



**Le Conseil d'Etat**

4678-2020

Département fédéral de justice et police  
Madame Karin Keller-Sutter  
Conseillère fédérale  
Palais fédéral Ouest  
3003 Berne

**Concerne : consultation concernant la modification du code pénal et du droit pénal des mineurs (Train de mesures - Exécution des sanctions)**

Madame la Conseillère fédérale,

Notre Conseil fait suite à votre courrier du 6 mars 2020 concernant le projet de modification susmentionné et vous en remercie.

Après avoir analysé avec attention les modifications proposées, nous avons l'honneur de vous faire part de nos commentaires, figurant ci-dessous.

En ce qui concerne l'**avant-projet 1** (modification du code pénal, CP), le Conseil d'Etat n'est pas convaincu par le renforcement des mesures de contrôle et d'accompagnement (assistance de probation et règles de conduite) au terme de l'exécution d'une peine ou d'une mesure. En effet, cette modification semble ne pas tenir compte des principes de réinsertion sociale et de désistance, ancrés à l'article 75, alinéa 1 CP, qui doivent guider les autorités et juridictions chargées de l'application du droit pénal, en particulier de l'exécution des sanctions pénales. La prolongation illimitée, proposée dans cet avant-projet, semble particulièrement disproportionnée, puisqu'elle éloignera la perspective d'une réinsertion sociale et stigmatisera à long terme les personnes condamnées.

En outre, le Conseil d'Etat n'adhère pas au fait que ces mesures de contrôle et d'accompagnement soient réservées déjà lors du jugement de fond, dans la mesure où il exige du juge qu'il envisage, déjà lors de la condamnation, les besoins qui existeront le cas échéant au terme de l'exécution, ce qui est difficilement envisageable, notamment dans les cas de longues peines. De plus, ce procédé a notamment le défaut de ne prendre en considération ni l'évolution future de la personne concernée, ni le travail de réhabilitation et de réinsertion effectué tout le long de l'exécution de la sanction pénale.

Par ailleurs, notre Conseil déplore le fait qu'en raison de la densité de ce projet, laquelle s'explique par le fait que le sujet est complexe, la marge de manœuvre des tribunaux est réduite. Une relecture, visant à alléger les listes de conditions imposées serait opportune.

En revanche, le Conseil d'Etat salue la modification des dispositions relatives à la composition et à la saisine de la commission d'évaluation de la dangerosité (CED), la loi gagnant ainsi en clarté. Il déplore toutefois un alourdissement de la procédure qu'induirait des cas de saisine trop nombreux et pas toujours opportuns, ni proportionnés. Les compétences nouvellement attribuées à la CED paraissent trop étendues et se substituerait à celles dévolues à l'autorité d'exécution. En outre, exiger que la CED se prononce sur un ensemble d'allègements au début de l'exécution de la sanction pénale ne paraît pas pertinent, la personne concernée n'ayant pas encore entamé son travail de réinsertion. Il est préférable que la CED puisse se prononcer sur chaque allègement, pour que sa mission d'évaluation de la dangerosité garde son sens.

Enfin, le Conseil d'Etat salue l'adoption d'une disposition claire relative à l'unification du calcul de la durée des mesures thérapeutiques privatives de liberté, laquelle vient combler un vide juridique.

En ce qui concerne l'**avant-projet 2** (modification du droit pénal des mineurs, DPMIn), le Conseil d'Etat n'est pas persuadé de l'efficacité de la réglementation proposée relative à la possibilité d'ordonner une mesure pour adultes à l'issue d'une sanction du DPMIn.

Les modifications envisagées pourraient être contreproductives, tant pour la motivation du mineur que pour les intervenants qui le prennent en charge. Il est imposé au tribunal des mineurs de faire un premier pronostic et de se prononcer sur le degré de dangerosité du mineur, au travers notamment de la réserve formulée dans le jugement de condamnation. Or, il est difficile d'établir un pronostic futur, lequel a une durée limitée dans le temps et ce d'autant plus pour des mineurs, dont l'évolution peut fluctuer de manière importante, contrairement aux adultes.

L'argument selon lequel ces dispositions visent à combler les lacunes en matière de sécurité causées par l'absence dans le DPMIn de mesures spécifiques destinées à protéger les tiers, n'emporte pas la conviction. Ces mesures vont à l'encontre des principes de protection et d'éducation du mineur, ancrés à l'article 2, alinéa 1 DPMIn.

Enfin, pour ce qui est de l'analyse détaillée des différentes dispositions, nous vous prions de bien vouloir vous référer au document ci-annexé.

En vous remerciant d'avoir consulté la République et canton de Genève, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Michèle Righetti

Le président :



Antonio Hodgers

Annexe mentionnée

Copie à : [annemarie.gasser@bj.admin.ch](mailto:annemarie.gasser@bj.admin.ch)

## ANNEXE

### **I) Avant-projet 1 concernant les modifications apportées au code pénal (CP)**

#### **Article 41a CP**

Il est difficile pour un juge d'envisager, lors de la condamnation, les besoins qui existeront le cas échéant au terme de l'exécution, particulièrement dans les cas des longues peines. Dans ce sens, la réserve de l'assistance de probation et des règles de conduite lors du jugement au fond ne tient pas suffisamment compte de l'évolution future de la personne détenue, ni du travail effectué tout le long de l'exécution de la peine privative de liberté, en vue de la réinsertion sociale de la personne concernée. Il peut par ailleurs s'avérer que certaines règles de conduite réservées initialement dans le jugement au fond n'aient plus de sens à l'issue de l'exécution de la peine privative de liberté, ou à l'inverse, que d'autres règles de conduite que celles réservées dans le jugement de fond, devraient être mises en place à l'issue de l'exécution de la peine.

La disposition légale n'énonce pas avec quel degré de précision le juge du fond réserve les règles de conduite et l'assistance de probation. Toutefois, il devrait se contenter de les réserver dans leur principe, sans autre précision, car la personne condamnée se trouve à un stade très précoce de l'exécution de sa peine, n'ayant pas encore débuté son travail de réinsertion. Au besoin, le juge compétent en matière de décisions judiciaires ultérieures indépendantes (à Genève, le TAPEM) détaillera le contenu des règles de conduite et de l'assistance de probation, lorsqu'il examinera la libération conditionnelle, ou encore à la fin de l'exécution de la peine, lorsqu'il devra déterminer si les règles de conduite et l'assistance de probation, telles que réservées par le juge du fond, doivent être mises en place.

A cet égard, il convient de rappeler que, ni les mesures pour lesquelles le suivi post-libération est inscrit dans la loi, ni l'article 87 alinéa 3 CP qui permet de prolonger les règles de conduite et l'assistance de probation au-delà du délai d'épreuve initial en cas de libération conditionnelle, ne nécessitent une quelconque réserve dans le jugement initial.

Sur un plan strictement cantonal, la mise en œuvre de cette disposition engendrera des coûts financiers, à travers l'engagement de personnel supplémentaire, puisque la mission du service de probation et d'insertion (SPI) sera étendue.

En outre, il sied de relever que le juge ne pourra vraisemblablement pas réserver dans son jugement des règles de conduite et l'assistance de probation, à la faveur des personnes non domiciliées en Suisse. En effet, dans le canton de Genève, actuellement, les personnes non domiciliées en Suisse ne bénéficient pas de l'assistance de probation. Cette nouvelle disposition pourrait potentiellement conduire le juge, dans des cas limites, à ne pas émettre de réserve pour ces personnes non domiciliées en Suisse, lesquelles feraient l'objet d'une expulsion du territoire suisse au terme de l'exécution de leur peine privative de liberté.

Enfin, les articles 67 à 67e du Code pénal prévoient déjà la possibilité de prendre des mesures sous forme d'interdiction après la libération. Or, ces articles sont peu utilisés, en pratique.

Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat s'oppose à l'introduction d'une réserve de l'assistance de probation et des règles de conduite au terme de l'exécution d'une peine privative de liberté.

**Article 57a CP**

Cette nouvelle disposition permet de combler un vide juridique en matière de calcul de la durée des mesures thérapeutiques, cristallisant ainsi de manière claire les règles définies par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Toutefois, faire démarrer l'exécution de la mesure au moment de l'entrée en force du jugement au fond peut poser des difficultés, en pratique, si la personne concernée ne peut être placée dans un établissement adapté, faute de place disponible (en cas de longue attente, il est possible que la mesure ne puisse pas véritablement être exécutée, notamment pour les personnes au bénéfice de mesures au sens des articles 60 CP et 61 CP, dont les durées maximales sont plus courtes). A noter que la même difficulté pratique se pose dans les cas d'exécution anticipée de la mesure.

**Article 62, alinéa 4, lettre b et alinéa 5 CP**

La possibilité de prolongation illimitée des règles de conduite et de l'assistance de probation, prévue à l'article 62, alinéa 4, lettre b, paraît disproportionnée. Il faudrait instaurer une limitation à cette possibilité de prolongation. Cette possibilité devrait constituer une mesure exceptionnelle à disposition du juge, tant elle est contraignante et intrusive pour la personne concernée et pourrait décourager les efforts de réinsertion entrepris. Il sied également de relever le risque potentiel « d'institutionnalisation » des personnes suivies sur le long terme, qui pourrait avoir un effet contreproductif, sous l'angle strict de la réinsertion sociale des personnes condamnées.

En outre, on ne comprend pas le sens de la prolongation illimitée des règles de conduite et de l'assistance de probation pour les personnes qui auront bénéficié de libération conditionnelle et pour lesquelles le TAPEM a estimé que le risque de récidive était suffisamment contenu dans le cadre d'une libération.

Sur un plan strictement cantonal, la mise en œuvre de cette disposition engendrera des coûts financiers, à travers l'engagement de personnel supplémentaire, puisque la mission SPI sera étendue.

**Article 62c CP**

Pas de commentaire particulier.

**Article 62d CP**

Cette disposition mentionne à deux reprises que l'autorité d'exécution prend une décision. La formulation est adéquate dans le texte actuellement en vigueur. Elle ne le sera plus si l'autorité d'exécution doit demander au juge de lever la mesure. Elle n'est par exemple pas reprise à l'article 63a alinéa 1 AP-CP.

Sur ce point, il semble important de préciser qu'à Genève, c'est la même autorité qui a la compétence pour lever une mesure existante et en prononcer une nouvelle, ainsi que pour la modification ou la prolongation de la mesure (à savoir le TAPEM).

Le déplacement de la partie de la disposition concernant la commission d'évaluation de la dangerosité (CED) anciennement ancrée à l'article 62d alinéa. 2 CP à l'article 91a AP-CP, est à saluer, car la loi gagne en clarté.

### **Article 62e CP**

La procédure sera alourdie et ralentie par la saisine systématique de la CED dans les cas énumérés.

La saisine systématique de la CED pour ordonner le placement initial des personnes au bénéfice d'une mesure au sens de l'article 59, alinéa 2 CP dans un établissement ouvert, n'est pas justifiée, car le juge du fond vient de se prononcer (dans le dispositif du jugement) sur le lieu d'exécution de la mesure envisagé et l'autorité d'exécution peut statuer sur cette base, notamment après avoir accordé au condamné le droit d'être entendu. La CED ne disposerait donc pas d'élément supplémentaire par rapport au juge du fond, qui justifierait sa saisine dans ce cas de figure.

Par ailleurs, une telle modification (article 62e, lettre a) générerait des difficultés pour la CED, qui ne connaît pas toutes les institutions socio-éducatives pratiquant le milieu thérapeutique institutionnel (type de prise en charge). De plus, les régimes de congé faisant partie de la prise en charge thérapeutique devraient aussi être examinés par la CED avant d'ordonner un placement en milieu ouvert. La mise en œuvre de cette disposition demandera donc aux commissaires d'approfondir leurs connaissances et aux autorités d'exécution de fournir davantage d'informations, ce qui alourdira la procédure de manière conséquente.

Avec cette nouvelle disposition instaurant des cas de saisines automatiques de la CED, on assiste à une multiplication des garde-fous (à Genève, la procédure implique un triple regard, de la direction juridique de l'office cantonal de la détention, de la CED et du Ministère public) et la procédure relative à l'octroi d'allègements pour les mesures s'alourdit davantage.

Le fait, pour la CED, de se prononcer une fois sur le plan d'exécution de la sanction pénale (PES), au début de l'exécution de la sanction, ne paraît pas adéquat car les changements dans l'évolution du parcours de l'auteur ne peuvent, de fait, pas être pris en considération au vu du stade très précoce de l'exécution de la mesure.

Il serait préférable que la CED puisse se prononcer sur les différents allègements de manière individuelle, le PES ne contenant pas toujours toutes les étapes de progression, ni toutes les mesures d'encadrement pour les sorties, lesquelles peuvent apparaître par la suite dans un bilan de phase notamment. Le PES ne se veut pas exhaustif, il constitue un outil évolutif en fonction de la progression de la personne concernée, dans lequel figurent les grandes étapes de ladite progression, laquelle dépend souvent de la prise en charge thérapeutique de l'auteur, s'agissant particulièrement des mesures. Une saisine pour l'ensemble des allègements selon le PES affaiblirait le dispositif d'évaluation de la dangerosité, qui doit procurer une image à l'instant « T », au fur et à mesure des allègements, en suivant la planification contenue dans les PES et les bilans de phase.

La disparition de la notion juridique indéterminée de « doute » au profit d'une saisine systématique de la CED constitue un avantage, qu'il sied de relever. Le cadre est ainsi plus clair, puisqu'il n'y aura plus de place pour une saisine conditionnée à un doute résiduel chez l'autorité d'exécution, sauf en matière de levée de la mesure (cf. lettre c).

### **Article 62f CP**

L'article 62f, alinéa 1, lettre a devrait être plus précis et complété dans le sens des explications contenues dans le rapport explicatif, à savoir qu'il est attendu que le condamné ait été privé de sa liberté pour au moins deux ans, notamment en lien avec l'article 41a, alinéa 1, lettre b CP.

L'article 62f, alinéa 6 prévoit la possibilité de prolongation illimitée des règles de conduite et de l'assistance de probation, ce qui semble disproportionné. Il faudrait limiter la possibilité de prolongation, laquelle devrait constituer une mesure exceptionnelle, tant elle est contraignante pour la personne concernée et aurait tendance à la pénaliser en la stigmatisant, sur le long terme.

Avec la possibilité de prolongation illimitée des règles de conduite et de l'assistance de probation, on se trouve à l'intersection des mandats pénal et civil. Sur le plan cantonal, la mise en œuvre de cette disposition engendrera des coûts financiers, à travers la création d'une nouvelle catégorie d'intervenants sociaux, puisqu'on modifie la mission première du SPI avec ce nouveau mandat hybride.

### **Article 63a, alinéas 1 et 2 CP**

Pas de commentaire particulier.

### **Article 64, alinéa 5 CP**

Le cas de saisine obligatoire de la CED, prévu par cette disposition, peut se justifier pour les personnes internées au sens de l'article 64 CP. Une augmentation très légère des cas de saisine de la CED en résultera, en raison du nombre peu élevé de personnes internées dépendant des autorités genevoises.

Cependant, l'article 84, alinéa 6bis de l'avant-projet prévoit l'exclusion de tout congé non accompagné (par du personnel pénitentiaire ou policier) pour toute personne internée au sens de l'article 64 CP. Ainsi, la dangerosité est déjà contenue par l'encadrement imposé par l'article 84, alinéa 6bis et il n'est pas nécessaire d'ajouter à cela une saisine obligatoire et systématique de la CED pour une sortie accompagnée par du personnel sécuritaire.

### **Article 64a CP**

Pas de commentaire particulier.

### **Article 64b, alinéa 2, lettre c et alinéa 3 CP**

La modification semble proportionnée, notamment dans la mesure où l'examen sur demande de la personne concernée sera toujours possible.

Le texte de l'alinéa 3 mentionne « l'autorité d'exécution », alors qu'il serait plus adéquat d'utiliser la terminologie de l'alinéa 1 (« autorité compétente »).

### **Article 65a CP**

L'autorité d'exécution serait favorable à l'introduction de cette nouvelle compétence, lui permettant de recourir.

Cela étant en droit suisse, le garant de l'action publique n'est pas l'autorité – souvent administrative – de l'exécution, mais bien le Ministère public. C'est pour cela qu'en matière d'exécution des peines et des mesures, l'accusateur public s'est vu reconnaître la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral aux conditions posées par l'article 81 alinéa 1 lettres a et b chapitre 3 LTF. Il dispose ainsi également de la qualité de partie devant l'autorité cantonale précédente (cf. article 111 LTF). A cet égard, le Tribunal fédéral a précisé : « On ne voit d'ailleurs pas qui, hormis le Ministère public, serait le garant des intérêts publics (cf. ATF 124

IV 106 consid. 1 p. 107 ; cf. également PIERRE FERRARI, in Commentaire de la LTF, 2ème éd. 2014, no 30 ad art. 81 LTF) » (TF 6B\_1313/2019 du 29 novembre 2019, c. 3.2.).

Contrairement à ce qu'indique l'OFJ dans son rapport explicatif, il n'est pas « très rare que le Ministère public soit directement impliqué dans l'exécution des sanctions » (p.15). Dans le canton de Genève, toutes les demandes de l'autorité d'exécution visant à la saisine du tribunal d'application des peines et des mesures sont adressées au Ministère public, qui saisit le tribunal. De même, le Ministère public se voit notifier toutes les décisions d'allègement, ce qui lui permet de recourir lorsqu'il s'y estime fondé. La vision de l'OFJ ne s'applique dès lors en aucun cas au canton de Genève.

En outre, confier la qualité pour recourir à l'autorité d'exécution reviendrait en définitive à faire coexister deux droits de recours des autorités. L'OFJ en est conscient, puisqu'il indique à ce propos : « il serait opportun que les autorités légitimées à recourir se consultent » (p. 32). Ce système n'est pas convenable ; soit deux autorités défendent chacune leur vision et elles ont la possibilité de recourir de façon indépendante l'une de l'autre, soit on admet que devant les tribunaux, seul le Ministère public défend l'intérêt public, qui coïncidera le plus souvent, mais pas toujours, avec la position de l'autorité d'exécution.

Le Conseil d'Etat s'oppose dès lors à l'élargissement de la qualité pour recourir à l'autorité d'exécution.

#### **Article 75a, alinéas 1 et 3 CP**

La notion de « *danger pour la collectivité* » a été supprimée au profit du terme de « *dangerosité* », au motif notamment qu'un auteur peut se révéler dangereux uniquement pour un cercle restreint de personnes (par exemple, contre son ou sa partenaire ou un membre de sa famille dans le cas de violence domestique). Toutefois, celui qui a commis des violences domestiques sera par exemple un danger pour sa compagne, mais le sera aussi potentiellement pour la collectivité compte tenu de son potentiel de violence. Il est donc difficile de faire la différence. Par ailleurs, une notion large de la dangerosité (tenant compte des victimes directes par exemple dans l'entourage et des victimes potentielles dans la collectivité) est déjà prise en compte par les acteurs du terrain, notamment la CED.

Cette modification de l'article 75a CP peut être interprétée comme ayant pour but de garder encore davantage sous contrôle les personnes condamnées.

En ce qui concerne l'alinéa 3, la modification du CP prévoit deux articles 91a et 91b, sur lesquels il sera revenu plus loin.

#### **Article 84, alinéas 6bis et 6ter CP**

Ces dispositions interdisent les sorties non accompagnées aux personnes internées, respectivement internées à vie, durant l'exécution de la peine qui précède cet internement. Certes, la libération conditionnelle de cette peine n'est possible qu'à des conditions restrictives (article 64 alinéa 2 et 3 CP), mais dans le cas d'un condamné qui évolue favorablement, il devrait toutefois être possible de mettre en place un régime progressif de l'exécution de la peine. Des sorties non accompagnées sont dès lors nécessaires, afin d'éviter les « sorties sèches ». Cette modification est donc contraire à l'esprit de l'article 64, alinéas 2 et 3 CP, ainsi qu'à l'objectif de réinsertion prévu à l'article 75 CP.

Par ailleurs, l'accompagnement des personnes peut être effectué par d'autres catégories de personnel sécuritaire que celles mentionnées dans le rapport explicatif, en particulier des assistants de sécurité publique armés.

### **Article 89a CP**

La réserve de l'article 41a de l'avant-projet ne semble pas pertinente si un juge doit de toute manière se prononcer au terme de l'exécution de la sanction pénale. Cela augmenterait le travail des tribunaux de manière inutile. A cet égard, les remarques faites, ci-dessus, en relation avec l'article 41a de l'avant-projet valent également pour l'article 89a de l'avant-projet, puisqu'il s'agit de conditionner la possibilité pour le juge d'ordonner une assistance de probation et des règles de conduite à l'existence d'une réserve dans le jugement initial.

Par ailleurs, selon le rapport explicatif, l'autorité d'exécution doit déposer sa requête auprès du juge avant que le condamné n'ait purgé l'entier de la peine privative de liberté ou avant le terme du délai d'épreuve. Cette étape s'ajoute à la saisine du juge pour la libération conditionnelle et augmentera la charge administrative de l'autorité d'exécution, qui devrait saisir à plusieurs reprises le juge.

De manière plus générale, cette disposition s'applique uniquement en cas de réserve de l'article 41a CP. Rien n'est prévu pour les suivis après l'exécution de la peine ou après la fin du délai d'épreuve dans le cas où les règles de conduite ou l'assistance de probation se justifient et que le juge du fond n'a rien réservé. Cela reviendra à ce que le juge du fond émette systématiquement une réserve quand les conditions sont remplies, par précaution. Une telle conséquence ne semble pas celle souhaitée par le législateur.

De surcroît, ce système semble rendre inutile la prolongation du délai d'épreuve. La relation entre les deux systèmes (prolongation du délai d'épreuve et prononcé d'une règle de conduite ou d'une assistance de probation selon l'article 89a) n'est d'ailleurs pas explicitée dans le rapport explicatif.

Concernant l'alinéa 2, lettre b, si la personne condamnée représente un danger pour la collectivité, l'autorité d'exécution devrait solliciter le prononcé ultérieur d'une mesure thérapeutique (si les conditions en sont remplies, cf. article 65 CP). Il serait illusoire de croire qu'une assistance de probation ou des règles de conduite pallieraient ce risque.

Concernant l'alinéa 4, la question de l'utilité de définir des interdictions se pose, car généralement, le juge du fond aura déjà prononcé ce type d'interdiction au sens des articles 67 et suivants CP.

De plus, le nombre de personnes suivies par l'autorité de probation augmentera fortement en raison du prononcé des assistances de probation et des règles de conduite pour des personnes qui ne sont pas au bénéfice d'une libération conditionnelle.

Ce d'autant plus que, comme prévu par l'alinéa 6, il existe une possibilité de prolongation illimitée des règles de conduite et de l'assistance de probation. Une telle prolongation devrait être limitée dans le temps et constituer une exception, tant elle est contraignante pour la personne concernée. En l'état actuel du texte, la prolongation paraît disproportionnée et reviendrait à un contrôle à vie et à une déresponsabilisation des personnes suivies. A noter aussi que ce type de suivi à long terme s'apparente en réalité à une curatelle du droit civil et risque de faire doublon avec le suivi effectué par les autorités de protection de l'adulte.

### **Article 90, alinéas 1, 1bis et 4bis AP-CP**

Les alinéas 1 et 1bis n'appellent pas de commentaires particuliers. Quant à l'alinéa 4bis, il sied de se référer au commentaire de l'article 84, alinéa 6bis AP-CP.

### **Article 91a AP-CP**

La teneur de l'alinéa 1 permet d'étendre la liste des experts de la CED, ce qui constitue un point positif. Toutefois, sur un plan strictement cantonal, cela pourrait générer une augmentation des cas de récusation. En effet, avec cette extension, il pourrait arriver qu'un membre de la CED ait déjà été impliqué dans le dossier de l'auteur, à un autre titre, comme par exemple sa participation à la rédaction du PES ou qu'il ait rendu une expertise ou une évaluation criminologique. A l'inverse, une personne ayant suivi le dossier en tant que membre de la CED ne pourrait plus se charger du suivi de l'exécution de la sanction pénale.

En ce qui concerne l'alinéa 2, on peut regretter l'absence de renvoi au catalogue des infractions de l'article 64 CP comme l'actuel article 62c alinéa 2 CP. De plus, la formulation laisse à penser que la CED pourrait être saisie systématiquement et ce, sans distinction des personnes ayant commis des infractions au sens de l'article 64 CP et les autres. Elle ne précise pas que cette saisine est de cas en cas obligatoire et de cas en cas facultative. Une formulation plus neutre serait préférable, telle que : « Elle apprécie la dangerosité de l'auteur et fournit un préavis motivé lorsque le présent code le prévoit ».

L'alinéa 3 étend les compétences de la CED. A teneur dudit alinéa, la CED pourrait également se déterminer quant aux modalités d'exécution des allègements favorablement préavisés. Or, l'appréciation de la dangerosité de la personne condamnée se fait au regard du contexte et des modalités d'exécution envisagées. De ce fait, sans les connaissances nécessaires des modalités possibles de mise en œuvre sur le terrain, la CED se prononcerait « in abstracto », ce qui ne ferait pas de sens.

Par ailleurs, cette nouvelle compétence empièterait sur celle de l'autorité d'exécution qui est plus à même de prévoir les modalités d'exécution d'un allègement, notamment au vu des connaissances du terrain et des contacts avec les différents interlocuteurs.

En ce qui concerne l'alinéa 4, il ne précise pas les connaissances spécifiques nécessaires à la tâche des membres de la CED. Le renvoi fait au rapport explicatif du Conseil fédéral n'apporte aucune clarification. Enfin, concernant le profil des membres de la CED issus du milieu professionnel de la psychiatrie, il convient de relever que la spécialisation en psychiatrie forensique n'est que depuis peu accessible en Suisse latine.

Quant à l'alinéa 5, l'introduction du devoir de récusation étendu à tous les membres de la CED est à saluer.

### **Article 91b AP-CP**

Il est salubre d'avoir supprimé le risque de fuite comme élément constitutif de la dangerosité. En effet, contrairement au risque de récidive, le risque de fuite n'est pas un indicateur de la dangerosité. Cela étant, le risque de fuite devra être un paramètre à prendre en considération, indépendamment de la dangerosité, lors d'octroi d'allègements ou de placement en milieu ouvert par exemple.

On peut s'étonner qu'à l'occasion de cette révision, la question de l'exportation d'une dangerosité concernant les personnes condamnées et renvoyées ou expulsées judiciairement dans leur pays d'origine, n'ait pas été évoquée. En effet, lors de l'examen de la libération conditionnelle, il n'est pas possible d'assurer réellement la prise en charge au retour dans le pays d'origine, ce qui peut conduire à favoriser une récidive ou même un retour en Suisse.

### **Article 93 AP-CP**

D'un point de vue cantonal, la suppression des alinéas 2 et 3 est salutaire, car cela permet de clarifier l'intégration de l'autorité de probation au sein de l'office cantonal de la détention, au même titre que l'autorité d'exécution. Cela permet en outre de spécifier que les collaborateurs de l'autorité de probation sont soumis au même secret de fonction que les autres fonctionnaires et qu'ils peuvent échanger des informations avec l'autorité d'exécution, les établissements pénitentiaires et les autres acteurs de l'exécution des sanctions pénales.

### **Article 94 AP-CP**

La teneur de l'alinéa 1, soit le fait de pouvoir ordonner des règles de conduite après l'exécution de la sanction pénale, s'apparente à une double peine. Par ailleurs, la bonne exécution des règles de conduite semble illusoire. En effet, le présent article vise le cas de personnes n'ayant pas obtenu la libération conditionnelle, ce qui laisse présager le manque d'engagement de leur part dans la cadre de l'exécution desdites règles.

L'alinéa 2 n'appelle pas de commentaires particuliers.

Le Conseil d'Etat est opposé à l'alinéa 3 de l'article 94 AP-CP, qui exige, lorsqu'une règle de conduite porte sur des soins médicaux ou psychologiques (au sens de l'alinéa 2 lettre c) que le juge ou l'autorité d'exécution se fonde sur une expertise. Une telle exigence marquerait un important recul de la prévention de la récidive en matière de petite délinquance, dans tous les nombreux cas où l'instruction n'a pas nécessité la mise en œuvre d'une expertise. On pense en particulier au domaine des violences domestiques, où il est fréquent que le juge, sous l'emprise du droit actuellement en vigueur, impose un suivi psychologique à titre de règle de conduite. Cet instrument pratique et utile disparaîtrait en cas d'adoption de l'article 94 alinéa 3 AP-CP, ce qu'il y a lieu d'éviter à tout prix. De plus, la question de l'utilité d'une expertise médicale au sens de l'article 56, alinéa 3 CP se pose pour le prononcé d'une règle de conduite, notamment pour le lieu de séjour. Une telle expertise est coûteuse et prend du temps. Un tel procédé alourdirait la procédure.

A teneur de l'alinéa 4, sur un plan strictement cantonal, l'utilisation d'un appareil technique fixé sur l'auteur engendrerait une charge supplémentaire et des coûts financiers importants pour les autorités de probation et d'exécution. Par ailleurs, la surveillance active n'est actuellement pas préconisée dans le cadre des réflexions menées par l'*Association electronic monitoring*. Une telle surveillance semble coûteuse et difficile à mettre en œuvre. L'utilisation d'un tel mécanisme peut limiter les risques, mais ne constituera pas une garantie à l'absence de récidive.

### **Article 95 alinéa 2 AP-CP**

Il conviendrait de clarifier l'articulation entre les articles 95 CP, 95 AP-CP et 95a AP-CP dans la mesure où, selon le rapport, l'article 95a AP-CP reprend, en partie, la formulation de l'article 95 alinéa 3 CP alors que ce dernier n'est pas abrogé.

Afin de déterminer les obligations, les interdictions, les autres conditions ou la prise en charge, l'autorité de probation devrait être consultée en amont du prononcé par le juge. En effet, l'autorité de probation pourrait apporter son analyse et les faisabilités ou non du suivi.

Enfin, avec une telle précision dans les modalités de prise en charge, il y a un risque de restreindre la mission d'accompagnement de l'autorité de probation. Son rôle consisterait davantage plutôt en un suivi qu'une assistance.

### **Article 95a AP-CP**

L'adoption d'une telle norme aurait des conséquences de nature financière notamment, au niveau cantonal. En effet, le mandat de l'autorité de probation serait élargi, ayant ainsi comme conséquence une augmentation des dossiers et de ce fait l'engagement de collaborateurs supplémentaires.

Avec l'adoption de l'alinéa 4, un alourdissement de la procédure est à prévoir avec l'examen annuel de l'éventuelle levée des règles de conduite et l'assistance de probation. Il serait dès lors opportun de supprimer l'examen annuel.

Enfin, le préavis de la CED semble alourdir également la procédure et étendrait son champ d'intervention. En effet, la CED devrait se prononcer sur les règles de conduites et l'assistance de probation, domaine qu'elle connaît peu.

Sur un plan strictement cantonal, la mise en œuvre de cette disposition engendrera des coûts financiers, au vu de l'augmentation de la charge de travail pour la CED, les autorités de probation et d'exécution.

### **Art. 81, alinéa 1, lettre b chiffre 8 AP-LTF**

Comme expliqué ci-dessus (cf. article 65a AP-CP), le Conseil d'Etat n'est pas favorable à l'octroi de la qualité pour recourir à l'autorité d'exécution.

### **Article 34a bis AP-CPM**

Le Conseil d'Etat n'est pas non plus favorable au système de la réserve pour les mineurs pour les raisons indiquées à l'article 41a AP-CP.

## **II) Avant-projet 2 modifications apportées au droit pénal des mineurs (DPMIn)**

### **A. Commentaires généraux**

Le Conseil d'Etat est en substance opposé à l'avant-projet relatif à la modification du droit pénal des mineurs. Il considère que le projet porte atteinte aux principes fondamentaux de la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (ci-après DPMIn), qui a pour fondement les principes d'éducation et de protection des mineurs dans un but de prévention spéciale. Il ne partage pas l'objectif mentionné dans l'exposé des motifs consistant à « relativiser les buts de protection et d'éducation qui sous-tendent le DPMIn », dès lors que ces buts constituent les piliers du droit pénal des mineurs, en conformité avec les principes de la convention relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

Le Conseil d'Etat estime que la situation des personnes ayant atteint l'âge de vingt-cinq ans dont la mesure de placement doit prendre fin selon l'article 19 alinéa 2 DPMIn ou dont la peine privative de liberté a été exécutée et qui, dans les deux cas d'espèce, compromettraient encore gravement la sécurité de tiers, reçoit actuellement une réponse adéquate, de par l'application de l'article 426 du Code civil, qui permet d'ordonner le placement à des fins d'assistance (PAFA) non seulement pour protéger la personne concernée mais également les tiers.

Il s'oppose au projet qui contraindrait l'autorité concernée ou le tribunal des mineurs à considérer le jour du jugement, avant même de pouvoir constater l'effet des sanctions qu'il prononcera, que celles-ci risquent d'être vouées à l'échec et qu'il y a donc lieu de prévoir la possibilité d'un internement en application du droit pénal des mineurs. Outre le fait que ce

raisonnement tend à son sens à violer l'interdiction du principe ne bis in idem, en autorisant une juridiction majeure à ordonner un internement à l'encontre d'une personne qui a déjà été jugée pour des actes commis alors qu'elle était mineure, cet avant-projet revient à faire porter au tribunal des mineurs la responsabilité d'anticiper que sa décision ne suffira pas à garantir le respect de l'ordre public, et ce malgré plusieurs années qui peuvent s'écouler entre le jugement pour les faits commis avant l'âge de dix-huit ans et la limite de vingt-cinq ans imposée par la loi.

La problématique évoquée, extrêmement rare, ne doit ainsi, de l'avis du Conseil d'Etat, pas être réglée par la modification des dispositions pénales énoncées mais bien plutôt en application des dispositions civiles, cas échéant en adaptant celles-ci par la mention expresse que le placement à des fins d'assistance peut être prononcé non seulement dans un but de protection envers la personne concernée mais également en raison d'un risque concret de mise en danger d'autrui.

Pour le surplus, le présent Conseil expose en détails, ci-dessous, ses commentaires et réserves article par article.

### **B. Commentaires article par article**

#### **Article 3, alinéas 2 et 3, article 4, 2ème phrase, article 12, alinéa 3 et article 13, alinéa 4 DPMIn**

Pas de commentaire particulier.

#### **Article 14, alinéa 2 DPMIn**

L'ajout formulé à cette disposition, de la possibilité de cumuler une interdiction d'exercer, une activité, une interdiction de contact ou une interdiction géographique, à un traitement ambulatoire, permet de combler une lacune de la loi et semble tout à fait pertinent.

#### **Article 15, alinéa 4 DPMIn**

Pas de commentaire particulier.

#### **Article 15a DPMIn**

De manière générale, la réserve formulée dans le jugement de condamnation reviendrait à « menacer » le mineur d'une privation de liberté sans date de fin, ce qui pourrait avoir comme conséquence de le décourager et amoindrirait l'espoir d'une possible réinsertion sociale en tant qu'adulte. Réserver une mesure du droit pénal des adultes paraît donc contreproductif à ce stade, tant pour la motivation du mineur que pour les intervenants qui assurent sa prise en charge.

Par ailleurs, la réserve formulée dans le jugement de condamnation semble aller à l'encontre de l'article 19, alinéa 2 DPmin qui prévoit que toutes les mesures prennent fin à l'âge de vingt-cinq ans. Il sied de souligner ici que le législateur avait relevé l'âge de vingt-deux ans à vingt-cinq ans, du fait notamment qu'à l'âge de vingt-deux ans, certains jeunes n'avaient pas encore terminé leur formation et ne disposaient pas des ressources nécessaires pour mener une existence structurée. D'autre part, ce relèvement de l'âge permet au mineur de bénéficier

plus longtemps de la mesure et d'en renforcer ses chances de succès (Petit commentaire, DPMIN Droit pénal des mineurs, 2019, art. 19 §25).

La réserve irait à l'encontre de l'esprit de la loi, dans la mesure où l'article 2, alinéa 1 DPMIN prévoit que la protection et l'éducation du mineur sont déterminantes dans l'application de la loi. Les autorités pénales doivent dès lors appliquer le droit pénal des mineurs en gardant à l'esprit ces deux principes fondamentaux. La possibilité de la réserve prévue à l'article 15a DPMIN paraît s'éloigner de l'esprit de l'article 2, alinéa 1 DPMIN et ainsi ne pas s'inscrire dans la volonté du législateur.

Une mesure de sécurité du droit pénal des mineurs serait plus cohérente, par exemple avec une extension de l'article 15, alinéa 2 DPMIN (cf. l'hypothèse envisagée dans le rapport explicatif, p. 58-59, notamment p. 59 avant-dernier §). Une autre possibilité pourrait être de prévoir que pour les personnes devenues majeures (mais qui continuent à exécuter une mesure du droit pénal des mineurs), l'autorité d'exécution puisse requérir, en cours d'exécution, le prononcé d'une mesure du droit pénal des adultes, suspendue durant l'exécution de la mesure au sens du droit pénal des mineurs.

La réserve de l'article 64 CP est disproportionnée, il n'est en effet pas encore possible d'affirmer qu'il serait sérieusement à craindre que le mineur commette d'autres infractions au vu de sa personnalité ou de son grave trouble mental, vu qu'il n'est pas possible, à ce stade, d'établir un pronostic fiable (cf. infra).

A tout le moins, la réserve de l'article 64 CP devrait être limitée à des infractions extrêmement graves.

Il est imposé au tribunal des mineurs de faire un premier pronostic et se prononcer sur le degré de dangerosité du mineur, mais il est difficile d'établir un pronostic futur, lequel a une durée limitée dans le temps et ce d'autant plus pour des mineurs, dont l'évolution peut fluctuer de manière importante, contrairement aux adultes. Il faudrait à tout le moins se baser sur une expertise (une telle condition n'est pas posée, alors qu'elle l'est pour le tribunal pénal qui devra ensuite prononcer une mesure au sens des articles 56ss CP) ou prévoir que cette première évaluation soit revue périodiquement.

L'instauration des mesures au sens des articles 59 CP à 61 CP et 64 CP pose notamment un problème en terme d'infrastructures, tant on sait que les places pour exécuter ce type de mesures sont limitées. Cet aspect n'a pas été évoqué dans le rapport explicatif, malgré son importance connue en pratique. Les places pour les mesures au sens de l'article 61 CP étant particulièrement peu nombreuses, il n'est pas exclu que cette mesure soit finalement modifiée au profit d'une mesure au sens de l'article 59 CP, faute de place disponible dans un établissement approprié. De ce fait, la réserve d'une mesure au sens de l'article 61 CP dans le jugement serait vidée de son sens.

La liste des infractions prévue à l'article 15a, alinéa 1, lettre a DPMIN paraît large, à savoir toutes celles pour lesquelles une peine privative de liberté d'au moins 3 ans a été prononcée, ainsi que les infractions listées aux 122 CP, 140, alinéa 3 CP et 184 CP, sous certaines conditions. Il faudrait limiter le catalogue de ces infractions.

La référence à l'alinéa 2bis de l'alinéa 3 est erronée, précisément il n'y a pas d'alinéa 2bis.

L'alinéa 3 mentionne « nouvelle infraction » sans l'adjectif « grave ». Si le législateur vise uniquement les infractions « graves » il faudrait alors le spécifier directement à l'alinéa 3. Le rapport explicatif donne comme exemple l'infraction de lésion corporelle grave non qualifiée.

Le rapport explicatif n'est pas clair au sujet de l'éventuelle caducité d'une réserve prévue dans un jugement à la suite d'un nouveau jugement rendu. En effet, même si la nouvelle infraction ne permet pas d'émettre une réserve, on ne comprend pas pourquoi la réserve contenue dans le premier jugement ne devrait plus s'appliquer.

### **Article 19, alinéas 1bis, 1ter, 3 et 4 DPMIn**

Le texte de l'article 19, alinéa 1bis devrait être clarifié pour spécifier que la décision dont il s'agit est bien la décision de levée de la mesure pour mineurs et qu'il ne s'agit pas d'ordonner ici la mesure pour adultes.

La saisine obligatoire de la CED alourdit considérablement la procédure de levée (libération conditionnelle) des mesures dans les cas où une réserve préalable figure dans le jugement de fond.

En pratique, la CED n'est pas consultée pour les libérations conditionnelles de l'article 25, alinéa 2 DPMIn. Il est à prévoir qu'avec cette modification de l'article 19 DPMIn, la pratique soit corrigée et que la CED soit consultée à l'avenir pour les libérations conditionnelles selon l'article 25 et selon l'article 19 DPMIn.

Dans ce cas, il serait opportun d'envisager des compétences différentes pour les personnes amenées à siéger au sein de la CED pour les cas à traiter en lien avec le DPMIN (juge des mineurs, psychiatres spécialisés dans les adolescents, personnel de structure carcérale ou institutionnelle pour mineurs).

La CED, si elle doit être saisie, doit disposer d'un dossier complet et à jour. Il serait donc, cas échéant, nécessaire de solliciter une nouvelle expertise au sens de l'article 56, alinéa 3 CP.

Contrairement à l'article 28 DPMIn, qui prévoit l'hypothèse dans laquelle le mineur est déjà en train d'exécuter une peine privative de liberté et qu'il est question de le libérer avant la fin de sa peine, le nouvel article 19 DPMIn prévoit le cas où le mineur n'a pas débuté l'exécution d'une mesure du code pénal. Il n'est donc pas cohérent de prévoir l'intervention de la CED, parce que cela reviendrait à dire que la mesure du code pénal serait déjà en cours.

A l'article 19, alinéa 1ter, le terme « *tribunal pour adultes* » est assez incongru et devrait être remplacé par le « *juge pénal* » ou « *l'autorité judiciaire au sens du CPP* » (cela vaut également pour toutes les autres nouvelles dispositions proposées).

### **Article 19a DPMIn**

Il ressort du rapport explicatif que l'alinéa 1 vise les mesures du Code civil contribuant à la sécurité du mineur.

L'alinéa 2 vise la sécurité de la collectivité. Les mesures du Code civil visées ici pourraient consister en un placement à des fins d'assistance ou une curatelle. Or, une curatelle ne peut pallier le risque pour la collectivité.

### **Article 19b DPMIn**

Il ressort du rapport explicatif que l'alinéa 1 est basé sur les dispositions de l'actuel article 19, alinéa 4, DPMIn et permet ainsi de clarifier plusieurs points.

Ainsi, l'article 19, alinéa 4, DPMIn précise que l'autorité d'exécution peut demander au tribunal pour adultes du domicile de la personne majeure concernée d'examiner si les conditions d'une interdiction sont réunies au sens des articles 67, alinéa 2, CP ou 67b CP.

Il est également précisé que le juge ne peut pas ordonner une interdiction d'exercer une activité à vie et que la procédure est régie par les articles 364 et 365 CPP (article 19b, alinéa 2, DPMIn).

Enfin, il est salubre que pour éliminer les ambiguïtés, il est précisé que l'exécution de l'interdiction obéit aux dispositions du CP et que les interdictions peuvent être étendues ou prolongées ou qu'une nouvelle interdiction peut être ordonnée en vertu des dispositions du CP à ce sujet (article 19b, alinéa 3, DPMIn).

Par souci de clarté et de compatibilité avec le DPMIn, ces modifications sont pertinentes.

### **Article 19c DPMIn**

L'article 19c, alinéa 1, devrait être plus précis dans le sens des explications contenues dans le rapport explicatif. En effet, le texte de l'alinéa 1 mentionne « requérir une mesure », alors qu'il serait plus adéquat d'utiliser la terminologie utilisée dans le rapport explicatif, soit « requérir la réserve d'une mesure ». La formulation dans le texte de la loi est malheureuse et pourrait prêter à confusion au sujet de la marge de manœuvre laissée à l'autorité d'exécution.

L'article 19c DPMIn devrait également être complété dans le sens des explications contenues dans le rapport explicatif au sujet de l'alinéa 1, à savoir que si le pronostic de récidive n'est pas mauvais, la libération conditionnelle de la privation de liberté faisant suite au placement est possible (article 28 DPmin) alors même qu'une mesure du CP a été réservée dans le jugement de condamnation.

Par ailleurs, le rapport explicatif précise que le rapport de l'établissement est le « document principal ». Il convient d'apporter cette précision dans le texte de la loi qui cite ledit document au même titre que les autres éléments (article 19c, alinéa 2, lettres b à d, DPMIn).

Enfin, l'instauration des mesures au sens des articles 59 à 61 CP et 64 CP pose notamment un problème en terme d'infrastructures, tant les places pour exécuter ce type de mesures sont limitées (cf. commentaire formulé supra au sujet de l'article 15a DPMIn).

### **Article 25a DPMIn**

Il convient de se référer aux commentaires formulés supra au sujet l'article 15a DPMIn.

Par ailleurs, le rapport explicatif évoque qu'un internement serait possible aujourd'hui, sans en donner la raison. En effet, le législateur a édicté un catalogue exhaustif de mesures de protection des mineurs créant ainsi un *numerus clausus* (articles 12 à 16a DPMIn). Le seul « internement » est en réalité un placement à des fins d'assistance. Il ressort de la jurisprudence que l'instauration d'une mesure de placement à des fins d'assistance (article 426ss CC) prononcée en vue du traitement d'une maladie mentale et dans l'optique de la fin des mesures correspondantes du droit pénal des mineurs – placement en milieu fermé et traitement ambulatoire – a été jugé licite (Petit commentaire, DPMIN Droit pénal des mineurs, 2019, p. 222).

**Article 27a DPMIn**

A titre préliminaire, il convient de se référer aux commentaires formulés supra au sujet de l'article 19c DPMIn.

Par ailleurs, à l'alinéa 1, lettre c, l'adjectif « approprié » est inutile dans la phrase et devrait être supprimé.

Par souci de cohérence, il convient de remplacer la terminologie « le juge du domicile du condamné », utilisée à l'alinéa 1, par « le tribunal pour adultes du domicile de la personne concernée » conformément aux autres dispositions de la loi.

**Art. 45, alinéa 2, DPMIn**

Pas de commentaire particulier.