement dans la défense sociale. Les anormaux doivent rester dans le droit pénal et se voir appliquer le régime adéquat⁵⁰³. Selon Hartvig Nissen, Président de l'Association des Sociétés de patronage norvégiennes, qui avait une grande expérience en raison de sa qualité de directeur d'une prison centrale et de sa connaissance d'un grand nombre d'internés, l'internement ne se différencie pas foncièrement de la peine. Il est ainsi impossible d'exécuter la peine et l'internement de manière totalement distincte⁵⁰⁴. Jacques Verin, magistrat français au Ministère de la justice, estimait que la distinction entre les peines et les mesures de sûreté était mal posée parce qu'on confondait des plans différents. Si, sur le plan théorique, l'on comprend la différence entre une peine de nature essentiellement rétributive et une mesure de sûreté de nature essentiellement préventive, sur le plan pénitentiaire, la distinction est plus difficile à comprendre au niveau de l'exécution. Sur le plan législatif, les deux systèmes sont semblables; il faut seulement donner le choix au juge entre les deux sanctions. Mais, il est impossible de distinguer complètement les peines des mesures. On arrivera donc forcément à un système unitaire⁵⁰⁵.

La question de l'unification entre peines et mesures de sûreté pose également la question de savoir s'il faut maintenir une distinction entre peine et mesure ou s'il faut créer une forme de détention unique. L'on peut affirmer

⁵⁰² CORNIL (1935), pp. 804-807.

⁵⁰³ CORNIL (1935), pp. 818-819.

⁵⁰⁴ HARTVIG NISSEN (1938), pp. 1223-1225.

⁵⁰⁵ VERIN, p. 533.

qu'aujourd'hui aucune peine privative de liberté ne doit causer au détenu plus de souffrance que celle découlant de la privation de liberté. Chaque détenu, qu'il soit condamné à une peine ou une mesure de sûreté, doit être traité de manière à favoriser son reclassement. Il existe une différence quant à la durée des différentes sanctions : les peines sont de durée déterminée alors que les mesures sont de durée indéterminée. Mais si l'on pense à la libération conditionnelle qui peut intervenir dès les deux tiers de la peine, la peine est également relativement indéterminée, parce que sa fin dépend du comportement du détenu⁵⁰⁶.

Quant à la défense sociale nouvelle, il n'est pas exact, selon Marc Ancel, d'affirmer que la défense sociale suppose la suppression du droit pénal, de la notion d'infraction et de la prise en considération du délinquant en tant qu'auteur d'infractions. Marc Ancel conteste l'idée que la défense sociale puisse conduire à un droit pur de l'auteur qui supprimerait toute notion de droit pénal en tant que système juridique. La défense sociale nouvelle ne contraint pas le juriste ou le criminaliste à choisir entre la défense sociale et le droit pénal mais à intégrer la défense sociale dans le droit pénal⁵⁰⁷.

L'application cumulative des peines et des mesures de sûreté peut poser problème, surtout dans le cas où l'exécution simultanée est impossible et où il n'est pas adéquat de soumettre le délinquant à deux traitements successifs. L'exemple qui a suscité de nombreuses discussions est le délinquant anormal partiellement responsable à qui on doit appliquer une mesure en raison de son anormalité et également une peine en raison de sa part de culpabilité. Il faudrait imposer un traitement unitaire et adapté à la catégorie d'individus. Cela pose le problème de l'unification des peines et des mesures de sûreté. Les partisans de l'unification font valoir que l'opposition entre peines et mesures est uniquement théorique. L'on ne peut admettre, par exemple, qu'un internement n'a aucun caractère afflictif infamant et intimidant, étant donné que c'est une privation de liberté. D'ailleurs, dans les différentes législations, les frontières entre peines et mesures sont incertaines parce que certaines mesures seront des peines et vice versa.

4. Les systèmes suisse et belge de mesures de sûreté

La plupart des pays occidentaux ont un système pénal qui comprend à la fois des peines et des mesures de sûreté. Ce système est appelé dualisme légal par opposition au monisme légal qui ne comprend qu'un type de sanctions.

⁵⁰⁶ STRAHL, pp. 641-648.

⁵⁰⁷ GRAVEN J., pp. 29-30.

Dans un système dualiste légal, le juge peut avoir la possibilité d'infliger l'une ou l'autre sanction (dualisme judiciaire) ou n'avoir la possibilité de n'infliger qu'un type de sanction, en fonction par exemple du type de délinquant condamné (monisme judiciaire). Il existe deux formes de dualisme judiciaire : le dualisme cumulatif pur et le dualisme vicariant ou représentatif.

Dans un système dualiste cumulatif pur, le juge ordonne et fait exécuter à la fois la peine et la mesure. Dans un système cumulatif tempéré, la peine est exécutée avant la mesure mais, en principe, les deux sanctions sont exécutées. Dans un système dualiste vicariant ou représentatif, le juge prononce une mesure et une peine privative de liberté mais la mesure a la priorité sur la peine⁵⁰⁸.

En droit suisse, les mesures au sens des art. 42 ss aCP étaient prononcées selon le système dualiste représentatif. Le code pénal de 1937 était encore réservé à l'égard de ce système : l'internement et l'hospitalisation des délinquants à responsabilité restreinte, ainsi que le travail d'intérêt général étaient certes exécutés avant la peine et le traitement des alcooliques et des toxicomanes pouvait avoir la priorité mais il restait cependant la possibilité de faire exécuter la peine en tout ou en partie, même si la mesure réussissait. La cumulation de la peine et de la mesure était alors tout à fait soutenable.

La révision de 1971 a supprimé complètement ces restrictions au système dualiste représentatif. Dans le système pénal de 1971, la mesure avait dans tous les cas la priorité sur la peine. Il pouvait s'agir d'un dualisme représentatif pur, lors duquel la mesure remplaçait la peine qui n'était pas exécutée, ce qui était le cas des mesures applicables aux délinquants d'habitude (art. 42 aCP), ou d'un dualisme représentatif tempéré lors duquel l'exécution de la peine était seulement suspendue pendant la durée de l'exécution de la mesure, ce qui était le cas des mesures applicables aux alcooliques et aux toxicomanes (art. 43 et 44 aCP). Dans ce cas, au moment où la mesure prenait fin, le juge devait décider s'il ferait ou non exécuter la peine. Si la peine était exécutée, la privation de liberté qui résultait de l'exécution de la mesure devait être imputée sur la peine à subir. Cette révision avait fait un pas prudent mais significatif sur le système de substitution d'une peine privative de liberté par une mesure de sûreté. Il était absurde de compromettre le succès possible d'une mesure par l'exécution subséquente d'un reste de peine. Les développements jurisprudentiels depuis la révision de 1971 ont préconisé l'application de ce système au traitement ambulatoire également. Ainsi, le juge qui ordonnait un traitement ambulatoire pouvait toujours suspendre l'exécution de la peine si celle-ci n'était pas compatible avec le traitement ; à la fin de la mesure, il pouvait renoncer complètement à l'exécution de la peine s'il y avait

⁵⁰⁸ SCHULTZ (1982), pp. 34-36.

lieu de craindre que l'effet de la mesure n'en soit sérieusement compromis. Il était en d'autres termes possible de réagir face à un délit avec un traitement plutôt qu'une peine⁵⁰⁹.

Le code pénal actuel suit également un dualisme représentatif tempéré pour les mesures thérapeutiques institutionnelles (art. 59 et 62 à 62 CP), pour le traitement des addictions (art. 60 et 62 à 62c CP) et pour le traitement ambulatoire (art. 63 à 63b CP). Mais l'internement de sécurité (art. 64 CP) suit un système différent. Dans ce cas, le tribunal ordonne l'internement au moment du jugement mais ce n'est qu'à la fin de l'exécution de la peine qu'une nouvelle décision se prononce sur l'exécution de cet internement, sur la base du rapport d'un expert indépendant et après avoir entendu une commission. Si le juge décide que l'internement n'est plus nécessaire, il doit ordonner une mesure thérapeutique au sens de l'art. 59 CP, afin de déterminer si l'auteur n'est plus dangereux et afin de lui donner les soins nécessaires. Une mesure doit donc de toutes façons être exécutée après la peine privative de liberté. Il s'agit donc d'un dualisme cumulatif tempéré.

Le droit belge a adopté un système moniste légal. Le code pénal ne contient que des peines, les mesures de défense sociale n'étant pas des mesures pénales. Seule une mesure de défense sociale peut être ordonnée à l'égard des irresponsables et seule une peine peut être infligées aux responsables ou aux responsables restreints.

5. Bentham énonce-t-il un système de mesures de sûreté et le différencie-t-il des peines ?

Le système pénal qu'il énonce dispose de plusieurs éléments essentiels aux mesures de sûreté. On y trouve la prévention, le principe de la proportionnalité, la dangerosité et l'individualisation de la sanction à chaque individu. S'il ne fait pas de distinction explicite entre peines et mesures de sûreté, il fait une distinction entre les moyens directs et indirects de prévenir des infractions.

Les moyens directs sont des peines, soit « *des maux infligés, selon des formes juridiques, à des individus convaincus de quelque acte nuisible défendu par la loi, et dans le but de prévenir de semblables actes* »⁵¹⁰. Les peines doivent être très variées pour pouvoir s'adapter non seulement à chaque délit mais également à chaque délinquant. Il faut donc combiner, varier et assortir les différentes peines pour trouver la juste composition qui permette de parvenir à l'effet

⁵⁰⁹ STRATENWERTH (2006), pp. 58-59.

⁵¹⁰ BENTHAM (1829) (II), p. 2.

préventif désiré. Ce type de peines englobe ainsi nos mesures de sûreté applicables aux délinquants responsables ou partiellement responsables.

Les moyens indirects sont des moyens qui, sans avoir les caractéristiques de la peine, agissent sur le physique ou le moral de l'homme pour l'encourager à obéir aux lois et lui épargner les tentations du crime. Ces moyens, plus doux que les peines, s'appliquent aux délinquants irresponsables. Bentham affirme, en effet, que la peine est inefficace à l'égard de ceux qui ont agi sans intention, qui ont fait le mal innocemment, dans une supposition erronée ou par une contrainte irrésistible. Vis-à-vis des ces délinquants qui ont agi sans conscience ni volonté, une peine ne devrait pas être appliquée parce qu'elle est indue. Or, là où les peines échouent, peuvent intervenir les moyens indirects. Ces moyens sont donc bien applicables aux délinquants irresponsables. Ces moyens s'apparentent beaucoup à nos mesures de sûreté, comme le fait de détourner le cours des désirs dangereux, de diriger les inclinations vers les loisirs les plus conformes à l'intérêt public, de diminuer la sensibilité à l'égard de la tentation, parce qu'ils tendent à amender le délinquant et à remplir la fonction de prévention spéciale. Cela rejoint également les moyens curatifs qui doivent être prodigués pendant l'internement, afin de prévenir de nouvelles infractions. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la notion de traitement médical doit être comprise dans un sens large ; il peut s'agir de toutes les formes de traitement de type médical mais aussi paramédical, à condition qu'ils soient à même d'éliminer ou d'atténuer le danger de voir le délinquant commettre d'autres actes punissables⁵¹¹. Cette jurisprudence, prononcée sous l'ancien droit, a ouvert la brèche à la possibilité de prononcer une mesure non pas seulement en raison d'un trouble mental mais de la dangerosité d'un auteur. Il est ainsi possible, selon le droit actuel, de prononcer une mesure de sûreté à l'égard de délinquants sains mais dont on peut craindre qu'ils ne commettent de nouvelles infractions en raison de leur dangerosité.

Le système de peines prévu par Bentham dispose de la plupart des éléments pour s'appliquer aux délinquants anormaux, aux alcooliques et aux toxicomanes auxquels on applique aujourd'hui des mesures de sûreté. Le principe de la proportionnalité est la clé du système de mesures de sûreté, mesures qui s'appliquent à des délinquants dont la responsabilité est inexistante ou atténuée et donc qui ne peuvent être appliquées en fonction de la culpabilité. L'individualisation de la sanction est essentielle puisque chaque mesure doit être adaptée à la dangerosité de chaque individu. La prévention est la fonction première des mesures de sûreté et la dangerosité est la raison pour laquelle une mesure de sûreté est infligée. Le système pénal de Bentham dispose donc des éléments essentiels pour être appliqué à ce type de

⁵¹¹ ATF 124 IV 246.

délinquants, même s'il ne fait pas de différence explicite entre les peines et les mesures. Ses peines sont très variées et doivent s'adapter à chaque délit et à chaque délinquant. Il avait prévu les qualités applicables aux mesures de sûreté, donc celles-ci étaient certainement une variété des peines. Son système pénal est un système moniste légal qui ne contient que des peines mais il a prévu d'autres moyens applicables aux délinquants irresponsables à l'égard desquels le juge ne peut appliquer une peine : les moyens indirects qui ne sont pas des peines et s'apparentent à nos mesures de sûreté.

Le monisme légal et l'absence de distinction entre peines et mesures n'est pas un obstacle. Comme nous l'avons présenté au chapitre premier, la considération que les peines ont une fonction rétributive contrairement aux mesures qui ont une fonction préventive ne résiste pas à l'examen. Si la peine a un caractère plus afflictif et infamant et la mesure un caractère plus curatif, leurs caractéristiques ne sont pas si tranchées : la peine a également un caractère curatif puisque des soins peuvent être prodigués pendant l'exécution d'une peine et la mesure, surtout l'internement, a également un caractère afflictif et infamant, puisqu'elle est stigmatisante et prive l'individu de sa liberté qui est son bien le plus précieux. Même dans les législations qui n'attribuent qu'une fonction de rétribution ou de prévention générale aux peines, l'unification des peines et mesures peut être réalisée en substituant la mesure à la peine. En prônant l'unification des peines et des mesures de sûreté, l'on ne peut que constater que peines et mesures n'ont pas une nature si différente. L'on ne peut ainsi conclure que le système de Bentham n'était pas destiné à être appliqué à des mesures de sûreté parce qu'il n'énonce que des peines.

Bentham fait une distinction entre les délinquants responsables à qui il applique une catégorie de peine et les irresponsables à qui il applique un moyen indirect parce qu'il ne peut appliquer une peine. En cela, il se rapproche du système belge selon lequel les mesures de défense sociale peuvent être appliquées aux délinquants irresponsables uniquement. Le système pénal belge est légalement moniste, alors que le système suisse est dualiste. En effet, les mesures de défense sociale n'étant pas des sanctions pénales, le système pénal belge ne contient que des peines. En droit suisse, le système de sanctions contient des peines et des mesures de sûreté. Le dualisme légal présente des avantages. Dans un système moniste légal, peines et mesures ne se distinguent pas et peuvent toutes deux être appliquées à tous les délinquants responsables ou partiellement responsables. Or, si la défense sociale vise à protéger la société, la défense sociale nouvelle, pensée par Marc Ancel⁵¹², vise l'amélioration du délinquant par un traitement approprié. Cette doctrine considère la problématique criminelle individuellement, en fonction

⁵¹² ANCEL (1981), p. 15 ss.

de la personnalité de chaque délinquant. Il faut comprendre pourquoi un délinquant a commis une infraction, percer sa nature, afin de déterminer le traitement adéquat⁵¹³. Elle remplit essentiellement une fonction de prévention spéciale, dirigée sur le traitement et la resocialisation du délinquant. Le monisme légal fait bien peu de cas du délinquant, puisqu'il n'opère aucune distinction entre les peines de nature essentiellement rétributive et les sanctions de nature essentiellement préventive. En outre, même s'il peut y avoir une subdivision, ainsi que le prévoit Bentham, entre les différentes catégories de délinquants et entre les différentes peines à leur infliger, la différence n'est pas précisée dans la loi.

Le dualisme légal fait une nette différence entre peines et mesures qui sont deux sanctions différentes, deux branches distinctes avec deux systèmes distincts. Il appartient au juge d'appliquer la peine adéquate à la catégorie de délinquant déterminé. Dans un système moniste, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des peines à ordonner, ce qui porte atteinte au principe de la légalité et à la séparation des pouvoirs. Le système dualiste précise la peine que le juge doit infliger à quels délinquants et dans quelles situations. En Suisse, si un délinquant a besoin d'une mesure d'internement, le juge doit l'ordonner. Cela répond à une des caractéristiques de la sanction qui est d'être obligatoire. Si ses conditions d'application sont remplies, le juge a l'obligation légale de la prononcer⁵¹⁴. Or pour savoir laquelle prononcer, il faut que les différentes sanctions soient décrites précisément dans la loi. Le monisme légal donne une grande latitude au juge et peut conduire à un net durcissement des sanctions, surtout à l'époque actuelle qui voit se renforcer la tendance sécuritaire. Il permettrait d'infliger une peine pure et d'emprisonner un délinquant qui souffre de troubles mentaux, sans lui prodiguer aucun soin.

Dans un système moniste, les irresponsables qui ne peuvent être punis sortent du champ pénal. Soit ils sont mis en liberté sans aucun traitement, alors qu'ils souffrent de troubles mentaux et peuvent être dangereux, soit ils sont soumis à une mesure qui s'apparente à une sanction mais sans bénéficier des garanties découlant de l'art. 6 CEDH, puisqu'il ne s'agit pas d'une sanction pénale. L'on assiste ainsi à un appauvrissement des droits de la défense, sous prétexte que la procédure est moins conflictuelle et moins contradictoire. Ainsi, en Belgique, la mesure d'internement n'est pas une peine alors que la mise à disposition du gouvernement est une mesure hybride. C'est la raison pour laquelle la mesure d'internement peut être ordonnée par les juridictions d'instruction⁵¹⁵. Le prononcé des mesures ne répond pas aux exi-

⁵¹³ MERLE/VITU, pp. 134-135.

⁵¹⁴ VAN DE KERCHOVE/TULKENS, p. 460.

⁵¹⁵ VAN DE KERCHOVE/TULKENS, p. 597.

gences de l'art. 6 CEDH, puisqu'il ne s'agit pas d'un prononcé en matière pénale. Mais cette différence est une fiction puisque ces mesures sont en réalité des sanctions pénales au sens de l'art. 7 CEDH⁵¹⁶, en étant infamantes parce que stigmatisantes et afflictives parce que privatives de liberté. L'internement est ainsi souvent perçu comme une privation de liberté de nature coercitive. Il est ainsi illusoire de considérer que la procédure conduisant à une mesure est moins conflictuelle et moins contradictoire. Le délinquant soumis à une mesure de durée indéterminée préférerait souvent exécuter sa peine et payer sa dette à la société en échange de sa liberté. Mais la qualification juridique des mesures a une influence certaine puisqu'elle prive l'intéressé de la protection des droits de la défense découlant de l'art. 6 CEDH.

Le dualisme présente ainsi les avantages d'être plus respectueux du principe de la légalité, de la séparation des pouvoirs et des droits de la défense découlant de l'art. 6 CEDH.

Bentham avait pensé à un système de mesures de sûreté, même s'il ne l'énonce pas toujours explicitement.

Il avait pensé à d'autres moyens qui devaient éduquer, amender le délinquant pour prévenir de futurs délits. Ces moyens ont donc avant tout une fonction de prévention spéciale. Quant aux délinquants partiellement responsables, il faut leur infliger une peine mais cette peine doit avoir les caractéristiques qu'ont aujourd'hui nos mesures de sûreté, afin de prévenir la commission de futurs délits.

La systématique moniste de Bentham est semblable au système belge de défense sociale. Mais elle se rapproche également en de nombreux points de la systématique des mesures en droit suisse. Elle comporte les fondements d'un tel système dont les règles s'articulent entre elles pour parvenir à la prévention de futurs délits. Si Bentham ne différencie pas expressément les mesures des peines, il en trace les contours et décrit les principes et les qualités des mesures. Ce regard utilitariste permet de mieux comprendre nos systèmes de mesures de sûreté et les transformations auxquelles on assiste aujourd'hui. Il pose les problèmes et permet d'en avoir une meilleure connaissance et une meilleure compréhension. Dans la présente thèse, nous avons évoqué plusieurs problèmes déjà pensés par Bentham et toujours très actuels dans nos systèmes de mesures contemporains.

Une première problématique est liée à la notion de prévention. Bentham avait déjà pensé à certains délinquants à l'égard desquels aucune peine ne devait être infligée, parce qu'elle serait mal fondée, inefficace, superflue ou trop dispendieuse. Les peines sont inefficaces si elles n'ont aucun effet sur

⁵¹⁶ Pour une explication de cette notion, voir pp. 107-108.

la volonté et ne préviennent pas de futurs délits. Bentham avait déjà pris conscience qu'il était inutile d'infliger une peine à un délinquant irresponsable, qui n'a pas pu connaître la loi, qui a agi sans intention, de manière erronée ou par une contrainte irrésistible. A l'égard de ces délinquants, il faut user d'autres moyens pour prévenir de nouvelles infractions. La prévention est un fondement de la pensée pénale de Bentham, parce qu'elle répond au principe d'utilité. Or la prévention est la fonction première des mesures de sûreté. C'est un premier point évoqué par Bentham et applicable aux mesures de sûreté.

Une seconde problématique concerne le principe de la proportionnalité. La proportionnalité qui est la clé du système de mesures de sûreté est également un des fondements de la pensée benthamienne. Bentham affirme, en effet, qu'une peine est dispendieuse si elle produit un mal supérieur au bien qu'elle procure et s'il est possible d'obtenir le même bien au prix d'un mal inférieur. Les peines sont superflues si les mêmes buts pouvaient être atteints par des moyens plus doux. Dans notre système de mesures également, le juge doit ordonner la mesure qui porte la moindre atteinte à la liberté personnelle tout en répondant à un besoin de prévention générale. L'internement, qui est la mesure la plus contraignante, ne devra être prononcé que si aucune autre mesure ne permet de répondre au besoin de protection de la sécurité publique. Il doit ainsi toujours être subsidiaire à une autre mesure curative. Bentham rappelle également qu'il faut toujours tenir compte du délinquant, qui est membre de la communauté comme tout autre individu, comme la partie lésée. Cette problématique fait couler beaucoup d'encre en Suisse avec l'entrée en vigueur du code pénal actuel. En effet, la nouvelle forme d'internement ne permet guère de répondre au principe de la proportionnalité. La systématique dualiste cumulative ne tient guère compte du délinquant puisqu'elle prévoit le prononcé d'une peine et d'une mesure sans imputation possible. Un tel système est superflu et dispendieux, pour utiliser les termes de Bentham. Il serait certainement possible de parvenir à un meilleur résultat en infligeant une mesure uniquement. L'internement à vie est uniquement sécuritaire. Toute forme de congé est exclue et l'interné ne peut être libéré que si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'apporter la preuve que l'auteur n'est plus dangereux. A nouveau, le délinquant n'est absolument pas pris en compte et une telle sanction est dispendieuse. Il est en outre superflu et contraire à l'art. 5 CEDH d'infliger un internement à vie sans réévaluation possible, sauf dans le cas de nouvelles connaissances scientifiques.

Il existe une antinomie entre le principe de la proportionnalité et la prévisibilité de la sanction prévue par une loi claire et précise. Bentham affirme qu'il ne faut pas appliquer une proportion mathématique et rendre les lois stupides, minutieuses et compliquées. La clarté, la brièveté, la simplicité et l'effet exemplaire des lois sont des éléments plus importants que la proportion. La peine doit ainsi être déterminée de la manière la plus précise pos-

sible, afin d'éviter la partialité du juge et éviter de porter atteinte au principe de la légalité et de la séparation des pouvoirs. Mais ce principe est difficilement conciliable avec le principe de la proportionnalité, puisqu'il faut laisser une certaine latitude au juge, afin qu'il puisse user de son pouvoir d'appréciation. C'est une problématique qui se pose dans le droit des mesures de sûreté qui sont variées, de durée indéterminée et ordonnées en fonction du principe de la proportionnalité. Le juge dispose d'une marge d'appréciation certaine dans le prononcé de la mesure et le juge d'application des peines a une grande latitude dans la détermination de sa durée.

Une troisième problématique est liée à la notion de dangerosité. Bentham estimait déjà que la sanction à infliger devait dépendre du caractère du délinquant et du degré d'alarme. L'on n'appliquera ainsi pas la même sanction à une personne bonne qu'à une personne mauvaise. Si la dangerosité est le meilleur indicateur permettant de prévenir de futures infractions, c'est un concept difficile à évaluer. Il résulte d'un ensemble d'éléments personnels, d'expérience et de milieu familial. Bentham avait prévu un certain nombre d'indices permettant d'évaluer la dangerosité du délinquant. Il parle d'indices : la dangerosité n'est qu'un pronostic, ce n'est pas une certitude. On ne peut jamais être certain qu'une personne commettra une infraction. Les experts, lorsqu'ils font une évaluation, ont toujours une part de subjectivité liée à leur expérience de vie et leur sensibilité. Dans le code pénal suisse, la dangerosité n'est plus mesurée en fonction de la maladie mentale uniquement, mais également des caractéristiques de la personnalité de l'auteur, des circonstances dans lesquelles il a commis l'infraction et de son vécu. Il s'agit également d'indices.

Une quatrième problématique pensée par Bentham est l'individualisation de la sanction. Si une certaine forme d'individualisation est indispensable aux mesures de sûreté, elle n'est pas sans risque parce qu'elle ouvre la porte à l'arbitraire et à la discrimination. Bentham avait déjà exposé cette antinomie entre des peines certaines et des peines individualisées. D'une part, il insiste sur le fait que les peines doivent s'adapter aux différences de sensibilité des individus. D'autre part, il insiste sur les qualités de clarté, simplicité et exemplarité des peines. Elles doivent être aussi précises que possible, afin de favoriser la certitude et l'impartialité. Cette problématique est toujours actuelle aujourd'hui avec l'antinomie entre des peines totalement individualisées et les *sentencing guidelines*⁵¹⁷. Ces deux extrêmes marquent deux théories qui s'affrontent : celle de l'individualisation et celle de la rétribution⁵¹⁸. Les peines doivent également être adaptées au degré d'alarme inspiré par le délit

⁵¹⁷ Pour une explication de cette notion, voir n. 342.

⁵¹⁸ Pour plus de détails, voir p. 193 ss.

commis. L'alarme peut varier en fonction de plusieurs circonstances, comme la mauvaise foi du délinquant, sa position particulière ou ses motifs. La peine doit ainsi prendre en compte d'autres éléments que la gravité intrinsèque de l'infraction. Cette problématique est toujours actuelle aujourd'hui, puisque les mesures sont ordonnées avant tout en fonction de la dangerosité et non en fonction des infractions commises. Ainsi, la même mesure ne sera pas infligée à un auteur qui a commis un homicide et qui est susceptible de récidiver qu'à l'auteur d'un parricide qui n'était dangereux qu'à l'égard de son père.

Bentham craignait que le juge, disposant d'une latitude de jugement, n'inflige une peine supérieure. Cette crainte se confirme aujourd'hui. Les mesures individualisées et réévaluées en fonction de la dangerosité du délinquant ont conduit à un durcissement du droit des sanctions. L'internement à vie a été introduit, guère différent d'une peine de prison à perpétuité et le système dualiste cumulatif contrevient au principe de *ne bis in idem*. La crainte de Bentham était donc bel et bien fondée.

La pensée benthamienne permet ainsi de mettre en lumière un certain nombre de problèmes liés aux mesures de sûreté. Cela ne résout certes pas tous les problèmes posés. Mais, si cette contribution n'apporte pas une solution à tous les problèmes que pose la défense sociale elle permet, grâce à un regard utilitariste, de mettre en évidence les problèmes et les obscurités. Or, à défaut de les résoudre, il est intéressant et utile de connaître les problèmes et d'en être averti, afin de mieux les appréhender.

V.

Bibliographie

Ouvrages

- ABD-EL-HADI EL SHAKANKIRI Mohamed, La philosophie juridique de Jeremy Bentham, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1970.
- ANCEL Marc, La défense sociale nouvelle, Cujas, Paris 1981 (cité : ANCEL (1981)).
- AUER Andreas / MALINVERNI Giorgio / HOTTELIER Michel, Droit constitutionnel suisse, Vol. II, Staempfli, Berne 2000.
- BENTHAM Jeremy, An introduction to the principles of morals and legislation éd. par BURNS J. H. / HART H. L. A., Clarendon Press, Oxford 1996 (cité : BENTHAM (1996)).
- BENTHAM Jeremy, Œuvres t. 1, 2 et 3, Aalen : Scientia Verlag 1969, Reproduction de l'éd. de Bruxelles, 1829 (cité : BENTHAM (1829)).
- CARTUYVELS Yves, D'où vient le code pénal, Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au 18^{ème} siècle, De Boeck Université, Bruxelles 1996.
- CARTUYVELS Yves / OST François, Crise du lien social et crise du temps juridique. Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société ?, Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1998.
- DUBOUCHET Pierre, Sémiotique juridique, introduction à une science du droit, Puf, Paris 1990.
- FAVRE Christian / PELLET Marc / STOUDMANN Patrick, Code pénal annoté, Editions Bis et Ter, Lausanne 1997.
- FOUCAULT Michel, Surveiller et punir, Naissance de la prison, Gallimard, Paris 1975.
- FRAUENFELDER Ursula, Die ambulante Behandlung geistig abnormer und Süchtiger als strafrechtliche Massnahme nach Art. 43 und 44 StGB, Schulthess Polygrafischer Verlag, Zurich 1978.
- FREY Erwin, Reform des Massnahmenrechts gegen Frühkriminelle, Schweizerische criminalistische Studien n° 5, Bâle 1951.
- GARAPON Antoine / PAPADOPOULOS Iannis, Juger en Amérique et en France, Odile Jacob, Paris 2003.
- GRIFFIN-COLLART Evelyne, Egalité et justice dans l'utilitarisme : Bentham, J.-S. Mill, Sidgwick, Bruylant, Bruxelles 1974.
- GUSDORF Georges, Les principes de la pensée au siècle des lumières, Payot, Paris 1971.

- HARRISSON Ron, *The arguments of the philosophers*, Routledge & Kegan Paul, London, Boston, Melbourne and Henley, 1983.
- HAUSER Robert / SCHWERI Erhard, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 4^e éd., Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1999.
- HEER Marianne, *Sichernde Massnahmen in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I*, éd. par NIGGLI M. / WIPRÄCHTIGER H., Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2003.
- KILLIAS Martin, *Précis de droit pénal général*, 2^e éd., Staempfli, Berne 2001.
- MERLE Roger / VITU André, *Traité de droit criminel*, 7^e éd., Editions Cujas, Paris 1997.
- NIGGLI Marcel Alexander / WIPRÄCHTIGER Hans, *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 2003.
- PRADEL Jean, *Que sais-je? Histoire des doctrines pénales*, Paris 1989.
- PRINS Adolphe, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Editions Médecine & Hygiène, Genève 1986 (cité: PRINS (1986)).
- RABINOWICZ Léon, *Les mesures de sûreté, Les écrivains réunis*, Paris 1928.
- REHBERG Jörg, *Strafrecht II: Strafen und Massnahmen*, 7^e éd., Schulthess, Zurich 2001.
- ROBERT Philippe, *La question pénale*, Librairie Droz, Genève, Paris, 1984.
- ROTH Robert, *Pratiques pénitentiaires et théorie sociale, l'exemple de la prison à Genève (1825-1862)*, Librairie Droz, Genève, Paris 1981 (cité: ROTH (1981)).
- RUSCA Michele, *La destinée de la politique criminelle de Carl Stooss*, Thèse, Mauron & Tinguely, Fribourg 1981.
- SCHULTZ Hans, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des dritten Buches «Einführung und Anwendung des Gesetzes» des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Staempfli, Berne 1987 (cité: SCHULTZ (1987)).
- SCHULTZ Hans, *Strafrecht, Allgemeiner Teil II*, Staempfli, Berne 1982 (cité: SCHULTZ (1982)).
- STRATENWERTH Gunther, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen*, 2^e éd., Staempfli, Berne 2006 (cité: STRATENWERTH (2006)).
- STRATENWERTH Gunther, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Massnahmen*, Staempfli, Berne 1989 (cité: STRATENWERTH (1989)).

- TRECHSEL Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2^e éd., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1997.
- TULKENS Françoise / VAN DE KERCHOVE Michel, Introduction au droit pénal, Editions Kluwer, Bruxelles 2002.
- VAN DE KERCHOVE Michel, Le droit sans peine, aspects de dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis, Facultés Saint-Louis, Bruxelles 1987 (cité : VAN DE KERCHOVE (1987)).
- WINIGER Benedict, Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs: Bedeutung und Funktion der transzendentalen, logischen und moralischen Wahrheit in systematischen und theitischen Naturecht Wolffs, Duncker & Humblot, Berlin 1992 (cité : WINIGER (1992)).

Articles

- ANCEL Marc, Le code pénal suisse et la politique criminelle moderne, RPS 73 (1958) 165 ss (cité : ANCEL (1958)).
- ANCEL Marc, Défendre la défense sociale?, Chronique de défense sociale, RSC 1964, 188 ss (cité : ANCEL (1964)).
- ANCEL Marc, Les notions de prévention du crime et de traitement des délinquants dans les législations européennes modernes, RPS 1956 (71) 1 ss (cité : ANCEL (1956)).
- ANCEL Marc, La peine dans le droit classique et selon les doctrines de la défense sociale, Chronique de défense sociale, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1972, 190 ss (cité : ANCEL (1956)).
- BRAIVE Gaston, Jeremy Bentham (1748-1832). L'homme et l'œuvre in: Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham éd. par GÉRARD Ph. / OST Fr. / VAN DE KERCHOVE M., Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1987.
- CHARLES Raymond, Les limites actuelles de l'individualisation judiciaire et pénitentiaire des peines et mesures de sûreté, RDPC 1956, n° 3, 269 ss.
- COPPENS Philippe, Compétence universelle et justice globale, Annales de droit de Louvain 2004, vol. 64, 15 ss.
- CORNIL Léon, Les anormaux et le droit pénal, RDP 1935, 800 ss (cité : CORNIL (1935)).
- CORNIL Léon, La loi de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude du 9 avril 1930, RDP 1930, 837 ss et 1019 ss (cité : CORNIL (1930)).
- CORNIL Léon, La mesure de sûreté envisagée objectivement, RDPC 1829, 825 ss (cité : CORNIL (1829)).

- CORNIL Pierre, Adolphe Prins et la défense sociale, RIDP 1951, 177 ss.
- DEMIERRE Sarah, Les mesures selon le CP 1937, in: Droit des sanctions, de l'ancien au nouveau droit, éd. par KUHN A. / MOREILLON L. / VIREDAZ B. / WILLY-JAYETR A., Staempfli, Berne 2003.
- Bulletin de l'Union internationale de droit pénal, RDPC 1910, 905 ss.
- DUFOUR Alfred, L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des 18^{ème}-19^{ème} siècles in: DUFOUR A., L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées, Recueil d'études éd. par GUICHARD S. et al., Zurich, Bâle, Genève, Bruxelles 2003, 49 ss.
- DUMONT A. / BAGUETTE S., Quelques réflexions après treize ans d'application de la nouvelle loi de défense sociale, loi du 1^{er} juillet 1964 réformant la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux, RDPC 1977, 701 ss.
- EWALD François, Responsabilité et dangerosité in: Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914), éd. par TULKENS F., Editions Story-Scientia, Bruxelles 1988.
- FETTWEIS Albert, Le projet de loi de défense sociale à l'égard des anormaux, RDPC 1960-1961, 311 ss.
- FETTWEIS Albert / VAN DEN BOSSCHE, L'évolution récente de la législation belge de défense sociale, RDPC 1968, 133 ss.
- FREY Erwin, Reform des Massnahmenrechts gegen Frühkriminelle, Schweizerische criminalistische Studien n° 5, Bâle 1951, 85 ss.
- GARDIES Jean-Louis, La rationalité du droit chez Leibniz, Archives de philosophie du droit, t. 23, 116 ss.
- GOUSENBERG Victor, Culpabilité pénale et morale. A propos des résolutions adoptées par le deuxième congrès international de défense sociale, RDPC, 1950, 493 ss.
- GRAVEN Jean, Droit pénal et défense sociale, RPS 70 (1955), 1 ss (cité: GRAVEN J.).
- GRAVEN Philippe, La répression pénale sous l'optique de la défense sociale, RPS 86 (1970), 37 ss (cité: GRAVEN Ph.).
- GRISPIGNI Filippo, Le problème de l'unification des peines et des mesures de sûreté, RIDP 1953, 757 ss.
- HART Herbert Lionel Adolphus, La démystification du droit in: Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham, éd. par GÉRARD Ph. / OST Fr. / VAN DE KERCHOVE M., Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1987, 89.
- HARTVIG NISSEN Xavier, L'internement est-il un traitement qui se différencie essentiellement de la peine ?, RDPC 1938, 1223 ss.

- JEANNERET Yvan, La sanction multiple des infractions routières, Journées de la circulation routière, Stämpfli, Berne 2006.
- JIMENEZ DE ASUA Luis, La mesure de sûreté, sa nature et ses rapports avec la peine, RSC 1954, 21 ss.
- KORN Maurice / THYS Pierre, Irresponsabilité pénale et dangerosité sociale supposée, une approche du raisonnement amenant les psychiatres-experts à recommander l'application de la loi belge de défense sociale, RDPC 1992, 285 ss.
- KUNZ Karl-Ludwig / STRATENWERTH Günther, Zum Bericht der Arbeitsgruppe « Verwahrung », RPS 123 (2005), 5-6.
- KUNZ Karl-Ludwig, Die Verwahrung psychisch unauffälliger Straftäter – ein Problem für den Rechtsstaat? Überlegungen zur legitimität der sichernden Verwahrung, RPS 122 (2004), 236 ss.
- LEY Albert, La défense sociale et le psychiatre, RDPC 1947-1948, 361 ss.
- MARY Philippe, Adolphe Prins ou la légitime défense sociale, RDPC 1990, 15 ss.
- NIGGLI, Mehr innere Sicherheit durch Strafjustiz und Strafvollzug, in: Sécurité intérieure – Insécurité intérieure? Aspects criminologiques, éd. par BAUHOFFER S. / BOLLE P.-H., Groupe suisse de travail de criminologie, Verlag Rüegger, Zurich 1995, 89 ss.
- OST François, Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham, in: Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham, éd. par GÉRARD Ph. / OST Fr. / VAN DE KERCHOVE M., Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1987.
- PRIMORATZ Igor, The Utility of Punishment: Bentham in: Bentham: Moral, political and legal philosophy éd. par POSTEMA G. J., Ashgate/Dartmouth, Burlington 2002.
- PRINS Adolphe, Union internationale de droit pénal, séance du bureau central tenue le 20 avril 1912 à la faculté de droit de Paris, RDPC 1912, 276 ss.
- RIKLIN Franz, Zwangsmassnahmen im Bereich des Gesundheitsfürsorge (Verweigerung der Behandlung Hungerstreik), in: Médecine & Détenation, éd. par QUELOZ N. / RIKLIN F. / SENN A. / DE SINNER Ph., Staempfli, Berne 2002, 45 ss.
- ROTH Robert, Nouveau droit des sanctions: premier examen de quelques points sensibles, RPS 121 (2003) 1 ss (cité: ROTH 2003)).
- SALDANA Quintiliano, Peines et mesures de sûreté, RIDP 1927, 7 ss.
- SCHULTZ Hans, Le sursis à l'exécution de la peine, Fiches juridiques suisses n^{os} 1196 et 1197 (cité: SCHULTZ (1196) et (1197)).

- SENCIE, Prins et la loi belge de défense sociale in: Cent ans de criminologie à l'ULB: Adolphe Prins, l'Union internationale de droit pénal, le Cercle universitaire pour les études criminologiques éd. par VAN DER VORST P. / MARY Ph., Bruylant, Bruxelles 1990.
- SOLLBERGER Jürg, Das neue Massnahmenrecht in kürze in: Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht éd. par BÄNZIGER F. / HUBSCHMID A. / SOLLBERGER J., Staempfli, Berne 2006.
- STRAHL Ivar, Le problème de l'unification des peines et des mesures de sûreté, RIDP, 641 ss.
- THYS Pierre, Le traitement pénal des délinquants anormaux: un coup de sonde dans la pratique de la loi belge de défense sociale, RDPC 1995, 29 ss.
- TULKENS Françoise, Un chapitre de l'histoire des réformateurs, Adolphe Prins et la défense sociale in: Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914), éd. par TULKENS Fr., Story-Scientia, Bruxelles 1988, 19 ss (cité: TULKENS (1988)).
- TULKENS Françoise, Les principes du code pénal de Bentham in: Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham, éd. par GÉRARD Ph. / OST Fr. / VAN DE KERCHOVE M., Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1987 (cité: TULKENS (1987)).
- TULKENS Françoise, A propos du statut du malade mental en droit pénal, des questions qui subsistent, Ann. Dr. T. 23, n° 2-3, 1973, 195 ss (cité: TULKENS (1973)).
- VAN DE KERCHOVE Michel, Culpabilité et dangerosité, Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité in: Dangerosité et justice pénale éd. par DEBUYST Ch., Médecine et Hygiène, Genève 1981, 292 ss (cité: VAN DE KERCHOVE (1981)).
- VAN DE KERCHOVE Michel, Décriminalisation et dépénalisation dans la pensée de Jeremy Bentham in: Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham, éd. par GÉRARD Ph. / OST Fr. / VAN DE KERCHOVE M., Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1987 (cité: VAN DE KERCHOVE (1987)).
- VAN DE KERCHOVE Michel, Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées?, JT 1985, 329-334 (cité: VAN DE KERCHOVE (1985)).
- VAN DE KERCHOVE Michel, Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage, RDPC 1976-1977, 245 ss (cité: VAN DE KERCHOVE (1976)).

- VAN DE KERCHOVE Michel / VAN DROOGHENBROECK Sébastien, La subsidiarité en droit pénal: aspects nouveaux d'une question ancienne in: Le principe de subsidiarité sous la direction de DELPÉRÉE Fr., Bruylant-LGDJ, Bruxelles, Paris 2002, 153 ss.
- VANDEMEULEBROEKE Oscar, Les commissions de défense sociale instituées par les lois de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude des 9 avril 1930 et 1^{er} juillet 1963, RDP 1986, 145 ss.
- VANDERLINDEN Jacques, Le concept de code en Europe occidentale du 17^{ème} au 19^{ème} siècle, Bruxelles 1967, 199 ss.
- VAN DER VORST Pierre / MARY Philippe, Cent ans de criminologie à l'ULB, Adolphe Prins, l'Union internationale de droit pénal, le cercle universitaire pour les études criminologiques, Bruylant, Bruxelles 1990.
- VERIN Jacques, Les rapports entre la peine et la mesure de sûreté, RSC 1963, 529 ss.
- VERVAELE John, La défense sociale en temps de crise: la criminologie au prétoire ou sur le banc des accusés? in: La criminologie au prétoire éd. par *Ecole des sciences criminologiques Léon Cornil*, Story Scientia, Bruxelles 1987, 133 ss.
- WEBER Jonas Peter, Zur Verhältnismässigkeit des Sicherungsverwahrung, Ausblick auf die künftige Anwendung von Art. 64 EstGB, RPS 120 (2002), 398 ss.
- WINIGER Bénédict, La transition du *Jus Commune* au *Jus Naturae* de Christian Wolff, RIEJ, 1993, 27 ss (cité: Bénédict (1993)).
- WIPRÄCHTIGER Hans, Pratique juridique actuelle, n° 2, 2001, 143 (cité: WIPRÄCHTIGER (2001)).
- WIPRÄCHTIGER Hans, Grundzüge des neuen Massnahmen 2002 in: *Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi*, La revisione della parte generale del codice penale, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Genève, Munich, 2005, 43 ss (cité: WIPRÄCHTIGER (2005)).

Index

-A-

Autorité:

- *chambre du conseil*: 76; 82-87
- *commission d'experts*: 42; 46; 63-64; 188; 203
- *commission de défense sociale*: 76-81; 98; 105; 132; 153; 189
- *compétence*: 22; 29; 39; 40; 45; 51; 81; 88; 95; 99; 103
- *tribunal d'application des peines*: 84; 89-100; 108-111; 141; 154; 155; 172; 180

-C-

Circonstances qui influent sur la sensibilité:

- *caractéristiques personnelles*: 51
- *circonstances premières*: 122; 182
- *circonstances secondaires*: 122; 182

Contravention: 24-26; 44; 47; 52; 151; 173

-D-

Dangerosité:

- *arrestation provisoire*: 95; 175
- *évaluation de la dangerosité*: 8; 51; 54; 57; 60-63; 69; 101; 165-181; 217-218
- *mise à disposition du gouvernement*: 81-84; 106; 172; 214
- *mise à disposition du tribunal d'application des peines*: 84; 98; 172
- *mise en observation*: 75-76; 85-86; 108; 131-132; 153-154
- *non amendable*: 67-70
- *pronostic*: 28; 36-39; 46; 51; 54-67; 126-127; 170; 180-187; 217
- *risque de récidive*: 44; 55; 60; 69; 90; 106; 126; 129; 134-141; 149-155; 169; 174; 180; 187
- *sécurité publique*: 6-9; 22-28; 36; 42; 47; 54; 58; 64; 73; 84; 97; 115; 120; 126-140; 145; 150-157; 167-171; 194; 203; 216

Délinquants:

- *alcooliques*: 23-31; 37; 48-49
- *anormaux*: 22-27; 45-46; 52-54; 60-61; 74-75; 83; 125; 130-133; 141; 150-152; 167-173; 188-192; 203-212
- *d'habitude*: 4; 21-24; 60; 74-75; 83-84; 206; 210
- *sexuel*: 67-68
- *toxicomanes*: 23-26; 29-30; 48; 52; 58-59; 109; 127-128; 136; 167; 210; 212

-E-

Epoque classique: 4-11 ; 134-135 ; 155 ; 177 ; 180 ; 189-193

Exécution de la mesure:

- *chances de succès*: 24-28 ; 34 ; 126-127 ; 167
- *lieu d'exécution de la mesure*: 28 ; 46 ; 55 ; 70 ; 76-77 ; 80 ; 85
- *prolongation de la mesure*: 47 ; 52 ; 59 ; 76
- *révision*: 57 ; 94 ; 97
- *transfèrement*: 77 ; 89 ; 91-94 ; 97

-I-

Individualisation de la sanction:

- *arbitraire*: 14 ; 148 ; 166 ; 176 ; 193 ; 201 ; 217
- *impartialité*: 40

-L-

Levée de la mesure:

- *à l'essai*: 30 ; 32 ; 78-81 ; 88-97 ; 102-108 ; 132 ; 140-141 ; 173 ; 189
- *définitive*: 6 ; 30 ; 48-58 ; 78-81 ; 95-100 ; 187-189
- *délai d'épreuve*: 30-31 ; 37-38 ; 48 ; 50 ; 55 ; 92 ; 95 ; 187
- *en cas d'échec*: 29-30 ; 39 ; 53 ; 170 ; 186
- *en cas de réussite*: 29 ; 45 ; 48 ; 71 ; 186-187
- *examen de la libération*: 30 ; 62 ; 64 ; 92 ; 97 ; 98
- *exécution de la peine suspendue*: 22 ; 30 ; 38 ; 39 ; 53 ; 168
- *imputation*: 34 ; 45 ; 216
- *libération conditionnelle*: 30-33 ; 47-52 ; 55-58 ; 63-67 ; 70-73 ; 77-78 ; 83 ; 92 ; 105 ; 109 ; 129 ; 170 ; 187 ; 209
- *libération sous surveillance*: 99-100
- *mise à l'épreuve*: 48-49 ; 170 ; 187
- *nouvelles connaissances scientifiques*: 65 ; 69-71 ; 152 ; 158 ; 170 ; 188 ; 216
- *tutelle médico sociale*: 75 ; 79 ; 132 ; 174 ; 189

Leibniz: 12-14 ; 16

Loi pénale:

- *brièveté*: 148 ; 159 ; 216
- *clarté*: 148 ; 159 ; 216 ; 217
- *effectivité*: 121 ; 139
- *effet exemplaire*: 148 ; 159 ; 194 ; 216
- *efficacité*: 121
- *précision*: 22 ; 42 ; 139 ; 187-189

- *simplicité*: 148 ; 159 ; 199 ; 205 ; 216

-M-

Mal:

- *d'appréhension*: 144 ; 160
- *de coercition*: 144
- *dérivatif*: 144 ; 160 ; 162
- *des fausses poursuites*: 144
- *de premier ordre*: 160-162 ; 164 ; 184 ; 199
- *de second ordre*: 122 ; 160-161 ; 179 ; 199
- *de troisième ordre*: 160-161

Modalités:

- *assistance de probation*: 48-50 ; 55 ; 129 ; 170 ; 187
- *bracelet électronique*: 141
- *congé*: 63 ; 65 ; 71 ; 78 ; 88-99 ; 108 ; 111 ; 152 ; 158 ; 170 ; 175 ; 180-181 ; 216
- *détention limitée*: 90-99 ; 108 ; 111
- *libération à l'essai*: 33 ; 78-80 ; 88-97 ; 101 ; 108 ; 129-132 ; 140-141 ; 175
- *permission de sortie*: 90-94 ; 97-99
- *règles de conduite*: 37 ; 48-50 ; 55 ; 129 ; 170 ; 187
- *révision d'une modalité*: 94
- *révocation d'une modalité*: 94 ; 97 ; 101 ; 108 ; 141 ; 170 ; 171
- *semi-détention*: 141
- *semi-liberté*: 75-78 ; 131 ; 141 ; 175
- *suspension d'une modalité*: 94
- *sursis*: 33 ; 35-39 ; 51 ; 77 ; 82 ; 102 ; 172

Moyens:

- *mesures de défense sociale*: 9-10 ; 75 ; 99 ; 106-107 ; 125 ; 139 ; 155-157 ; 176-178 ; 206-213
- *directs*: 124 ; 211
- *indirects*: 124-127 ; 166 ; 200 ; 212-213

-N-

Ne bis in idem:

- *accord du condamné*: 29 ; 57 ; 65 ; 109
- *révision*: 57

-P-

Peine:

- *analogie avec le délit*: 5; 199; 200
- *caractère afflictif de la peine*: 106; 125; 207-209; 213
- *caractère curatif de la peine*: 22; 75; 126-131; 180; 207-208; 213
- *caractère infâmant de la peine*: 106-107; 116; 125; 207-215
- *commensurabilité de la peine*: 147; 199; 200
- *dépense de la peine*: 119-120; 140-147; 185; 199
- *divisibilité de la peine*: 199
- *exécution de la peine*: 21-22; 32-33; 36-39; 44-45; 51-57; 64; 71; 85; 109; 116; 128-129; 152; 168; 187-190; 205; 210-211; 225
- *peine certaine*: 180; 194; 217
- *peine dispendieuse*: 8; 122-123; 141-144; 150; 158; 199; 201; 215-216
- *peine économique*: 8; 143; 150; 199
- *peine/mesure efficace*: 7; 30; 117; 119; 136; 140; 144; 191; 206
- *peine/mesure inefficace*: 8; 31; 122; 140; 146-147; 191; 201; 212; 215
- *peine intimidante*: 7; 118-119; 135; 138
- *peine juste*: 137; 146; 155; 191
- *peine mal fondée*: 8; 122; 201; 215
- *peine réformatrice*: 118; 134; 138; 177
- *peine superflue*: 8; 122-123; 141-143; 158; 201; 215-216
- *peine suspendue*: 21-22; 30-33; 37-39; 44; 49; 52-53; 62; 128-129; 140; 151-152; 168; 205; 210
- *peine/mesure utile*: 7-8; 17; 120; 128; 133; 135-143; 158; 186; 190-197; 199
- *suspension de la peine*: 21-22; 30-39; 44; 49; 52-53; 62; 128-129; 140; 151-152; 168; 205; 210
- *valeur apparente de la peine*: 120; 140; 145; 161
- *valeur réelle de la peine*: 120; 140; 145; 161

Prévention:

- *générale*: 6; 115-120; 126; 135-140; 158; 184; 199; 207; 213; 216
- *neutralisation*: 66; 116-119; 126-134
- *particulière*: 118; 138
- *réintégration*: 82; 89; 99; 111; 131; 172
- *resocialisation*: 29; 37; 44; 116; 128; 131-132; 152; 173; 204; 214
- *spéciale*: 6; 49; 115-119; 126-140; 190; 199-215
- *traitement médical*: 27-28; 38-39; 46; 48; 54; 89; 126-131; 167; 169; 212

Prins:

- *pensée de défense sociale*: 4; 9; 10; 14; 133-138; 155-157; 172; 179; 189-190; 192; 208-213; 218
- *réforme du droit pénal*: 3; 14; 21; 42; 202
- *union internationale de droit pénal*: 10; 175-178; 192; 204

-R-

Responsabilité:

- *culpabilité*: 9; 22; 44; 66; 125; 136; 140; 143; 159; 166; 176; 179; 203; 209; 212
- *démence*: 74-77; 100; 109; 153-154; 171; 188-189
- *expertise psychiatrique*: 34; 38; 85-86; 101; 175
- *irresponsabilité*: 25; 32; 39; 41; 75; 108-109; 139; 171; 186; 216
- *responsabilité restreinte*: 21-24; 36; 74; 125; 155; 172; 203-212

Rétribution:

- *expiation*: 7
- *loi du talion*: 7; 137
- *réaction vindicative*: 133; 202

-S-

Sanction:

- *effets*: 115
- *finalité*: 115
- *fonction*: 7; 12; 115-141; 149; 166; 169; 177; 184; 190; 200-215
- *fondement*: 115; 117; 125; 133; 155; 159; 181

Secret professionnel: 104-105

Sentencing guidelines: 148; 193; 217

Systèmes:

- *codification*: 4-6; 11-16; 185-205
- *dualisme cumulatif*: 4; 62; 158; 211
- *dualisme judiciaire*: 4; 204; 206; 210
- *dualisme légal*: 209; 213-214
- *dualisme représentatif*: 45; 61-62; 211
- *monisme judiciaire*: 203; 204; 210
- *monisme légal*: 209; 213; 214
- *unification des peines et mesures*: 205; 207-209; 213

Liste des ouvrages

- Baddeley, Margareta* 1994
L'association sportive face au droit
Les limites de son autonomie
- Baddeley, Margareta (éd.)* 1999
La forme sociale de l'organisation sportive
Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport
de la Faculté de droit de l'Université de
Genève 25 mars 1999
- Bellanger, François (éd.)* 2000
L'Etat face aux dérives sectaires
Actes du colloque du 25 novembre 1999
- Bino, Maria-Antonella* 2006
**Hospitalisation forcée et droits
du malade mental**
Etude de droit international et de droit
comparé
- Botoy Ituku, Elangi* 2007
**Propriété intellectuelle et
droits de l'homme**
L'impact des brevets pharmaceutiques
sur le droit à la santé dans le contexte
du VIH/SIDA en Afrique
- Cattaneo, Daniele* 1992
**Les mesures préventives et de
réadaptation de l'assurance-chômage**
Prévention du chômage et
aide à la formation en droit suisse, droit
international et droit européen
- Chaix, François* 1995
**Le contrat de sous-traitance en droit
suisse**
Limites du principe de la relativité des
conventions
- Chappuis, Christine* 1991
La restitution des profits illégitimes
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires
sans mandat en droit privé suisse
- Chatton, Gregor T.* 2005
**Die Verknüpfung von Handel und
Arbeitsmensenrechten innerhalb
der WTO**
Politisches Scheitern und rechtliche
Perspektiven
- Chavanne, Sylvie* 1993
**Le retard dans l'exécution des travaux
de construction**
Selon le Code des obligations et la norme
SIA 118
- Currat, Philippe* 2006
**Les crimes contre l'humanité dans le
Statut de la Cour pénale internationale**
- Défago Gaudin, Valérie* 2006
**L'immeuble dans la LP: indisponibilité
et gérance légale**
- Ducrot, Michel* 2005
**La procédure d'expulsion du locataire
ou du fermier non agricole: quelques
législations cantonales au regard du
droit fédéral**

Dunand, Jean-Philippe 2000

**Le transfert fiduciaire:
«Donner pour reprendre»**

Mancipio dare ut remancipetur
Analyse historique et comparatiste
de la fiducie-gestion

Dupont, Anne-Sylvie 2005

Le dommage écologique

Le rôle de la responsabilité civile en cas
d'atteinte au milieu naturel

Favre-Bulle, Xavier 1998

**Les paiements transfrontières dans
un espace financier européen**

Fehlbaum, Pascal 2007

**Les créations du domaine de la
parfumerie: quelle protection?**

Foëx, Bénédicte 1997

Le contrat de gage mobilier

Gafner d'Aumeries, Sonja 1992

Le principe de la double incrimination

En particulier dans les rapports d'entraide
judiciaire internationale en matière
pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

Garrone, Pierre 1991

L'élection populaire en Suisse

Etude des systèmes électoraux et de leur
mise en œuvre sur le plan fédéral et dans
les cantons

Gerber, Philippe 1997

**La nature cassatoire du recours de
droit public**

Mythe et réalité

de Gottrau, Nicolas 1999

Le crédit documentaire et la fraude

La fraude du bénéficiaire, ses
conséquences et les moyens de
protection du donneur d'ordre

Grant, Philip 2000

**La protection de la vie familiale et
de la vie privée en droit des étrangers**

Grodecki, Stéphane 2008

**L'initiative populaire cantonale
et municipale à Genève**

Guibentif, Pierre 1997

**La pratique du droit international et
communautaire de la sécurité sociale**

Etude de sociologie du droit de la
coordination, à l'exemple du Portugal

Gutzwiller, Céline 2008

**Droit de la nationalité et fédéralisme
en Suisse**

Hack, Pierre 2003

La philosophie de Kelsen

Epistémologie de la *Théorie pure du droit*

Henzelin, Marc 2000

**Le principe de l'universalité en droit
pénal international**

Droit et obligation pour les Etats de
poursuivre et juger selon le principe de
l'universalité

Hottelier, Michel 1990

**L'article 26 CEDH et l'épuisement des
voies de recours en droit fédéral suisse**

Hottelier, Michel 1995

**Le Bill of Rights et son application aux
Etats américains**

Etude de droit constitutionnel des
Etats-Unis avec des éléments comparatifs
de droit suisse

Jeanneret, Yvan 2002

**La violation des devoirs en cas
d'accident**

Analyse critique de l'article 92 LCR

Jeandin, Nicolas 1994

Le chèque de voyage

- Jung, Anne* 2008
Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel: Suisse et Belgique
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
 Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
 Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/* 1994
*Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/
 Roth, Robert/Sardi, Massimo/
 Strasser, François Roger*
La libération conditionnelle: risque ou chance?
 La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/* 2006
Robert, Christian-Nils
L'art de punir
 Les représentations sociales d'une «juste» peine
- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
 Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
 Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document

- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
 Nature juridique et constitutionnalité
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Peter, Henry* 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais
- Rohmer, Sandrine* 2006
Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée
 Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique
- Sambuc Bloise, Joëlle* 2007
La situation juridique des Tziganes en Suisse
 Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme
- Scartazzini, Gustavo* 1991
Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale
 Avec un aperçu des différentes théories de la causalité
- Schneider, Jacques-André* 1994
Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation
 Etude de droit suisse et comparé
- Schröter, François* 2007
Les frontières de la Suisse : questions choisies
- Stieger-Chopard, Arlette* 1997
L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme
 Etude de droit allemand et de droit suisse
- Tanquerel, Thierry* 1996
Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis
- Tevini Du Pasquier, Silvia* 1990
Le crédit documentaire en droit suisse
 Droits et obligations de la banque mandataire et assignée
- Trigo Trindade, Rita* 1996
Le conseil d'administration de la société anonyme
 Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs
- Voinov Kohler, Juliette* 2006
Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit
- Vulliétty, Jean-Paul* 1998
Le transfert des risques dans la vente internationale
 Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980
- Werly, Stéphane* 2005
La protection du secret rédactionnel
- Wisard, Nicolas* 1997
Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

Auer, Andreas/ 2001

*Delley, Jean-Daniel/Hottelier,
Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)*

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du
Professeur Charles-Albert Morand

Chappuis, Christine/ 2006

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)

Le législateur et le droit privé

Colloque en l'honneur du professeur Gil-
les Petitpierre

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998

*Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)*

Pacte, convention, contrat

Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Foëx, Bénédicte/Hottelier, 2007

Michel/Jeandin, Nicolas (éd.)

Les recours au Tribunal fédéral

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000

Insolence, désendettement et redressement

Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Kellerhals, Jean/ 2002

Manai, Dominique/Roth, Robert (éd.)

Pour un droit pluriel

Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997

Problèmes actuels de droit économique

Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998

De l'autre côté du miroir

Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995

Droit des obligations et droit bancaire

Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006

Droit de la consommation/ Konsumentenrecht/Consumer Law

Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs

Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique

Mélanges offerts à la Société suisse des
juristes pour son congrès 1991
à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal

Mélanges en l'honneur du Professeur
Raoul Oberson 1995

Droit civil

Baddeley, Margareta (éd.) 2007

La protection de la personne par le droit

Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien und
in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée des chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001

Trechsel, Alexander H.

Voter par Internet

Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/

Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000

Feuerwerk Volksrechte

Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire», «Les grands juristes» et «Grands textes»)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ 1994

Walter, François (éd.)

Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)

Dufour, Alfred (éd.) 1998

Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)

Genevois et Suisse à vocation européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001

Rossi, Pellegrino

Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003

L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées

Dunand, Jean-Philippe 2004

Keller, Alexis (éd.)

Stein, Peter

Le droit romain et l'Europe

Essai d'interprétation historique, 2^{ème} éd.

Manai, Dominique 1990

Eugen Huber

Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002

Bonaparte et la Suisse

Travaux préparatoires de l'Acte de Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003

Bonaparte, la Suisse et l'Europe

Colloque européen d'histoire constitutionnelle pour le bicentenaire de l'Acte de médiation (1803–2003)

Reiser, Christian M. 1998

Autonomie et démocratie dans les communes genevoises

Schmidlin, Bruno/ 1991

Dufour, Alfred (éd.)

Jacques Godefroy (1587–1652) et l'Humanisme juridique à Genève

Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997

La responsabilité aquilienne romaine

Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002

La responsabilité aquilienne en droit commun

Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte/ 2007

Hottelier, Michel (éd.)

Servitudes, droit de voisinage, responsabilités du propriétaire immobilier

Hottelier, Michel/ 1999

Foëx, Bénédicte (éd.)

Les gages immobiliers

Constitution volontaire et réalisation forcée

Hottelier, Michel/ 2001

Foëx, Bénédicte (éd.)

L'aménagement du territoire

Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ 2003

Foëx, Bénédicte (éd.)

La propriété par étages

Fondements théoriques et questions pratiques

Hottelier, Michel/ 2005

Foëx, Bénédicte (éd.)

Protection de l'environnement et immobilier

Principes normatifs et pratique jurisprudentielle

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002

Tanquerel, Thierry (éd.)

Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry / 2002

Bellanger, François (éd.)

L'administration transparente

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2005
Winiger, Bénédicte (éd.)

Le préjudice

Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

Chappuis, Christine/ 2007
Winiger, Bénédicte (éd.)

Les causes du dommage

(Journée de la responsabilité civile 2006)

Etier, Guillaume 2006

Du risque à la faute

Evolution de la responsabilité civile
pour le risque du droit romain au droit
commun

Fondées sur la notion de dangerosité et les considérations de défense sociale, les mesures de sûreté représentent un type de sanctions particulier dans le droit pénal qui viennent d'ailleurs de faire l'objet d'une réforme fondamentale dans notre pays à l'occasion de la révision de la partie générale du Code pénal.

Le présent ouvrage présente les mesures de sûreté en deux parties. Dans un premier temps, l'auteur analyse de façon approfondie le droit suisse des mesures de sûreté, en étudiant sa systématique, en mettant en évidence ses contradictions et en dégagant les solutions permettant une application respectueuse des principes fondamentaux et de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette analyse s'appuie également sur une comparaison avec le système belge, qui vient de vivre lui aussi une refonte importante, qu'il est intéressant de comparer avec la réforme de notre Code pénal. La deuxième partie est consacrée à l'étude de la philosophie utilitariste de Jeremy Bentham et à son regard sur le droit des mesures de sûreté, afin de mettre en lumière les problèmes principaux que pose l'application de ces mesures et de rechercher la meilleure manière de les résoudre. Bentham pose en effet dans son œuvre un certain nombre de principes qui peuvent être considérés comme les fondements de notre droit des mesures de sûreté. Il s'est avéré pertinent d'utiliser cette pensée comme instrument de compréhension et d'évaluation critique de notre système de mesures.

Le présent ouvrage est d'actualité à un moment où la problématique des « criminels (très) dangereux » occupe le champ médiatique et politique, tant en Suisse, qu'en Belgique ou en France.

ISBN 978-3-7255-5632-8



9 783 725 556 328