

Quand la politique pénale est de plus en plus gouvernée par le populisme: inquiétudes d'un pénaliste

Nicolas Queloz

Professeur de droit pénal et de criminologie

Faculté de droit de l'Université de Fribourg

Contribution publiée in : Revue Fribourgeoise de Jurisprudence (RJF) – Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung (FZR), Fribourg, 2013, n^{os} 2-3, 103-122.

Wenn Strafrechtspolitik zunehmend vom Populismus beherrscht wird: Besorgnisse eines Strafrechtlers

Ziel dieses Beitrags ist es, verschiedene Beispiele in der jüngsten Gesetzgebung und Rechtsprechung zu untersuchen. Sie führen den konkreten Einfluss des populistischen Drucks auf die aktuelle schweizerische Strafrechtspolitik vor Augen.

Diese populistische Abdrift ist mit dem Kontext der Verschlechterung der demokratischen Debatte und des starken Sicherheitswahns verbunden. Sie gefährdet den Grundsatz der *ultima ratio* des Strafrechts, und verbreitet die Illusion, dass dieses alle Probleme der Gesellschaft lösen könnte.

«... à l'horreur, certains voudraient répondre par l'horreur, à la perversité par la perversité, la douleur ou la bêtise par la douleur ou la bêtise ...»¹

I. Introduction

La Suisse est souvent louée pour la quiétude, non seulement de ses paysages, mais aussi de sa régulation démocratique et du bon sens terrien qui anime les actes de gestion publique. Depuis une bonne dizaine d'années toutefois, cette sérénité des débats publics est mise à mal: le respect de la séparation des pouvoirs – pilier important de l'Etat de droit – et de l'opinion adverse se lézarde sérieusement, la cacophonie polémique émerge bruyamment, ce qui ne se débattait qu'au Café du Commerce est relayé désormais directement au Palais fédéral. Cette détérioration du climat démocratique résulte notamment d'une nette dérive populiste, renforcée par une forte mouvance sécuritaire.

Comme ces deux phénomènes (mouvance sécuritaire et dérive populiste) ont un impact toujours plus marqué sur la politique pénale, nous souhaitons examiner cette interaction et l'illustrer dans cette contribution.

II. Politique pénale

¹ FRIZE NICOLAS, *Le sens de la peine*, Ed. Lignes & Manifestes, Paris 2004, p. 35.

Au sens large, la politique «concerne l'organisation, l'exercice du pouvoir, le gouvernement des hommes, par un Etat, au sein d'une société organisée»². Au sens étroit de «*policy*», la politique désigne des programmes appliqués dans des domaines concrets de la vie de la Cité: ce sont les politiques publiques qu'une autorité «choisit d'engager pour intervenir – ou ne pas intervenir – dans un domaine spécifique»³: par exemple, la politique de la santé, la politique de la famille, de la jeunesse ou la politique de l'éducation.

La politique pénale, qui fait partie des politiques de sécurité (surtout intérieure, mais aussi extérieure si l'on pense notamment aux efforts d'harmonisation du droit international pénal), appartient bien sûr aux politiques publiques, même si une tendance forte de privatisation caractérise le «marché de la sécurité» depuis plusieurs années⁴. La politique pénale n'est qu'un sous-ensemble de la politique criminelle ou de ce qu'il serait plus juste d'appeler la politique anti-criminelle, à savoir les actions de prévention, de contrôle, de détection et de sanction des comportements et des auteurs de la criminalité. Au sein de la politique criminelle, la politique pénale a pour fonction d'élaborer les *incriminations* (définition des infractions) et les *sanctions* qui s'ensuivent et qui s'individualisent dans les *sentences* prononcées par la justice pénale⁵.

Contrairement aux idéaux des pionniers (comme FEUERBACH, BECCARIA, VON LISZT ou STOOSS), nous constatons aujourd'hui que la politique criminelle est très peu rationnelle (ou peu fondée sur les connaissances théoriques et empiriques acquises par les sciences criminelles), qu'elle est très politisée (très influencée par les idées partisans) et très émotionnelle, puisqu'elle est surtout menée au gré des drames criminels et des dysfonctionnements des appareils de contrôle, qui sont alors surmédiatisés⁶.

III. Principe de l'*ultima ratio* du droit pénal

Les pénalistes font généralement œuvre de retenue en affirmant que le droit pénal ne doit être qu'une *ultima ratio* dans l'ordre juridique et des interventions de la justice. C'est à MONTESQUIEU que l'on doit l'origine de cette retenue, lui qui est qualifié d'«idéologue de la modération des peines» par l'historien genevois MICHEL PORRET⁷. En 1764, posant les bases du droit pénal moderne, BECCARIA s'inscrit pleinement dans la philosophie politique et juridique de MONTESQUIEU puisque tous deux préconisent, au 18^{ème} siècle, de mettre fin à l'arbitraire et à la tyrannie de l'Ancien Régime et, en particulier, d'abolir la peine de mort et tout l'esprit de vengeance qui animait jusque-là le droit et la justice pénale.

² ARNAUD ANDRÉ-JEAN (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., Paris 1993, p. 453.

³ *Ibidem*, p. 457.

⁴ Cf. notamment: DUPONT BENOÎT, Gouvernance de la sécurité, in *Dictionnaire de criminologie en ligne*, 2010 (<http://www.criminologie.com/>).

⁵ Cf. QUELOZ NICOLAS, Politique criminelle, in *Dictionnaire de criminologie en ligne*, 2010 (<http://www.criminologie.com/>).

⁶ Cf. QUELOZ NICOLAS, Les dérives des politiques pénales contemporaines, in *Revue Suisse de Criminologie – Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie*, 2013, 2, 3-8.

⁷ PORRET MICHEL, *Le Droit de punir*, Ed. Michalon, Paris 2003, pp. 105-106.

«Pour qu'un châtement produise l'effet voulu, il suffit qu'il surpasse l'avantage résultant du délit... Tout ce qui va plus loin est superflu et porte la marque de la tyrannie.»⁸ Une telle position était – au sens propre – révolutionnaire, car elle s'inscrivait totalement à contre-courant des idées et des pratiques de l'époque. Rappelons en effet:

- qu'en raison du «matérialisme» de BECCARIA et de son plaidoyer pour la séparation du pénal et du religieux, le *Dei delitti e delle pene* a été mis à l'*Index librorum prohibitorum* de l'Eglise en 1766;
- ou encore que le grand EMMANUEL KANT, en 1796, avait blâmé le «sentiment d'humanité affecté» de BECCARIA, auquel il opposait un «droit de punir» fort, seule méthode selon KANT permettant de maintenir un souverain puissant, unique garant du contrat social.

BECCARIA a ainsi exigé avec force la légalité du droit pénal: la loi pénale écrite doit être la pierre angulaire de la politique criminelle, garde-fou de l'arbitraire et elle peut exercer une pression sur la population pour la retenir de commettre des infractions (comme impact du «code sacré des lois»). «... pour que n'importe quelle peine ne soit pas un acte de violence exercé par un seul ou par plusieurs contre un citoyen, elle doit absolument être publique, prompte, nécessaire, la moins sévère possible dans les circonstances données, proportionnée au délit et déterminée par la loi.»⁹

Le principe de l'*ultima ratio* du droit pénal découle ainsi du principe de la légalité des délits et des peines («*Nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta*»). Ce principe de limitation du droit pénal, aussi bien dans les incriminations que dans les sanctions, est d'ailleurs de rang constitutionnel¹⁰. Il s'impose d'abord au législateur, ensuite aux magistrats pénaux (procureurs et juges).

Selon ce principe d'*ultima ratio*, le droit pénal et la justice pénale ne doivent intervenir qu'en dernier recours, après les autres modes de résolution des conflits en société: les pénalistes parlent aussi parfois du caractère «accessoire», voire «subsidaire» du droit et de la justice pénale. «Conformément au principe de proportionnalité ... le droit pénal ... interviendra donc faute de mieux», comme ultime élément d'une «stratégie globale de sauvegarde des intérêts individuels et collectifs»¹¹.

Sur les traces de BECCARIA et dans la poursuite peut-être encore plus «matérialiste», voire «utilitariste» de ses idées, les pénalistes contemporains parlent aussi du principe de l'économie ou du principe de l'auto-limitation des ressources du droit pénal et de la justice pénale. En résumé, le principe de l'*ultima ratio* du droit pénal relève fondamentalement – ou peut aussi être considéré comme la *ratio legis* – du principe de

⁸ BECCARIA CESARE, *Des délits et des peines*, Librairie Droz, Genève 1965, p. 47.

⁹ *Ibidem*, p. 80.

¹⁰ Art. 7 § 1 CEDH: «Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.». L'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale est plus large: «Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat».

¹¹ GRAVEN PHILIPPE, *L'infraction pénale punissable*, Ed. Staempfli, 2e éd., Berne 1995, p. 9.

la légalité des infractions et des sanctions pénales: il impose la retenue, la limitation et la proportionnalité de l'intervention pénale qui, plus que toute autre réaction étatique, est contraignante, privative et restrictive des droits et libertés des individus.

IV. Mouvance sécuritaire

L'évolution des politiques pénales de ces vingt dernières années vient infirmer totalement la conclusion bien optimiste qu'EMILE DURKHEIM tirait, à la fin du 19^{ème} siècle, de son analyse des «Deux lois de l'évolution pénale»¹². DURKHEIM estimait en effet que l'évolution du système pénal serait définitivement achevée lorsque la criminalité «humaine» aurait complètement pris le pas sur la criminalité «religieuse», les infractions contre les biens des individus primant et effaçant les crimes de «lèse-majesté». Or, aujourd'hui, tout ou presque se voit considéré de façon exacerbée comme un crime de «lèse-majesté»: des actes terroristes au non-respect de l'honneur personnel, des caricatures des prophètes aux propos racistes ou négationnistes, de l'avortement à l'inceste, des actes «féminicides» ou «homophobes» aux actes de pédophilie, etc. Nous sommes en train de vivre de nouvelles intolérances et de nouvelles inquisitions: les conflits identitaires, religieux, nationalistes, ethniques, de genres, ne cessent d'envahir notre quotidien.

Face à cette montée des intolérances, l'Etat et les pouvoirs publics, bien démunis, répondent surtout par des moyens défensifs et répressifs. Une conséquence marquante de cette attitude ultra défensive est le recours croissant à l'enfermement (du rappel des courtes peines privatives de liberté jusqu'à l'internement à vie), puisque les magistrats pénaux sont souvent pressés par les gouvernants politiques – malgré le principe de la séparation des pouvoirs – de prononcer des peines «sévères, dissuasives et exemplaires».

L'évolution des politiques pénales des vingt dernières années se caractérise en effet, notamment, par quatre éléments-clés: l'idéologie sécuritaire, la mouvance victimaire, le populisme pénal et la «nouvelle pénologie».

- *L'idéologie sécuritaire* prime toute attitude préventive. Elle est caractérisée par la politique de «tolérance zéro» et par la réponse pénale et répressive («coûte que coûte») face à toutes les formes de délinquance, des plus bénignes (comme les «incivilités») aux plus graves (comme les atteintes à l'intégrité physique des personnes et les attentats contre la sécurité publique).

- Dans *la mouvance victimaire*, nous sommes tous aujourd'hui considérés comme des victimes, réelles ou potentielles, courant le risque de subir des atteintes, qu'il faut tenter d'éviter à tout prix. La politique de «tolérance zéro» s'accompagne de l'illusion du «risque zéro» et les droits des victimes, non seulement doivent être pris en compte par l'Etat, mais ils devraient primer les droits des prévenus, des accusés ou des condamnés, auxquels la justice pénale accorderait une part trop belle.

Une bonne illustration de la «mouvance victimaire» est que les médias, quand un jugement de condamnation est prononcé, s'intéressent «avec beaucoup d'excitation» à

¹² DURKHEIM EMILE, Deux lois de l'évolution pénale, in *L'Année sociologique*, 1899-1900, vol. IV, pp. 65-95.

«la nauséabonde question de la justesse du choix de la peine et des durées de détention»: la grande question est alors de savoir si la sentence rendue représente vraiment une «réponse» ou au contraire n'est qu'une «offense aux victimes»¹³?

- En lien avec ce qui précède, *le populisme pénal* s'est exprimé ces dernières années par une inflation législative répressive et par une extension du filet du contrôle pénal dans nos sociétés. Les Parlements de la plupart de nos pays ont en effet pris la mauvaise habitude de faire marcher régulièrement la «planche à lois pénales», soit pour introduire de nouvelles incriminations, soit pour accroître la sévérité des sanctions ou les circonstances aggravantes des infractions¹⁴.

- Enfin, *la «nouvelle pénologie»* est la conséquence de l'idéologie sécuritaire et victimaire et le reflet de la société d'«assurance tout risque». Elle est une manière nouvelle d'appréhender la vieille notion de «dangerosité» pénale: non plus par des jugements moraux (de culpabilité pénale) ni des évaluations cliniques, mais par la méthode actuarielle fondée sur des séries statistiques et des calculs de probabilités. La dangerosité est aujourd'hui surtout réduite à la notion de risques de récidive et, par conséquent, de probabilité de succès ou d'échec de décisions relatives aux condamnés, notamment en matière de libération conditionnelle (qui en a constitué le premier domaine d'expérimentation), mais qui s'est élargie aujourd'hui à bien d'autres décisions de la chaîne pénale¹⁵. Avec cette politique actuarielle de gestion des risques, «On entre dans la «tyrannie du probable»... Mieux vaut pour le juge ... en faire trop que pas assez, et ne jamais prendre le risque de voir cette dangerosité s'exprimer»¹⁶.

V. Quelques exemples récents de dérive populiste dans la politique pénale

En présentant le dernier rapport d'Amnesty International sur la pratique de la peine de mort dans le monde, FRANÇOISE DIERYCK (Amnesty Belgique) a bien exprimé que les dirigeants qui maintiennent, voire qui reprennent les exécutions capitales le font, dit-elle, «par populisme, par intérêt personnel afin de satisfaire les désirs du peuple et de s'assurer un autre mandat»¹⁷.

La Suisse n'a pas été épargnée par les phénomènes de mouvance sécuritaire et de dérive populiste. Nous en donnons ci-après quelques exemples significatifs en matière de politique pénale.

¹³ FRIZE NICOLAS, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴ Cf. SALAS DENIS, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Ed. Pluriel, Paris 2008. Parmi les mesures de sûreté très contraignantes dont le recours (ou le retour) est fortement discuté, nous pensons à la «rétention de sûreté» en France, à l'«internement de sécurité» en Allemagne ou à l'«internement à vie» en Suisse.

¹⁵ QUELOZ NICOLAS ET AL., *Druck der Öffentlichkeit auf die Gefängnisse: Sicherheit um jeden Preis? – Pressions publiques sur les prisons: la sécurité à tout prix?*, Ed. Staempfli, Berne 2011.

¹⁶ GARAPON ANTOINE, Un nouveau modèle de justice: efficacité, acteur stratégique, sécurité, in *Revue Esprit*, novembre 1998, 98-122 (citation p. 109).

¹⁷ Amnesty International, *Condamnations à mort et exécutions en 2012*, Avril 2013. En 2012, Amnesty a enregistré 682 cas d'exécution capitale, mais sans les données relatives à la Chine – qui ne communique rien à ce sujet, mais qui exécute plus de condamnés que tous les autres pays du monde cumulés – ni celles de l'Egypte et de la Syrie.

A. Succès de trois initiatives populaires fédérales

Les pressions sécuritaires se sont notamment exprimées à travers le succès des initiatives populaires fédérales:

- sur «l'internement à vie des délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables» (2004);
- sur «l'imprescriptibilité de l'action pénale et de la peine pour les auteurs d'actes d'ordre sexuel ou pornographique sur des enfants impubères» (2008);
- et sur «l'expulsion des délinquants étrangers» (2010).

L'acceptation de ces initiatives illustre de façon marquante, non seulement des craintes et des exigences sécuritaires dans la population, mais également une méfiance croissante à l'égard des autorités, notamment de la justice pénale, suspectées ou parfois clairement accusées de ne pas faire correctement leur travail de sécurité et de défense des braves citoyens, voire d'afficher «une dangereuse sensibilité pour les malfaiteurs» comme l'affirmait déjà par exemple ENRICO FERRI à la fin du 19^e siècle¹⁸.

B. Initiative parlementaire visant à abroger les art. 19 et 20 CPS

Une autre illustration des pressions et dérives politiques nous est fournie, en 2009, par l'initiative de la Conseillère nationale ANDREA GEISSBÜHLER (UDC-SVP / Berne) au Parlement fédéral et qui demandait l'abrogation, dans le code pénal suisse, des articles 19 (Irresponsabilité pénale et responsabilité restreinte) et 20 (Expertise en cas de doute sur la responsabilité pénale). Le motif essentiel de cette demande, qui voulait ainsi balayer d'un revers de manche près de 250 années d'élaboration du droit pénal, était qu'il est inadmissible que «les personnes qui ont commis des actes de violence sous l'emprise de la drogue ou de l'alcool ... échappent régulièrement aux peines prévues, ce qui est difficile à supporter pour leurs victimes». Quant à l'expertise médicale, elle «ralentit ... le procès et engendre d'importants frais, alors que l'infraction n'est contestée par personne»¹⁹. Les aspects sommaires, simplistes et falsificateurs d'une telle argumentation sont significatifs et très représentatifs de cette opinion selon laquelle c'est surtout la justice pénale qui se montre régulièrement irresponsable. Notre stupéfaction vient en outre du fait que, lors du vote qui a eu lieu le 9.12.2010 au Conseil national, il s'est tout de même trouvé 57 député-e-s pour soutenir cette initiative parlementaire, contre 102 qui l'ont rejetée.

C. Marathon du Conseil fédéral pour la «révision de la révision» du droit des sanctions pénales

Alors qu'un nouveau droit des sanctions pénales est entré en vigueur en Suisse en 2007 – après 24 ans de travaux de révision, commencés en 1983 – le Conseil fédéral a

¹⁸ FERRI ENRICO, *La sociologie criminelle*, Ed. Alcan, Paris 1923, p. 5.

¹⁹ Cf. Curia Vista, Initiative parlementaire 09.500 du 2.12.2009 disponible sous: www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20090500

proposé en juin 2010 déjà une révision de cette révision. La «grande révision» avait visé essentiellement à remplacer les courtes peines privatives de liberté par des peines plus utiles et moins coûteuses (aussi bien économiquement que socialement), à savoir la peine pécuniaire (ou système des jours-amende) et le travail d'intérêt général. Or, en 2010 déjà, cette belle philosophie est renversée: le nouveau système des peines est très vite qualifié d'«homéopathique», de non dissuasif, de bienveillant pour les délinquants et d'humiliant pour les victimes. Pour le Gouvernement fédéral, il faut réintroduire la primauté de la détention et les courtes peines privatives de liberté: «Cette option repose sur la conviction que les courtes peines privatives de liberté sont ... *mieux à même de satisfaire les besoins de répression de la communauté* ... que les simples peines pécuniaires»²⁰.

En 2011, une étude de l'Office fédéral de la statistique était pourtant venue contredire cette opinion: «À court terme, l'introduction des peines pécuniaires et la suppression des courtes peines privatives de liberté ne semblent ... pas avoir eu d'impact significatif sur la récidive ... ce n'est pas tant le type de sanction qui a le plus d'effet préventif, mais bien le risque d'être condamné»²¹.

Malgré les résultats de cette étude, le Conseil fédéral a tenu tête: «la *pression politique* en faveur d'une modification rapide ... *est trop forte* pour que l'on attende ... pour être crédible et efficace, le droit pénal doit bénéficier de la confiance de la population. Celle-ci doit croire en l'impact des peines. C'est pourquoi il faut modifier de nouveau le régime des peines, quelque succès concret qu'ait eu la dernière révision...»²². De telles affirmations gouvernementales le démontrent: la Suisse a bel et bien été atteinte elle aussi par le virus du populisme pénal.

D. Mises en détention pénale et administrative d'enfants de moins de 15 ans

1. Mise en détention provisoire

Le droit pénal des mineurs s'est bien développé ces dernières années et il n'est plus du tout un droit mineur ou de moindre intérêt. Le 1^{er} janvier 2007 est d'abord entré en vigueur le DPMIn²³, qui a remplacé et judicieusement complété les anciens articles 82 à 99 CPS. Le DPMIn prescrit essentiellement quelles sont les sanctions pénales (les mesures éducatives et thérapeutiques ainsi que les peines) qui peuvent être prononcées à l'encontre de mineurs âgés de 10 révolus jusqu'à moins de 18 ans et qui ont commis des infractions. Le 1^{er} janvier 2011 est ensuite entrée en vigueur la PPMIn²⁴, qui constitue la première loi de procédure pénale unifiée relative à la justice des mineurs. Elle est ainsi une loi formelle spéciale, applicable à la poursuite et au jugement des mineurs délinquants, qui renvoie toutefois (art. 3 PPMIn) au code de procédure pénale des

²⁰ Conseil fédéral, *Rapport explicatif relatif à la réforme du droit des sanctions*, Berne, 30.06.2010, p. 10 (rapport disponible sous: www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1936/Bericht.pdf).

²¹ Office fédéral de la statistique, *Nouveau droit des sanctions et récidive pénale*, novembre 2011, p. 10.

²² Conseil fédéral, Message relatif à la modification du code pénal - Réforme du droit des sanctions du 4.04.2012, in *Feuille fédérale* 2012, pp. 4385-4418 (citation pp. 4395-4396) (disponible sous: www.admin.ch/ch/f/ff/2012/4385.pdf).

²³ DPMIn ou loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (du 20.06.2003, RS 311.1).

²⁴ PPMIn ou loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (du 20.03.2009, RS 312.1).

adultes (CPP²⁵) pour les situations qui ne sont pas régies par la PPMIn et sauf exclusion expresse de l'application de certaines parties du CPP (notamment en ce qui concerne la juridiction fédérale, les fors et la procédure pénale simplifiée).

La question de la détention pénale des mineurs n'est pas réglementée de façon aussi claire par la PPMIn (détention provisoire) que par le DPMIn (peine privative de liberté). L'art. 25 al. 1 DPMIn stipule expressément qu'une condamnation à une peine privative de liberté (dès 1 jour) n'est pas possible avant qu'un mineur ait atteint l'âge de 15 ans révolus. Quant à la PPMIn, l'art. 27 al. 1 ne fixe pas de seuil d'âge minimal à la détention provisoire et à la détention pour des motifs de sûreté, mais il en souligne le caractère subsidiaire en précisant que ces mesures de contrainte «ne sont prononcées qu'à titre exceptionnel et seulement si aucune mesure de substitution n'est envisageable» (al. 1). Rappelons que la «détention avant jugement est une mesure de contrainte très grave – la plus grave – ... Elle est pleine d'inconvénients pour le prévenu, victime d'une mesure d'incarcération aux effets souvent néfastes, sinon dévastateurs»²⁶, qui plus est lorsqu'elle frappe des enfants! En outre, l'art. 27 al. 2 PPMIn laisse aux magistrats des mineurs une compétence de maintien en détention provisoire bien supérieure (jusqu'à 7 jours) à celle des procureurs dans les procédures relatives aux adultes (48 heures au plus: art. 224 al. 2 CPP) avant de devoir saisir le tribunal des mesures de contrainte. Pour le reste, les art. 3 et 27 PPMIn renvoient aux règles du CPP et, parmi celles-ci, il en est une qui a une portée essentielle. Il s'agit de l'art. 212 CPP (Principes), dont l'al. 3 stipule clairement: «La détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté *ne doivent pas durer plus longtemps que la peine privative de liberté prévisible*», à savoir celle qui pourrait être prononcée à titre de condamnation. Or, comme la condamnation d'un mineur à une peine privative de liberté est interdite avant l'âge de 15 ans révolus (art. 25 DPMIn), la conclusion s'impose que la détention provisoire est également prohibée et illégale si elle est décidée à l'encontre d'enfants âgés de moins de 15 ans²⁷, même si l'art. 27 al. 1 PPMIn ne fixe pas expressément de seuil d'âge.

Malheureusement, les magistrats des mineurs ne l'entendent pas tous de cette oreille. L'Association latine des juges des mineurs a même officiellement pris position contre l'interprétation ci-dessus, considérant notamment que la base légale n'est pas claire, voire que cette lacune de la loi (l'absence de limite d'âge à l'art. 27 PPMIn) doit être interprétée comme le fait que le législateur n'a pas exclu la détention provisoire de mineurs de moins de 15 ans et qu'une telle mesure de contrainte, qui sert les besoins de l'enquête pénale, ne poursuit pas les mêmes buts que la peine de détention infligée à titre de condamnation. L'illustration classique fournie par certains juges des mineurs, à la fois de ces besoins de l'enquête et de l'effet de dissuasion que doit jouer la détention avant jugement, est centrée de façon récurrente sur «le problème des enfants du voyage» qui ont été arrêtés après avoir notamment commis des vols ou d'autres actes de détournement.

²⁵ CPP (code de procédure pénale suisse du 5.10.2007, RS 312.0).

²⁶ PIQUEREZ GÉRARD, MACALUSO ALAIN, *Procédure pénale suisse*, Schulthess, Genève 2011, p. 409 (§ 1170).

²⁷ CQFD! Cf. QUELOZ NICOLAS, Le défi de la détention avant jugement des mineurs, en particulier en dessous de 15 ans, in *forumpoenale* 2011, 3, 162-164.

Cette position nous semble toutefois fort critiquable lorsqu'elle est soutenue d'abord par le Tribunal des mesures de contrainte – qui est pourtant le garant par excellence de la liberté personnelle – puis par la Cour de justice comme c'est le cas, par exemple, dans le canton de Genève. En novembre 2012 notamment²⁸, le Tribunal des mesures de contrainte du canton de Genève a accepté de prolonger d'un mois la détention provisoire d'un enfant de 14 ans – qui était déjà incarcéré depuis 5 jours – en soutenant que cette décision était proportionnée «au vu de la peine menace et de la peine concrètement encourue» par ce mineur. Or, ces deux motifs sont malheureusement contraires au droit puisque, d'une part, les peines menaces prévues par le code pénal ne sont valables que pour des adultes et que, d'autre part, les peines concrètement encourues par des enfants de moins de 15 ans sont la réprimande, la prestation de travail ou l'obligation de suivre des cours (pendant 10 jours au maximum), à l'exclusion de toute privation de liberté. Il est encore plus navrant de savoir que la Cour de justice du canton de Genève, dans un arrêt du 18 décembre 2012, a rejeté le recours déposé par ce mineur et a ainsi admis la légalité de sa (longue) détention, au motif excessivement sommaire que l'art. 212 al. 3 CPP, qui prescrit que la détention provisoire ne doit pas «durer plus longtemps que la peine privative de liberté prévisible» est une «disposition ayant été élaborée et conçue uniquement dans le cadre de la procédure pénale des adultes, donc sans prendre en compte le droit des mineurs... Il suffit, pour s'en convaincre, d'examiner les travaux préparatoires relatifs à cette disposition, qui ne se réfèrent nullement aux mineurs, a fortiori de moins de 15 ans»²⁹. S'il est bien exact que le CPP a été conçu pour des adultes et que la lecture de ses travaux préparatoires ne va être d'aucun enseignement pour interpréter la PPMIn, en revanche l'analyse de cette dernière nous permet de constater, non seulement qu'elle prescrit le renvoi au CPP «sauf dispositions particulières de la présente loi» (art. 3 al. 1 PPMIn), qu'elle n'inscrit absolument pas l'art. 212 parmi les dispositions du CPP dont elle exclut expressément l'application (art. 3 al. 2 PPMIn), mais encore qu'elle souligne que lorsque «le CPP s'applique, ses dispositions doivent être interprétées à la lumière des principes définis à l'art. 4 de la présente loi» (art. 3 al. 3 PPMIn), selon lequel «*La protection et l'éducation du mineur sont déterminantes dans l'application de la présente loi. L'âge et le degré de développement du mineur doivent être pris en compte de manière appropriée*» (art. 4 al. 1 PPMIn). De tels principes d'interprétation de la procédure pénale des mineurs confortent ainsi a fortiori la conclusion que l'art. 212 al. 3 CPP est une norme qui se trouve en pleine conformité avec les principes fondamentaux de la PPMIn.

Ne pas le reconnaître et admettre la mise en détention provisoire d'enfants de moins de 15 ans constitue une politique de poursuite pénale répressive (et non pas protectrice), centrée sur la dissuasion et de nature discriminatoire puisqu'elle frappe essentiellement des «enfants du voyage». En plus d'être contraire à la PPMIn et au CPP, une telle pratique contrevient également à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (art. 2) et à la Constitution fédérale (art. 8, Principes d'égalité et de non discrimination).

²⁸ Les mêmes décisions se sont répétées en décembre 2013.

²⁹ Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale de recours, Arrêt du 18.12.2012 (P/16430/2012), cons. 3.2.2.

2. Mise en détention administrative

Malheureusement, la pratique de la mise en détention d'enfants qui n'ont pas atteint l'âge de 15 ans révolus existe également en Suisse en matière de mesures de contrainte du droit des étrangers.

Pourtant, une telle pratique est prohibée par la loi. L'art. 79 LEtr prévoit en effet que les divers types de détention du droit des étrangers «ne peuvent excéder six mois au total» (al. 1), mais que la «durée maximale de la détention peut, avec l'accord de l'autorité judiciaire cantonale, être prolongée de douze mois au plus et, *pour les mineurs âgés de 15 à 18 ans*, de six mois au plus» (al. 2). Aucune autre disposition de la LEtr ne fixe de seuil d'âge, ni surtout de seuil inférieur.

Il est ainsi absolument illégal de prononcer la détention administrative d'enfants de moins de 15 ans et la pratique de la mise en détention de familles entières, dans des «cellules familiales» (sic!), où les enfants sont englobés dans la décision qui frappe leur(s) parent(s), constitue également selon nous une violation de la loi et des conventions internationales auxquelles la Suisse est liée.

E. Initiatives parlementaires «*Two strikes and you are out*» et pour que l'internement des criminels prime le placement thérapeutique

Avec l'initiative parlementaire de la Conseillère nationale NATALIE RICKLI (UDC-SVP / Zurich), qui propose de punir automatiquement de l'internement les meurtriers ou les violeurs qui ont passé à l'acte pour la seconde fois³⁰, on saute directement du stade de football au Palais fédéral.

En effet, un grand nombre d'Etats, aux USA, se sont inspirés dans leurs normes de fixation de la peine (ou *Sentencing Guidelines*) de la règle du «*Three strikes and you are out*», directement tirée du football américain (selon laquelle le joueur qui a commis trois fautes est expulsé de la partie).

En proposant d'intégrer dans le CPS une règle encore plus stricte («expulsion» après deux fautes), cette Parlementaire s'inspire-t-elle peut-être directement du football européen, plus proche de nous ? La motivation de son initiative a surtout sa source dans sa critique des autorités et de la justice, qui accordent selon elle «plus de poids à la resocialisation des criminels qu'à la sécurité de la population».

Pour bien consolider cette proposition, deux autres initiatives parlementaires («Plus d'internements, moins de thérapies»³¹ et «Pour que l'internement prime la thérapie»³²) réclament que le Parlement mette fin à la «dérive» actuelle de la justice pénale, qui

³⁰ Cf. Curia Vista, Initiative parlementaire de 13.463 du 27.09.2013 disponible sous: www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20130463

³¹ Cf. Curia Vista, Initiative parlementaire de VERENA HERZOG (UDC-SVP / Thurgovie), 13.453 du 26.09.2013 disponible sous: www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20130453

³² Cf. Curia Vista, Initiative parlementaire de NATALIE RICKLI (UDC-SVP / Zurich), 13.461 du 27.09.2013 disponible sous: www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20130461

prononce toujours plus de mesures thérapeutiques (de l'art. 59 CPS) et toujours moins d'internements. Les deux initiatives veulent donc inverser cette tendance afin que la mesure sécuritaire de l'internement (ordinaire et à vie) ait la priorité sur la mesure de placement thérapeutique. Il nous semble important de préciser que la «dérive» dénoncée par ces Parlementaires est bien exagérée: en effet, le nombre total de placements thérapeutiques institutionnels (art. 59 CPS) a passé de 76 en 2007 (entrée en vigueur du nouveau droit des sanctions pénales) à 78 en 2012, ce qui ne constitue pas une augmentation frappante; et le nombre d'internements (art. 64 CPS) a quant à lui passé de 8 en 2007 à 2 en 2012, ce qui n'est pas non plus une diminution drastique.

Pour la Conseillère nationale VERENA HERZOG, «En donnant la priorité à l'internement, on protégera beaucoup mieux la population» et on «réduira fortement les coûts qu'engendre l'exécution des peines» (ce dernier point n'étant, selon nous, pas du tout évident). Et selon la Conseillère nationale NATALIE RICKLI, «Comme les criminels qui peuvent être soignés par thérapie ne pourront plus échapper à l'internement, ils devront suivre leur thérapie en purgeant leur peine d'internement». À notre avis, c'est ici le serpent qui se mange la queue et il y a dans ce raisonnement une boucle contradictoire: vouloir reléguer le traitement pour accorder la primauté à l'internement, tout en cherchant à rattraper ensuite la thérapie (par la petite porte) en cours d'internement, c'est ignorer les buts différents de ces deux types de mesures. Les deux formes d'internement (ordinaire et à vie) visent à garantir fondamentalement la sécurité publique (art. 64 al. 4 CPS): c'est d'ailleurs pourquoi leur exécution n'est prévue qu'après celle de la peine privative de liberté prononcée conjointement (dualisme exécutoire de l'art. 64 al. 2 CPS). Les trois mesures thérapeutiques institutionnelles (des art. 59, 60 et 61 CPS) poursuivent, quant à elles, fondamentalement un but de soins et de traitement (des troubles mentaux, des addictions ou des troubles de développement de la personnalité des jeunes adultes). C'est aussi pourquoi le dualisme exécutoire de l'art. 57 al. 2 CPS prévoit la primauté de l'exécution du traitement sur celle de la peine privative de liberté prononcée conjointement. Enfin, il s'agit de ne pas nourrir la confusion entre le «*traitement thérapeutique*» (visé notamment par l'art. 59 CPS) et la «*prise en charge psychiatrique*» prévue «si besoin est» par l'art. 64 al. 4 CPS. Le Tribunal fédéral a en effet rappelé que la mesure de l'art. 59 CPS «vise avant tout un impact thérapeutique *dynamique*», avec une amélioration du pronostic légal, alors que l'art. 64 al. 4 CPS laisse ouverte, si nécessaire, la «simple administration *statique* et conservatoire» de soins³³.

F. Refus de l'interruption de la peine privative de liberté du détenu le plus âgé de Suisse souffrant d'un cancer en phase terminale

Le plus vieux détenu de Suisse a «fêté» ses 90 ans en prison en décembre 2013. Condamné en juin 2010 à une peine privative de liberté de 10 ans pour des actes graves contre l'intégrité sexuelle d'autrui, il souffre aujourd'hui de démence avancée et est atteint d'un cancer en phase terminale. Sa demande d'interruption d'exécution de la peine pour «motif grave» (art. 92 CPS), atteinte à la dignité (art. 74 CPS) et pour «traitement inhumain et dégradant» (art. 3 CEDH et 10 al. 3 Cst. féd.), d'abord admise (le 14.03.2013) par le Tribunal d'application des peines et mesures du canton de

³³ Cf. TF 6B_378/2013, ATF 137 IV 201 (consid. 1.3) et ATF 134 IV 315 (consid. 3.6).

Genève, puis rejetée (le 23.04.2013) par la Chambre pénale de recours de la Cour de justice suite au recours déposé par le Ministère public genevois, a finalement été rejetée par le Tribunal fédéral le 13 septembre 2013³⁴.

Sous l'angle de l'art. 92 CPS, le Tribunal fédéral a d'abord rappelé que l'exécution ininterrompue d'une peine est la règle et que son «interruption en présence d'un motif grave doit demeurer exceptionnelle»³⁵. Les motifs à l'appui du principe de l'exécution ininterrompue de la peine sont énumérés ainsi par le TF: le besoin de protection de la société; le respect de l'effectivité des peines «dans un but de prévention générale et spéciale»; la défense de la crédibilité du système pénitentiaire; la gravité des infractions pour lesquelles le détenu a été condamné, à la fois «révélatrices de la dangerosité de leur auteur» et du risque de récidive «pendant la période d'élargissement»; enfin, le respect du principe de l'égalité entre condamnés dans la répression³⁶. Relativement à l'art. 92 CPS, le TF conclut que, bien que l'état de santé du recourant soit «sans conteste mauvais», il n'est pas incompatible avec la détention ni n'est mis sérieusement en danger par elle³⁷ et, par conséquent, que le motif de santé, même grave, n'est pas propre à permettre une interruption de la peine.

En ce qui concerne les griefs d'atteinte à la dignité humaine et de violation de l'interdiction des peines ou traitements inhumains ou dégradants, le TF a conclu qu'ils étaient infondés, après avoir évalué les trois éléments-clés pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir: l'état de santé du détenu et le risque médical que lui fait courir le maintien de l'exécution de sa peine (ci-dessus); la qualité des soins qui lui sont dispensés, qui ne peut être contestée en l'espèce vu l'hospitalisation régulière du détenu à l'unité cellulaire des hôpitaux universitaires de Genève, où l'on ne peut pas retenir «qu'il n'y bénéficierait pas de soins auxquels il pourrait avoir accès en liberté»³⁸; et l'intérêt public au maintien de la détention: à cet égard, le TF retient que le recourant a été condamné pour des crimes graves, au préjudice de sa fille adoptive, qui avait 8 ans lors des premiers actes, qui ont duré encore de nombreuses années, faits qu'il n'a jamais reconnus et dont les derniers ne sont pas si anciens; enfin, qu'au printemps 2013, «le recourant n'avait effectué qu'un peu plus d'un tiers de sa peine»³⁹.

Ainsi, malgré l'âge avancé de ce détenu (presque 90 ans lors de la décision du TF), atteint d'un cancer en phase terminale «provoquant un syndrome douloureux marqué au niveau de la colonne vertébrale et des épaules»⁴⁰, un état très affaibli de démence et de grave dépression et une mobilité de marche limitée à moins de 20 mètres, le Tribunal fédéral s'est montré inflexible. Cet arrêt, qui n'est pas isolé⁴¹ mais qui concerne toutefois une situation extrême, illustre en l'espèce une position sécuritaire extrêmement forte de la justice pénale, en vertu de laquelle doivent primer «l'intérêt public à

³⁴ TF 6B_504/2013 du 13.09.2013.

³⁵ Cons. 2.1.3.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ A fin janvier 2013, le certificat médical de l'unité cellulaire des HUG estimait la survie du recourant entre 10 et 18 mois (cons. 2.4.1.).

³⁸ Cons. 2.4.1.

³⁹ Cons. 2.4.2.

⁴⁰ Cons. 2.4.1.

⁴¹ Cf. également les arrêts 6B_580/2010 et 1B_149/2011.

préserver la crédibilité du système pénitentiaire, l'effectivité des peines et l'égalité dans la répression...»⁴². Le message est donc clair: la normalisation de la vie en prison, c'est aussi y faire de vieux os et y mourir. *Dura lex, sed lex!*

G. Critiques politiciennes de l'arrêt du Tribunal fédéral relatif à l'internement à vie

En novembre 2013, juste après la publication du premier arrêt du Tribunal fédéral cassant une décision de condamnation à la mesure de l'internement à vie⁴³, le Conseiller national CHRISTOPHE DARBELLAY (PDC / Valais) a déclaré: «Cette décision me laisse sans voix!». Mais le politicien s'est vite remis de son aphonie, ajoutant dans un second souffle que cette décision est scandaleuse et que les juges fédéraux bafouent la volonté populaire en coupant les cheveux en quatre... Malheureusement, ce parlementaire semble méconnaître les rôles respectifs des pouvoirs législatif et judiciaire: chaque fois que le Parlement adopte un texte de loi comprenant une notion juridique indéterminée, comme en l'espèce celle d'auteur «qualifié de *durablement non amendable*» par l'art. 64 al. 1bis lit. c CPS⁴⁴, il appartient ensuite à la doctrine et surtout à la jurisprudence d'apporter une interprétation uniforme et stable de cette notion. C'est ce qu'a fait – partiellement – le Tribunal fédéral, en considérant que les avis des deux experts psychiatres qui ont estimé qu'une thérapie de l'assassin de Lucy T. n'avait aucune chance de succès au moins dans les 20 ans à venir ne permettent pas de qualifier l'auteur de «durablement non amendable».

«L'indépendance du juge ... doit être assurée de manière absolue, aussi bien à l'égard du pouvoir exécutif que du pouvoir législatif.»⁴⁵ À chacun son rôle, à chacun ses responsabilités et surtout sans dénigrement démagogique de l'autorité de la justice par un représentant d'un autre pouvoir (et *vice versa*): cette dé-légitimation publique des autorités d'un Etat de droit – dont raffolent les médias – ne peut que faire le lit du populisme.

VI. Conclusion

«Rappelons que pour Hegel la peine est «un droit par rapport au criminel lui-même» car en le punissant «on l'honore comme un être raisonnable». Or cet honneur ne lui est pas accordé «s'il n'est considéré que comme une bête nuisible qu'il faut mettre hors d'état de nuire...»»⁴⁶

La politique pénale contemporaine est – ou est redevenue – dominée par l'intention de l'intimidation, de la dissuasion, voire de la neutralisation et par le désir de satisfaction et

⁴² Cons. 2.4.3.

⁴³ TF 6B_93/2013 du 22.11.2013.

⁴⁴ En français: «l'auteur est qualifié de *durablement non amendable*, dans la mesure où la thérapie semble, à *longue échéance*, vouée à l'échec». En allemand: «Der Täter wird als *dauerhaft therapierbar* eingestuft, weil die Behandlung *langfristig* keinen Erfolg verspricht». En italien: «L'autore è considerato *durevolmente refrattario alla terapia*, poiché il trattamento non ha prospettive di successo *a lungo termine*».

⁴⁵ PIQUEREZ GÉRARD, MACALUSO ALAIN, *op. cit.*, 2011, p. 228 (§ 656).

⁴⁶ DELMAS-MARTY MIREILLE, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, Paris 2010, p. 25.

de vengeance des victimes, réelles ou virtuelles. MIREILLE DELMAS-MARTY fait à ce sujet l'hypothèse «d'un effet indirect des attentats du 11 septembre 2001 qui auraient en quelque sorte libéré les responsables politiques, symboliquement et juridiquement, de l'obligation de respecter les limites propres à l'Etat de droit»⁴⁷.

Les pressions publiques se font insistantes dans nos sociétés et elles préconisent le choix de solutions apparemment simples ou délibérément simplifiées et simplistes. Mais le Palais fédéral n'est tout de même pas le «Stamm» de la Croix fédérale... Pourtant le Conseiller aux Etats ROBERT CRAMER (Verts / Genève) dénonce lui-même «un amateurisme parlementaire», des parlementaires fédéraux mal organisés, qui ne respectent pas les décisions prises par les commissions. Selon ce sénateur, beaucoup d'interventions «sont dignes du café du Commerce ... il faut retrouver un peu de sagesse et de bon sens au sein de l'Assemblée fédérale, en préparant mieux ses dossiers et en évitant de multiplier les interventions»⁴⁸.

Dans ce contexte, le risque est grand que les responsables politiques et judiciaires s'orientent vers de mauvaises réponses qui, dans le but de renforcer la sécurité publique, aboutissent à élever l'exception au rang de règle générale, à savoir le condamné «dangereux» comme prototype de tous les délinquants. Nous sommes pleinement d'accord avec KELLENS lorsqu'il affirme qu'il faut être conscient de la portée de ses choix: «Il faut savoir que la violence des moyens est un élément d'une société violente. Il faut savoir que l'enfermement est un élément d'une société fermée. Les choix sont étroitement liés. Ils se libèrent ou s'étranglent mutuellement»⁴⁹. Et la voie de la sécurité à tout prix est liberticide.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁸ Interview parue dans *Le Temps*, 30.12.2013.

⁴⁹ KELLENS GEORGES, *Précis de pénologie*, Faculté de droit, Liège 1991, p. 303.