

**La prise en charge des personnes soumises à un traitement
institutionnel des troubles mentaux
Quelle conformité de la pratique suisse avec la Convention
européenne des droits de l'homme ?**

Mémoire de maîtrise universitaire en droit des Universités de Zurich et
Lausanne

Présenté à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique
de l'Université de Lausanne par

Marie Besse

Sous la direction de
Me Loïc Parein (Chargé de cours)

Semestre d'automne 2018

Table des abréviations

<i>a</i>	ancien
ad	vers
AG	Canton d'Argovie
AJP	Aktuelle juristische Praxis
al.	alinéa
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BE	Canton de Berne
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme), RS 0.101
cf.	<i>confer</i> (se référer à)
ch.	chiffre(s)
CIM	Classification internationale des maladies
cit.	cité
CNPT	Commission nationale de prévention de la torture
consid.	considérant
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.1
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0
CPT	Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101

éd.	édition
édit.	Éditrice/éditeur
EPO	Etablissements de la Plaine de l'Orbe
et al.	<i>et alii</i> (et autres)
FF	Feuille fédérale
ICD	International statistical classification of diseases and related health problems
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>id.</i>	<i>Idem</i> (pareillement)
in	dans
JVA	Justizvollzugsanstalt
let.	lettre
LRECA	Loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents du 16 mai 1961, RSV 170.11
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
Message CP 1998	Message du 21 septembre 1998 concernant la modification du Code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du Code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (FF 1999 1787 ss)
n°	numéro
not.	notamment
OFS	Office fédéral de la statistique
OMS	Organisation mondiale de la santé
p.	page
pp.	pages
RDS	Revue de droit suisse

Recueil CourEDH	Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme
Règles pénitentiaires européennes	Règles pénitentiaires européennes, recommandation Rec(2006)2 du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe, 11 janvier 2006
Req.	Requête
RO	Recueil officiel
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.l.	<i>sine loco</i> (sans indication de lieu d'édition)
SO	Canton de Soleure
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(es)
TF	Tribunal fédéral
vol.	volume
VD	Canton de Vaud
VS	Canton du Valais
ZG	Canton de Zoug
ZH	Canton de Zurich

Bibliographie

Monographies

A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux*, 3^e éd., Berne 2013

A. BAECHTOLD, *Exécution des peines, L'exécution des peines et des mesures concernant les adultes en Suisse*, Berne 2008

A. BAECHTOLD/J. WEBER/U. HOSTETTLER, *Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz*, 3^e éd., Berne 2016

O. BIGLER, art. 5 CEDH in : L. Gonin /O. Bigler, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)*, Berne 2018

B. F. BRÄGGER (édit.), *Das schweizerische Vollzugslexikon, Von der vorläufigen Festnahme zur bedingten Entlassung*, Bâle 2014

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS, *Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 13 au 24 avril 2015* in : Conseil de l'Europe (www.coe.int), Strasbourg 2016, p. « <https://rm.coe.int/1680697fb9> », consulté le 15 octobre 2018 (cit. : *CPT/Inf (2016) 18*)

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS, *Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 10 au 20 octobre 2011* in : Conseil de l'Europe (www.coe.int), Strasbourg 2012, p. « <https://rm.coe.int/1680697fb5> », consulté le 15 octobre 2018 (cit. : *CPT/Inf (2012) 26*)

COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS, *Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 24 septembre au 5 octobre 2007* in : Conseil de l'Europe (www.coe.int), Strasbourg 2012, p. « <https://rm.coe.int/1680697fb3> », consulté le 25 novembre 2018 (cit. : *CPT/Inf (2008) 33*)

COMMISSION DES VISITEURS DU GRAND CONSEIL, *Rapport de la Commission des visiteurs du Grand Conseil et déterminations du Conseil d'Etat audit rapport du 1^{er} juillet au 30 juin 2018*, in : Etat de Vaud (www.vd.ch), s.l. 2018, p.

« https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/gc/fichiers_pdf/2017-2022/GC_067_RC.pdf», consulté le 1^{er} novembre 2018

COMMISSION NATIONALE DE PREVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse : rapport thématique sur les visites effectuées par la Commission nationale de prévention de la torture entre 2013 et 2016*, in : Commission nationale de prévention de la torture (www.nkvf.admin.ch), Berne 2017, p. « <https://www.nkvf.admin.ch/dam/data/nkvf/Medienmitteilungen/2017-05-18/schwerpunktbericht-massnahmenvollzug-f.pdf> », consulté le 1^{er} octobre 2018 (cit. : *Exécution des mesures en suisse*)

COMMISSION NATIONALE DE PREVENTION DE LA TORTURE, *Rapport au Conseil d'Etat du Canton de Genève concernant la visite de la Commission nationale de prévention de la torture dans l'établissement pénitentiaire fermé de Curabilis les 14 et 15 mars 2016*, in : Commission nationale de prévention de la torture (www.nkvf.admin.ch), Berne 2017, p. « <https://www.nkvf.admin.ch/dam/data/nkvf/Berichte/2016/curabilis/rapport-curabilis.pdf> », consulté le 15 octobre 2018 (cit. : *Curabilis*)

COMMISSION NATIONALE DE PREVENTION DE LA TORTURE, *Rapport au Conseil d'Etat du Canton de Vaud concernant la visite de la Commission nationale de prévention de la torture à la prison de La Tuilière des 27 et 28 juin 2016*, in : Commission nationale de prévention de la torture (www.nkvf.admin.ch), Berne 2017, p. « <https://www.nkvf.admin.ch/dam/data/nkvf/Berichte/2016/la-tuiliere/bericht-la-tuiliere.pdf> », consulté le 20 novembre 2018 (cit. : *Tuilière*)

COMMISSION NATIONALE DE PREVENTION DE LA TORTURE, *Rapport au Conseil d'Etat du Canton de Vaud concernant la visite de la Commission nationale de prévention de la torture aux Etablissements de la Plaine de l'Orbe du 1-3 mai 2013*, in : Commission nationale de prévention de la torture (www.nkvf.admin.ch), Berne 2013, p. « https://www.nkvf.admin.ch/dam/data/nkvf/Berichte/2013/plainedorbe/131210_ber_plainedorbe.pdf », consulté le 1^{er} novembre 2018 (cit. : *EPO*)

COMMISSION NATIONALE DE PREVENTION DE LA TORTURE, *Rapport au Conseil d'Etat du Canton de Vaud concernant la visite de la Commission nationale de prévention de la torture à la prison du Bois-Mermet les 3 et 4 juillet 2012 ainsi qu'à l'établissement du Simplon le 14 septembre 2012*, in : Commission nationale de prévention de la torture (www.nkvf.admin.ch), Berne 2017, p. « https://www.nkvf.admin.ch/dam/data/nkvf/Berichte/2012/bois-mermet/130304_ber_VD_Bois-Mermet.pdf », consulté le 25 novembre 2018 (cit. : *Bois-Mermet*)

D. DELESSERT in : B. Brägger/J. Vuille, *Lexique pénitentiaire suisse, de l'arrestation provisoire à la libération conditionnelle*, Bâle 2016

- M. DUPUIS ET AL. (édit.), *Petit commentaire du Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017
- P. FERRARI in : B. Corboz et al., *Commentaire de la LTF (Loi sur le Tribunal fédéral)*, 2^e éd., Berne 2014
- D. FINK, *La prison en suisse, un état des lieux*, Lausanne 2017
- M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris 1975 (cit. : *Surveiller et punir*)
- M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris 1972 (cit. : *Histoire de la folie*)
- T. HANSJAKOB/H. SCHMITT/J. SOLLBERGER, *Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch*, 2^e éd., Lucerne 2006
- M. HEER in : M. Niggli/H. Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar Strafrecht I (Art. 1-110 StGB, JStG)*, 3^e éd., Bâle 2013
- J. HURTADO POZO, *Droit pénal, Partie générale*, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève/Zürich/Bâle 2008
- JACOBS/WHITE/OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 7^e éd., Glasgow 2017
- Y. JEANNERET/A. KUHN, *Précis de procédure pénale*, 2^e éd., Berne 2018
- D. JOSITSCH/G. EGE/C. SCHWARZENEGGER, *Strafrecht II, Strafen und Massnahmen*, Zürich/Bâle/Genève 2018
- M. KILIAS/M. F. AEBI/A. KUHN, *Précis de criminologie*, 3^e éd., Berne 2012
- M. KILIAS/A. KUHN/N. DONGOIS, *Précis de droit pénal général*, 4^e éd., Berne 2016
- A. KUHN, *Détenus, Combien ? Pourquoi ? Que faire ?*, Berne/Stuttgart/Vienne 2000
- A. KUHN/J. VUILLE, *La justice pénale, Les sanctions selon les juges et selon l'opinion publique*, Lausanne 2010
- P. LOGOZ, *Commentaire du Code Pénal Suisse, partie générale (art. 1 à 110)*, Neuchâtel/Paris 1976

U. LUGINBÜHL, *Der Vollzugsplan im Massnahmenvollzug* in : P.de Sinner/N. Queloz/F. Riklin/A. Senn/R. Brossard, *Le plan individuel d'exécution des sanctions*, Berne 2005

L. MOREILLON/A. PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire du Code de procédure pénale*, 2^e éd., Bâle 2016

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Adultes: Condamnations pour un crime ou un délit, selon la peine principale et la combinaison avec les autres sanctions*, in : Office fédéral de la statistique (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home.html>) p. « <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/tableaux.assetdetail.5366413.html> », consulté le 22 novembre 2018 (cit. : *Condamnations pour un crime ou un délit*)

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Exécution des mesures : effectif moyen selon le genre de mesure* in : Office fédéral de la statistique (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home.html>) p. « <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal/execution-penale/placement-sejour-carceral.assetdetail.3524330.html> », consulté le 15 novembre 2018 (cit. : *Exécution des mesures*)

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Adultes : Condamnations à une mesure, selon le type de la mesure, Suisse et cantons* in : Office fédéral de la statistique (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home.html>) p. « <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/tableaux.assetdetail.5366408.html> », consulté le 22 novembre 2018 (cit. : *Condamnation à une mesure*)

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *CIM-10-GM-2018, Index systématique – Version française Volume I (Chapitre I-IX)* in : Office fédéral de la statistique (<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home.html>), p. « <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/publications.assetdetail.6248051.html> », consulté le 4 décembre 2018 (cit. : *CIM-10*)

L. PAREIN, *La fixation de la peine, de l'homme coupable à l'homme capable*, Bâle 2010 (cit. : *La fixation de la peine*)

N. PETERMANN, *Les obligations positives de l'Etat dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Théorie générale, incidences législatives et mise en œuvre en droit suisse*, Berne 2014

G. PIQUEREZ/A. MACALUSO, *Procédure pénale suisse*, 3^e éd. entièrement refondue et mise à jour en référence au CPP suisse, Genève/Zurich/Bâle 2011

N. QUELOZ/ R. MUNYANKINDI in : R. Roth/L. Moreillon (édit.), *Commentaire romand du Code pénal I*, Bâle 2009

N. QUELOZ/R. BROSSARD in : R. Roth/L. Moreillon (édit.), *Commentaire romand du Code pénal I*, Bâle 2009

N. QUELOZ, *Prise en charge des condamnés souffrant de troubles psychiques : perspectives d'avenir et défis à relever en Suisse* in : N. Queloz/A. Senn/R. Brossard, *Prison – asile ?, La problématique des détenus souffrant de troubles psychiques, Actes des 5èmes Journées pénitentiaires de Fribourg (Novembre 2006)*, Berne 2008

N. QUELOZ/F. RIKLIN/ P. DE SINNER/F. BÜTIKOFER REPOND/A. SENN, *Les professionnels chargés de l'exécution des sanctions : quelles missions, quels défis ?*, Berne 2003

M. H. RANDALL/M. HOTTELIER, *Introduction aux droits de l'homme*, Genève/Zürich/Bâle 2011

J-P. RESTELLINI, *Sanctionner ou guérir, faut-il encore choisir ?* in : N. Queloz/U. Luginbühl/L. Von Mandach, *Tirer à la même corde : mise en réseau et collaboration interdisciplinaire dans l'exécution des sanctions pénales*, Berne 2013

R. ROTH/V. THALMANN in : R. Roth/L. Moreillon (édit.), *Commentaire romand du Code pénal I*, Bâle 2009

D. SCALIA, *Eléments pour la protection des détenus par le droit international* in : Ligue suisse des Droits de l'Homme, Section Genève (www.lsdh.ch), *Bulletin d'information, Automne 2017* p. « https://www.lsdh.ch/images/stories/lsdh-ge/171220_bulletin_information-GE-2017.pdf », (consulté le 1^{er} novembre 2018)

F. SUDRE ET AL., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 8^e éd. mise à jour, Paris 2017

M. RUSCA, *La destinée de la politique criminelle de Carl Stoos*, Thèse Fribourg 1981

S. TRESCHEL/P. NOLL/M. PIETH, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Zurich 2017

S. TRESCHEL/B. PAUEN BORER in : S. Treschel/M. Pieth (édit.), *Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar*, 3^e éd., Zürich/St-Gall 2018

A. VALOTTON/B. VIERDAZ in : R. Roth/L. Moreillon (édit), *Commentaire romand du Code pénal I*, Bâle 2009

C. VANNINI, *Interdisziplinarität im Massnahmenzentrum Bitzi, Mosnang* in : N. Queloz/U. Luginbühl/L. Von Mandach, *Tirer à la même corde : mise en réseau et collaboration interdisciplinaire dans l'exécution des sanctions pénales*, Berne 2013

J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, *Anordnung und Vollzug stationärer therapeutischer Massnahmen gemäss Art. 59 StGB mit Fokus auf geschlossene Strafanstalten bzw. Geschlossene Massnahmeneinrichtungen, Studie zuhanden der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF)*, Berne 2015

Articles

P. DELACRAUSAZ/N. QUELOZ, *La notion de « grave trouble mental »*, in : Bulletin des médecins suisses 2016/2829, pp. 1015 ss

P. FÄH, *De nombreuses personnes ne sont pas au bon endroit* in : Office fédéral de la justice, #prison-info, la revue de l'exécution des peines et des mesures 1/2017

C. FERREIRA/L. MAUGUÉ, *Prévenir le risque de récidive par l'obligation de soins : les apories de l'article 59 du code pénal suisse* in : Champ pénal/Pénal field (<https://journals.openedition.org/champpenal/>), Vol XIV I 2017, p. « <https://journals.openedition.org/champpenal/9473> » (consulté le 30 octobre 2018)

S. FISCHER, *Mesures thérapeutiques au pénitencier : premières limites judiciaires*, in : Plaidoyer 04/2016 (cit. : *Pénitencier*)

S. FISCHER, *Internement : l'explosion des mesures thérapeutiques institutionnelles*, in : Plaidoyer 03/2012 (cit. : *Internement*)

F. GÄLLI, *Tout fait partie de la thérapie* in : Office fédéral de la justice, #prison-info, la revue de l'exécution des peines et des mesures 1/2017

R. GRAMINGA (édit.), *Traitement institutionnel des délinquants souffrant de troubles mentaux*, in : Office fédéral de la justice, #prison-info, la revue de l'exécution des peines et des mesures 1/2017

A. KUHN/C. PERRIER DEPEURSINGE/D. BRUN, *Dangerosité, mesures et droit pénal : Un ménage à trois voué au divorce* in : RPS 132/2014, p. 253

T. NOLL/U. GRAF/M. STÜRM/F. URBANIOK, *Anforderungen an den Vollzug stationärer Massnahmen in einer geschlossenen Strafanstalt nach Art. 59 Abs. 3 StGB*, in : AJP 12/2008

T. NOLL/B. BORCHARD/U. GRAF/H. SPILLER/M. STÜRM/F. URBANIOK, *Erste Praxiserfahrungen mit stationären Massnahmen nach Art. 59 Abs. 3 StGB*, in : AJP 5/2010

L. PAREIN, *La présomption de non-dangerosité en procédure pénale suisse : une consécration nécessaire* in : RDS 2018/3, pp. 367 ss (cit. : *La présomption de non-dangerosité*)

Table des matières

I.	Introduction.....	1
II.	Les mesures en droit suisse	2
A.	En général.....	2
1.	Le système dualiste des sanctions	2
2.	Le champ d'application des mesures	5
a)	En général	5
b)	La subsidiarité de la mesure.....	5
c)	La nécessité de la mesure.....	5
d)	La proportionnalité.....	6
e)	L'expertise psychiatrique.....	7
f)	L'établissement approprié.....	7
3.	L'exécution des mesures	7
B.	Le traitement institutionnel des troubles mentaux.....	8
1.	La notion	8
a)	En général	8
b)	Les buts.....	10
c)	La distinction avec la mesure d'internement	11
2.	Le champ d'application	12
a)	Le grave trouble mental	12
b)	La commission d'un crime ou d'un délit en relation avec le grave trouble mental.....	13
c)	Les chances de succès de la mesure.....	13
3.	La prolongation, la libération conditionnelle et la levée de la mesure.....	14
a)	La prolongation de la mesure.....	14
b)	La libération conditionnelle de la mesure	15
c)	La levée de la mesure.....	16
4.	L'établissement approprié	18
a)	En général	18
b)	L'exécution du traitement institutionnel dans un établissement approprié ou dans un établissement d'exécution des mesures.....	19
c)	L'exécution du traitement institutionnel dans un établissement fermé ou dans un établissement pénitentiaire	21
d)	La pratique	25
e)	Discussion	33
III.	La légalité de la détention.....	35
A.	Le champ d'application	36
1.	En général.....	36
2.	Les motifs de privation de liberté admissibles	37
3.	La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	38

B. Les conséquences de l'illicéité de la détention.....	40
1. Les principes applicables	40
a) En général	40
b) Le constat de violation	41
c) L'indemnisation	41
d) Alternatives à l'indemnisation	42
e) La révision	44
2. La jurisprudence du Tribunal fédéral	45
C. L'arrêt <i>Kadusic contre Suisse</i> du 9 janvier 2018.....	47
1. Les faits	47
a) Le contexte.....	47
b) Les allègements dans l'exécution de la peine privative de liberté.....	47
c) Le changement de sanction.....	47
2. Les thèses des parties quant à la légalité de la détention	49
3. L'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme quant à la légalité de la détention	50
a) Les principes applicables	50
b) L'application au cas d'espèce	51
c) La conclusion de la Cour européenne des droits de l'homme	53
4. Discussion	53
a) En général	53
b) Le changement de sanction.....	54
c) L'absence d'établissement approprié.....	55
d) Les conséquences possibles	57
IV. Les obligations positives de l'Etat	58
A. En général.....	58
B. La légalité de la détention	59
C. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants	60
1. En général.....	60
2. L'arrêt <i>Murray contre Pays-Bas</i> du 26 avril 2016.....	61
3. L'arrêt <i>W.D. contre Belgique</i> du 6 septembre 2016.....	62
D. Le rapport entre la légalité de la détention et l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.....	64
V. Conclusion	65

I. Introduction

Notre Code pénal prévoit des mesures ayant une orientation thérapeutique¹, par opposition aux peines qui sont fixées par rapport à la culpabilité². A l'heure où le prononcé de telles mesures se multiplie³, les établissements appropriés pour leur exécution tardent à faire de même. Par conséquent, le risque que les personnes condamnées à un traitement institutionnel se voient contraintes à l'exécuter dans un établissement d'exécution des peines existe, cette possibilité étant par ailleurs expressément prévue par la loi⁴. Cette pratique fait par ailleurs étrangement écho à l'internement des XVIIIe et XVIIe siècles décrit par Michel Foucault dans son *Histoire de la folie à l'âge classique*, pratique par laquelle on enfermait, sans distinction aucune, criminels et fous⁵. La prison, avec son lot de souffrances, est-elle réellement un établissement adapté pour la prise en charge de personnes atteintes d'un grave trouble mental ? Un placement en prison met-il en danger le succès de la mesure ? La situation helvétique est-elle problématique du point de vue de ses engagements conventionnels ? Dans ce contexte, la Suisse a-t-elle l'obligation de fournir des établissements appropriés à de tels détenus ? Ces interrogations ainsi qu'intérêt personnel particulier nourri à l'égard du droit des mesures sont à l'origine de ce travail. Ce dernier aura pour objet de dresser un panorama de la situation en Suisse s'agissant de l'exécution des mesures institutionnelles pour le traitement des troubles mentaux et d'analyser les garanties que confère la Convention européenne des droits de l'homme en la matière.

Nous commencerons par contextualiser le présent travail en réalisant un aperçu général du système de sanctions et des mesures en droit suisse (Partie II, A). Ensuite, nous nous concentrerons sur le traitement institutionnel des troubles mentaux de l'art. 59 CP et plus particulièrement sur la condition de l'exécution dudit traitement dans un établissement approprié (Partie II, B). Dans la deuxième partie de ce travail, nous analyserons les conditions de la légalité de la détention au sens de la CEDH, ainsi que les conséquences de l'illicéité de la privation de liberté en droit suisse et

¹ Art. 59 à 61 CP

² Art. 34 à 47 CP

³ OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Condamnation à une mesure*, p.

« <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/tableaux.assetdetail.5366408.html> »

⁴ Cette possibilité n'existe par ailleurs que pour le traitement institutionnel des troubles mentaux (art. 59 al. 3 CP). La mesure spécifique de l'art. 59 CP fera l'objet du présent travail.

⁵ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie*, pp. 68 ss et 150 ss notamment

conventionnel, tout en illustrant notre propos d'un arrêt récent condamnant la Suisse en rapport avec cette problématique, l'arrêt *Kadusic contre Suisse* du 9 janvier 2018 (Partie III). Enfin, nous nous demanderons s'il existe une obligation positive découlant de la CEDH incombant à l'Etat de fournir un établissement approprié à une personne exécutant une mesure thérapeutique institutionnelle pour le traitement des troubles mentaux en Suisse (Partie IV).

II. Les mesures en droit suisse

A. En général

Nous ne pouvions concevoir la rédaction de ce travail sans effectuer une mise en contexte quant au sujet qui nous occupe – les mesures thérapeutiques institutionnelles, plus particulièrement celles dédiées au traitement des troubles mentaux (cf. art. 59 CP). Celles-ci s'inscrivent dans le système dualiste des sanctions pénales introduit dans le Code pénal suisse, entré en vigueur en 1942⁶, que nous détaillerons dans ce chapitre de considérations générales. Nous nous essaierons ensuite à la définition du champ d'application des différentes mesures que notre Code pénal connaît (art. 56 CP) ainsi qu'à la présentation de la disposition relative à l'exécution des mesures (art. 90 CP).

1. Le système dualiste des sanctions

L'idée d'un système de sanctions dualiste, à savoir contenant des peines et des mesures, nous vient de Carl Stoss, dont les idées seront reprises dans divers autres pays⁷. Il s'agit d'une solution intermédiaire entre la vision de l'école historique, qui se base sur la faute du condamné et la notion de vengeance, et celle de l'école moderne, qui se concentre sur la dangerosité et la prévention de la récidive⁸. Le but de la mise en place de ce système tient dans la « *lutte efficace contre le crime* »⁹.

Dans le droit actuel, les peines côtoient désormais les mesures. Avant la mise en œuvre de ce système, nous ne connaissions en effet que la peine comme conséquence de l'infraction¹⁰. Alors

⁶ M. KILIAS/A. KUHN/N. DONGOIS, n° 1303 ; D. JOSITSCH/G. EGE/C. SCHWARZENEGGER, p. 26 ; RO 54 p. 781

⁷ P. LOGOZ, p. 185

⁸ S. TRESCHER/P. NOLL/M. PIETH, p. 31

⁹ P. LOGOZ, p. 186

¹⁰ D. JOSITSCH/G. EGE/C. SCHWARZENEGGER, p. 26

que les peines sont fondées sur la culpabilité de l'auteur d'infraction¹¹, les mesures se concentrent sur l'état personnel de ce dernier, à savoir sa dangerosité¹². Par conséquent, les mesures seront en principe ordonnées pour une durée indéterminée. En effet, la libération sera conditionnée au fait qu'un pronostic favorable puisse être posé quant au risque de récidive¹³.

Notre système connaît diverses sortes de mesures. Ainsi, il existe tout d'abord les mesures thérapeutiques aux art. 59 à 61 CP, qui se subdivisent en trois catégories, à savoir le traitement des troubles mentaux (art. 59 CP), le traitement des addictions (art. 60 CP), ainsi que les mesures applicables aux jeunes adultes (art. 61 CP). Le traitement ambulatoire est prévu à l'art. 63 de notre Code pénal et l'internement, simple ou à vie, à son art. 64. Les différentes catégories exposées ci-dessus sont en principe appelées les mesures de sûretés (*sichernde Massnahmen*)¹⁴. La section « autres mesures » des art. 66 ss CP concerne des sanctions telles que le cautionnement préventif, l'expulsion, l'interdiction de conduire ou encore la confiscation, que nous ne développerons cependant pas dans ce travail.

Le rapport entre les peines et les mesures est énoncé à l'art. 57 CP. Le juge devra ordonner une mesure ainsi qu'une peine si les conditions pour infliger les deux sanctions sont réunies (art. 57 al. 1 CP)¹⁵. Cependant, si le prévenu est déclaré irresponsable pénalement au sens de l'art. 19 CP, seule une mesure entrera en ligne de compte¹⁶. De même, si les conditions posées à l'art. 56 CP pour le prononcé d'une mesure ne sont pas réalisées, seule une peine sera infligée. Les mesures de sûretés sont subsidiaires par rapport aux peines¹⁷. En effet, elles n'entreront en ligne de compte que « si une peine seule ne peut écarter le danger que l'auteur commette d'autres infractions » (art. 56 al. 1 let. a CP), ou si le prévenu est irresponsable (art. 19 al. 3 CP).

¹¹ cf. art. 47 CP ; L. PAREIN, *La fixation de la peine*, p. 115

¹² J. HURTADO POZO, n° 1516 ; P. LOGOZ, p. 185

¹³ ATF 137 IV 201 consid. 1.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_714/2009 du 19 novembre 2009, consid. 1.2 ; M. KILIAS/A. KUHN/N. DONGOIS, n° 1304. Pour d'avantage de détails quant à la libération conditionnelle de la mesure thérapeutique institutionnelle pour le traitement des troubles mentaux, cf. pp. 15 ss

¹⁴ R. ROTH/V. THALMANN, ad art. 56 CP n° 8 ; D. JOSITSCH/G. EGE/C. SCHWARZENEGGER, p. 167

¹⁵ Carl Stoss considérerait toutefois que seule une solution où la mesure se substitue à la peine – et ne s'additionne donc pas – était envisageable (M. RUSCA, n° 26, 35 et 36)

¹⁶ cf. art. 19 al. 1-3 CP ; M. HEER, ad art. 57 CP n° 1 ; pour la procédure à l'égard des prévenus irresponsables, cf. art. 374ss CPP.

¹⁷ D. JOSITSCH/G. EGE/C. SCHWARZENEGGER, p. 30

Les mesures thérapeutiques au sens des art. 59 à 61 CP seront exécutées avant la peine privative de liberté si une telle peine a été prononcée (art. 57 al. 2 CP). La durée de la privation de liberté engendrée par l'exécution de la mesure sera déduite de la peine restant à exécuter (art. 57 al. 2 CP). Or si la mesure thérapeutique est un succès, le solde de la peine privative de liberté ne sera plus exécuté (art. 62b al. 3 CP)¹⁸. L'internement sera cependant exécuté après la peine privative de liberté (art. 64 al. 2 CP). On remarque ici que « *ce n'est plus en premier lieu sur le besoin de traitement que l'on s'appuiera pour ordonner un internement au sens de l'article 64 P, mais bien sur l'intérêt public prépondérant à la protection de la collectivité contre un délinquant déterminé* »¹⁹.

Les mesures restent pourtant marginales par rapport aux peines. Durant les dix dernières années, les mesures de sûretés représentaient environ 0,5 à 0,75% des sanctions²⁰. Cependant, si seuls les jugements condamnant à une peine privative de liberté ferme de plus de six mois sont pris en compte dans le cadre des statistiques, une mesure est prononcée dans 40% des cas²¹. Il ressort de ce qui précède que les mesures prennent leur importance dans les cas de criminalité moyenne à grave.

Il n'en demeure pas moins que les mesures remplissent une double fonction importante. Selon le Message du Conseil fédéral, « *elles doivent à la fois favoriser l'amélioration des auteurs d'infractions susceptibles de se corriger et mettre hors d'état de nuire les délinquants impénitents ou incurables.* »²². Ici se dessine déjà la différence entre la mesure thérapeutique institutionnelle, supposée soigner le délinquant, et la mesure d'internement à but principalement sécuritaire. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette distinction²³.

¹⁸ Les auteurs germanophones parlent de système « *dualistisch-vikariierend* » pour décrire ce phénomène (S. TRESCHEL/P. NOLL/M. PIETH, p. 31 ; D. JOSITSCH/G. EGE/C. SCHWARZENEGGER, pp. 27ss ; M. HEER, n° 1ss ad art. 57)

¹⁹ FF 1999 1787 ss, p. 1876

²⁰ D. JOSITSCH/G. EGE/C. SCHWARZENEGGER, p. 28

²¹ A. BAECHTOLD, p. 288

²² FF 1999 1787 ss, p. 1874

²³ Cf. pp. 11 s.

2. Le champ d'application des mesures

a) En général

Dans ce travail, nous nous consacrerons principalement aux mesures thérapeutiques institutionnelles ordonnées pour le traitement des troubles mentaux au sens de l'art. 59 CP. Avant de les traiter plus spécifiquement, il convient d'exposer les conditions générales pour qu'une mesure de sûreté soit ordonnée. Celles-ci s'appliquent aux différentes sanctions des art. 59 ss CP, à l'exception des « *autres mesures* » des art. 66 ss CP. Elles se trouvent à l'art. 56 CP, et doivent par ailleurs être réunies lors du prononcé du jugement²⁴.

Pour qu'une mesure puisse être ordonnée, elle devra également respecter les conditions spécifiques aux différentes mesures (art. 56 al. 1 let. c CP). Il s'agira dans notre cas des conditions spécifiques de l'art. 59 CP²⁵. En outre, si les conditions de la mesure ne sont plus remplies, celle-ci devra être levée (art. 56 al. 6 CP). La levée de la mesure est régie par l'art. 62c CP²⁶.

b) La subsidiarité de la mesure

Aux termes de l'article 56 al. 1 let. a CP, une mesure sera en premier lieu ordonnée « *si une peine seule ne peut écarter le danger que l'auteur commette d'autres infractions* ». Ainsi, comme cela ressort de cette disposition, le risque de récidive de l'auteur est une condition préalable au prononcé d'une mesure²⁷. L'art. 56 al. 1 let. a CP constitue l'expression du principe de subsidiarité²⁸. Cette disposition met en lumière l'objectif premier des mesures, à savoir la prévention de la récidive²⁹.

c) La nécessité de la mesure

Selon la deuxième condition consacrée par la loi, il faut que l'auteur ait besoin d'un traitement³⁰ ou que la sécurité publique exige le prononcé de la mesure (art. 56 al. 1 let. b CP). La mesure doit

²⁴ M. HEER, ad art. 56 CP n° 20, R. ROTH/V. THALMANN, ad art. 56 CP n° 21

²⁵ Pour d'avantage de détails à ce sujet, cf. pp. 12 ss

²⁶ Pour d'avantage de détails à ce sujet, cf. pp. 16 ss

²⁷ A ce sujet, cf. : M. HEER, ad art. 56 n° 18

²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_283/2007 du 5 octobre 2007, consid. 4.2

²⁹ FF 1999 1787 ss, p. 1880 ; R. ROTH/V. THALMANN, ad art. 56 CP n° 12. Pour d'avantage de détails sur les buts spécifiques aux mesures thérapeutiques institutionnelles pour le traitement des troubles mentaux, cf. pp. 10 s.

³⁰ Le Tribunal fédéral considère que le traitement peut également être de type paramédical, s'il est apte à prévenir la récidive (ATF 124 IV 246, consid. 3c)

par conséquent être nécessaire³¹. Le besoin de traitement fait ici référence aux mesures thérapeutiques institutionnelles, tandis que la protection de la sécurité publique renvoie à la mesure d'internement³². Le besoin de traitement exigé par l'art. 56 CP doit être en lien avec l'infraction³³. La notion de traitement doit cependant être entendue de manière large selon la jurisprudence du Tribunal fédéral³⁴.

d) La proportionnalité

La proportionnalité au sens étroit devra également être respectée lors du prononcé d'une mesure³⁵. L'atteinte aux droits de la personnalité du condamné ne devra en effet pas être disproportionnée par rapport au risque de récidive et à la gravité des infractions en cause (art. 56 al. 2 CP). Cette disposition a été introduite lors de la révision de 2007³⁶. Le principe de proportionnalité est du reste consacré par la Constitution fédérale (art. 5 al. 2 Cst). Selon le Conseil fédéral, une disposition spécifique dans le droit des mesures reprenant ce principe général de droit suisse s'explique par le fait qu'« *il paraît opportun de le rappeler et de l'ériger expressément en condition préalable à l'admissibilité de conséquences juridiques aussi graves que peuvent l'être celles des mesures* »³⁷.

Dans ce cadre, il s'agit d'effectuer une pesée des intérêts entre « *l'atteinte aux droits inhérente à la mesure ordonnée et la dangerosité de l'auteur* »³⁸. Le juge devra prendre en compte la vraisemblance de la récidive ainsi que la gravité des infractions pouvant être commises pour juger du caractère proportionné de la mesure³⁹. Une mesure disproportionnée ne pourra pas être ordonnée ni maintenue⁴⁰. Selon le Conseil fédéral, cette disposition fonde l'interdiction des sanctions excessives mais également des sanctions trop clémentes⁴¹.

³¹ M. DUPUIS ET AL, ad art. 56 CP n° 5

³² R. ROTH/V. THALMANN, ad art. 56 CP n° 14

³³ *Id.*, ad art. 56 CP n° 15

³⁴ ATF 137 IV 201, consid. 1.3

³⁵ FF 1999 1787 ss, p. 1877

³⁶ Cf. FF 1999 1787 ss, p. 1876

³⁷ FF 1999 1787 ss, p. 1876

³⁸ ATF 137 IV 201, consid. 1.2

³⁹ M. DUPUIS ET AL, ad art. 56 CP n° 8

⁴⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_823/2018 du 12 septembre 2018 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_2018 du 28 juin 2018, consid. 1.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_109/2013 du 19 juillet 2013, consid. 4.4

⁴¹ FF 1999 1787 ss, p. 1877

Aux termes de l'art. 56a al. 1 CP, si plusieurs mesures sont appropriées mais qu'une seule est nécessaire, celle qui porte à l'auteur l'atteinte la moins grave devra être préférée. Cette disposition est l'expression des principes de proportionnalité et de subsidiarité⁴².

e) L'expertise psychiatrique

Une expertise devra en outre être diligentée avant d'ordonner la mesure (art. 56 al. 3 CP). Le contenu de l'expertise est défini par la loi. Ainsi, elle devra se déterminer sur la nécessité et les chances de succès d'un traitement (art. 56 al. 3 let. a CP), sur la vraisemblance du risque de récidive et la nature des infractions susceptibles d'être commises (art. 56 al. 3 let. b CP), et sur les possibilités de faire exécuter la mesure en question (art. 56 al. 3 let. c CP). Elle sera en principe effectuée par un psychiatre⁴³. L'expert devra concrètement se prononcer sur la forme du traitement, mais également expliquer quelle mesure sera selon lui la plus appropriée au cas concret⁴⁴.

Une nouvelle expertise devra être ordonnée si, de par l'écoulement du temps, la situation a changé et que, par conséquent, l'expertise n'apparaît plus actuelle⁴⁵. Le juge n'est pas lié par l'expertise, mais ne pourra s'en écarter que s'il a des « *motifs valables et sérieux* » de le faire⁴⁶.

f) L'établissement approprié

Pour qu'une mesure soit ordonnée, il faut enfin qu'un établissement approprié soit à disposition (art. 56 al. 4 CP). Nous aurons l'occasion de revenir sur cette condition en détails plus tard dans ce travail⁴⁷.

3. L'exécution des mesures

L'unique disposition concernant spécifiquement l'exécution concrète des mesures dans notre Code pénal se trouve à l'art. 90 CP. Certaines dispositions relatives à l'exécution des peines s'appliquent

⁴² M. DUPUIS ET AL, ad art. 56a n° 1 ; R. ROTH/V. THALMANN, ad art. 56a n° 1 et 2

⁴³ ATF 140 IV 49, consid. 2 ; FF 1999 1787 ss, p. 1878

⁴⁴ ATF 101 IV 123, consid. 3b ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_371/2016 du 10 février 2017, consid. 1.1.4

⁴⁵ ATF 134 IV 246, consid. 4.3

⁴⁶ ATF 107 IV 7, consid. 5 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_494/2007 du 9 novembre 2007, consid. 4.1.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6P_53/2007 du 18 juin 2007, consid. 3.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_65/2007 du 7 mai 2007, consid. 4.1 ; R. ROTH/V. THALMANN, ad art. 56 CP n°41

⁴⁷ Cf. pp. 18 ss

aussi aux mesures⁴⁸. L'art. 90 al. 2 CP dispose qu'un plan d'exécution de la mesure sera établi. Il s'agit d'un droit du détenu⁴⁹. Il portera notamment sur « *le traitement du trouble mental, de la dépendance ou du trouble du développement de la personnalité et sur les moyens d'éviter la mise en danger de tiers* » (art. 90 al. 2 *in fine* CP). Le Conseil fédéral préconise qu'il soit fait dans les six semaines suivant l'arrivée de la personne dans l'établissement⁵⁰. Ce plan doit être ciblé, et l'intéressé doit collaborer à son élaboration⁵¹.

Il convient également de préciser que la personne sous mesure institutionnelle sera uniquement incitée à travailler (art. 90 al. 3 CP), contrairement à ce qui prévaut pour l'exécution de peine où le détenu a l'obligation de travailler (art. 81 CP).

S'agissant de l'isolement d'une personne exécutant une mesure thérapeutique institutionnelle (art. 59 à 61 CP⁵²), celui-ci ne peut être ordonné qu'à titre de mesure thérapeutique provisoire (art. 90 al. 1 let. a CP), pour la protection de la personne ou celle de tiers (art. 90 al. 1 let. b CP) ou comme sanction disciplinaire (art. 90 al. 1 let. c CP).

B. Le traitement institutionnel des troubles mentaux

1. La notion

a) En général

Contenues à l'art. 59 CP, les mesures thérapeutiques institutionnelles pour le traitement des troubles mentaux ont remplacé l'ancien traitement pour les délinquants anormaux de l'art. 43 aCP dès le 1^{er} janvier 2007⁵³. Nous avons choisi de nous concentrer sur la mesure spécifique de l'art. 59 CP dans la rédaction du présent travail⁵⁴, et ainsi de laisser de côté les autres mesures thérapeutiques institutionnelles, à savoir le traitement institutionnel des addictions (art. 60 CP) et les mesures applicables aux jeunes adultes (art. 61 CP).

⁴⁸ Les art. 90 al. 4, 4bis et 5 CP renvoient aux articles 84, 75a et 85 CP.

⁴⁹ M. HEER, ad art. 90 n° 16

⁵⁰ FF 1999 1787 ss, p. 1930

⁵¹ U. LUGINBÜHL, pp. 190 s. ; A. VALLOTTON/B. VIERDAZ, ad art. 90 n° 24

⁵² Cette restriction ne concerne par conséquent pas la mesure d'internement.

⁵³ Le principe de l'art. 43 aCP a été repris par l'art. 59 CP (FF 1999 1787 ss, p. 1882) ; cf. également M. HEER, ad art. 59 CP n° 5)

⁵⁴ Nous avons fait ce choix car elles sont les plus importantes en termes de nombres, et que l'art. 59 al. 3 CP permet l'exécution de ce type de mesure dans un établissement pénitentiaire.

D'une manière générale, les mesures thérapeutiques institutionnelles pour le traitement des troubles mentaux seront ordonnées comme sanction à l'encontre des délinquants qui souffrent d'un grave trouble mental ou de la personnalité et qui ont besoin d'un traitement⁵⁵.

L'une des modifications majeures de la révision du Code pénal de 2007 est l'introduction de l'art. 59 al. 3 CP⁵⁶. Cette disposition donne la possibilité d'exécuter la mesure dans un établissement fermé, ou dans un établissement pénitentiaire « *dans la mesure où le traitement thérapeutique nécessaire est assuré par du personnel qualifié* » (art. 59 al. 3 CP). Elle vise les délinquants dangereux, à savoir ceux qui présentent un risque de récidive et/ou de fuite qualifié⁵⁷. Nous aurons l'occasion d'examiner plus en détails les implications de cette disposition dans la suite de ce travail⁵⁸.

Le prononcé de mesures thérapeutiques institutionnelles a fortement augmenté ces vingt dernières années. Selon FINK, « *si l'on comptait, dans les années 1990, une moyenne de 30 cas, l'on enregistre depuis 2005 (...) une centaine de cas par année.* »⁵⁹. La durée moyenne de l'exécution des mesures thérapeutiques institutionnelles augmente également⁶⁰. Selon la doctrine, les malades délinquants séjournent en moyenne deux à cinq ans dans les cliniques⁶¹. D'une manière générale, les mesures thérapeutiques institutionnelles gagnent en importance alors que l'existence de lieux d'exécution appropriés n'est pas toujours garantie, comme nous le verrons⁶². La mesure prévue à l'art. 59 CP constitue la mesure institutionnelle la plus importante en termes d'effectifs : en 2016, sur 796 personnes exécutant une mesure en Suisse, 442 avaient été condamnées à un traitement institutionnel des troubles mentaux⁶³. Deux tiers des personnes internées sous l'ancien droit (art.

⁵⁵ J. HURTADO POZO, n° 1626 et 1628 ; P. DELACRAUSAZ/N. QUELOZ, p. 1015. Pour d'avantage de détails s'agissant du champ d'application d'une telle mesure, cf. pp. 12 ss

⁵⁶ L'art. 43 ch. 1 al. 2 aCP prévoyait l'internement des délinquants dangereux dans un établissement approprié (FF 1999 1787 ss, p. 1881)

⁵⁷ FF 1999 1787 ss, p. 1881 ; M. HEER, ad art. 59 CP n° 96 ; N. QUELOZ/R. MUNYANKINDI, ad art. 59 CP n° 24

⁵⁸ Cf. pp. 21 ss

⁵⁹ D. FINK, p. 61 ; A. BAECHTOLD/J. WEBER/U. HOSTETTLER, p. 309

⁶⁰ D. FINK, p. 64

⁶¹ M. HEER, ad art. 59 CP n° 124. Le séjour médian a doublé depuis les années 2000 et est passé de 1,5 ans à 3 ans (D. FINK, p. 66)

⁶² Cf. pp. 18 ss

⁶³ OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Exécution des mesures*

42 et 43 aCP) ont vu leur mesure transformée en une mesure thérapeutique institutionnelle de l'art. 59 CP⁶⁴.

b) Les buts

Le but principal de l'art. 59 CP est la diminution ou la prévention du risque de récidive du délinquant⁶⁵. L'infliction d'une peine n'étant pas suffisante pour atteindre ce but, une mesure devra de surcroît être ordonnée⁶⁶. L'objectif de prévention spéciale, à savoir la prévention de la récidive du condamné⁶⁷, sera ici poursuivi par le traitement du trouble mental et non par l'infliction d'une peine⁶⁸. L'isolement du condamné dans une institution permettra également d'assurer la sécurité de la société⁶⁹.

Tout cela présuppose que la mesure puisse atteindre ce but⁷⁰. En d'autres termes, la mesure devra avoir des chances de succès, comme nous le verrons dans la partie consacrée au champ d'application de l'art. 59 CP⁷¹. Le traitement du condamné doit en effet être possible et, dans le cas contraire, la mesure ne pourra pas être ordonnée⁷². Selon une formule consacrée par le Tribunal fédéral, le but à atteindre n'est pas la guérison mais que l'auteur « *ait appris à vivre avec ses déficits* »⁷³. Le traitement apparaît ici comme un moyen de parvenir au réel but du législateur, à savoir d'éviter la récidive⁷⁴.

Il nous semblait également important de rappeler à ce stade que pour que le traitement soit un succès, il convient qu'un établissement approprié, à même de le dispenser, soit à disposition conformément à l'art. 56 al. 5 CP⁷⁵.

⁶⁴ S. FISCHER, *Internement* ; La disposition transitoire de la modification de 2007 prévoit en effet que le juge devait vérifier si les personnes internées selon les art. 42 ou 43 ch. 1 al. 2 aCP remplissaient les conditions pour le prononcé d'une mesure thérapeutique institutionnelle au sens de l'art. 59. Si oui, il devait ordonner cette mesure.

⁶⁵ ATF 127 IV 154, consid. 3 ; ATF 120 IV 246 ; M. HEER, ad art. 59 CP n° 58 ; A. BAECHTOLD, p. 289

⁶⁶ A titre de rappel, l'art. 56 al. 1 let. a CP pose en effet comme condition que l'infliction d'une peine seule ne soit pas suffisante pour écarter le danger que l'auteur récidive.

⁶⁷ M. KILLIAS/M. F. AEBI/A. KUHN, n° 1100

⁶⁸ D. JOSITSCH/G. EGE/C. SCHWARZENEGGER, p. 185

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ ATF 134 IV 315, consid. 3.4 et 4 ; B. BRÄGGER, p. 291

⁷¹ cf. p. 12 ss

⁷² ATF 109 IV 73 consid. 3 ; ATF 102 IV 235, consid. 1

⁷³ ATF 137 IV 201, consid. 1.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_714/2009 du 19 novembre 2009, consid. 1.2

⁷⁴ ATF 124 IV 246, consid. 3b ; M. KILLIAS/A. KUHN/N. DONGOIS, n° 1511

⁷⁵ B. BRÄGGER, p. 291

c) La distinction avec la mesure d'internement

La distinction entre les mesures thérapeutiques institutionnelles pour le traitement des troubles mentaux (art. 59 CP) et l'internement (art. 64 CP) a trait à leurs buts respectifs. En effet, « *au contraire de l'internement, qui consiste principalement à neutraliser l'auteur, la mesure institutionnelle cherche à réduire le risque de récidive par une amélioration des facteurs inhérents à l'intéressé* »⁷⁶. Le besoin de traitement de l'auteur est central lors du prononcé d'une mesure thérapeutique institutionnelle (cf. art. 59 al. 1 let. b CP), comme nous l'avons exposé plus haut. La sécurité publique l'emportera sur le traitement ou la réhabilitation de la personne dans le cadre du prononcé d'un internement⁷⁷. L'internement est considéré comme l'*ultima ratio*⁷⁸, et la mesure thérapeutique institutionnelle devra lui être préférée si les conditions légales sont remplies⁷⁹. Il sera réservé aux délinquants dangereux ne souffrant pas de troubles mentaux (art. 64 al. 1 let. a CP), ou aux personnes atteintes d'un grave trouble mental mais étant inaccessibles à un traitement institutionnel (art. 64 al. 1 let. b CP).

Par ailleurs, l'internement n'entrera en ligne de compte qu'en cas de commission de l'une des infractions prévues par l'art. 64 CP⁸⁰, alors que la mesure thérapeutique institutionnelle pourra être ordonnée pour la commission de n'importe quel crime ou délit (art. 59 al. 1 let. a CP), si les autres conditions sont remplies.

La peine privative de liberté précédera l'exécution de l'internement (art. 64 al. 2 CP), contrairement à ce qui prévaut pour les mesures thérapeutiques institutionnelles (art. 57 al. 2 CP). Concernant l'exécution de la mesure d'internement, l'art. 64 al. 4 CP dispose qu'elle peut se faire dans un établissement d'exécution des mesures ou un dans établissement pénitentiaire au sens de l'art. 76 al. 2 CP. L'établissement en question devra dans tous les cas garantir la sécurité publique.

⁷⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_346/2018 du 28 juin 2018, consid. 4.1.2

⁷⁷ N. QUELOZ/R. BROSSARD, ad art. 64 n° 6

⁷⁸ ATF 140 IV 1, consid. 3.2.4 ; ATF 134 IV 121, consid. 3.4.4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_823/2018 du 12 septembre 2018, consid. 1.1

⁷⁹ Dans le cas d'une personne souffrant d'un grave trouble mental, l'internement n'entrera en ligne de compte que lorsque la mesure de l'art. 59 CP semble vouée à l'échec (art. 64 al. 1 let. b CP). Cf. également : ATF 137 IV 59, consid. 6.2 ; ATF 134 IV 315 consid. 2.3, 3.3 et les références citées

⁸⁰ Il s'agira d'un assassinat, d'un meurtre, d'une lésion corporelle grave, d'un vol, d'un brigandage, d'une prise d'otage, d'un incendie, d'une mise en danger de la vie d'autrui, ou d'une autre infraction passible d'une peine privative de liberté au moins, par laquelle l'auteur a porté ou voulu porter gravement atteinte à l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'autrui, selon les termes de l'art. 64 CP.

On remarque ici que l'établissement ne doit pas mettre à disposition des soins thérapeutiques particuliers au condamné. La prise en charge par un psychiatre ne se fera d'ailleurs pas d'office (art. 64 al. 4 *in fine* CP). De plus, à l'inverse du traitement psychiatrique dans le cadre d'un internement, la mesure thérapeutique institutionnelle pour le traitement des troubles mentaux vise un « *impact thérapeutique dynamique (et, partant, une amélioration du pronostic légal) et non pas la simple administration statique et conservatoire de soins* »⁸¹.

2. Le champ d'application

a) Le grave trouble mental

Pour qu'une mesure thérapeutique institutionnelle puisse être ordonnée à l'encontre d'un délinquant, la loi exige que ce dernier souffre d'un grave trouble mental (art. 59 al. 1 CP). Cette notion englobe également les troubles de la personnalité⁸².

Les termes de « grave trouble mental » renvoient au Chapitre V de la Classification internationale des maladies de l'OMS (CIM-10), consacré aux troubles mentaux et du comportement⁸³. A titre d'exemple, le Chapitre V de la CIM-10 comprend les troubles mentaux organiques (CIM-10, F00-F09), la schizophrénie (CIM-10, F20), les troubles de la personnalité et du comportement chez l'adulte (CIM-10, F60-69), ou encore le retard mental (CIM-10, F70-F79)⁸⁴.

Selon le TF, « *toute anomalie mentale au sens médical ne constitue pas une anormalité mentale au sens de la loi, laquelle postule l'existence d'un grave trouble* »⁸⁵. Le trouble mental doit ainsi être significatif⁸⁶. La gravité du trouble est une question qui relève du pouvoir d'appréciation du juge⁸⁷ et qui n'est pas pertinente pour statuer sur la question de la responsabilité restreinte ou de

⁸¹ FF 1999 1787 ss, p. 1883. Cette formule a par ailleurs été reprise par le Tribunal fédéral dans l'ATF 134 IV 315, consid. 3.6

⁸² FF 1999 1787 ss, p. 1882

⁸³ J. HURTADO POZO, n° 1626 ; P. DELACRAUSAZ/N. QUELOZ, p. 1015. La CIM-10 (Classification internationale des maladies, ou ICD en anglais) est l'un des principaux systèmes de classification des troubles psychiatriques. Cette classification constitue la référence en Europe (D. DELESSERT, p. 566).

⁸⁴ Nous nous référons à la publication la plus récente de l'OFS s'agissant de la CIM-10 (OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *CIM-10*)

⁸⁵ ATF 120 IV 1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_681/2010 du 7 octobre 2010, consid. 3.3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_457/2007 du 12 novembre 2007 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6S.427/2005 du 6 avril 2005 consid. 2.3. Cette interprétation restrictive procède de l'application du principe de proportionnalité (M. HEER, ad Art. 56 n° 37a)

⁸⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6S.247/2005 du 6 avril 2006, consid. 2.3 et les références citées

⁸⁷ N. QUELOZ/R. MUNYANKINDI, ad art. 59 CP n° 7 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_926/2013 du 6 mars 2014, consid. 3.2

l'irresponsabilité pénale⁸⁸. En effet, le prononcé de la mesure est indépendant de la responsabilité pénale de l'intéressé⁸⁹. Celle-ci pourra ainsi être prononcée même si l'individu a une responsabilité pleine et entière.

En pratique, même si le juge est compétent pour déterminer si le trouble de l'expertisé est grave, l'expert psychiatre devra se prononcer sur cette question, ce qui pourra donner lieu à des difficultés car la notion n'est pas clairement définie en psychiatrie⁹⁰.

b) La commission d'un crime ou d'un délit en relation avec le grave trouble mental

L'individu doit par ailleurs avoir commis un crime ou un délit (art. 59 al. 1 let. a CP), ce qui exclut d'ordonner ce type de mesure dans le cas d'une contravention⁹¹. L'infraction en cause doit avoir été commise en relation avec le grave trouble mental (art. 59 al. 1 let. a CP). En effet, « *il ne suffit pas que le caractère dangereux du délinquant soit d'ordre général* »⁹². La relation en question peut être directe ou indirecte⁹³. En pratique, cette condition fait l'objet d'une interprétation extrêmement large⁹⁴.

c) Les chances de succès de la mesure

Pour ordonner le traitement institutionnel des troubles mentaux, il doit également être vraisemblable que la mesure thérapeutique détournera l'auteur de la commission de nouvelles infractions en relation avec ce trouble (art. 59 al. 1 let. b CP). Comme nous l'avons vu, l'art. 56 al. 1 let. a CP pose comme condition préalable au prononcé d'une mesure le risque de récidive de l'auteur⁹⁵.

⁸⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_681/2010 du 7 octobre 2010, consid. 4.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_52/2010 du 22 mars 2010, consid. 3.1

⁸⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_681/2010 du 7 octobre 2010, consid. 4.1 ; M. HEER, ad art. 59 n° 6

⁹⁰ P. DELACRAUSAZ/N. QUELOZ, p. 1015

⁹¹ Les mesures entraînant une privation de liberté telles que les mesures thérapeutiques institutionnelles pour le traitement des troubles mentaux ne peuvent être ordonnées dans le cadre de la commission d'une contravention que dans les cas expressément prévus par la loi (art. 105 al. 3 CP). L'art. 59 CP ne mentionne que les crimes et les délits.

⁹² J. HURTADO POZO, n° 1627

⁹³ N. QUELOZ/R. MUNYANKINDI, ad art. 59 CP n° 13

⁹⁴ M. HEER, ad art. 59 CP n° 47

⁹⁵ Cf. p. 5

Dans le cadre du prononcé d'une mesure au sens de l'art. 59 CP, l'auteur devra avoir besoin d'un traitement et être accessible à ce traitement⁹⁶. De plus, la mesure thérapeutique stationnaire devra être apte à prévenir la récidive⁹⁷. Si un traitement ambulatoire (art. 63 CP) est également apte et que lui seul est nécessaire, celui-ci devra être ordonné en lieu et place de la mesure thérapeutique institutionnelle de l'art. 59 CP conformément au principe de proportionnalité (art. 56a CP)⁹⁸.

Selon la doctrine dominante, le juge sera tenu de prononcer le traitement institutionnel des troubles mentaux si les conditions des articles 56 et 59 CP sont remplies, malgré la formulation de l'art. 59 CP qui dispose que le juge « *peut* » ordonner la mesure⁹⁹.

3. La prolongation, la libération conditionnelle et la levée de la mesure

Conformément à l'art. 62d al. 1 CP, l'autorité doit examiner la possibilité de libération conditionnelle ou de levée de la mesure au moins une fois par année. Elle peut également décider de la prolongation de la mesure en vertu de l'art. 59 al. 4 CP.

a) La prolongation de la mesure

Pour le traitement des délinquants anormaux (art. 43 aCP), aucune limite de durée de la mesure n'était fixée¹⁰⁰, ce qui a suscité diverses critiques, qui ont été prises en compte lors de la révision du Code pénal de 2007¹⁰¹.

L'art. 59 CP al. 4 CP, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2007, dispose à présent que la mesure thérapeutique institutionnelle pour le traitement des troubles mentaux ne peut en principe pas dépasser cinq ans. Cependant, cette durée peut être prolongée pour cinq ans à chaque fois, si les conditions de la libération conditionnelle de l'art. 62 CP ne sont pas remplies et qu'« *il est à prévoir que le maintien de la mesure détournera l'auteur de nouveaux crimes ou de nouveaux délits* »

⁹⁶ B. BRÄGGER, p. 293

⁹⁷ ATF 131 IV 215 consid. 3.4.1

⁹⁸ ATF 118 IV 108, consid. 2a ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_39/2018 du 5 juillet 2018, consid. 1.4.1 Arrêt du Tribunal fédéral 6B_457/2007 du 12 novembre 2007, consid. 5.2. Cf. également Arrêt du Tribunal fédéral 6B_65/2007 du 7 mai 2007, dans lequel notre Haute Cour a considéré que l'autorité cantonale avait violé l'art. 56a CP en prononçant une mesure institutionnelle alors que l'expert préconisait un traitement ambulatoire.

⁹⁹ D. JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, p. 191 ; M. DUPUIS ET AL., n° 5 ad art. 59 ; B. BRÄGGER, p. 290 ; M. HEER, n° 15 ad art. 56

¹⁰⁰ FF 1999 1787 ss, p. 1884 s. ; M. HEER, ad art. 59 n° 123. Cf. en particulier l'art. 43 ch. 4 aCP, qui disposait que « *l'autorité compétente mettra fin à la mesure lorsque la cause en aura disparu* »

¹⁰¹ FF 1999 1787 ss, p. 1885

(art. 59 al. 4 *in fine* CP). Tant que ces conditions sont réunies, la mesure thérapeutique institutionnelle est ainsi théoriquement prolongeable indéfiniment¹⁰². Le Conseil fédéral justifie cette possibilité par le fait que « *c'est précisément chez les malades mentaux souffrant de graves troubles chroniques que les traitements thérapeutiques durent souvent le plus longtemps* »¹⁰³. A l'inverse, les mesures thérapeutiques institutionnelles des art. 60 et 61 CP ne sont prolongeables par le juge que dans une mesure très restreinte (cf. art. 60 al. 4 et art. 61 al. 4 CP).

Lors de l'examen de la prolongation de la mesure thérapeutique institutionnelle pour le traitement des troubles mentaux, le juge doit également vérifier s'il existe d'autres alternatives à cette mesure, notamment le prononcé d'une mesure de protection de l'adulte (art. 62c al. 5 CP), d'un internement (art. 62c al. 4 CP), ou d'un autre type de mesure thérapeutique institutionnelle (art. 62c al. 6 CP)¹⁰⁴.

b) La libération conditionnelle de la mesure

La libération conditionnelle est prévue à l'art. 62 CP. Le critère pour l'ordonner est le pronostic favorable¹⁰⁵. Selon le Tribunal fédéral, il n'est pas nécessaire que l'auteur soit guéri mais il convient qu'il « *ait appris à vivre avec ses déficits, de manière que l'on puisse poser un pronostic favorable quant à son comportement futur* »¹⁰⁶. Dans ce cadre, il convient de faire une pesée des intérêts entre l'atteinte aux droits de la personnalité de l'auteur et sa dangerosité conformément au principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst et art. 56 al. 2 CP)¹⁰⁷. Le principe *in dubio pro reo* ne s'applique pas s'agissant de la décision sur le pronostic¹⁰⁸. Comme le relève PAREIN, une présomption de non-dangerosité existe dans le droit des mesures. Premièrement, le prévenu ne doit pas apporter la preuve qu'il ne présente pas de risque de récidive¹⁰⁹. Cette présomption est cependant susceptible d'être renversée, notamment lors de l'exécution de la mesure, lorsque le risque de récidive a été établi par le jugement pénal¹¹⁰. Ce sera ainsi le cas lors de l'examen périodique de la libération conditionnelle. Deuxièmement, la présomption de non-dangerosité interdit au juge de procéder à

¹⁰² ATF 141 IV 201, consid. 1.4 ; M. KILIAS/A. KUHN/N. DONGOIS, n° 1513

¹⁰³ FF 1999 1787 ss, p. 1885

¹⁰⁴ A ce sujet, cf. M. HEER, ad art. 59 CP n° 127

¹⁰⁵ ATF 137 IV 201 consid. 1.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_714/2009 du 19 novembre 2009, consid. 1.2

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ ATF 137 IV 201, consid. 1.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_457/2007 du 12 novembre 2007

¹⁰⁸ ATF 137 IV 201, consid. 1.2 ; ATF 127 IV 1, consid. 2

¹⁰⁹ La vraisemblance de la commission de nouvelles infractions sera établie par l'expertise (L. PAREIN, *La présomption de non-dangerosité*, p. 384)

¹¹⁰ *Id.*, pp. 383 ss

une mauvaise appréciation des preuves, notamment dans le cadre d'expertises quant au risque de réitération¹¹¹. Cependant, en cas de doutes lors de l'établissement du risque de récidive, ceux-ci ne profiteront pas au prévenu, contrairement à ce qui prévaut s'agissant du principe *in dubio pro reo* (art. 10 al. 3 CPP)¹¹².

La libération n'est possible que conditionnellement. En effet, le Conseil fédéral considère que « *l'expérience a montré qu'il était très difficile de déterminer si quelqu'un est « guéri » (...). D'autre part, même lorsque le traitement institutionnel est couronné de succès, il est judicieux de poursuivre les soins ou d'assurer un contrôle sous la forme d'un traitement ambulatoire, d'une assistance de probation ou de règles de conduite durant une certaine période.* »¹¹³.

Ainsi, contrairement à la personne condamnée à une peine privative de liberté, fixée selon les principes de l'art. 47 CP pour une durée déterminée dans le jugement pénal, la personne sous mesure restera dans l'incertitude quant au jour de sa libération. Comme l'expliquent FERREIRA et MAUGUE, « *il va sans dire que sur l'individu pèse une responsabilité anxiogène* »¹¹⁴, à savoir celle de se soigner pour pouvoir être un jour libéré.

Le délai d'épreuve est de cinq ans pour le traitement institutionnel des troubles mentaux (art. 62 al. 2 CP), et peut être assorti d'un traitement ambulatoire, d'une assistance de probation ou de règles de conduites (art. 62 al. 3 CP). Il peut en outre être prolongé par le juge à chaque fois pour une durée d'un à cinq ans si cela apparaît nécessaire (art. 62 al. 4 let. a CP). Par conséquent, le délai d'épreuve pourra être prolongé indéfiniment¹¹⁵, contrairement ce qui prévaut s'agissant des autres mesures thérapeutiques institutionnelles (art. 62 al. 5 CP)¹¹⁶.

c) La levée de la mesure

D'une manière générale, une mesure dont les conditions ne sont plus remplies devra être levée (art. 56 al. 6 CP). Aux termes de l'art. 62c al. 1 CP, le traitement institutionnel des troubles mentaux

¹¹¹ L. PAREIN, *La présomption de non-dangerosité*, pp. 385 s.

¹¹² *Id.*, pp. 386 s.

¹¹³ FF 1999 1787 ss, p. 1889

¹¹⁴ C. FERREIRA/L. MAUGUÉ, n° 3

¹¹⁵ A. KUHN/J. VUILLE, p. 42 ; M. DUPUIS ET AL, n° 11 ad art. 62 CP ; R. ROTH/V. THALMANN, n° 42 ad art. 62

¹¹⁶ Selon cette disposition, le délai d'épreuve du traitement institutionnel des addictions et des mesures applicables aux jeunes adultes ne peut excéder six ans.

devra être levé si son exécution ou sa poursuite paraît voué à l'échec, ou s'il n'y a pas ou plus d'établissement approprié¹¹⁷.

L'art. 62c al. 1 let. b CP permet la libération du traitement institutionnel des addictions ou de la mesure applicable aux jeunes adultes si la durée prévue par l'art. 60 CP ou l'art. 61 CP a été atteinte, même si les conditions de la libération conditionnelle ne sont pas remplies. Ce n'est cependant pas le cas pour le traitement institutionnel des troubles mentaux car, comme nous l'avons vu, la durée de cinq ans fixée à l'art. 59 CP peut être prolongée indéfiniment¹¹⁸.

L'autorité d'exécution est compétente pour décider si et quand l'exécution d'un traitement institutionnel est vouée à l'échec et doit ainsi être levée¹¹⁹. Le juge pourra ensuite décider, sur requête de l'autorité d'exécution, des conséquences juridiques de la levée de la mesure¹²⁰. Aux termes de l'art. 62c CP, il pourra ainsi ordonner une nouvelle mesure (al. 3), ordonner l'internement (al. 4) ou requérir le prononcé d'une mesure de protection de l'adulte (al. 3). Pour que la mesure ne soit pas considérée comme vouée à l'échec, c'est le traitement et non la privation de liberté en tant que telle qui doit conserver des chances de succès de réduire le risque de récidive¹²¹. Si ledit traitement apparaît définitivement inexécutable, il devra être levé¹²². Selon le Tribunal fédéral, il convient d'admettre ce cas de figure restrictivement¹²³.

S'agissant de l'inexistence d'un établissement approprié, l'exécution de la mesure doit se révéler impossible dans l'entier de la Suisse faute de lieu d'exécution du traitement et non pas en raison du refus d'un établissement de prendre en charge le condamné à cause d'un manque de place¹²⁴.

Certains détenus ont tenté d'invoquer le fait que les conditions pour le prononcé de leur mesure n'étaient pas remplies au motif qu'il n'y avait pas d'établissement approprié pour l'exécuter (art. 56 al. 5 CP) et qu'elle devait ainsi être levée (art. 62c al. 1 let. c CP). A titre d'exemple, un détenu a fait valoir que les conditions de sa mesure thérapeutique institutionnelle pour le traitement des

¹¹⁷ Pour d'avantage de détails au sujet de la notion d'établissement approprié, cf. pp. 18 ss

¹¹⁸ Cf. pp. 14 s.

¹¹⁹ ATF 141 IV 49, consid. 2

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ ATF 137 IV 201, consid. 1.2

¹²² ATF 141 IV 49 consid. 2.3 ; M. DUPUIS ET AL, n° 2 ad art. 62c

¹²³ ATF 123 IV 113, consid. 4a ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_815/2015 du 11 avril 2016, consid. 2.1.1

¹²⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_815/2015 du 11 avril 2016, consid. 2.1.2

troubles mentaux n'étaient remplies pas au vu du défaut d'établissement approprié. Dans une décision datant de 2013, notre Haute Cour a rejeté son recours. En effet, il existait des établissements appropriés en Suisse susceptibles d'accueillir le condamné pour l'exécution de sa mesure, de sorte que les conditions de 56 al. 5 CP étaient remplies dans le cas d'espèce selon le Tribunal fédéral¹²⁵. Le fait que la thérapie proposée concrètement remplisse les conditions posées par l'art. 59 al. 3 CP, est une question d'exécution de la mesure et non des conditions pour l'ordonner, ce qui n'était pas l'objet de la procédure¹²⁶.

En 2016, le Tribunal fédéral a également refusé la levée de la mesure d'une personne détenue sous mesure thérapeutique institutionnelle en milieu fermé au sens de l'art. 59 al. 3 CP à la prison des Iles à Sion. Le recourant exposait que son maintien à la prison des Iles n'était pas propre à atteindre le but de la mesure et que le refus de l'autorité compétente de le placer dans un établissement approprié constituait une situation analogue à celle visée par l'art. 62c al. 1 let. c CP. Comme le recourant faisait partie de la liste d'attente pour l'établissement Curabilis, les juges de Mon Repos ont considéré qu'on ne saurait retenir que la mesure devait être levée de vertu de cette disposition¹²⁷.

4. L'établissement approprié

a) En général

Les Règles pénitentiaires européennes de 2006 disposent à leur chiffre 12.1 que « *les personnes souffrant de maladies mentales et dont l'état de santé mentale est incompatible avec la détention en prison devraient être détenues dans un établissement spécialement conçu à cet effet.* ». Cependant, « *si ces personnes sont néanmoins exceptionnellement détenues dans une prison, leur situation et leurs besoins doivent être régis par des règles spéciales.* »¹²⁸.

Il s'agit de recommandations non contraignantes du Conseil de l'Europe¹²⁹, qui constituent selon nous l'horizon vers lequel tendre en matière de privation de liberté. Le Tribunal fédéral y fait

¹²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_625/2012 du 27 juin 2013, consid. 4.2

¹²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_625/2012 du 27 juin 2013., consid. 4.2.4

¹²⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_815/2015 du 11 avril 2016

¹²⁸ Règles pénitentiaires européennes, ch. 12.2

¹²⁹ G. PIQUEREZ/A. MACALUSO, n° 1265

d'ailleurs fréquemment référence¹³⁰ et les considère comme du « *soft law* », relativement contraignant¹³¹.

En droit suisse, diverses dispositions reprennent l'idée consacrée par les règles pénitentiaires européennes, à savoir que les personnes dont l'état mental est incompatible avec la prison devraient être détenues dans un établissement dit « *approprié* ». A cet égard et avant toute chose, il convient de distinguer l'exécution du traitement institutionnel dans un établissement approprié ou dans un établissement d'exécution des mesures, d'une part, de son exécution dans un établissement fermé ou dans un établissement pénitentiaire, d'autre part. Ce deuxième cas de figure constitue une spécificité¹³². Ainsi, nous développerons ces notions dans deux parties distinctes du présent travail.

b) L'exécution du traitement institutionnel dans un établissement approprié ou dans un établissement d'exécution des mesures

i. Dispositions générales

L'art. 56 al. 5 CP dispose qu'« *en règle générale, le juge n'ordonne une mesure que si un établissement approprié est à disposition* ». Ainsi, le juge devra vérifier qu'un établissement existe pour l'exécution de la mesure avant de l'ordonner¹³³. L'expertise psychiatrique donnera des réponses quant à la possibilité d'exécuter le traitement (art. 56 al. 3 let. c CP), et mentionnera des institutions susceptibles d'accueillir le condamné¹³⁴. La tâche de désignation du lieu où le traitement sera effectué relève toutefois de l'autorité d'exécution¹³⁵. Il est exigé qu'un tel établissement approprié soit à disposition, mais pas qu'il soit effectivement disposé à accueillir le condamné¹³⁶. Cependant, « *cette réglementation ne dispense pas les cantons de mettre à disposition les places de thérapie nécessaires* »¹³⁷.

Selon ROTH et THALMANN, les termes « *en règle générale* » affaiblissent la portée de l'art. 56 al. 5 CP¹³⁸. Ils relèvent notamment le risque que le juge renonce à prononcer une mesure

¹³⁰ cf. notamment : ATF 141 I 141 ; ATF 140 I 125 ; arrêt du Tribunal fédéral 6B_817/2014 du 2 avril 2015, consid. 3.1

¹³¹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_817/2014 du 2 avril 2015, consid. 3.1; Arrêt du Tribunal fédéral 1B_369/2013 du 26 février 2014, consid. 3.2

¹³² Art. 59 al. 3 CP

¹³³ M. DUPUIS ET AL., ad. art. 56 n° 22

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ FF 1999 1787 ss, p. 1879 ; ATF 130 IV 49, consid. 3

¹³⁶ FF 1999 1787 ss, p. 1879 ; M. DUPUIS ET AL., n° 24 ad art. 56

¹³⁷ FF 1999 1787 ss, p. 1879

¹³⁸ R. ROTH/V. THALMANN, ad art. 56 n° 52

si un établissement approprié fait défaut. Cependant, il convient dans ce contexte de rappeler que s'il n'existe pas ou plus d'établissement approprié, la mesure devra être levée conformément à l'art. 62c al. 1 let. c CP. Selon certains auteurs¹³⁹, le principe de l'art. 62c al. 1 let. c CP confère à l'art. 56 al. 5 CP une portée absolue. En d'autres termes, le juge ne pourra tout simplement pas ordonner la mesure lorsqu'un établissement approprié pour son exécution fait défaut. Par ailleurs, le juge renoncera à la mesure si son exécution est impossible dans l'entier de la Suisse, faute d'établissement approprié¹⁴⁰. Le fait de ne pas trouver d'établissement approprié n'autorise pas l'autorité d'exécution à placer la personne durant des semaines, voire des mois dans un établissement d'exécution des peines, car cette pratique est contraire au but de la mesure¹⁴¹.

Les lieux d'exécution des mesures thérapeutiques au sens des articles 59 à 61 CP doivent par ailleurs être séparés de ceux consacrés d'exécution des peines (art. 58 al. 2 CP). Cette disposition vise la favorisation de la création d'un climat thérapeutique, hors d'un établissement pénitentiaire¹⁴².

ii. L'exécution du traitement institutionnel des troubles mentaux

L'art. 59 al. 2 CP reprend la même idée que celle exposée ci-dessus, en introduisant une disposition spécifique pour l'exécution des mesures thérapeutiques institutionnelles pour le traitement des troubles mentaux. Elles peuvent ainsi s'effectuer dans un établissement psychiatrique ou dans un établissement d'exécution des mesures (art. 59 al. 2 CP). La loi ne détaille pas les caractéristiques que ces établissements doivent avoir remplir. Selon QUELOZ et MUNYANKINDI, cette lacune est due au « *manque d'établissements approprié et de personnel qualifié* »¹⁴³. Le traitement doit être administré par un médecin ou sous la surveillance d'un médecin¹⁴⁴. Il faudra au minimum qu'un médecin soit à disposition de l'institution et qu'il s'y rende régulièrement¹⁴⁵.

Comme le relèvent BAECHTOLD, WEBER et HOSTETTLER, l'exécution de mesures dans un établissement psychiatrique peut soulever des difficultés, au vu des différentes logiques des

¹³⁹ T. HANSJAKOB/H. SCHMITT/J. SOLLBERGER, p. 54 ; M. DUPUIS ET AL., ad art. 56 CP n° 25 ; cf. également HEER, qui considère que l'existence d'un établissement approprié est une condition indispensable pour le prononcé de la mesure (M. HEER ad art. 56 n° 88).

¹⁴⁰ ATF 101 IV 141, consid. 3 ; D. JOSITSCH/C. EGE/SCHWARZENEGGER, p. 189 ; M. DUPUIS ET AL., ad art. 56 CP n° 23

¹⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 6A.20/2006, consid. 4.5 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1P.334/2003, consid. 8.4

¹⁴² S. TRESCHEL/B. PAUEN BORER, ad art. 58 n° 2

¹⁴³ N. QUELOZ/R. MUNYANKINDI, ad art. 59 CP n° 23

¹⁴⁴ ATF 103 IV 3, consid. 2 ; ATF 108 IV 81, consid. 3c

¹⁴⁵ ATF 108 IV 81, consid. 3c

institutions en cause, à savoir la justice pénale et les institutions de santé publique¹⁴⁶. Les cliniques psychiatriques ne seront notamment pas toujours disposées à rendre compte des thérapies¹⁴⁷ et pourront refuser « *de servir de prison* »¹⁴⁸. Elles ne disposent en principe pas des mêmes standards de sécurité que les établissements pénitentiaires, mais certaines se sont dotées de sections fermées¹⁴⁹.

Ainsi, le législateur a prévu que le traitement institutionnel peut également s'exécuter dans une institution d'exécution des mesures pénales. Un tel établissement doit être « *dirigé et surveillé par un médecin* », et disposer « *des installations nécessaires ainsi que d'un personnel disposant d'une formation appropriée et placé sous surveillance médicale* »¹⁵⁰.

Nous nous rallions à l'avis de BAECHTOLD, WEBER et HOSTETTLER¹⁵¹, selon lequel ces institutions sont préférables à une clinique psychiatrique dans les cas où le traitement psychiatrique pour la prévention de la récidive est nécessaire mais ne suffit pas, car une prise en charge et un contrôle plus globaux doivent être mis en place. Il s'agit ici de mettre en place une thérapie sans négliger le suivi socio-éducatif et l'aspect resocialisation que comporte la sanction pénale. En effet, le but de la mesure thérapeutique institutionnelle pour le traitement des troubles mentaux est la diminution, voire l'élimination du risque de récidive.

Les établissements d'exécution des peines ne sont pas des établissements appropriés au sens de cette disposition¹⁵², conformément à la règle de séparation des lieux d'exécution (art. 58 al. 2 CP). Une exception est prévue à l'art. 59 al. 3 CP, que nous traiterons dans le chapitre suivant.

c) L'exécution du traitement institutionnel dans un établissement fermé ou dans un établissement pénitentiaire

i. La notion

¹⁴⁶ A. BAECHTOLD/J. WEBER/U. HOSTETTLER, p. 303

¹⁴⁷ *Ibid.* Par ailleurs, ces logiques différentes peuvent également poser des problèmes dans d'autres établissements que les cliniques psychiatriques, comme le relève la CNPT s'agissant de Curabilis, qui est un établissement fermé d'exécution des mesures pénales (COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Curabilis*, n° 9)

¹⁴⁸ FF 1999 1787, p. 1883 ; N. QUELOZ/R. MUNYANKINDI, ad art. 59 CP n° 23

¹⁴⁹ M. HEER, ad art. 59 n° 94

¹⁵⁰ ATF 108 IV 81, consid. 3c ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_629/2009 du 21 décembre 2009, consid. 1.2.1

¹⁵¹ A. BAECHTOLD/J. WEBER/U. HOSTETTLER, p. 303

¹⁵² M. HEER, ad art. 59 CP n° 96 ; N. QUELOZ/R. MUNYANKINDI, ad art. 59 CP n° 24

Comme exposé précédemment, l'art. 59 al. 3 CP consacre depuis le 1^{er} janvier 2007 la possibilité d'exécuter un traitement institutionnel dans un établissement fermé ou dans un établissement pénitentiaire lorsqu'il existe un risque de fuite ou de récidive¹⁵³. Le Tribunal fédéral exige l'existence d'un risque qualifié, à savoir concret et hautement probable¹⁵⁴. Il manque des places de thérapie en Suisse pour les détenus dangereux souffrant de troubles mentaux, notamment dans les sections fermées des hôpitaux psychiatriques¹⁵⁵.

Selon le Conseil fédéral, l'art. 59 al. 3 CP a été introduit pour éviter qu'un délinquant dangereux « *soit d'emblée décrété incurable et placé établissement ordinaire d'exécution des peines* »¹⁵⁶. Comme nous l'avons exposé, l'internement revêt un caractère d'*ultima ratio* et ne sera ordonné que si une mesure thérapeutique institutionnelle semble vouée à l'échec¹⁵⁷. Cependant, l'art. 59 al. 3 CP peut être appliqué à un auteur qui a commis n'importe quel crime ou délit, contrairement à l'internement de l'art. 64 CP qui prévoit une liste exhaustive d'infractions pouvant entraîner une telle mesure¹⁵⁸. Selon le Tribunal fédéral, le placement dans un établissement pénitentiaire au sens de 59 al. 3 CP doit rester l'exception¹⁵⁹ et des mesures devront être prises pour transférer le détenu « *aussi tôt que possible dans un établissement spécialisé* »¹⁶⁰.

Notre Haute Cour considère que la compétence pour ordonner un traitement institutionnel de troubles psychiques en milieu fermé au sens de l'art. 59 al. 3 CP revient à l'autorité d'exécution¹⁶¹. Il ne s'agit en effet pas d'une sanction à part entière mais d'une modalité d'exécution de la mesure thérapeutique institutionnelle. Le tribunal pourra cependant expliquer en quoi le placement en milieu fermé est nécessaire, si les conditions de l'art. 59 al. 3 CP semblent remplies au moment du jugement. Il devra le faire dans les motifs de son jugement et non dans son dispositif¹⁶². Cet arrêt

¹⁵³ FF 1999 1787 ss, p. 1881

¹⁵⁴ En effet, le risque de récidive est déjà une condition générale du prononcé de la mesure (art. 56 al. 1 CP) (Arrêt du Tribunal fédéral 6B_384/2010 du 15 septembre 2010, consid. 2.1.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_629/2009 du 21 décembre 2009, consid. 1.2.2.2)

¹⁵⁵ M. HEER, ad art. 59 CP n° 101 ; D. FINK, p. 64

¹⁵⁶ FF 1999 1884

¹⁵⁷ Art. 62c CP ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_629/2009 du 21 décembre 2009, consid. 1.2.2.1 ; FF 1999 p. 1884

¹⁵⁸ Une limitation du « *petit internement* » au sens de l'art. 59 al. 3 CP aux seules infractions prévues à l'art. 64 al. 1 CP avait initialement été prévue par le législateur mais a finalement été abandonnée (M. HEER, ad art. 59 CP n° 104)

¹⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_817/2014 du 2 avril 2015, consid. 3.4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_629/2009 du 21 décembre 2009, consid. 1.2.4

¹⁶⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_817/2014 du 2 avril 2015, consid. 3.4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_625/2012 du 27 juin 2013, consid. 4.3

¹⁶¹ ATF 142 IV 1, consid. 2

¹⁶² *Ibid.*

est discutable dans la mesure où l'on peut exiger qu'une telle atteinte aux droits du condamné soit ordonnée par un tribunal¹⁶³.

L'art. 59 al. 3 CP constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 58 al. 2 CP, qui exige que les lieux d'exécution des mesures soient séparés des lieux d'exécution des peines, et l'application de cette disposition doit ainsi rester l'exception¹⁶⁴. L'exécution du traitement institutionnel sera donc possible en prison, « dans la mesure où le traitement thérapeutique nécessaire est assuré par du personnel qualifié » (art. 59 al. 3 *in fine* CP). Les critères pour définir le traitement nécessaire et le personnel qualifié ne sont pas définis dans la loi¹⁶⁵.

Si l'exécution des mesures thérapeutiques institutionnelles devait se faire dans un établissement pénitentiaire, BAECHTOLD, WEBER et HOSTETTLER préconisent qu'elle soit effectuée dans des unités différentes de celles consacrées à l'exécution de peine¹⁶⁶, ce qui n'est pas rendu obligatoire par la loi (contrairement à ce que prévoyait le projet¹⁶⁷). Dans ces circonstances, VALLOTTON et VIERDAZ se demandent même s'il existe une réelle différence entre un traitement institutionnel exécuté dans un établissement pénitentiaire (art. 59 al. 3 CP), un traitement ambulatoire combiné à une peine privative de liberté (art. 63b al. 3 CP) et un internement avec la mise en place d'une prise en charge psychiatrique (art. 64 al. 4 CP)¹⁶⁸. Certains auteurs préconisent que le traitement institutionnel pour le traitement des troubles mentaux suive une approche comportant trois éléments, à savoir une offre de traitements intensifs axée sur le délit (de préférence sous la forme de thérapie de groupes), des traitements psychothérapeutiques qui se concentrent sur la personnalité, ainsi qu'une offre systématique en milieu thérapeutique (« *Milieuthérapie* »)¹⁶⁹. Ce dernier élément n'étant pas présent dans le traitement ambulatoire exécuté en prison, il est utilisé par ces auteurs pour le distinguer du traitement institutionnel¹⁷⁰.

¹⁶³ M. HEER, ad art. 59 CP n° 110

¹⁶⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_629/2009 du 21 décembre 2009, consid. 1.2.2

¹⁶⁵ T. NOLL/U. GRAF/M. STÜRM/F. URBANIOK, p. 1555

¹⁶⁶ A. BAECHTOLD/J. WEBER/U. HOSTETTLER, p. 307

¹⁶⁷ FF 1999 1787 ss, p. 1884 ; T. NOLL/U. GRAF/M. STÜRM/F. URBANIOK, p. 1554

¹⁶⁸ A. VALLOTTON/B. VIERDAZ, ad art. 90 CP n° 7 ; sur ce point cf. également M. HEER, ad art. 59 CP n° 107

¹⁶⁹ T. NOLL/U. GRAF/M. STÜRM/F. URBANIOK p. 1555 ; T. NOLL/B. BORCHARD/U. GRAF/H. SPILLER/M. STÜRM/F. URBANIOK, p. 593.

A ce sujet cf. également J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, p. 79

¹⁷⁰ T. NOLL/U. GRAF/M. STÜRM/F. URBANIOK p. 1555 ; T. NOLL/B. BORCHARD/U. GRAF/H. SPILLER/M. STÜRM/F. URBANIOK, p. 593

Par ailleurs, selon HEER, il convient de ne pas perdre de vue le fait qu'il s'agit toujours d'une mesure thérapeutique institutionnelle, et qu'un traitement approprié avec du personnel qualifié devra pouvoir être fourni¹⁷¹.

ii. Appréciation critique

Le but même de la mesure thérapeutique est de soigner l'auteur et d'ainsi diminuer son risque de récidive¹⁷². Selon QUELOZ et MUNYANKINDI, « CP 59 III aura pour conséquence que des délinquants souffrant de troubles mentaux, dont le besoin d'une thérapie aura été confirmé par une expertise et par un jugement, se retrouveront dans un établissement pénitentiaire, où ils ne pourront que très rarement bénéficier du traitement adéquat »¹⁷³. La doctrine utilise d'ailleurs parfois le terme « *kleine Verwahrung* » (petit internement) pour qualifier l'art. 59 al. 3 CP¹⁷⁴.

Il nous semble ici que la possibilité offerte par l'art. 59 al. 3 CP crée un cercle vicieux. En effet, pour que la libération conditionnelle soit accordée au condamné, il faudra que « *son état justifie de lui donner l'occasion de faire ses preuves en liberté* »¹⁷⁵. Comment son état pourrait-il s'améliorer au point d'obtenir une libération conditionnelle s'il ne bénéficie pas d'un traitement approprié dans un établissement qui l'est tout autant ? Et si l'état du condamné s'améliore sans pour autant qu'un traitement approprié ne lui soit administré, cela remet-il en cause les conditions du traitement institutionnel des troubles mentaux, à savoir que celui-ci soit nécessaire pour prévenir le risque de récidive et atténuer la gravité du trouble¹⁷⁶ ?

Nous l'avons vu, le nombre de mesures thérapeutiques institutionnelles pour le traitement des troubles mentaux prononcées est en constante augmentation¹⁷⁷. Si les établissements appropriés au sens de l'art. 59 al. 2 CP manquent, le risque est que l'exécution de ces mesures en milieu fermé au sens de l'art. 59 al. 3 CP devienne la règle au lieu de rester l'exception¹⁷⁸. Quand on sait que les

¹⁷¹ M. HEER, ad art. 59 CP n° 108

¹⁷² Sur les buts de la mesure thérapeutique institutionnelle pour le traitement des troubles mentaux, cf. pp. 10 s.

¹⁷³ N. QUELOZ/R. MUNYANKINDI, ad art. 59 CP n° 32

¹⁷⁴ *Ibid.* ; M. HEER, ad art. 59 CP n° 103

¹⁷⁵ art. 62 al. 1 CP

¹⁷⁶ Cf. pp. 14 s.

¹⁷⁷ Cf. p. 9

¹⁷⁸ A ce sujet, cf. : N. QUELOZ/R. MUNYANKINDI, ad art. 59 n° 30

effets de « *prisonisation* » neutralisent les tentatives de traitement¹⁷⁹, on peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle pratique.

d) La pratique

i. En général

En 2008, QUELOZ dénonçait le manque d'établissements appropriés susceptibles de remplir les conditions posées par l'art. 59 CP¹⁸⁰. Le CPT¹⁸¹ s'est également inquiété du manque de place en établissements appropriés pour l'exécution de mesures thérapeutiques institutionnelles lors de sa visite en 2011, notamment dans les cantons latins. Il a constaté à l'époque que beaucoup de détenus exécutaient leur traitement institutionnel en prison, avec des possibilités de traitement limitées¹⁸². La situation s'est-elle améliorée depuis lors ?

La visite la plus récente du CPT date d'avril 2015 et a donné lieu à un rapport¹⁸³. La CNPT¹⁸⁴ est quant à elle allée visiter divers établissements d'exécution des mesures en Suisse entre 2013 et 2016 et a par la suite rendu un rapport thématique¹⁸⁵ sur la question. Elle s'est concentrée sur les établissements fermés dans le cadre de ses visites¹⁸⁶. La CNPT a également chargé le Professeur Jonas Weber de l'Institut de droit pénal et de criminologie de l'Université de Berne d'établir un rapport concernant la condamnation à des mesures thérapeutiques institutionnelles ainsi que leur exécution, particulièrement en milieu fermé. Ce rapport a été publié le 28 août 2015¹⁸⁷. S'agissant du canton de Vaud, la Commission des visiteurs du Grand Conseil¹⁸⁸ établit également

¹⁷⁹ M. HEER, n° 112 ad art. 59 CP

¹⁸⁰ N. QUELOZ, p. 111

¹⁸¹ Le CPT est un organe du conseil de l'Europe chargé d'effectuer des visites sur le territoire des Etats parties à la Convention pour la prévention de la torture, et de contrôler si elle est effectivement appliquée. Il rédige des rapports à la suite de ses visites et émet des recommandations (M. H. RANDALL/M. HOTTELIER, p. 395 ; B. BRÄGGER/J. VUILLE, p. 80)

¹⁸² COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *CPT/Inf (2012) 26*, n° 100. Dans les prisons de Pöschwies, Bochuz et Champ-Dollon notamment, plusieurs détenus exécutaient leur mesure thérapeutique en milieu carcéral en attendant une place adaptée (*Id.*, n° 111 et 112)

¹⁸³ *Id.*, *CPT/Inf (2016) 18*

¹⁸⁴ La Commission nationale de prévention de la torture examine les conditions de détention en Suisse et effectue des visites de divers établissements de privation de liberté. Elle rédige des rapports contenant des recommandations (B. F. BRÄGGER/J. VUILLE, p. 88)

¹⁸⁵ COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse*

¹⁸⁶ La CNPT n'est allée visiter que deux établissements ouverts (COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse*, n° 24)

¹⁸⁷ J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, p. 1

¹⁸⁸ Il s'agit d'une commission composée de députés et d'experts qui visite les établissements de privation de liberté. Elle établit des rapports à l'attention du Grand Conseil.

(<https://www.vd.ch/themes/securite/penitentiaire/etablissements-penitentiaires/partenaires-et-interlocuteurs/commission-des-visiteurs/>, consulté le 14 novembre 2018)

régulièrement des rapports en la matière¹⁸⁹. Dans ce chapitre, nous nous baserons sur ces matériaux pour tenter de donner une vue plus pratique de l'exécution des mesures en Suisse.

Il convient de préciser à titre liminaire que pour établir leur rapport, WEBER, SCHAUB, BUMANN, et SACHER ont analysé un échantillon de septante-cinq cas de personnes exécutant une mesure thérapeutique institutionnelle dans l'un des établissements visités par la CNPT¹⁹⁰. Les détenus, dont l'âge moyen était de 39,8 ans¹⁹¹, étaient pour la grande majorité des hommes (96%). Ils étaient principalement suisses (72%) et trente-neuf d'entre eux souffraient de plusieurs troubles psychiatriques, ce qui complique encore la prise en charge¹⁹². 59,4 % avaient une responsabilité pénale restreinte, 18,8% avaient été reconnus irresponsables, alors que 21,7% présentaient une pleine responsabilité pénale¹⁹³. 81,3 % avaient, en plus de la mesure, été condamné à une peine¹⁹⁴. En moyenne, les participants exécutaient leur mesure depuis 5,6 ans, la durée la plus longue enregistrée étant de 19,7 ans et la plus courte d'environ 7 mois¹⁹⁵.

ii. Le lieu d'exécution de la mesure

D'une manière générale, il existe en Suisse quatre établissements spécialisés pour l'exécution des mesures, à savoir l'établissement Curabilis à Puplinge (GE), le Massnahmenvollzugszentrum Bitzi à Mosnang (SG), le Massnahmenvollzugszentrum St-Jean à Erlach (BE), et le Massnahmenvollzugszentrum im Sache à Deitingen (SO), intégré dans la JVA Solothurn¹⁹⁶.

Dans la plupart des cantons dans lesquels la CNPT a effectué une visite, tout ou partie des mesures thérapeutiques institutionnelles sont exécutées dans des établissements conçus initialement pour l'exécution de peine¹⁹⁷. L'établissement pénitentiaire de Lenzburg (AG) et les Etablissements de la Plaine de l'Orbe (VD) ne disposent pas de quartier spécifique pour l'exécution des mesures¹⁹⁸,

¹⁸⁹ Nous nous baserons sur le rapport le plus récent, à savoir le rapport publié en juillet 2018 : https://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/gc/fichiers_pdf/2017-2022/GC_067_RC.pdf, consulté le 5 novembre 2018

¹⁹⁰ J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, p. 30. A titre d'information, 16 personnes provenaient des EPO et 6 de l'établissement Curabilis (*Id.*, p. 31)

¹⁹¹ *Id.*, pp. 32 et 33

¹⁹² *Id.*, p. 36

¹⁹³ *Id.*, pp. 37-38

¹⁹⁴ *Id.*, p. 40

¹⁹⁵ *Id.*, pp. 49 et 70

¹⁹⁶ D. FINK, p. 64

¹⁹⁷ COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en suisse*, n° 25, 26, 32, 36, 37, 38

¹⁹⁸ *Id.*, n° 78. Au moment de la visite de la CNPT (du 1^{er} au 3 mai 2013), les EPO accueillait cependant 40 personnes qui exécutaient un traitement institutionnel des troubles mentaux sur un total de 244 détenus (*Id.*, EPO, n° 9)

contrairement aux établissements pénitentiaires de Pöschwies (ZH) et de Thorberg (BE). On constate donc une réelle disparité au niveau des capacités suivant les cantons, et particulièrement entre la Suisse alémanique et la Suisse romande.

Dans l'échantillon de personnes analysé par WEBER, SCHAUB, BUMANN et SACHER, quarante-cinq personnes sur septante-cinq (60%) se trouvaient dans un établissement pénitentiaire, dont quarante dans une unité de mesures ou de thérapie spécifique et cinq en exécution ordinaire, 18,7 % des personnes se trouvaient dans une clinique psychiatrique, 14,7% dans une unité fermée d'un établissement ouvert d'exécution des mesures et 6,7% dans un établissement fermé d'exécution des mesures¹⁹⁹.

D'une manière générale, il ressort du rapport de la CNPT que les établissements d'exécution des peines ne répondent pas aux exigences thérapeutiques. Celle-ci note cependant qu'à Pöschwies (ZH) et à Thorberg (BE), des efforts sont faits pour disposer d'un cadre thérapeutique adéquat²⁰⁰. En effet, la CNPT considère que l'exécution de mesures thérapeutiques dans le même cadre que pour l'exécution pénale ordinaire est problématique, au vu du peu de possibilités de traitements²⁰¹. Dans son rapport sur les Etablissements de la Plaine de l'Orbe (VD), la CNPT a d'ailleurs noté que l'offre thérapeutique était insuffisante au vu de la taille de la prison et que le personnel n'était pas suffisamment formé²⁰².

Le CPT considère quant à lui que « *les établissements pénitentiaires ne possédant pas d'unité hospitalière/spécialisée, un nombre limité de personnel qualifié (...), présent jour et nuit et se trouvant dans l'incapacité de proposer un environnement thérapeutique adapté permettant de proposer une thérapie de milieu ne sont pas des lieux appropriés pour les personnes atteintes de graves problèmes de santé mentale* »²⁰³, particulièrement si le régime est le même que celui qui prévaut pour d'exécution de peine ordinaire²⁰⁴. Le CPT recommande ainsi que les cantons suisses

¹⁹⁹ J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, p. 44

²⁰⁰ Ils ont notamment fourni des efforts en matière architecturale pour correspondre aux exigences thérapeutiques (COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en suisse*, n° 78)

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Id.*, EPO, n° 11

²⁰³ COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *CPT/Inf (2016) 18*, n° 112

²⁰⁴ *Ibid.*

intensifient leurs efforts pour que les détenus souffrant de troubles mentaux soient placés dans des établissements appropriés, dotés du personnel nécessaire au traitement de leur trouble²⁰⁵.

Selon la CNPT, dans les établissements spécialement consacrés à l'exécution de mesures (par exemple Curabilis à Genève²⁰⁶), il y a moins d'enfermement en cellule et la liberté de mouvement est plus grande que dans les établissements d'exécution des peines qui se sont mués en établissements d'exécution de mesure sans réellement différencier les deux²⁰⁷. Aux Etablissements de La Plaine de l'Orbe (VD) notamment, les mêmes restrictions sont applicables aux personnes exécutant une mesure et aux personnes condamnées à une peine, notamment concernant l'heure de promenade journalière et la possibilité de faire des activités²⁰⁸. La CNPT en conclut qu'« *un régime de détention strict avec de longues périodes d'enfermement cellule est peu adapté. Les heures d'enfermement en cellule devraient être diminuées chaque fois que c'est possible, en tenant compte des objectifs individuels de l'exécution.* »²⁰⁹. Nous ne pouvons que nous demander si cette solution ne serait pas opportune pour tout type d'exécution de sanction, que ce soit une peine privative de liberté ou une mesure²¹⁰.

iii. L'attente d'un établissement approprié dans un établissement de détention préventive

Comme conséquence du manque d'institutions pour l'exécution des mesures en Suisse, il peut se passer un certain temps avant que l'autorité d'exécution ne trouve une place dans un établissement approprié. Le condamné sera, dans ce type de cas, placé dans un établissement pénitentiaire ou de détention préventive. Il en résulte que ces personnes sont souvent soumises au régime ordinaire de détention sans bénéficier de traitement, les possibilités de suivre une thérapie en détention étant très restreintes²¹¹.

²⁰⁵ COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *CPT/Inf (2016) 18*, n° 112

²⁰⁶ L'établissement Curabilis a été inauguré en 2014. Il s'agit d'un établissement d'exécution des mesures fermé (<https://www.ge.ch/curabilis/>, consulté le 8 novembre 2018)

²⁰⁷ COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse*, n° 83

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ L'exécution des peines privatives de liberté doit en effet « *correspondre autant que possible à des conditions de vie ordinaires* » et « *combattre les effets nocifs de la privation de liberté* » (art. 75 al. 1 CP)

²¹¹ COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse*, n° 84

WEBER, SCHAUB, BUMANN et SACHER donnent notamment l'exemple d'une personne restée 418 jours après l'entrée en vigueur du jugement la condamnant à une mesure thérapeutique institutionnelle dans un établissement de détention préventive. Avant sa condamnation, cette même personne avait déjà passé 648 jours en détention préventive²¹². L'étude met en lumière divers autres cas de personnes condamnées à des mesures thérapeutique institutionnelle pour le traitement des troubles mentaux mais ayant passé plusieurs mois en détention avant jugement²¹³. La CNPT et le CPT ont tous deux fait état de ce type de pratiques²¹⁴.

Il est constant que les conditions de détention dans les établissements de détention avant jugement sont d'une manière générale plus restrictives, et que le temps en cellule avoisine les 22 à 23 heures sur 24, avec de surcroît des possibilités de travail et de loisirs restreintes²¹⁵.

Selon la CNPT, cette manière de procéder est contraire à une exécution de la mesure conforme à la loi. Cela retarde le début du traitement. Ainsi, le succès de la mesure peut être menacé²¹⁶. Le CPT a quant à lui notamment relevé que « *le temps d'attente long et incertain avait des effets néfastes sur la motivation des détenus concernés à recevoir le traitement* »²¹⁷. Dans ce type de cas, WEBER, SCHAUB, BUMANN et SACHER préconisent de trouver le plus rapidement possible une institution appropriée pour continuer la thérapie²¹⁸. Les auteurs relèvent également que le changement régulier d'institution d'exécution de la mesure peut mettre en danger les chances de succès de la sanction²¹⁹.

²¹² J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, pp. 62 s.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse*, n° 84 ; COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *CPT/Inf (2016) 18*, n° 109

²¹⁵ D. FINK, p. 25 et 43 ; COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *CPT/Inf (2016) 18* n° 46ss. Nous avons par ailleurs eu l'occasion d'observer ce type de phénomènes lors d'activités de bénévolat à la prison du Bois-Mermet à Lausanne (VD), où les activités sont limitées, particulièrement le week-end où le temps en cellule est de 23h/24h faute d'activités socio-éducatives (à ce sujet cf. également COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Bois-Mermet*, n° 52)

²¹⁶ COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse*, n°84

²¹⁷ Il s'agissait de personnes condamnées à une mesure thérapeutique institutionnelle et placées à la prison de Lenzburg en attente d'un transfert en institution spécialisée. La durée pouvait être supérieure à 18 mois (COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *CPT/Inf (2016) 18*, n°109)

²¹⁸ J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, p. 62. Les auteurs parlent font état d'une violation de l'art. 5 § 1 CEDH. Nous reviendrons plus longuement sur cette problématique dans la troisième partie de ce travail (cf. pp. 35 ss)

²¹⁹ Ils donnent l'exemple d'un détenu ayant changé d'institutions cinq fois en moins de cinq ans (trois prisons, une clinique psychiatrique et un établissement d'exécution des mesures) (J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, p. 68)

iv. Le traitement

Pour rappel, nous avons vu que certains auteurs préconisent un traitement fondé sur trois modes de prises en charge thérapeutique, administrés cumulativement²²⁰, ce notamment pour différencier le traitement institutionnel d'une mesure ambulatoire s'exécutant en prison. La différence est en effet primordiale car la privation de liberté associée au traitement institutionnel n'est pas limitée dans le temps. Cette exigence est-elle respectée en pratique ?

S'agissant du concept thérapeutique, la CNPT remarque qu'il diffère selon les établissements visités²²¹. Elle estime qu'« un concept d'exécution des mesures qui a fait ses preuves est celui qui se fonde sur au moins trois piliers, dans lequel une grande importance est accordée non seulement au traitement psychiatrique, mais aussi au groupe thérapeutique, à l'encadrement socioprofessionnel et à la sécurité, et qui, sur la base du principe de normalité vécue, promet des résultats en termes de réinsertion sociale »²²². On remarque ici que l'exécution de mesures pénales exige la mobilisation de divers savoirs et ne se limite pas à des questions purement psychiatriques, ni purement sécuritaires par ailleurs.

Concernant le type de thérapie, des différences considérables ont été notées par la CNPT en fonction des établissements. Selon elle, « la thérapie institutionnelle devrait offrir un mélange équilibré entre la thérapie de groupe et la thérapie individuelle, adaptée aux besoins spécifiques des intéressés. »²²³. A titre d'exemple, aux EPO, la prise en charge thérapeutique pour les détenus sous mesure intervient une fois toutes les deux semaines, voire exceptionnellement une fois par semaine²²⁴. En pratique, on remarque que le traitement ne correspond pas toujours à ce que préconise la doctrine. Les établissements d'exécution des mesures sont plus à même de respecter ces exigences que les établissements pénitentiaires aussi grands que les EPO.

²²⁰ Cf. p. 23

²²¹ A titre d'exemple, l'établissement Bitzi à Mosnang (SG) se fonde sur quatre piliers : l'insertion sociale, l'insertion professionnelle, la thérapie forensique et la sécurité. Ces quatre piliers sont sur un pied d'égalité. L'existence du service de sécurité permet aux autres unités de fonctionner plus facilement. (F. GALLI, pp. 25ss ; C. VANNINI, p. 159)

²²² COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse*, n° 81

²²³ *Id.*, n° 87

²²⁴ *Id.*, EPO, n° 49

L'accès aux loisirs et l'encadrement socio-professionnel est particulièrement personnalisé dans les établissements d'exécution des mesures, ce qui a un effet thérapeutique positif²²⁵. Dans les établissements d'exécution des peines, les personnes exécutant une mesure n'ont accès qu'aux mêmes occupations que les détenus ordinaires, ce qui n'est pas suffisant selon la CNPT²²⁶.

v. Les sanctions disciplinaires et l'isolement

Dans les établissements spécialisés dans l'exécution des mesures, les sanctions disciplinaires sont régulièrement infligées mais l'accent est mis sur l'effet thérapeutique de la sanction²²⁷. Dans les établissements pénitentiaires, elles seront prononcées sur la base du règlement ou des dispositions légales applicables à tous. Selon la CNPT, il faudra toujours tenir compte du trouble mental dont souffre l'intéressé avant d'ordonner une sanction disciplinaire à son encontre, comme par exemple le mettre en cellule d'isolement²²⁸.

La CNPT déplore également le placement durant plusieurs mois ou années dans des quartiers de haute sécurité des détenus souffrant de troubles mentaux. En effet, cela menace le succès de la mesure. Il convient d'influer sur la dangerosité de la personne par des moyens thérapeutiques et non par le biais de mesures de sûreté²²⁹. A titre d'exemple, la CNPT a notamment mentionné le cas d'un détenu ayant dû être placé en cellule de haute sécurité aux EPO à cause d'une décompensation psychotique aigüe car il n'était pas possible de le transférer dans une clinique psychiatrique²³⁰. Cela démontre bien que la prison est un lieu inapproprié pour des personnes souffrant de troubles mentaux aigus²³¹. Le CPT a également fait état de ce type de problèmes²³² et a constaté que les recommandations qu'il avait émises n'avaient pas été mises en œuvre²³³. Il a insisté sur le fait qu'« étant donné les effets potentiellement très néfastes de l'isolement sur la santé mentale,

²²⁵ COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse*, n° 99

²²⁶ *Id.*, n° 100

²²⁷ *Id.*, n° 94

²²⁸ *Ibid.* La CNPT a d'ailleurs fait état d'un cas de détenu en état de décompensation psychotique aigüe ayant dû être placé dans la cellule d'isolement aux EPO car son transfert dans un hôpital psychiatrique était impossible. Elle rappelle « qu'un établissement pénitentiaire ne constitue pas un lieu approprié pour soigner des personnes souffrant de troubles psychiatriques aigus » (*Id.*, EPO, n° 43)

²²⁹ *Id.*, *Exécution des mesures en Suisse*, n° 95

²³⁰ *Id.*, EPO, n° 43

²³¹ *Ibid.*

²³² A la prison de Lenzburg, un détenu exécutant une mesure thérapeutique institutionnelle était placé en quartier de haute sécurité « dans des conditions semblables à l'isolement » (COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *CPT/Inf (2016) 18*, n° 16 et 17)

²³³ *Id.*, n° 118

somatique et sociale des personnes concernées, les services médicaux pénitentiaires devraient être très attentifs à la situation des détenus placés dans des conditions d'isolement »²³⁴. Le risque est que leurs aptitudes sociales se détériorent encore plus²³⁵. Ces détenus devraient recevoir la visite quotidienne d'un médecin ou d'un infirmier qualifié s'ils restent en quartier de haute sécurité²³⁶.

S'agissant des contacts avec l'extérieur, la CNPT ainsi que WEBER, SCHAUB, BUMANN et SACHER observent un durcissement dans l'octroi de tels allègements. Par exemple, l'un des détenus ayant participé à l'étude du Professeur Weber n'avait jamais bénéficié de congé depuis 1998²³⁷. Il conviendrait d'encourager les allègements dans l'exécution de la mesure, car ils permettent d'expérimenter les progrès du détenu à l'extérieur²³⁸.

vi. Le plan d'exécution de sanction

S'agissant du plan d'exécution de la mesure, qui constitue un droit du détenu²³⁹, il n'avait pas été mis en place dans six cas de l'échantillon de 75 personnes analysé par WEBER, SCHAUB, BUMANN et SACHER²⁴⁰. Quant à la CNPT, elle a également constaté des manquements à ce niveau lors de ses visites. A titre d'exemple, seul un tiers des détenus disposaient d'un plan d'exécution de mesure à Curabilis²⁴¹. D'une manière générale, les plans d'exécution de sanctions analysés par WEBER, SCHAUB, BUMANN et SACHER étaient moins sommaires dans les établissements d'exécution des mesures ou les cliniques psychiatriques que dans les établissements d'exécution de peines²⁴². La CNPT a cependant salué les plans d'exécution mis en œuvre aux des EPO et à l'établissement Bitzi²⁴³. Pour rappel, le Conseil fédéral préconise que le plan soit établi dans les 6 semaines suivant l'arrivée du détenu²⁴⁴.

²³⁴ COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *CPT/Inf (2016) 18*, n° 120

²³⁵ *Id.*, n° 119

²³⁶ *Id.*, n° 120

²³⁷ J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, p. 70

²³⁸ COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse*, n° 102ss ; J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, pp. 69ss

²³⁹ M. HEER, ad art. 90 CP n° 15

²⁴⁰ Un plan d'exécution de sanction avait ainsi été mis en place dans 92% des cas (J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, p. 66)

²⁴¹ COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse*, n° 90 ; *Id.*, *Curabilis*, n° 16

²⁴² J. WEBER/J. SCHAUB/C. BUMANN/K. SACHER, p. 34

²⁴³ COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Exécution des mesures en Suisse*, n° 91

²⁴⁴ FF 1999 1787 ss, p. 1930 ; cf. pp. 7 s.

e) Discussion

i. En général

Lors de sa visite du 13 au 14 avril 2015, le CPT a noté les efforts que la Suisse avait fournis en matière d'exécution de mesures institutionnelles. Cependant, ceux-ci ne sont pas suffisants et le CPT a tout de même constaté l'existence d'un certain nombre de personnes condamnées à des mesures mais incarcérées en régime ordinaire ou dans des sections de haute sécurité²⁴⁵.

Après l'analyse des rapports et études, il nous semble que, d'une manière générale, le type d'institution le plus « *approprié* » à la détention de personnes souffrant de troubles mentaux est l'établissement spécifique à l'exécution des mesures. Les diverses observations dont nous avons fait état montrent notamment que les conditions de détention sont d'une manière générale meilleures dans ce type d'établissements, s'agissant par exemple du temps libre et des activités proposées. De plus, ils permettent une prise en charge globale du détenu sous mesure, contrairement à ce qui peut prévaloir dans les établissements de peines où les infrastructures sont souvent insuffisantes. Il convient cependant de noter que les coûts y relatifs sont très élevés²⁴⁶, ce qui peut expliquer que ces établissements soient encore très rares.

Comme exposé précédemment, il peut être compliqué pour les cliniques psychiatriques de prendre en charge des condamnés. Quant aux établissements pénitentiaires, ils ne bénéficient pas des structures de thérapie nécessaires, surtout lorsqu'ils n'ont pas d'unité spécifique pour la prise en charge des détenus atteints de trouble mentaux. En attendant d'une place appropriée, certains détenus sont même placés dans des établissements de détention provisoire, qui sont encore moins adaptés à leur prise en charge. Or, le placement en prison sans offre thérapeutique appropriée est contraire au but de la mesure, à savoir le traitement. En outre, la bonne exécution de la mesure se verra menacée si le traitement dispensé n'est pas approprié. Le condamné risquera ainsi de se voir refuser la libération conditionnelle²⁴⁷, ce qui pourra avoir pour conséquence qu'il reste *ad vitam aeternam*

²⁴⁵ COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS, *CPT/Inf (2016) 18*, n° 96. A titre d'exemple, six détenus étaient soumis à une mesure thérapeutique institutionnelle pour le traitement des troubles mentaux à la prison de Lenzburg. Deux étaient placés en régime ordinaire, un dans la section de haute sécurité et les trois derniers dans la section pour personnes âgées (*Id.*, n°99)

²⁴⁶ C. FERREIRA/L. MAUGUÉ, n° 3, n° 36, 37 et 38.

²⁴⁷ Cf. pp. 15 ss

en prison. Par ailleurs, les personnes souffrant de troubles psychiques détenues dans des établissements pénitentiaires, notamment les toxicomanes et ceux qui souffrent de troubles de la personnalité, récidivent plus souvent que la moyenne, ce qui est notamment dû au manque d'offre thérapeutique et à l'environnement²⁴⁸. Ce système semble ainsi inefficace à prévenir la récidive, ce qui constitue pourtant le but premier de la mesure thérapeutique institutionnelle.

L'établissement Bitzi à Mosnang (SG) constitue selon nous un bon exemple d'établissement d'exécution des mesures prenant en compte les différents aspects de l'exécution des mesures, à savoir le besoin de traitement, la réinsertion professionnelle et sociale ainsi que la sécurité. Les quatre piliers sont d'égale importance à Bitzi²⁴⁹. Il s'agit d'un établissement ouvert contenant toutefois une section fermée. Cependant les détenus très dangereux n'y seront pas placés²⁵⁰.

S'agissant plus précisément du canton de Vaud, il ne dispose pas d'établissement spécialisé dans l'exécution des mesures. Il y a un cruel manque de place dans des unités psychiatriques²⁵¹. Les EPO à Orbe accueillent toujours plus de personnes souffrant de troubles mentaux et « *ces personnes nécessitent une prise en charge psychiatrique qu'un établissement pénitencier de la taille des EPO n'est pas en mesure de leur offrir* »²⁵². Le Conseil d'Etat, admettant que la plupart des personnes sous mesures sont affectées au régime de détention ordinaire aux EPO, considère que cette situation s'avère adéquate pour beaucoup²⁵³. Elles peuvent ainsi bénéficier des mêmes possibilités de travail et de formation que les détenus en exécution de peine et profiter d'une offre thérapeutique ambulatoire sans être séparés des autres détenus²⁵⁴. Cependant, la mesure institutionnelle constitue une mesure indépendante du traitement ambulatoire qui est soumis à d'autres conditions. Nous rappelons ici que la privation de liberté associée à la mesure institutionnelle est indéfinie, contrairement au traitement ambulatoire qui, comme son nom l'indique, ne suppose pas de privation de liberté²⁵⁵. La mesure ambulatoire devra être préférée à la mesure institutionnelle si elle

²⁴⁸ M. HEER, ad art. 59 CP n° 124

²⁴⁹ C. VANNINI, p. 159

²⁵⁰ M. HEER, ad art. 59 n° 101

²⁵¹ COMMISSION DES VISITEURS DU GRAND CONSEIL, p. 22

²⁵² COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *EPO*, n° 11

²⁵³ *Prise de position du canton de Vaud relatif au rapport thématique de la Commission nationale de prévention de la torture sur l'exécution des mesures en suisse*, p. « [https://www.nkvf.admin.ch/dam/data/nkvf/Medienmitteilungen/2017-05-18/stellungnahme-vd.pdf](https://www.nkvf.admin.ch/dam/data/nkvf/Medienmitteilungen/2017-05-18/stellungnahme-<u>vd.pdf</u>) », consulté le 1^{er} novembre 2018

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ Cf pp. 14 ss

a des chances de succès²⁵⁶. De plus, si l'exécution de la mesure institutionnelle devait se faire en prison, il est préférable que celle-ci se fasse au sein d'unités différentes que celles de l'exécution de peine²⁵⁷. L'approche du Conseil d'Etat nous semble ainsi critiquable.

L'établissement Curabilis constitue l'exception en Suisse romande²⁵⁸. Une unité pour l'exécution des mesures en milieu ouvert ouvrira à Cery en 2019 et un projet de centre de soins pour personnes souffrant de troubles psychiques à la prison de la Tuilière à Lonay est en cours pour pallier à ce manque²⁵⁹. Cependant, les places seront limitées²⁶⁰, et l'unité de soin à Cery n'est prévue que pour l'exécution en milieu ouvert. Certains devront ainsi encore exécuter leur mesure aux EPO. Nous considérons que cette situation n'est pas souhaitable et que, pour les diverses raisons exposées ci-dessus, les EPO ne sont pas une institution adaptée à une exécution de la mesure conforme aux exigences légales²⁶¹.

III. La légalité de la détention

Les développements exposés ci-dessus nous ont poussé à nous demander si le placement d'une personne dans un établissement non adapté, notamment carcéral, pouvait emporter la violation de normes conventionnelles. En effet, nous l'avons vu, il existe un manque de place dans les institutions dites appropriées et les mesures de l'art. 59 CP sont de plus en plus fréquemment prononcées alors même que les établissements d'exécution sont fréquemment critiqués par le CPT et la CNPT. Il s'agit donc d'un réel enjeu pour la Suisse. C'est naturellement que nous nous sommes tournés vers la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence y relative.

²⁵⁶ ATF 118 IV 108, consid. 2a ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_39/2018 du 5 juillet 2018, consid. 1.4.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_457/2007 du 12 novembre 2007, consid. 5.2

²⁵⁷ A. BAECHTOLD/J. WEBER/U. HOSTETTLER, p. 307

²⁵⁸ Il s'agit d'un établissement faisant partie des établissements à disposition du Concordat latin sur la détention pénale des adultes qui regroupe les cantons de Fribourg, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève, Jura et du Tessin (Concordat du 10 avril 2006 sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les cantons latin).

²⁵⁹ COMMISSION DES VISITEURS DU GRAND CONSEIL, p. 23 ; *Prise de position du canton de Vaud relatif au rapport thématique de la Commission nationale de prévention de la torture sur l'exécution des mesures en suisse*, p. « <https://www.nkvf.admin.ch/dam/data/nkvf/Medienmitteilungen/2017-05-18/stellungnahme-vd.pdf> », consulté le 1^{er} novembre 2018. La prison de la Tuilière dispose déjà d'une unité psychiatrique et accueille des détenus soumis à un traitement institutionnel des troubles mentaux (COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *Tuilière*, n° 18)

²⁶⁰ Nous avons eu l'occasion d'échanger avec le Dr. Dominique Marcot, médecin psychiatre aux EPO, qui considère que les places prévues seront toujours insuffisantes.

²⁶¹ Pour rappel, la CNPT considère que l'offre thérapeutique qui y est dispensée est insuffisante (COMMISSION NATIONALE DE PRÉVENTION DE LA TORTURE, *EPO*, n° 11), et le Conseil d'Etat admet que la prise en charge est ambulatoire (cf. p. 34), alors que celle-ci devrait être institutionnelle dans le cadre de la mesure de l'art. 59 CP.

Dans ce chapitre, nous analyserons principalement les conditions de l'art. 5 CEDH ayant trait à la légalité de la détention. Nous examinerons ensuite les conséquences de l'illicéité de la détention telles que prévues par la CEDH et le droit suisse. Nous traiterons enfin plus particulièrement de l'arrêt *Kadusic contre Suisse* du 9 janvier 2018. Il nous semblait en effet intéressant d'analyser un arrêt récent sur la question, qui concernait en outre notre pays. La prise en charge dans un établissement inapproprié peut également poser problème sous l'angle de l'art. 3 CEDH. Nous aurons l'occasion de l'examiner dans la partie de la présente contribution consacrée aux obligations positives²⁶².

A. Le champ d'application

1. En général

L'art. 5 CEDH confère à l'individu le « *Droit à la liberté et à la sûreté* », comme le souligne la note marginale de cette disposition. Ce droit à la liberté a également des assises constitutionnelles en droit suisse (cf. art. 10 al. 2 et 31 Cst). Le but de l'art. 5 CEDH est essentiellement « *de protéger l'individu contre une privation de liberté arbitraire ou injustifiée* »²⁶³.

Pour respecter les exigences posées par l'art. 5 § 1 CEDH, la détention doit avoir lieu « *selon les voies légales* » et « *être régulière* »²⁶⁴. Elle doit donc être conforme au droit interne de l'Etat en question, d'un point de vue formel et matériel²⁶⁵. La privation de liberté doit dans tous les cas être conforme au but de l'art. 5 CEDH, à savoir la protection de l'individu contre l'arbitraire²⁶⁶. Elle doit également rester l'*ultima ratio*²⁶⁷. Le concept de même privation de liberté au sens de la Convention suppose en outre que le détenu n'y ait pas consenti²⁶⁸.

²⁶² Cf. pp. 58 ss

²⁶³ Arrêt CourEDH *McKay contre Royaume-Uni* du 3 octobre 2006 [GC], Recueil CourEDH 2006-X, § 30 ; Arrêt CourEDH *Winterwerp contre Pays-Bas* du 24 octobre 1979, Serie A vol. 33, § 39

²⁶⁴ Arrêt CourEDH *Hutchison Reid contre Royaume-Uni* du 20 février 2003, Recueil CourEDH 2003-IV, § 47

²⁶⁵ Arrêt CourEDH *Del Rio Prada contre Espagne* du 21 octobre 2013 [GC], Recueil CourEDH 2013, § 125. Le droit interne doit également être conforme à la Convention (Arrêt CourEDH *Pleso contre Hongrie* du 2 octobre 2012, Req. n° 41242/08, § 59)

²⁶⁶ Arrêt CourEDH *Witold Litwa contre Pologne* du 4 avril 2000, Recueil CourEDH 2000-III, § 73

²⁶⁷ Arrêt CourEDH *Claes contre Belgique* du 10 janvier 2013, Req. n° 43418/09, § 112 ; Arrêt CourEDH *Christian Teodorescu contre Roumanie*, Req. n° 22883/05, § 59 ; Arrêt CourEDH *Witold Litwa* précité, § 78

²⁶⁸ JACOBS/WHITE/OVEY, p. 238

2. Les motifs de privation de liberté admissibles

L'art. 5 § 1 CEDH énumère les différents cas dans lesquels une personne peut être privée de sa liberté²⁶⁹. Cette liste est exhaustive et les différents motifs justifiant la détention doivent être interprétés restrictivement²⁷⁰. De même, les justifications prévues par les art. 8 à 11 de la CEDH ne s'appliquent pas²⁷¹. Si d'autres formes de détention que celles survenant dans le cadre d'une procédure pénale peuvent être concernées par cette disposition²⁷², nous ne les aborderons pas dans le cadre du présent travail.

Le premier motif de privation de liberté admissible consacré par cette disposition est la détention après condamnation par un tribunal compétent (art. 5 § 1 let. a CEDH). Il implique un lien de causalité entre la condamnation et la privation de liberté²⁷³. Il convient également de préciser que l'art. 5 § 1 let. a CEDH s'applique à l'internement d'un aliéné en hôpital psychiatrique, si celui-ci intervient après la condamnation par un tribunal compétent²⁷⁴.

Aux termes de l'art. 5 § 1 let. e CEDH, la privation de liberté sera également conforme aux exigences posées par la Convention s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond. Dans le cadre de mesures thérapeutiques institutionnelles, la détention régulière d'un aliéné entre en ligne compte. Trois conditions devront être réunies pour qu'une telle privation de liberté soit conforme à l'art. 5 § 1 let. e CEDH. L'aliénation doit avoir été établie de manière probante au moyen d'une expertise médicale, le trouble mental doit être assez grave pour légitimer l'internement, et l'aliénation doit persister durant toute la durée de l'internement²⁷⁵. Une quatrième

²⁶⁹ La Convention protège les personnes contre la privation de leur liberté physique (L. GONIN/O. BIGLER, p. 214). Pour résoudre la question de savoir si une privation de liberté est couverte par l'art. 5 CEDH, la Cour prendra en compte des critères tels que la durée, les effets, le type de privation de liberté (Arrêt CourEDH *Guzzardi contre Italie* du 6 novembre 1980, Serie A vol. 39, § 92 ; Arrêt CourEDH *Medvedyev et autres contre France* [GC], Recueil CourEDH 2010, § 73 ; JACOBS/WHITE/OVEY, p. 238)

²⁷⁰ O. BIGLER, ad art. 5 CEDH n° 2

²⁷¹ O. BIGLER, ad art. 5 CEDH n° 2

²⁷² Cf. par exemple l'art. 5 § 1 let. d CEDH

²⁷³ Arrêt CourEDH *Del Rio Prada* précité, § 124 ; Arrêt CourEDH *James, Wells et Lee contre Royaume-Uni* du 18 septembre 2018, Req. n° 25119/09, 57715/09 et 57877/09, § 189 ; Arrêt CourEDH *Morris contre Royaume-Uni* du 26 février 2002, Recueil CourEDH 2002-I, § 40

²⁷⁴ Arrêt CourEDH *Radu contre Allemagne* du 16 mai 2013, Req. n° 20084/07, § 97

²⁷⁵ Il s'agit des principes développés dans l'arrêt CourEDH *Winterwerp* précité, § 39. A ce sujet cf. également Arrêt CourEDH *Stanev c. Bulgarie* du 17 janvier 2012 [GC], Recueil CourEDH 2012, § 145 ; Arrêt CourEDH *Hutchison Reid* précité, § 48 ; Arrêt CourEDH *Johnson contre Royaume-Uni* du 24 octobre 1997, Recueil CourEDH 1997-VII, § 60

condition a par la suite été ajoutée par la CourEDH, à savoir la nécessité d'un lien de causalité entre le but de la détention et les conditions dans lesquelles elle s'effectue²⁷⁶.

La détention sera en outre considérée comme régulière si la personne a été privée de sa liberté dans les cas d'arrestation ou de détention régulière pour insoumission à une ordonnance rendue (art. 5 § 1 let. b CEDH), de détention préventive (art. 5 § 1 let. c CEDH), ainsi que dans certains cas de détention d'un mineur (art. 5 § 1 let. d CEDH), ou d'un étranger (art. 5 § 1 let. f CEDH). Nous ne nous arrêterons pas sur ces motifs de privation de liberté admissibles car ils ne concernent pas l'objet du présent travail.

La détention peut être justifiée par plusieurs des motifs prévus par la Convention²⁷⁷, et il arrive que la Cour prenne en compte différents motifs pour apprécier s'il y eu ou non violation de l'art. 5 CEDH²⁷⁸.

3. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Dans cette partie, nous nous concentrerons sur la jurisprudence de la CourEDH relative à la violation de l'art. 5 § 1 CEDH dans le cadre de la détention de personnes souffrant de troubles mentaux, s'agissant du lieu où s'effectue la privation de liberté.

Dans un arrêt datant de 1998 déjà, la CourEDH a jugé qu'en principe, la détention d'une personne souffrant d'une maladie mentale ne serait régulière au regard de l'art. 5 § 1 let. e CEDH que si elle s'effectuait dans « *un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié* »²⁷⁹. Dans le cas d'espèce, l'établissement dans lequel avait été détenu le requérant durant sept mois n'était pas approprié à la détention d'aliénés, car il ne lui offrait pas de suivi médical, ni d'environnement thérapeutique. La CourEDH a ainsi conclu à la violation de l'art. 5 § 1 CEDH au motif qu'il y avait eu « *rupture du lien entre le but de la détention et les conditions dans lesquelles celles-ci a eu*

²⁷⁶ Arrêt CourEDH *Aerts contre Belgique* du 30 juillet 1998, Recueil CourEDH 1998-V, § 46 ; Arrêt CourEDH *Hutchison Reid* précité, § 49

²⁷⁷ Arrêt CourEDH *Brand contre Pays-Bas* du 11 mai 2004, Req. n° 49902/99, § 58 ; Arrêt CourEDH *Morsnik c. Pays-Bas* du 11 mai 2004, Req. n° 48865/99, § 62

²⁷⁸ Nous le verrons notamment dans l'analyse de l'arrêt CourEDH *Kadusic* au chapitre suivant, dans lequel la juridiction européenne a pris en compte des motifs liés à la let. a ainsi que ceux liés à la let. e de l'art. 5 § 1 CEDH.

²⁷⁹ Arrêt CourEDH *Aerts* précité, § 46

lieu »²⁸⁰. La CourEDH a également jugé que le placement de six mois en détention préventive dans l'attente d'une place de thérapie adaptée n'était pas compatible avec l'art. 5 § 1 CEDH²⁸¹. D'autres arrêts ont suivi le même raisonnement²⁸².

Il ressort cependant de la décision *Brand contre Pays-Bas* que la CourEDH laisse une marge de manœuvre aux autorités quant à la recherche de l'établissement²⁸³. De plus, la CourEDH a également eu l'occasion de préciser que le fait d'être détenu dans un établissement non approprié n'emportait pas automatiquement la violation de l'art. 5 CEDH²⁸⁴. Les juges de Strasbourg ont également admis, dans une affaire néerlandaise, qu'un certain écart entre la capacité disponible et la capacité requise des établissements « *est inévitable et doit être jugée acceptable* »²⁸⁵.

Dans une succession d'affaires belges²⁸⁶, la CourEDH a considéré que la situation des détenus belges souffrant de troubles mentaux résultait d'un problème structurel. En effet, « *l'encadrement des internés dans les annexes psychiatriques des prisons n'est pas suffisant et, d'autre part, le placement à l'extérieur des prisons s'avère souvent impossible (...)* »²⁸⁷. La violation de l'art. 5 § 1 CEDH a été constatée dans ces affaires.

En 2015, une affaire concernant la Suisse est montée jusqu'à Strasbourg²⁸⁸. Il s'agissait d'un cas de mesure institutionnelle ordonnée en vertu de l'art. 43 aCP et effectuée pour partie en prison. La CourEDH a rappelé que « *le seul fait qu'un intéressé ne soit pas intégré dans un établissement approprié n'avait pas pour effet automatique de rendre sa détention irrégulière au regard de l'article 5 § 1 de la Convention et qu'un équilibre raisonnable devait être ménagé entre les intérêts*

²⁸⁰ Arrêt CourEDH *Aerts* précité, § 49 et 50

²⁸¹ Arrêt CourEDH *Brand* précité, §§ 66 et 67

²⁸² Notamment l'arrêt CourEDH *Swennen contre Belgique* du 10 janvier 2013, Req. n° 53448/10, dans lequel les juges de Strasbourg ont considéré que le maintien durant treize ans d'un détenu interné souffrant de troubles mentaux dans l'annexe psychiatrique d'une prison sans accès à des soins appropriés était contraire à l'art. 5 § 1 let. e CEDH ; cf. également l'arrêt CourEDH *W.D. contre Belgique* du 6 septembre 2016, Req. n° 73548/13

²⁸³ Arrêt CourEDH *Brand* précité, §§ 63 ss

²⁸⁴ Cf. en particulier : Arrêt CourEDH *Brand* précité, §§ 62 ss ; Arrêt CourEDH *Papillo contre Suisse* du 27 janvier 2015, Req. n°43368/08, § 43 ; Arrêt CourEDH *Morsink* précité, §§ 66 ss ; Arrêt CourEDH *Claes* précité, § 115

²⁸⁵ Arrêt CourEDH *Morsink* précité § 67

²⁸⁶ Arrêt CourEDH *L.B contre Belgique* du 2 octobre 2012, Req. n°22831/08 ; Arrêt CourEDH *Claes* précité ; Arrêt CourEDH *Swennen* précité ; Arrêt CourEDH *Dufoort contre Belgique* du 10 janvier 2013, Req. n° 43653/09 ; Arrêt CourEDH *Lankester contre Belgique* du 9 janvier 2014, Req. n°22283/10

²⁸⁷ Arrêt CourEDH *Claes* précité, § 99 ; S'agissant de la violation de l'art. 5 § 1 CEDH, cf. § 118

²⁸⁸ Arrêt CourEDH *Papillo* précité

opposés en cause étant entendu qu'un poids particulier devait être accordé au droit à la liberté »²⁸⁹. Il convenait en effet de tenir compte des efforts déployés par les autorités gouvernementales pour trouver un établissement approprié selon les juges de Strasbourg²⁹⁰. En l'espèce, des efforts avaient été entrepris. La CourEDH a également rappelé dans cet arrêt qu'elle n'avait jamais conclu à l'existence d'un problème structurel dans la prise en charge des détenus souffrant de troubles mentaux concernant la Suisse²⁹¹. Les soins dont avait bénéficié le requérant en détention, à savoir des consultations médicales régulières et un traitement par neuroleptiques, avaient eu pour conséquence sa remise en liberté. Ainsi, la CourEDH a considéré les soins comme appropriés et a conclu à la non violation de l'art. 5 § 1 CEDH²⁹².

B. Les conséquences de l'illicéité de la détention

1. Les principes applicables

a) En général

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 5 CEDH peut être invoqué par une personne soumise à un traitement institutionnel en milieu fermé²⁹³. Par ailleurs, si la détention intervient en violation de l'art. 5 CEDH, l'art. 5 § 4 CEDH permet à la personne privée de liberté d'introduire un recours devant un tribunal pour qu'il « *statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale* »²⁹⁴. Selon le Tribunal fédéral, ces principes s'appliquent également quand la personne est soumise à une mesure thérapeutique institutionnelle mais qu'elle est détenue en établissement pénitentiaire fermé en attendant qu'une place dans un établissement approprié se libère²⁹⁵. L'examen de la légalité se fera par rapport à la décision initiale mais pourra également prendre en compte des faits survenus ultérieurement, pouvant rendre illégale la détention *a posteriori*²⁹⁶. Pour le contrôle intervenant dans le cadre d'une détention après condamnation (art. 5 § 1 let. a CEDH) ou dans le cadre de la détention d'aliénés

²⁸⁹ *Id.*, § 43 ; à ce sujet cf. également Arrêt CourEDH *Brand* précité, § 62

²⁹⁰ Arrêt CourEDH *Papillo* précité, § 43 ; Arrêt CourEDH *Claes* précité, §§ 115-119

²⁹¹ Arrêt CourEDH *Papillo* précité, § 46

²⁹² *Id.*, § 44 ss

²⁹³ ATF 136 IV 156, consid. 3.2 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_445/2013 du 14 janvier 2014

²⁹⁴ Art. 5 § 4 CEDH

²⁹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_842/2016 du 10 mai 2017, consid. 3.1.1

²⁹⁶ O. BIGLER, ad art. 5 CEDH n° 141

(art. 5 § 1 let. e CEDH), la CourEDH admet qu'une année peut s'écouler entre les contrôles de la détention par l'autorité compétente²⁹⁷.

b) Le constat de violation

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, une irrégularité constitutive d'une violation conventionnelle ayant entaché la procédure relative à la détention avant jugement pourra faire l'objet d'une réparation par le biais d'un constat de violation²⁹⁸. Dans ce cadre, le Tribunal fédéral considère qu'en cas d'allégations de traitements prohibés par l'art. 3 CEDH, le prévenu a un droit propre à ce que ces agissements fassent l'objet d'une enquête prompte et impartiale, ce qui constitue une tâche du tribunal des mesures de contraintes²⁹⁹. Seul un constat de violation entre en ligne de compte à ce stade, ce qui n'aura pas pour conséquence la mise en liberté immédiate³⁰⁰.

Notre Haute Cour considère que ces principes doivent s'appliquer *mutatis mutandis* au traitement institutionnel en milieu fermé, en cas d'allégations de violation de la CEDH³⁰¹. Ce sera ainsi à l'autorité compétente pour le contrôle de la mesure privative de liberté de s'assurer de la légalité de la détention, d'enquêter sur des violations éventuelles de la CEDH, et le cas échéant de constater une violation de l'art. 5 CEDH³⁰².

c) L'indemnisation

L'art. 5 § 5 CEDH donne le droit à réparation en cas de violation des art. 5 § 1 à 4 CEDH, même si la détention est intervenue en conformité avec la loi nationale³⁰³. Ce droit doit être garanti « à un degré suffisant de certitude » par le droit national³⁰⁴. Cette disposition est notamment concrétisée en droit suisse par l'art. 431 al. 1 CPP, qui prévoit une « juste indemnité » dans le cadre

²⁹⁷ Arrêt CourEDH *Oldham contre Royaume-Uni* du 26 septembre 2000, Recueil CourEDH 2000-X § 32 ss ; Arrêt CourEDH *Herczegfalvy contre Autriche* du 24 septembre 1992, Serie A Vol. 244, § 74 ss

²⁹⁸ ATF 141 IV 349, consid. 2.1 ; ATF 140 IV 246, consid. 2.5.1 ; ATF 138 IV 81, consid. 2.4

²⁹⁹ ATF 139 IV 41, consid. 3.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_445/2013 du 14 janvier 2014

³⁰⁰ ATF 139 IV 41, consid. 3.4 ; L. MOREILLON/A. PAREIN-REYMOND, n° 11b ad art. 431 CP. La CourEDH considère par ailleurs dans sa jurisprudence relative à l'art. 3 CEDH qu'on ne peut pas l'interpréter comme « établissant une obligation générale de libérer un détenu pour motifs de santé ou de le placer dans un hôpital civil afin de lui permettre d'obtenir un traitement médical (...) » (Arrêt CourEDH *Kudla contre Pologne* du 26 octobre 2000 [GC], Recueil CEDH 2000-XI, § 93).

³⁰¹ ATF 141 IV 349, consid. 2.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_507/2013 du 14 janvier 2014, consid. 4.2

³⁰² Arrêt du Tribunal fédéral 6B_507/2013 du 14 janvier 2014, consid. 4.2

³⁰³ Arrêt CourEDH *Harkmann contre Estonie* du 11 juillet 2006, Req. n° 2192/02, § 50

³⁰⁴ Arrêt CourEDH N.C. contre Italie du 18 décembre 2002 [GC], Recueil CourEDH 2002-X, § 51 ; Arrêt CourEDH *Sakik et autres contre Turquie* du 26 novembre 1997, Recueil CourEDH 1997-V, § 60

des mesures de contraintes illicites³⁰⁵. Selon le Tribunal fédéral, l'autorité de jugement sera compétente pour statuer sur l'indemnisation en vertu de l'art. 431 CPP³⁰⁶.

S'agissant de l'indemnisation après le jugement, la jurisprudence laisse le choix à l'autorité qui a constaté l'illicéité de la détention³⁰⁷ de se prononcer elle-même sur l'indemnisation ou de transmettre la cause à l'autorité cantonale compétente en matière de responsabilité de l'Etat³⁰⁸. Dans le canton de Vaud, la responsabilité de l'Etat est régie par la LRECA. Le système prévalant dans le cadre des mesures thérapeutiques institutionnelles n'est donc pas le même que pour la détention avant jugement, où le juge de la détention n'a que la faculté de constater la violation et qu'il appartient à l'autorité de jugement de statuer sur les autres conséquences de la violation³⁰⁹.

En cas de constat de violation par la CourEDH, une indemnité pourra être prononcée sur la base de l'art. 41 CEDH qui permet aux juges de Strasbourg de prononcer une satisfaction équitable.

d) Alternatives à l'indemnisation

Une décision valaisanne récente a constaté la violation de l'art. 5 CEDH dans le cadre de l'exécution de la mesure dans un établissement inapproprié et ouvert la voie à une indemnisation³¹⁰. D'autres alternatives sont-elles envisageables ? La CourEDH tolère d'autres formes de réparation de la violation des droits fondamentaux³¹¹. A propos de la réduction de peine par exemple, la CourEDH considère que, si celle-ci est en soi admissible, elle ne constitue pas une solution définitive et ne contribue pas à éradiquer les causes de la surpopulation carcérale, à savoir, dans le cas d'espèce, le manque d'infrastructures ainsi qu'une utilisation trop fréquente de l'instrument de la détention avant jugement³¹². Cette solution, si elle devenait automatique, pourrait remettre en cause la crédibilité du système de sanctions en contrevenant à l'intérêt public poursuivi par

³⁰⁵ Y. JEANNERET/A. KUHN, n° 5071

³⁰⁶ ATF 141 IV 349, consid. 2.1 ; ATF 140 I 125, consid. 2.1 ; ATF 140 I 246 consid. 2.5.1 ; ATF 139 IV 41, consid. 3.4

³⁰⁷ Il s'agira ainsi de l'autorité compétente pour le contrôle de la légalité de la mesure thérapeutique institutionnelle de l'art. 59 CP

³⁰⁸ ATF 137 I 296, consid. 6, ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_445/2013 du 14 janvier 2014, consid. 4.4.3

³⁰⁹ ATF 139 IV 41, consid. 3.4 ; L. MOREILLON/A. PAREIN-REYMOND, n° 11b ad art. 431 CP. Dans le cadre de la détention avant jugement, une réduction de peine peut également entrer en ligne de compte (L. MOREILLON/A. PAREIN-REYMOND, n° 11b ad art. 431 CP). Dans notre cas, au vu du caractère indéfini de la mesure, une telle réparation ne paraît pas envisageable.

³¹⁰ Ordonnance du 20 avril 2018 rendue par la Chambre pénale du Tribunal cantonal du Valais (P3 17 253)

³¹¹ Cf. Arrêt CourEDH *Ananyev et autres contre Russie* du 10 janvier 2012, Req. n°42525/07 et 60800/08

³¹² *Id.*, § 226

l'infliction d'une peine³¹³. On peut inférer de ce qui précède que l'Etat ne peut pas se dispenser de sa tâche d'éradiquer le problème en constatant systématiquement la violation de la CEDH. Il doit au contraire s'en prendre aux causes de cette violation. Nous avons longuement vu que s'agissant du traitement institutionnel des troubles mentaux, les établissements « *appropriés* » font défaut et que les institutions à disposition sont régulièrement critiquées, notamment par la CNPT et le CPT³¹⁴. Nous avons fait état de tels problèmes dans certains cantons³¹⁵ que l'on peut considérer que le défaut d'établissements appropriés procède d'un problème systémique. Cela appelle deux constats.

Pour rappel, la mesure doit être levée s'il n'y a pas ou plus d'établissements appropriés (art. 62c let. c CP). Nous avons présenté deux arrêts du Tribunal fédéral, dans lesquels notre Haute Cour refusait de lever la mesure pour un tel motif³¹⁶. Nous considérons que la jurisprudence du Tribunal fédéral est trop restrictive en la matière. En effet, au vu du problème systémique dont nous avons fait état, si l'attente en établissement d'exécution des peines d'un établissement approprié est trop longue, la mesure devrait pouvoir être levée conformément à l'art. 62c let. c CP. A la lumière de la jurisprudence de la CourEDH, il apparaît que l'Etat ne peut pas se cacher derrière le constat de violation et l'indemnisation systématique sans éradiquer les réelles causes du problème, à savoir le défaut d'établissements appropriés. Il convient ici de relever que la levée de la mesure n'aboutirait pas forcément à une libération immédiate, le reste de la peine devra en effet être exécuté (art. 62c al. 3 CP). On peut également imaginer qu'un traitement ambulatoire soit prononcé à titre de nouvelle mesure, en vertu de l'art. 62c al. 3 CP.

Ce constat en appelle également un autre. Pour rappel, l'art. 56 al. 5 CP constitue une condition générale pour ordonner une mesure de sûreté³¹⁷. Il faut en effet qu'un établissement approprié soit à disposition, comme condition préalable au prononcé de la mesure. Au vu de la situation helvétique, il peut exister des situations où l'exécution du traitement institutionnel dans un établissement approprié s'avère impossible dès le moment du jugement et où, partant, la condition préalable au prononcé de la mesure de l'art. 56 al. 5 CP n'est pas remplie. La jurisprudence

³¹³ Arrêt CourEDH *Ananyev* précité, § 225

³¹⁴ Cf. pp. 25 ss

³¹⁵ Cf. pp. 25 ss ; à ce propos voir notamment le consid. 3 de l'Ordonnance du 20 avril 2018, dans lequel le Tribunal cantonal considère que l'Etat du Valais ne peut pas invoquer avoir entrepris toutes les mesures nécessaires ni se cacher derrière le manque de places disponibles pour justifier les placements de longue durée dans des établissements inappropriés.

³¹⁶ Cf. pp. 18 s.

³¹⁷ Cf. p. 7

européenne a par ailleurs consacré l'intérêt d'un recourant à faire constater l'illicéité d'une mesure privative de liberté, sans avoir à attendre son exécution³¹⁸. La personne ne devrait en effet pas avoir à être placée en détention durant de nombreuses années avant que l'illicéité de sa privation de liberté soit constatée. Ainsi, cette prétention devrait pouvoir être émise au moment de jugement et par conséquent faire échec au prononcé même de la mesure thérapeutique institutionnelle, au motif que la condition posée par l'art. 56 al. 5 CP n'est pas remplie.

e) La révision

Si une violation de la CEDH a été constatée par les juges de Strasbourg, la LTF donne la possibilité de demander la révision de l'arrêt du Tribunal fédéral litigieux (art. 122 LTF). Les conditions pour obtenir l'obtenir sont au nombre de trois, à savoir la constatation par la CourEDH d'une violation de la CEDH ou d'un des protocoles dans un arrêt définitif (art. 122 let. a LTF), l'inadéquation d'une indemnisation pour remédier à la violation (art. 122 let. b LTF) ainsi que la nécessité de la révision pour remédier à la violation (art. 122 let. c LTF). Il s'agira par exemple d'un cas dans lequel il convient de modifier une situation contraire au droit³¹⁹. Cette disposition correspond à la mise en œuvre en droit suisse de l'obligation basée sur l'art. 46 CEDH d'exécuter les arrêts de la CourEDH³²⁰. L'objectif de l'art. 46 CEDH est d'accorder la *restitutio in integrum* à la personne³²¹. Cependant, le Tribunal fédéral ne pourra pas accorder d'indemnisation financière fondée sur une violation de la CEDH. Il faudra en effet la demander dans le cadre de la procédure devant la CourEDH fondée sur l'art. 41 CEDH³²². Il n'est pas possible de demander une indemnité devant le Tribunal fédéral par le biais de la révision même si la CourEDH a octroyé une indemnité jugée insatisfaisante ou a refusé d'en octroyer³²³. En revanche, si une indemnisation a été accordée par les juges de Strasbourg, la révision reste possible dans la mesure où elle est nécessaire et appropriée pour éliminer des effets négatifs de la violation qui subsistent malgré l'indemnité accordée³²⁴. Un intérêt actuel à la révision doit persister pour pouvoir l'obtenir³²⁵.

³¹⁸ Arrêt CourEDH *Vinter et autres* contre Royaume-Uni du 9 juillet 2013 [GC], Recueil CEDH 2013, § 122 ; Arrêt CourEDH *Murray contre Pays-Bas* du 26 avril 2016 [GC], Recueil CEDH 2016, § 100

³¹⁹ P. FERRARI, n° 9 ad art. 122 LTF

³²⁰ ATF 137 I 86, consid. 3.1

³²¹ Arrêt CourEDH *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt) contre Suisse (n°2)* du 30 juin 2009 [GC], Recueil CourEDH 2009, § 85ss ; Arrêt du Tribunal fédéral 2F_11/2008, consid. 3.2

³²² P. FERRARI, n° 3 ad art. 122 LTF

³²³ *Id.*, n° 8 ad art. 122 LTF

³²⁴ ATF 137 I 86, consid. 3.2.2

³²⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5F_2/2015 du 26 février 2015, consid. 1.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2F_11/2008 du 11 juillet 2009, consid. 2

Si la cause n'a pas été portée devant le Tribunal fédéral car le recours n'était pas ouvert, le CPP prévoit une disposition analogue à l'art. 122 LTF (art. 410 al. 2 CPP).

2. La jurisprudence du Tribunal fédéral

De nombreux détenus ont déjà tenté de contester la légalité de leur détention devant le Tribunal fédéral en invoquant la violation de l'art. 5 § 1 CEDH. Ils considéraient en substance que l'établissement où ils étaient détenus en vue de l'exécution de leur mesure thérapeutique institutionnelle était inapproprié. Nous ferons ici état de quelques cas, sans toutefois pouvoir prétendre à l'exhaustivité.

En 2013, notre Haute Cour a indiqué à titre d'*obiter dictum* qu'une seule heure de thérapie par semaine à la prison de Bostadel n'était pas suffisante pour remplir les conditions de l'art. 59 CP, sans toutefois admettre le recours du détenu qui soutenait que les conditions nécessaires au prononcé de la mesure n'étaient pas remplies³²⁶. En 2015, le Tribunal fédéral a dû se pencher sur une affaire d'un détenu arguant que les conditions dans lesquelles son traitement institutionnel était exécuté violaient les art. 3 et 5 CEDH. En substance, le grief ayant trait à la violation de l'art. 3 CEDH n'avait pas été invoqué devant l'autorité précédente et a donc été déclaré irrecevable. Le recourant invoquait en outre la violation de l'art. 5 § 1 let. e CEDH et des Règles pénitentiaires européennes. Le Tribunal fédéral a ici considéré que la détention du recourant, tout d'abord à la Prison des Iles (VS) puis aux EPO (VD) ne violait pas l'art. 5 § 1 let. e CEDH. Dans ce contexte, notre Haute Cour a notamment rappelé la jurisprudence *Papillo*³²⁷, dans laquelle la CourEDH avait considéré que « *le seul fait que l'intéressé ne soit pas intégré dans un établissement approprié n'a toutefois pas pour effet automatique de rendre sa détention irrégulière au regard de l'article 5 par. 1 CEDH* »³²⁸. Même si ces établissements n'avaient pas « *appliqué scrupuleusement* » les Règles pénitentiaires européennes, cela ne suffisait pas à fonder une violation de l'art. 5 § 1 let. e CEDH selon le Tribunal fédéral³²⁹. Les juges de Mon Repos ont par ailleurs considéré, s'agissant des EPO,

³²⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_625/2012 du 27 juin 2013, consid. 4.3. Nous avons également mentionné cet arrêt dans le chapitre sur la levée de la mesure (cf. pp. 16 ss).

³²⁷ Arrêt CourEDH *Papillo* précité

³²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_817/2014 du 2 avril 2015, consid. 3.2.2

³²⁹ *Id.*, consid. 3.7

que les soins qui y avaient été dispensés étaient appropriés³³⁰.

Un détenu a tenté d'invoquer la violation du principe de célérité devant le Tribunal fédéral, car il n'avait pas été placé dans un établissement approprié et était resté en prison durant plus de quatre ans sans bénéficier de thérapie. Il invoquait également la violation de des art. 3 et 5 § 1 let. e CEDH. Selon le Tribunal fédéral, le principe de célérité n'a pas été violé car il existait un manque de capacité des établissements appropriés susceptible de l'accueillir. Notre Haute Cour a par ailleurs considéré que les art. 5 § 1 let. e et 3 CEDH n'avaient pas non plus été violés, même si le recourant n'avait pas bénéficié du traitement adéquat. Sa demande d'indemnisation a ainsi été refusée³³¹.

Dans un arrêt datant de 2017, un détenu a également invoqué les art. 3 et 5 CEDH s'agissant de l'exécution de sa mesure thérapeutique institutionnelle dans un établissement pénitentiaire. Le Tribunal fédéral a considéré que le recourant n'avait pas démontré les soins et traitements qui avaient fait défaut dans cet établissement, ni expliqué les avantages qu'il aurait pu tirer d'un placement dans un établissement thérapeutique. Il n'a pas non plus expliqué en quoi l'environnement carcéral se révélait inapproprié. Ainsi, son placement en établissement pénitentiaire n'avait pas violé l'art. 5 § 1 let. e CEDH. Selon le Tribunal fédéral, la détérioration de l'état de santé physique du condamné durant sa détention n'était pas due au milieu carcéral ou à une lacune des soins prodigués, de sorte que le grief relatif à l'art. 3 CEDH a également été rejeté. L'indemnité demandée par le recourant n'a par conséquent pas été allouée³³².

Nous pouvons inférer des développements qui précèdent qu'il est très compliqué d'obtenir gain de cause en invoquant l'art. 5 § 1 CEDH devant le Tribunal fédéral dans le cadre de mesures thérapeutiques institutionnelles pour le traitement des troubles mentaux effectuées en prison avec des possibilités de traitement limitées. Un détenu est cependant récemment monté jusqu'à Strasbourg pour contester la légalité de sa détention et a finalement obtenu gain de cause devant la juridiction européenne. Cette décision fera l'objet du chapitre suivant. De plus, une décision cantonale récente contraste également avec la jurisprudence du Tribunal fédéral³³³. Nous avons choisi d'en faire état dans la dernière partie de la présente contribution.

³³⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_817/2014 du 2 avril 2015, consid. 3.6.2

³³¹ Arrêts du Tribunal fédéral 6B_1001/2015 et 6B_1147/2015 du 29 décembre 2015

³³² Arrêt du Tribunal fédéral 6B_154/2017 du 25 octobre 2017

³³³ Ordonnance du 20 avril 2018 rendue par la Chambre pénale du Tribunal cantonal du Valais (P3 17 253)

C. L'arrêt *Kadusic contre Suisse* du 9 janvier 2018

Dans un arrêt du 9 janvier 2018, la CourEDH a tranché une affaire qui nous a particulièrement servi dans la rédaction de ce travail³³⁴. C'est pour cette raison que nous avons choisi de l'analyser en détails.

1. Les faits

a) Le contexte

Le 27 mai 2005, Mihret Kadusic a été condamné par le Tribunal pénal du canton de Bâle-Ville à huit ans de peine privative de liberté, notamment pour des faits de brigandage. Il a par conséquent été détenu depuis le 19 juillet 2005 à la prison Bostadel, à Menzingen (ZG). Les différents appels formés par le condamné au Tribunal du canton de Bâle-Ville puis au Tribunal fédéral ont été rejetés.

b) Les allègements dans l'exécution de la peine privative de liberté

Le 4 juillet 2007, Mirhet Kadusic a demandé à bénéficier d'allègements dans l'exécution de sa peine privative de liberté. La commission intercantonale compétente en la matière a considéré qu'il ne fallait pas accorder au condamné d'autres allègements que la possibilité de travailler à l'extérieur. Elle a expliqué qu'elle considérait le requérant comme dangereux et a notamment demandé la mise en œuvre d'une expertise psychiatrique. Dans un rapport du 24 septembre 2008, l'expert a posé le diagnostic de troubles de la personnalité de caractère paranoïde et narcissique de degré moyen et a estimé que Mirhet Kadusic avait une responsabilité pénale pleine et entière. Il a estimé que les troubles existaient déjà à l'époque des faits pour lesquels Mirhet Kadusic avait été condamné. Ce même médecin a également posé un pronostic très défavorable quant au risque de récidive du condamné.

c) Le changement de sanction

Le 10 novembre 2008, la commission intercantonale a recommandé au tribunal compétent d'analyser si les conditions de mise en œuvre d'une mesure thérapeutique ambulatoire pouvaient

³³⁴ Arrêt CourEDH *Kadusic contre Suisse* du 9 janvier 2018, Réc. n° 43977/13

être remplies. Si une telle mesure devait échouer, la commission a également proposé la conversion de la peine privative de liberté en mesure d'internement. Le 30 décembre 2008, le Département de justice du canton de Bâle-Ville a demandé au tribunal d'appel qui avait condamné Mirhet Kadusic d'analyser si les conditions pour prononcer une mesure thérapeutique étaient remplies à l'époque de cette condamnation.

Pour le tribunal d'appel, il n'existait aucune base légale pour ordonner un traitement thérapeutique ambulatoire postérieurement à la déclaration de culpabilité. Il s'est cependant interrogé sur l'opportunité d'ordonner des mesures thérapeutiques institutionnelles et a mis en œuvre une expertise complémentaire. En date du 5 janvier 2010, le directeur de la prison Bostadel a estimé dans un rapport qu'une libération conditionnelle était possible, au vu du bon comportement du condamné lors de l'exécution de son travail à l'extérieur. Un complément d'expertise a été établi le 30 juin 2010. En substance, il concluait qu'une mesure thérapeutique institutionnelle avait peu de chances de succès au vu de l'attitude de l'expertisé mais n'excluait cependant pas toute possibilité de soin.

Le 6 mai 2011, le tribunal d'appel a ordonné l'internement ultérieur au sens de l'art. 65 al. 2 CP. Saisi, le Tribunal fédéral a considéré que les conditions pour prononcer l'internement n'étaient pas remplies. En effet, il convenait de s'interroger en premier lieu sur l'opportunité du prononcé d'une mesure thérapeutique institutionnelle, l'internement étant *l'ultima ratio*. Un traitement institutionnel des troubles mentaux a été ordonné le 22 août 2012 par le tribunal d'appel, sur la base d'un grave trouble mental déjà présent au moment du jugement initial mais qui n'avait pas été détecté. La psychiatre qui avait établi le complément d'expertise a été interpellée par le tribunal d'appel. Elle a estimé qu'une mesure thérapeutique institutionnelle en milieu fermé (art. 59 al. 3 CP) s'avérait nécessaire dans le cas d'espèce. Interrogée sur les établissements appropriés pour son exécution, elle a mentionné les établissements pénitentiaires de Thorberg et de Pöschwies, qui disposaient de services de thérapie. Le condamné a fait recours au Tribunal fédéral contre le prononcé de cette mesure. Notre Haute Cour a confirmé le jugement du tribunal d'appel le 28 mai 2013.

En mai 2016, le condamné se trouvait toujours à la prison Bostadel. Il a assuré ne pas bénéficier de soins ni d'une quelconque thérapie. Le Gouvernement estimait que l'établissement Bostadel possédait des programmes permettant le traitement des troubles de Mirhet Kadusic mais que ce dernier refusait de s'y soumettre. Les rapports fournis par les parties sur l'attitude du requérant en prison démontraient qu'il se conduisait « *de manière correcte et discrète* »³³⁵. Selon Mirhet Kadusic, si la mesure thérapeutique institutionnelle n'avait pas été prononcée ultérieurement, il aurait terminé l'exécution de sa peine le 19 mars 2013.

2. Les thèses des parties quant à la légalité de la détention

Mirhet Kadusic considère en substance que la mesure litigieuse n'a pas été ordonnée « *selon les voies légales* » car la condition des chances de succès de la mesure n'était pas remplie. Il n'y avait pas non plus de lien de causalité entre sa condamnation pénale et la privation de liberté subie du fait de la mesure thérapeutique institutionnelle (art. 5 § 1 let. a CEDH). L'art. 5 § 1 let. e CEDH ne justifiait pas non plus sa privation de liberté selon lui, la détention régulière des aliénés n'étant applicable qu'en présence d'un réel trouble selon l'interprétation du requérant. Enfin, la première expertise psychiatrique datant du 24 septembre 2009 n'était plus actuelle pour Mirhet Kadusic. Quant au complément d'expertise datant du 30 juin 2010, il ne contenait aucun diagnostic et n'établissait en aucune manière sa dangerosité.

Dans ses déterminations, le gouvernement suisse a au contraire considéré que les conditions de l'art. 59 CP étaient remplies, et qu'il existait bien une possibilité d'amendement du condamné. La mesure thérapeutique institutionnelle procédait d'une correction du jugement initial, comme le prévoit l'art. 65 CP lorsque sont découverts de nouveaux faits qui étaient inconnus du tribunal au moment du jugement initial. Selon le Gouvernement, le lien de causalité était donné entre la condamnation et la mesure. Il a également ajouté que les expertises psychiatriques mises en œuvre dans le cas particulier étaient pertinentes.

³³⁵ Arrêt CourEDH *Kadusic* précité, § 22

3. L'appréciation de la Cour européenne des droits de l'homme quant à la légalité de la détention

a) Les principes applicables

La CourEDH a commencé par rappeler les principes régissant l'art. 5 CEDH. Pour que la privation de liberté d'une personne soit régulière au sens de cette disposition, elle doit être ordonnée pour l'un – ou plusieurs – des motifs listés exhaustivement par l'art. 5 § 1 CEDH.

S'agissant de l'art. 5 § 1 let. a CEDH, les juges de Strasbourg ont indiqué qu'un lien de causalité était exigé entre la déclaration de culpabilité pour l'infraction en cause d'une part et l'infliction d'une peine ou d'une mesure d'autre part. Selon la CourEDH, « *le lien de causalité exigé par l'alinéa a) peut néanmoins finir par se rompre au cas où une décision de ne pas libérer ou de réincarcérer se fonderait sur des motifs incompatibles avec les objectifs visés par la décision initiale (de la juridiction de jugement) ou sur une appréciation non raisonnable eu égard à ces objectifs.* »³³⁶.

En vertu de l'art. 5 § 1 let. c CEDH, une privation de liberté peut se justifier s'il y a des motifs de croire qu'il faut empêcher la personne de commettre une infraction. La CourEDH a cependant rappelé que « *la mesure ne se prête pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne mais a seulement pour but d'empêcher une infraction concrète et déterminée* »³³⁷.

Pour la privation de liberté régulière d'un aliéné au sens de l'art. 5 § 1 let. e CEDH, la CourEDH a rappelé les trois conditions que nous avons exposées pour que celle-ci intervienne de manière régulière³³⁸. Les juges ont insisté sur le caractère indispensable, au vu de sa jurisprudence, de l'avis d'un médecin expert avant d'ordonner un tel internement. Dans le cas contraire, la détention serait jugée incompatible avec l'art. 5 CEDH. L'expertise en question doit être suffisamment actuelle pour être pertinente et « *permettre aux autorités compétentes d'apprécier la condition clinique de la personne concernée au moment où la légalité de la détention est examinée* »³³⁹. Enfin, pour que

³³⁶ Arrêt *Kadusic* précité, § 40

³³⁷ *Id.*, § 41

³³⁸ Il s'agit des principes développés dans l'arrêt CourEDH *Winterwerp* précité. L'aliénation doit avoir été établie de manière probante, le trouble doit revêtir un caractère ou une ampleur légitimant l'internement et l'internement ne peut se prolonger valablement sans persistance de pareil trouble (A ce sujet, cf. pp. 37 et 38)

³³⁹ Arrêt CourEDH *Kadusic* précité, § 44

la détention soit conforme à l'art. 5 CEDH, les juges de Strasbourg exigent « *un lien entre le motif invoqué et la privation de liberté autorisée et les lieu et régime de la privation de liberté* »³⁴⁰. En effet, « *en principe, la détention d'une personne en tant que malade mental ne sera « régulière » au regard de l'article 5§ 1 de la Convention que si elle se déroule dans un hôpital, une clinique ou un autre établissement approprié* »³⁴¹.

b) L'application au cas d'espèce

Après avoir rappelé les principes applicables, la CourEDH a dû déterminer si la détention que Mirhet Kadusic avait subie dès le 22 août 2012, à savoir dès le prononcé du traitement institutionnel des troubles mentaux, était intervenue de manière conforme à l'art. 5 CEDH.

Selon les juges de Strasbourg, la mesure litigieuse ne pouvait pas se justifier en vertu de l'art. 5 § 1 let. c CEDH. Au vu des spécificités de l'affaire, et notamment du fait que la mesure thérapeutique institutionnelle avait été ordonnée ultérieurement sans être prévue par le jugement initial, la CourEDH a commencé par examiner si la mesure thérapeutique institutionnelle pouvait se justifier en vertu de l'art. 5 § 1 let. a CEDH. Il fallait dès lors déterminer si la mesure thérapeutique avait été prononcée « *après condamnation* » de Mirhet Kadusic. Il convenait de prouver l'existence d'un lien de causalité entre la condamnation de ce dernier et la mesure thérapeutique institutionnelle qui lui avait été infligée par la suite. Le fait que la mesure constituait une correction du jugement initial en vertu de l'art. 65 CP pouvait suffire à constituer le lien de causalité exigé par l'art. 5 § 1 let. a CEDH, selon les juges de Strasbourg. Mais la CourEDH a rappelé que « *le lien de causalité exigé par l'alinéa a) peut néanmoins finir par se rompre au cas où une décision de ne pas libérer ou de réincarcérer se fonderait sur des motifs incompatibles avec les objectifs visés par la décision initiale ou sur une appréciation non raisonnable eu égard à ces objectifs.* »³⁴². La rupture du lien de causalité aurait ainsi pour effet de rendre la privation de liberté incompatible avec l'art. 5 CEDH.

³⁴⁰ Arrêt CourEDH *Kadusic* précité, § 45

³⁴¹ *Ibid.* A ce sujet cf. également : Arrêt CourEDH *Hutchison Reid* précité, § 49 ; Arrêt CourEDH *Aerts* précité, § 46

³⁴² Arrêt CourEDH *Kadusic* précité, § 51

Au vu de cette particularité du droit suisse, la CourEDH a estimé qu'il fallait prendre en compte des éléments relevant « *a priori plus de l'alinéa e) dans l'analyse de la justification de la mesure en vertu de l'alinéa a) de l'article 5 § 1* »³⁴³.

La Cour a tout d'abord pris en compte le laps de temps – plus de sept ans – écoulé entre la condamnation initiale de Mirhet Kadusic et le changement de sanction. Elle a également relevé que le requérant aurait dû être libéré dans les sept mois si la mesure thérapeutique institutionnelle n'avait pas été ordonnée. Il s'agissait d'indices à prendre en compte dans l'appréciation de la CourEDH sur la violation de l'art. 5 CEDH.

La CourEDH a ensuite examiné les différentes expertises effectuées. Pour rappel, l'expertise posant le diagnostic de troubles de la personnalité de caractère paranoïde et narcissique de degré moyen datait du 24 septembre 2008. Un complément d'expertise datant du 30 juin 2010 avait par la suite été établi. Le laps de temps qui séparait les expertises du jugement condamnant Mirhet Kadusic à la mesure litigieuse (soit deux ans pour le complément d'expertise, respectivement presque trois ans et onze mois pour l'expertise initiale) a été jugé excessif par les juges de Strasbourg.

L'experte psychiatre avait par ailleurs attiré l'attention du tribunal sur le fait que les centres pénitentiaires de Thorberg et Pöschwies disposaient de services de thérapie. Il convenait d'en tenir compte dans le cadre du prononcé de la mesure thérapeutique institutionnelle et de son exécution. Cependant, Mirhet Kadusic n'avait pas été transféré de la prison Bostadel où il était initialement détenu pour l'exécution de sa peine privative de liberté. La CourEDH a ensuite rappelé l'existence de l'art. 62c al. 1 let. c CP, dont nous avons parlé³⁴⁴, qui dispose que la mesure sera levée « *s'il n'y a pas ou plus d'établissement approprié* ». Elle a estimé que la prison Bostadel ne constituait pas un établissement approprié pour le traitement du trouble mental dont souffrait Mirhet Kadusic. Le refus de se soumettre à un traitement ne justifiait pas la détention du requérant à la prison Bostadel depuis plusieurs années, à savoir un lieu inadéquat compte tenu de son état psychique.

³⁴³ Arrêt CourEDH *Kadusic* précité, § 52

³⁴⁴ Cf. pp. 16 ss

c) **La conclusion de la Cour européenne des droits de l'homme**

Les juges de Strasbourg ont ainsi conclu à la violation de l'art. 5 § 1 CEDH car la mesure thérapeutique institutionnelle, imposée vers la fin de la peine privative de liberté, ne se fondait pas sur des expertises suffisamment récentes et que Mirhet Kadusic se trouvait depuis plus de quatre ans et demi après la fin de sa peine privative de liberté « *dans une institution manifestement inadaptée aux troubles dont il souffre* »³⁴⁵. La privation de liberté du requérant dès le 22 août 2012 – date de l'institution de la mesure thérapeutique institutionnelle – était partant incompatible avec les objectifs de la condamnation initiale, ce qui avait entraîné la rupture du lien de causalité exigé par l'art. 5 § 1 CEDH. Les conditions de l'art. 5 § 1 let. e CEDH étaient analogues à celles de l'art. 5 § 1 let. a CEDH en l'espèce et la privation de liberté ne pouvait pas non plus se justifier par la détention régulière d'un aliéné. La CourEDH a en revanche conclu à l'absence de violation de l'art. 7 CEDH (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et de l'art. 4 du Protocole n° 7 à la CEDH qui consacre le principe *ne bis in idem*.

Comme conséquence de la violation, les juges de Strasbourg ont alloué la somme de 20'000 euros à Mirhet Kadusic à titre de compensation du préjudice moral subi, ainsi que 12'000 euros pour les frais et dépens engagés devant les juridictions suisses et la CourEDH. A la suite de l'arrêt de la CourEDH, Mirhet Kadusic a demandé la révision de son jugement au sens de l'art. 122 LTF³⁴⁶. Le Tribunal fédéral a admis la révision et a renvoyé la cause à l'instance précédente pour une nouvelle décision. Il n'est pas entré en matière sur l'indemnisation au motif que la CourEDH l'avait déjà indemnisé³⁴⁷.

4. **Discussion**

a) **En général**

Nous avons vu que divers arrêts ont déjà été rendus en la matière par la CourEDH³⁴⁸. Cependant, il s'agissait du premier arrêt condamnant la Suisse en rapport avec cette problématique. Nous souhaitons ainsi analyser les implications de cette décision quant à la pratique helvétique.

³⁴⁵ Arrêt CourEDH *Kadusic* précité, § 58

³⁴⁶ Pour d'avantage de détails au sujet de la révision, cf. pp. 44 s.

³⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6F_8/2018 du 22 mai 2018

³⁴⁸ Cf. pp. 38 ss

Nous l'avons vu dans la partie de ce travail concernant le droit suisse³⁴⁹, beaucoup de personnes exécutent leur traitement institutionnel en milieu pénitentiaire sans parfois bénéficier de traitement adéquat, certains étant même placés dans des établissements de détention avant jugement durant plusieurs mois. Notre Haute Cour est cependant peu encline à accorder des indemnisations dans ce type de contestations³⁵⁰. La jurisprudence européenne a par ailleurs rappelé en 2015 qu'elle n'avait jamais conclu à l'existence d'un problème structurel concernant la prise en charge des détenus souffrant de troubles mentaux en Suisse³⁵¹.

Or, la CourEDH a jugé dans l'arrêt *Kadusic* que le maintien d'une personne dans un établissement pénitentiaire sans soins appropriés durant quatre ans était contraire à l'art. 5 § 1 let. e CEDH. Cet arrêt constitue un précédent concernant la Suisse et ouvre ainsi la porte à d'autres recours au Tribunal fédéral, voire à Strasbourg.

b) Le changement de sanction

Cet arrêt prend en compte les spécificités du droit suisse, notamment la possibilité du changement de sanction de l'art. 65 CP. En effet, l'art. 65 al. 1 CP prévoit la possibilité pour le juge d'ordonner une mesure thérapeutique institutionnelle au sens des articles 59 à 61 CP ultérieurement au jugement initial. Dans le cas de Mirhet Kadusic, cette disposition a été appliquée. La mesure thérapeutique institutionnelle, illimitée dans le temps, a été ordonnée juste avant la fin de l'exécution d'une peine privative de liberté. Aucune mesure, même ambulatoire, n'avait été ordonnée dans le jugement initial.

La CourEDH a accepté, sur le principe, la solution de l'art. 65 al. 2 CP qui prévoit le changement de sanction et a considéré que le lien de causalité entre la condamnation et la privation de liberté exigé par l'art. 5 § 1 let. a CEDH pouvait être donné, le prononcé de la mesure étant considéré comme une correction du jugement initial³⁵². Cependant, cet arrêt nous enseigne que le changement de sanction ne doit pas se faire à la légère et doit reposer sur des expertises suffisamment récentes.

³⁴⁹ Cf. pp. 18 ss

³⁵⁰ Cf. pp. 45 ss

³⁵¹ Arrêt *Papillo* précité, § 43

³⁵² Arrêt *Kadusic* précité, § 51

En l'espèce, les expertises n'avaient pas été actualisées au moment d'ordonner la mesure thérapeutique institutionnelle, ce qui est contraire à l'art. 5 § 1 CEDH. Dans son analyse, la CourEDH prend également en compte le fait que la mesure ait été prononcée à l'encontre de Mirhet Kadusic plus de sept ans après le jugement initial et seulement sept mois avant la fin de l'exécution de sa peine privative de liberté³⁵³.

La situation dans laquelle s'est trouvée Mirhet Kadusic dénote d'une politique de prévention de la récidive à tout prix. En effet, il s'est vu infliger une mesure thérapeutique institutionnelle juste avant la fin de l'exécution sa peine privative de liberté car une expertise l'avait considéré comme dangereux, alors même qu'aucune mesure ambulatoire n'avait précédemment été ordonnée. Comme le relèvent KUHN, PERRIER DEPEURSINGE et BRUN à propos du système des mesures pénales, « nous passons dès lors d'une notion de véritable justice à une notion de simple diagnostic. Nous ne nous prononçons plus sur des actes criminels, mais sur des états dangereux »³⁵⁴. En effet, cette mesure est instituée dans une pure logique de prévention de la récidive et ne semble plus avoir de lien avec l'infraction initiale. Elle repose sur le seul diagnostic d'un psychiatre. La CEDH a cependant que rappelé « la mesure ne se prête pas à une politique de prévention générale dirigée contre une personne, mais a seulement pour but d'empêcher une infraction concrète et déterminée »³⁵⁵. Par ailleurs, le Tribunal fédéral avait lui-même rappelé en 2017 qu'« il ne faut pas que le véritable but de la mesure ne réside plus que dans la mise en sûreté de l'intéressé »³⁵⁶.

c) L'absence d'établissement approprié

Dans le cas d'espèce, Mirhet Kadusic était détenu à la prison Bostadel et refusait les soins. Le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion de constater à titre d'*obiter dictum* que les soins n'étaient pas appropriés à la prison Bostadel³⁵⁷.

On remarque tout d'abord que l'approche concernant la Suisse n'est pas uniforme. La CourEDH examine au cas par cas la violation de l'art. 5 CEDH et toute détention en prison d'un aliéné ne

³⁵³ Arrêt CourEDH *Kadusic* précité, § 53

³⁵⁴ A. KUHN/C. PERRIER DEPEURSINGE/D. BRUN, p. 359

³⁵⁵ Arrêt *Kadusic* précité, § 41

³⁵⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_842/2016 du 10 mai 2017, consid. 3.1.1

³⁵⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_625/2012 du 27 juin 2013, consid. 4.3

sera pas automatiquement considérée comme illégale au sens de cette disposition. On voit que la CourEDH fonctionne par faisceaux d'indices à prendre en compte pour apprécier de l'existence d'une violation³⁵⁸. Elle a en effet pris en considération toutes les circonstances de l'espèce. Dans l'arrêt *Papillo*, sur lequel s'est parfois basée la jurisprudence du Tribunal fédéral³⁵⁹, la CourEDH a conclu à la non-violation de l'art. 5 § 1 CEDH, au motif que les soins dont avait bénéficié le requérant avaient été considérés comme « *appropriés* ». Ils avaient par ailleurs permis sa remise en liberté³⁶⁰.

Dans l'arrêt *Kadusic*, deux circonstances ont conduit la CourEDH à retenir une violation de l'art. 5 § 1 CEDH, à savoir l'inadéquation du lieu de placement mais également l'ancienneté des expertises sur lesquelles se basait la décision de changement de sanction. Elle a notamment rappelé que le fait que le requérant refuse les soins n'était pas une circonstance déterminante pour juger de la violation de l'art. 5 § 1 CEDH³⁶¹. De plus, la mesure a été imposée à la fin de la peine par le biais du changement de sanction, sans toutefois que Mirhet Kadusic ne change d'établissement. Il est en effet resté détenu à la prison Bostadel. La psychiatre avait pourtant proposé les prisons de Pöschwies et Thorberg, qui auraient été adaptées. Cette situation est très problématique car, nous l'avons vu tout au long de cette contribution, le cadre légal concernant les mesures est totalement incomparable avec celui de l'exécution des peines, principalement de par le fait que la mesure est ordonnée pour un temps indéterminé, et peut être prolongée indéfiniment si l'état du condamné ne s'améliore pas.

La réglementation suisse ne protège manifestement pas totalement contre l'exécution de traitements institutionnels dans des institutions non adaptées, cet arrêt de la CourEDH et la situation de Mirhet Kadusic le prouvent. Selon FINK, « *soit les juges prononcent trop de mesures de traitement par rapport au nombre de places existantes, soit ce n'est pas le cas et il faut alors prévoir de construire des centres de détention à vocation thérapeutique* »³⁶². La constante augmentation des traitements institutionnels des troubles mentaux nous pousse à considérer qu'il faudrait créer de nouveaux établissements spécialisés dans l'exécution des mesures. Dans le cadre

³⁵⁸ cf. arrêt *Kadusic* précité, § 53

³⁵⁹ Cf. pp. 45 ss

³⁶⁰ Arrêt *Papillo* précité, § 48

³⁶¹ Arrêt *Kadusic* précité, § 57

³⁶² D. FINK, p. 64

de l'exécution des peines, il est constant que la création de prisons n'est pas d'une solution viable et durable aux problèmes de manque de places et de surpopulation carcérale³⁶³. On peut donc s'interroger sur la transposition d'un tel constat au domaine qui nous occupe. Il n'en demeure pas moins que les alternatives au traitement institutionnel sont moins nombreuses que les alternatives à la peine privative de liberté. De plus, il en va de l'exécution de la mesure de manière conforme au but de la loi. La création de nouvelles places de thérapie pour la correcte exécution des mesures peut donc se justifier. Selon nous, au moment d'un éventuel prononcé d'un traitement institutionnel, le juge devra également avoir en tête cette situation problématique quant aux établissements d'exécution et préférer le traitement ambulatoire si celui-ci a également des chances de succès. De plus, nous l'avons vu dans la partie de la présente contribution consacrée aux alternatives à l'indemnisation comme réparation de la violation de la CEDH³⁶⁴, au vu du problème systémique en Suisse s'agissant des institutions appropriées pour l'exécution des traitements institutionnels des troubles mentaux, le juge devrait dans certains cas renoncer au prononcé de la mesure au motif que la condition de l'art. 56 al. 5 CP n'est pas remplie. Après le prononcé de la mesure, si l'attente est trop longue pour intégrer un établissement approprié, le traitement institutionnel devrait pouvoir être levé en application de l'art. 62c let. c CP. La CourEDH a par ailleurs rappelé cette disposition dans les motifs de la décision *Kadusic*³⁶⁵.

d) Les conséquences possibles

L'un des risques inhérents au fait que la privation de liberté soit illicite s'il y a un manque d'établissement approprié est que cela pousse les autorités à prononcer un internement (art. 64 CP) au motif que la mesure thérapeutique institutionnelle est dépourvue de chances de succès car il n'existe pas d'établissement où elle puisse effectivement être exécutée. En effet, la mesure doit être levée s'il n'existe pas ou plus d'établissement approprié (art. 62c CP), et le juge aura la possibilité dans ce cadre d'ordonner une nouvelle mesure si celle-ci s'avère nécessaire et apte (art. 62c al 3 CP). L'avocate de Mirhet Kadusic avait d'ailleurs confié que les autorités d'exécution

³⁶³ A. KUHN, p. 107 ; COMITE EUROPEEN POUR LA PREVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DEGRADANTS, *CPT/Inf (2008) 33*, § 117

³⁶⁴ Cf. pp. 42 s.

³⁶⁵ Arrêt CourEDH *Kadusic* précité, § 57

les avaient avertis qu'elles demanderaient l'internement si le recours à la CourEDH devait être couronné de succès³⁶⁶.

Cette situation n'est pas souhaitable. En effet, comme exposé, l'internement doit rester *l'ultima ratio*³⁶⁷ et si une mesure thérapeutique institutionnelle a des chances de succès, elle devra être exécutée. Il n'en demeure pas moins qu'une mesure thérapeutique aura effectivement peu de chances d'atteindre ses buts si elle est exécutée dans un établissement qui n'est approprié et pourra ainsi se prolonger indéfiniment. Nous considérons qu'au regard du principe de proportionnalité³⁶⁸, il serait plus correct de prononcer un traitement ambulatoire lors de l'examen de la levée de la mesure, qui pourra par ailleurs s'exécuter durant l'exécution de la peine privative de liberté (art. 63 CP).

IV. Les obligations positives de l'Etat

A. En général

Pour le dernier chapitre de ce travail, nous avons choisi de nous demander s'il existait une obligation positive des Etats parties à la CEDH de placer les personnes condamnées à une mesure thérapeutique institutionnelle pour le traitement des troubles mentaux dans un établissement « *approprié* ». Une telle obligation positive pourrait à notre sens être tirée de l'art. 5 CEDH que nous avons déjà traité, mais également de l'art. 3 CEDH, qui protège l'individu contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants. C'est pourquoi nous allons également analyser des arrêts fondés sur l'art. 3 CEDH dans cette dernière partie.

La notion d'obligation positive dans la jurisprudence de la CourEDH est une notion vague et principalement casuistique³⁶⁹. Il s'agit de « *droits subjectifs, justiciables devant les autorités judiciaires, à une action de l'Etat dans le domaine des droits fondamentaux garantis par la CEDH* »³⁷⁰. L'Etat pourra ainsi être tenu responsable pour son action mais également pour son

³⁶⁶ « <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/cas-credh/cas-suisse-expliques/strasbourg-mesure-therapeutique> », consulté le 13 novembre 2018

³⁶⁷ ATF 140 IV 1, consid. 3.2.4 ; ATF 134 IV 121, consid. 3.4.4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B_823/2018 du 12 septembre 2018, consid. 1.1

³⁶⁸ Pour rappel, ce principe est consacré spécifiquement dans le droit des mesures (art. 56 al. 2 et 56a CP).

³⁶⁹ N. PETERMANN, p. 29

³⁷⁰ *Id.*, p. 41

inaction, et le fait qu'il n'a pas adopté les mesures nécessaires, matérielles ou normatives, pour la correcte application du droit en question³⁷¹. L'Etat, de par ses différents organes, est le destinataire des obligations positives³⁷². La majorité des obligations positives constituent des développements jurisprudentiels effectués par la CourEDH³⁷³. Elles ont été mises en place par la CourEDH pour « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs »³⁷⁴.

Dans sa jurisprudence, la CourEDH rappelle que « pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte (...) le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu »³⁷⁵. L'obligation positive « ne doit pas être interprétée de manière à imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif »³⁷⁶.

B. La légalité de la détention

Nous avons traité de la légalité de la détention lors du chapitre précédent. Se pose ainsi la question de savoir si une obligation positive peut être tirée de la jurisprudence relative à l'art. 5 CEDH en matière de placement de détenus souffrant de troubles mentaux dans des établissements non appropriés à leurs troubles, notamment des établissements pénitentiaires. Il n'est pas fait directement mention d'une telle obligation dans les arrêts que nous avons traités concernant la légalité de la détention³⁷⁷.

Cependant, nous l'avons vu, la CourEDH fait régulièrement peser le manque d'établissement approprié sur un problème structurel dans l'Etat en question³⁷⁸. Certains auteurs pensent qu'il s'agit par conséquent d'une obligation positive implicite imposée à l'Etat de se doter des structures d'accueil adéquates³⁷⁹. Même si, s'agissant de la Suisse, la CourEDH a explicitement considéré dans l'arrêt *Papillo contre Suisse* qu'elle n'avait constaté de problème structurel dans l'exécution

³⁷¹ F. SUDRE, p. 24 ; On parle ainsi d'ingérence passive (*Ibid.*)

³⁷² N. PETERMANN, p. 42

³⁷³ *Id.*, p. 34

³⁷⁴ F. SUDRE ET AL., p. 21

³⁷⁵ Arrêt CourEDH *Rees contre Royaume-Uni* du 10 octobre 1986, Serie A vol. 106 § 37

³⁷⁶ Arrêt CourEDH *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (Vgt)* précité, § 81

³⁷⁷ cf. notamment : Arrêt CourEDH *Aerts* précité ; Arrêt CourEDH *Kadusic* précité ; Arrêt CourEDH *Brand* précité ; Arrêt CourEDH *Claes* précité, Arrêt CourEDH *Lankester* précité ; Arrêt CourEDH *Morsnik* précité. L'art. 56 al. 5 CP dont nous avons traité exige cependant qu'un établissement approprié soit à disposition pour l'exécution de la mesure.

³⁷⁸ Cf. pp. 38 ss

³⁷⁹ F. SUDRE ET AL., p. 23

des mesures thérapeutiques institutionnelles en Suisse³⁸⁰, nous avons démontré tout au long de ce travail qu'il existait un réel manque d'établissements appropriés dans le pays et que l'on pouvait considérer ce manque procédait d'un problème systémique. Comme le relève SCALIA s'agissant d'un arrêt belge dans lequel la CourEDH avait constaté une violation de la CEDH, en raison notamment d'un problème structurel en Belgique, « *une telle conclusion devrait largement inspirer les autorités suisses et genevoises car même si Curabilis a ouvert ses portes, la situation des personnes souffrant de troubles mentaux n'est pas encore clairement établie* »³⁸¹.

C. L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants

1. En général

La question de l'existence d'une obligation positive se pose également sous l'angle de l'art. 3 CEDH qui prohibe la torture et les peines ou les traitements inhumains ou dégradants. Il est impossible de déroger à l'art. 3 CEDH ou de restreindre la protection accordée par cette disposition³⁸². Les conditions de détention peuvent entraîner un traitement inhumain ou dégradant³⁸³.

D'une manière générale, l'art. 3 CEDH impose à l'Etat une obligation positive « *de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions compatibles avec la dignité humaine, (...) et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis* »³⁸⁴. Cependant, selon la CourEDH, une obligation générale de libérer une personne privée de liberté pour des motifs de santé ne peut pas être déduite de l'art. 3 CEDH³⁸⁵.

Pour constituer un traitement inhumain ou dégradant, l'atteinte doit atteindre un minimum d'intensité³⁸⁶, ce qui dépend de l'ensemble des circonstances de l'espèce et rend ainsi cette notion

³⁸⁰ Arrêt CourEDH *Papillo* précité, § 43

³⁸¹ D. SCALIA, pp. 21 s.

³⁸² Arrêt CourEDH *Soering contre Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, Série A vol. 161, § 88 ; M. H. RANDALL/M. HOTTELIER, p. 400

³⁸³ N. PETERMANN, p. 255

³⁸⁴ Arrêt CourEDH *Kudla* précité, § 94 ; Arrêt CourEDH *Rivière contre France* du 11 juillet 2006, Req. n° 33834/03, § 62 ; Arrêt CourEDH *Cara-Damiani contre Italie* du 9 juillet 2012, Req. n° 2447/05, § 66

³⁸⁵ Arrêt CourEDH *Rivière* précité, § 62 ; Arrêt CourEDH *Slawomir Musial contre Pologne*, Req. n° 28300/06, § 86

³⁸⁶ Arrêt CourEDH *Kudla* précité, § 91 ; Arrêt CourEDH *Aerts* précité, § 64 ; A. AUER/G. MALINVERNI/M. HOTTELIER, n° 334

« *relative par essence* »³⁸⁷. En outre, « *la souffrance et l'humiliation infligées doivent en tout cas aller au-delà de celles que comporte inévitablement une forme donnée de traitement ou de peine légitime* »³⁸⁸. Dans le cadre d'affaires concernant des malades mentaux il convient de « *tenir compte de leur vulnérabilité et de leur incapacité, dans certains cas, à se plaindre de manière cohérente ou à se plaindre tout court des effets d'un traitement donné sur leur personne* »³⁸⁹ pour apprécier s'il y eu violation de l'art. 3 CEDH.

2. L'arrêt *Murray contre Pays-Bas* du 26 avril 2016

Saisie de la requête d'un détenu à vie aliéné n'ayant pas accès à des soins psychiatriques en détention et soutenant par conséquent n'avoir plus d'espoir d'être libéré un jour, la Grande Chambre de la juridiction européenne a rendu un arrêt important en 2016³⁹⁰.

A titre de rappel, la CourEDH considère que les peines perpétuelles sans possibilité d'élargissement et de réexamen sont contraires à l'art. 3 CEDH³⁹¹. La Grande Chambre a d'ailleurs considéré que la dignité humaine oblige l'Etat qui prive quelqu'un de liberté à vie d'œuvrer pour sa réinsertion³⁹².

Dans l'arrêt *Murray*, la Grande Chambre a précisé que « *l'obligation d'offrir au détenu une possibilité de s'amender doit être considérée comme une obligation de moyens et non de résultat* »³⁹³. Concernant particulièrement les détenus à vie souffrant de troubles mentaux, elle a considéré que « *lorsque l'évaluation mène à la conclusion qu'un traitement ou une thérapie donnés pourraient effectivement aider le détenu à s'amender, il convient de lui permettre d'en bénéficier dans toute la mesure de ce qui est possible eu égard aux contraintes du contexte carcéral* »³⁹⁴. En effet, si le traitement n'a aucun effet notable sur l'amendement du détenu à vie, l'Etat ne sera pas tenu de le mettre en place. La possibilité de s'amender peut cependant impliquer la mise en place d'une thérapie dans certains cas. L'Etat dispose d'une marge d'appréciation pour choisir les

³⁸⁷ Arrêt CourEDH *Kudla* précité, § 91

³⁸⁸ Arrêt CourEDH *Kudla* précité, § 92 et les références citées

³⁸⁹ Arrêt CourEDH *Keenan contre Royaume-Uni* du 3 avril 2001, Recueil CourEDH 2001-III, § 111 ; Arrêt CourEDH *Slawomir Musial* précité, § 87

³⁹⁰ Arrêt CourEDH *Murray* précité

³⁹¹ Arrêt CourEDH *Vinter* précité, §§ 104-118 et 122

³⁹² *Id.*, § 113, Arrêt CourEDH *Murray* précité §§ 102 ss

³⁹³ Arrêt CourEDH *Murray* précité, § 104

³⁹⁴ *Id.*, § 108

mesures qui pourraient permettre au détenu à vie de s'amender. Cependant, si cette possibilité n'est pas offerte (par l'absence des traitements ou de conditions de détention appropriés), la peine du détenu pourra être rendue incompressible *de facto* et ainsi être contraire à l'art. 3 CEDH. Dans le cas d'espèce, la Grande Chambre a constaté que les différentes demandes de libération conditionnelle du requérant avaient été rejetées car il présentait un risque de récidive important et qu'il n'a pas eu accès à un traitement à proprement parler dans la prison dans laquelle il était incarcéré. La Grande Chambre a considéré qu'il existait un lien entre le risque de récidive et l'absence de traitement. Un traitement aurait en effet pu diminuer le risque de récidive. Tout en rappelant la marge d'appréciation des Etats quant à la « *détermination des dispositifs ou mesures propres à donner à un détenu à vie la possibilité de s'amender de manière à pouvoir un jour prétendre au bénéfice d'une remise en liberté.* »³⁹⁵, la Grande Chambre a estimé qu'en l'absence de tout traitement, l'amendement du requérant était rendu impossible, de sorte que sa peine du requérant était *de facto* incompressible. Ainsi, l'art. 3 CEDH avait été violé.

On peut donc tirer de cet arrêt une obligation positive pour les Etats de mettre en place une possibilité d'amendement pour les détenus à vie, cette possibilité d'amendement pouvant notamment consister en la mise en œuvre de traitement psychiatriques. Si elle n'est pas mise en place, la peine sera considérée *de facto* comme incompressible. Les considérations de la Grande Chambre, notamment sur le lien entre le risque de récidive et l'absence de traitement, nous ramènent aux mesures thérapeutiques institutionnelles qui font peser sur le condamné la responsabilité de se soigner pour être libéré³⁹⁶. Nous l'avons vu dans la partie cette contribution consacrée au droit suisse³⁹⁷, les mesures thérapeutiques institutionnelles pour le traitement des troubles mentaux sont ordonnées pour une durée indéterminée et peuvent, théoriquement, durer une vie. Nous nous sommes donc posé la question de savoir si cette jurisprudence était transposable au cas qui nous occupe.

3. L'arrêt *W.D. contre Belgique* du 6 septembre 2016

Dans un arrêt datant de 2016, la CourEDH s'est penchée sur le cas d'un détenu interné depuis plus de neuf ans dans une prison, qui se plaignait de ne pas recevoir des soins appropriés à sa santé

³⁹⁵ Arrêt CourEDH *Murray* précité, § 124

³⁹⁶ Cf. pp. 14 ss

³⁹⁷ *Ibid.*

mentale et n'avoir ainsi aucune perspective de réinsertion. Le requérant se plaignait de la violation de l'art. 3 CEDH ainsi que de l'art. 5 CEDH en rapport avec ces faits³⁹⁸. La CourEDH a fait état de la jurisprudence *Murray* que nous avons traitée dans le chapitre précédent, en expliquant qu'elle n'entendait pas l'appliquer par analogie à la situation des personnes irresponsables de leurs actes³⁹⁹. Elle a cependant considéré que cet arrêt « *renforce toutefois l'approche que la Cour entend faire valoir dans le contexte de l'espèce, à savoir que l'obligation découlant de la Convention ne s'arrête pas à celle de protéger la société contre les dangers que peuvent représenter les personnes délinquantes souffrant de troubles mentaux mais impose également de dispenser à ces personnes une thérapie adaptée visant à les aider et se réinsérer le mieux possible dans la société* »⁴⁰⁰. En l'espèce, cette obligation n'avait pas été respectée et le maintien en détention dans une prison sans thérapie adaptée ni perspective de réinsertion constituait un traitement dégradant et ainsi une violation de l'art. 3 CEDH. On remarque que, dans ce cas, la thérapie est liée à l'amendement, comme pour notre traitement institutionnel des troubles mentaux. Il convient de préciser qu'il s'agissait d'un arrêt concernant la Belgique, pays pour lequel la CourEDH a constaté un problème structurel dans la prise en charge des détenus souffrant de troubles mentaux à de nombreuses reprises⁴⁰¹. La CourEDH a également conclu à la violation de l'art. 5 CEDH, au motif que le lien entre le but de la détention et les conditions dans lesquelles celle-ci s'était déroulée avait été rompu⁴⁰².

Ainsi, la CourEDH a exclu une application par analogie des considérants de l'arrêt *Murray* que nous avons exposés. Cependant, elle s'en est inspirée pour tirer une obligation positive de dispenser une thérapie adaptée aux personnes souffrant de troubles mentaux afin qu'elles puissent se réinsérer.

³⁹⁸ Arrêt CourEDH *W.D. contre Belgique* du 6 septembre 2016, Req. n° 73548/13

³⁹⁹ *Id.*, § 113

⁴⁰⁰ Arrêt CourEDH *W.D.* précité, § 113

⁴⁰¹ Cf. pp. 38 ss

⁴⁰² Arrêt CourEDH *W.D.* précité, § 132

D. Le rapport entre la légalité de la détention et l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants

L'art. 5 CEDH a trait à la légalité de la mesure privative de liberté alors que l'art. 3 CEDH sera invoqué dans le cadre des conditions de détention⁴⁰³. Ces deux dispositions entrent en ligne de compte dans le cadre de l'exécution d'une mesure thérapeutique institutionnelle en prison.

Comme nous l'avons exposé, la CourEDH a constaté une violation de l'art. 5 CEDH dans l'arrêt *Aerts contre Belgique*, au motif que le lien entre le motif de la privation de liberté autorisée et le lieu de la détention avait été rompu⁴⁰⁴. Cependant, dans le même arrêt, la CourEDH a considéré que les effets sur la santé de sa détention dans une institution inadaptée du requérant n'étaient « *pas assez graves pour tomber sous le coup de l'article 3 CEDH* »⁴⁰⁵. En effet, nous avons vu que la privation de liberté dans une institution non adaptée doit avoir des répercussions pour atteindre le minimum d'intensité requis par la CEDH et ainsi constituer un traitement dégradant⁴⁰⁶. Dans l'arrêt *W.D. contre Belgique* cependant, la CourEDH a constaté une violation de l'art. 3 CEDH ainsi que de l'art. 5 CEDH⁴⁰⁷.

Ainsi, le fait d'être détenu dans un établissement non approprié peut emporter la violation de l'art. 5 CEDH ainsi que de l'art. 3 CEDH. La violation de l'art. 5 CEDH par le placement dans un lieu inadapté n'implique cependant pas automatiquement une violation de l'art. 3 CEDH. En effet, pour que le placement d'un détenu souffrant de troubles mentaux dans une institution non appropriée puisse constituer un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'art. 3 CEDH, une intensité supérieure de l'atteinte est requise par la CourEDH.

Une obligation positive de mettre à disposition un établissement approprié peut être tirée de l'art. 3 CEDH mais également implicitement de l'art. 5 CEDH. Cependant, s'agissant des arrêts de la CourEDH concernant la Suisse, l'art. 3 CEDH n'a pas été invoqué.

⁴⁰³ Arrêt CourEDH *Kudla* précité

⁴⁰⁴ Arrêt CourEDH *Aerts* précité, § 49

⁴⁰⁵ *Id.*, § 66

⁴⁰⁶ Pour d'avantage de détails à ce sujet, cf. pp. 57 ss

⁴⁰⁷ Arrêt CourEDH *W.D.* précité ; cf. également les arrêts CourEDH *Claes* et *Lankester* précités dans lesquels la CourEDH conclut à une violation de l'art. 3 CEDH en plus de celle relative à l'art. 5 § 1 CEDH

V. Conclusion

En 1972, Michel Foucault relevait à propos de l'âge classique qu'« *il n'est pas étonnant que les maisons d'internement aient l'allure de prisons, que souvent même les deux institutions aient été confondues, au point qu'on ait réparti assez indifféremment les fous dans les unes et les autres* »⁴⁰⁸. Cette confusion demeure et nous étonne aujourd'hui.

En 2017, 128 personnes ont été condamnées à un traitement institutionnel des troubles mentaux en Suisse, alors qu'elles n'étaient que 80 en 2007⁴⁰⁹. La question du lieu d'exécution de telles mesures est ainsi d'une actualité croissante. Tout au long de cette contribution, nous avons tenté de démontrer que la situation actuelle de la prise en charge des détenus souffrant de troubles mentaux était en contradiction avec les exigences légales. Si le psychiatre est devenu le « *conseiller en punition* »⁴¹⁰ du juge, notamment en lui indiquant quels établissements appropriés seraient susceptibles de prendre en charge le condamné dans le cadre de l'exécution de sa mesure, ses conseils ne sont pas toujours suivis. La libération conditionnelle de la mesure thérapeutique institutionnelle pour le traitement des troubles mentaux repose sur le succès du traitement, et placer ces personnes dans des établissements non appropriés revient trop souvent à prescrire une « *thérapie sans thérapeutes* »⁴¹¹ pour une durée indéterminée. C'est de ce cercle vicieux dont nous avons souhaité rendre compte tout au long de ce travail. Fort de ce constat, nous avons analysé la conformité de cette situation plus que problématique avec le respect des droits de l'homme. La conclusion à laquelle nous sommes arrivée est sans équivoque : la situation en Suisse se doit d'être améliorée pour être conforme aux exigences posées par la CEDH. A défaut, le risque de voir de plus en plus de détenus porter leur affaire à Strasbourg avec succès se concrétisera probablement pour les autorités helvétiques. Les obligations positives dont nous avons fait état démontrent en outre que le gouvernement se doit d'agir pour faire respecter les droits fondamentaux des détenus sous mesure. A l'heure où la Convention européenne des droits de l'homme s'est vu menacée⁴¹²,

⁴⁰⁸ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie*, p. 155

⁴⁰⁹ OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *Condamnation à une mesure*

⁴¹⁰ Nous empruntons cette expression à Michel Foucault (M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, p. 29)

⁴¹¹ C. FERREIRA/L. MAUGUÉ, n° 28

⁴¹² Une initiative de l'UDC prévoyait que la Constitution serait modifiée en ce sens que « *La constitution fédérale est placée au-dessus du droit international et prime sur celui-ci, sous réserve des règles impératives du droit international* » (Projet de modification de l'art. art. 5 al. 4 *in fine* Cst, FF 2018 3615). Celle-ci a été rejetée le 25 novembre 2018 (<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20181125/det624.html>, consulté le 25 novembre 2018)

nous remarquons qu'elle reste infiniment utile pour la protection des droits fondamentaux, notamment ceux des détenus.

Le 20 avril 2018, le Tribunal cantonal valaisan a rendu une ordonnance nous permettant d'être optimiste quant à la reconnaissance par les autorités suisses de l'applicabilité des principes découlant de la CEDH à la situation de détenus exécutant une mesure thérapeutique institutionnelle en prison⁴¹³. La privation de liberté subie par un détenu sous mesure thérapeutique institutionnelle durant deux ans et septante-cinq jours dans diverses prisons, où il n'avait pas accès à des soins adéquats, a été jugée contraire à l'art. 5 § 1 let. e CEDH. Une durée admissible de neuf mois de détention sans soins appropriés avant un transfert avait été fixée par le Tribunal cantonal. Celui-ci va même jusqu'à considérer que « *L'Etat du Valais ne peut dès lors plus se décharger de sa responsabilité en invoquant avoir entrepris toutes les mesures pour favoriser le transfert des détenus condamnés à des mesures, ni d'ailleurs se cacher derrière le manque de places disponibles* »⁴¹⁴, faisant ainsi écho aux obligations positives dont nous avons fait état.

Cette décision, ouvrant la voie à une indemnisation, contraste avec la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en la matière et n'a pas été confirmée par celui-ci. Elle nous permet cependant d'espérer que les cantons prennent leurs responsabilités dans la prise en charge des détenus souffrant de troubles mentaux et que la reconnaissance de la violation de la CEDH se fera plus fréquente, avec les conséquences qui en découlent.

⁴¹³ Ordonnance du 20 avril 2018 rendue par la Chambre pénale du Tribunal cantonal du Valais (P3 17 253)

⁴¹⁴ *Id.*, consid. 3