

Benjamin Amsler / Julian Reymond

De l'acceptation de la détention provisoire pour risque de passage à l'acte en l'absence de menaces verbales

ATF 1B_440/2011 du 23 septembre 2011

Par son arrêt du 23 septembre 2011, le Tribunal fédéral rejette le recours d'un homme placé en détention provisoire sur la base de l'article 221 al. 2 CPP à la suite d'une tentative d'homicide à l'encontre de sa femme. Alors que celui-ci soutenait qu'un risque de passage à l'acte était inexistant, la Haute Cour décide d'accepter la détention provisoire sans qu'aucune menace verbale n'ait été proférée. De ce fait, cette disposition voit son champ d'application quelque peu élargi ou à tout le moins mieux défini, clarifications qui, selon les auteurs, étaient nécessaires. Ces derniers se penchent toutefois sur la pertinence de l'application de cette disposition.

Catégorie(s) : Détention provisoire. Contrôle judiciaire ; Procédure pénale ; Commentaires d'arrêts

Proposition de citation : Benjamin Amsler / Julian Reymond, De l'acceptation de la détention provisoire pour risque de passage à l'acte en l'absence de menaces verbales, in : Jusletter 16 janvier 2012

Table des matières

- I. Les faits
- II. Le cadre juridique de la détention provisoire
 1. Les exigences internationales
 2. Buts
 3. Les conditions de la détention provisoire : le fort soupçon et la commission d'un crime ou d'un délit
 4. Les motifs de la détention provisoire
 - 4.1 Le risque de fuite (art. 221 al. 1 let. a CPP)
 - 4.2 La collusion (art. 221 al. 1 let. b CPP)
 - 4.3 La réitération (art. 221 al. 1 let. c CPP)
 - 4.4 La menace de passer à l'acte (art. 221 al. 2 CPP)
- III. L'arrêt du 23 septembre 2011 du Tribunal dans la cause 1B_440/2011
- IV. La problématique des menaces concernant le risque de passage à l'acte
- V. Commentaire de l'arrêt

I. Les faits

[Rz 1] Le ministère public du canton de St-Gall reproche à X. d'avoir tenté de tuer sa femme en lui taillant les artères du poignet à l'aide d'un couteau et en la laissant délibérément se vider de son sang. Les faits se sont déroulés le 23 décembre 2010 dans la maison occupée par le couple. X. est arrêté le soir-même, puis placé en détention provisoire ; détention prolongée à plusieurs reprises au cours de la procédure. Par son recours au TF, le prévenu ne conteste pas les faits reprochés mais s'en prend aux motifs fondant sa détention. Alors que le tribunal des mesures de contrainte justifie la détention provisoire du prévenu par l'existence d'un « risque de passage à l'acte » au sens de l'art. 221 al. 2 CPP, X. estime qu'une mesure d'éloignement est suffisante pour pallier ce risque. Le recourant est au final débouté par le TF qui confirme les soupçons concernant la tentative d'homicide, ainsi que l'existence d'un risque de passage à l'acte.

II. Le cadre juridique de la détention provisoire

[Rz 2] La détention provisoire est, avec la détention pour motifs de sûreté, l'un des types de détention avant jugement prévu par le nouveau CPP. En tant que mesure privative de liberté, la détention provisoire est ordonnée par le tribunal des mesures de contrainte lors de la phase d'instruction menée par le ministère public (art. 18 et 224 s CPP).

[Rz 3] La détention provisoire se définit comme « l'incarcération ordonnée à l'endroit d'une personne gravement suspectée d'avoir commis une infraction, pendant tout ou partie de la période qui va de l'ouverture des poursuites pénales jusqu'au jugement définitif, afin qu'elle soit tenue à disposition de la justice pour les besoins de l'enquête ou pour des impératifs de sécurité »¹.

[Rz 4] Bien que ses formes aient fluctué, ce mode

d'incarcération existe depuis longtemps. Autrefois, la privation de liberté était la règle, alors que de nos jours le principe est inversé et cette dernière est devenue l'exception (art. 212 al. 1 CPP, art. 5 § 1 CEDH)². L'objectif visé est donc de restreindre le champ d'application et de soumettre ce type de détention à des conditions strictes, ainsi qu'aux cas les plus graves³.

1. Les exigences internationales

[Rz 5] La CEDH mentionne les motifs de détention avant jugement à son art. 5 § 1. D'une manière générale, le TF s'est largement inspiré de la jurisprudence de la CEDH en fixant parfois même des exigences encore plus strictes en matière de détention avant jugement⁴.

[Rz 6] Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté une « recommandation concernant la détention provisoire, les conditions dans lesquelles elle est exécutée et la mise en place de garanties contre les abus⁵ » qui vise essentiellement à fixer des limites à l'usage de la détention provisoire, à encourager le recours à des mesures alternatives à la détention provisoire et à veiller au respect de la présomption d'innocence des personnes placées subissant ce type de détention. Le Pacte ONU II, quant à lui, rappelle principalement à ses articles 9 et 10 que la détention de personne avant de passer en jugement ne doit pas être la règle et consacre d'autres garanties minimales largement reprises et complétées par la procédure pénale suisse.

2. Buts

[Rz 7] Le but de la détention provisoire est caractérisé par les motifs pour lesquels elle peut être ordonnée. « En premier lieu, elle vise à garantir qu'une personne fortement soupçonnée d'avoir commis un crime ou un délit reste à disposition de la justice pénale durant l'instruction ou durant les débats au tribunal et, le cas échéant, que la peine prononcée soit effectivement exécutée. En deuxième lieu, elle permet de garantir le bon déroulement de la procédure d'instruction en évitant que les moyens de preuves ne soient détruits ou altérés. En troisième lieu, elle vise à éviter que de nouvelles infractions ne soient commises, voire que la menace de commission d'une infraction ne se concrétise »⁶.

¹ PIQUEREZ, GÉRARD/MACALUSO, ALAIN, Procédure pénale suisse, 3ème éd., Bâle 2011, p. 410, n° 1171.

² PIQUEREZ, GÉRARD/MACALUSO, ALAIN, Procédure pénale suisse, 3ème éd., Bâle 2011, p. 408, n° 1168.

³ PIQUEREZ, GÉRARD/MACALUSO, ALAIN, Procédure pénale suisse, 3ème éd., Bâle 2011, p. 408, n° 1168.

⁴ SCHMOCKER, ALEXIS, CR-CPP, art. 221 p. 1024, n° 4.

⁵ Recommandation Rec(2006)13 du 27 septembre 2006.

⁶ SCHMOCKER, ALEXIS, CR-CPP, art. 221, p. 1023, n° 2.

3. Les conditions de la détention provisoire : le fort soupçon et la commission d'un crime ou d'un délit

[Rz 8] Il est important de rappeler que la liberté du prévenu doit rester la règle (art. 212 al. 1 CPP) et que, par conséquent, la privation de liberté n'est à considérer que dans des cas exceptionnels et pour des infractions de gravité certaine. Ajoutons que le prévenu resté en liberté peut également être soumis à des mesures de substitution, prévues par les art. 237 à 240 CPP (comme par exemple la fourniture de sûretés, la saisie de documents officiels, l'obligation de se soumettre à un traitement médical, l'interdiction d'entretenir des relations avec certaines personnes, l'assignation à domicile ou encore une mesure d'éloignement).

[Rz 9] Le CPP exige que de « forts soupçons » pèsent sur le prévenu pour pouvoir ordonner une détention provisoire. Selon la doctrine, l'art. 221 CPP va ainsi plus loin que l'art. 5 § 1 let. c CEDH qui couvre de plus nombreuses situations en exigeant simplement « des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction »⁷. En droit procédural suisse, le placement en détention avant jugement ne peut être ordonné « que s'il existe, préalablement à toute autre condition, des charges suffisantes, plus exactement des indices graves et concordants que la personne poursuivie est l'auteur d'un crime ou d'un délit au sens de l'article 10 CP »⁸. Selon la doctrine et la jurisprudence, il y a de forts soupçons « lorsqu'il est admissible, pour un tiers objectif et sur la base des circonstances concrètes, que la personne détenue ait pu commettre l'infraction ou y participer avec un haut degré de probabilité »⁹. En d'autres termes, « il y a présomption grave de culpabilité dès que le résultat de l'enquête laisse apparaître avec une forte vraisemblance, sinon une certitude, que le prévenu est l'auteur, l'instigateur ou le complice de l'infraction objet des poursuites »¹⁰. De plus, le TF précise encore que les charges pesant sur la personne détenue doivent se renforcer au cours de l'instruction¹¹.

4. Les motifs de la détention provisoire

4.1 Le risque de fuite (art. 221 al. 1 let. a CPP)

[Rz 10] Il s'agit du risque de soustraction à la procédure pénale ou à la sanction pénale prévue par l'art. 221 al. 1 let. a

CPP. La détention provisoire reposant sur ce motif vise trois objectifs : assurer la présence du prévenu durant la procédure d'instruction, sa présence durant le procès et l'exécution effective de la peine prononcée.

4.2 La collusion (art. 221 al. 1 let. b CPP)

[Rz 11] Il s'agit ici du risque de compromettre la recherche de la vérité (art. 221 al. 1 let. b CPP). Sans pour autant violer la CEDH, cette disposition n'est pas expressément prévue à l'art. 5 § 1 let. c CEDH.

[Rz 12] Ce motif a pour but de garantir la constatation exacte et complète des faits. Il est imaginable que le risque de compromission de la recherche de la vérité apparaisse lorsque le prévenu exerce une influence sur des personnes (c'est-à-dire les coaccusés, les complices, les témoins, les experts ou encore toute personne amenée à prendre part à la procédure) ou altère des moyens de preuve (par leur destruction, modification ou encore leur dissimulation).

4.3 La réitération (art. 221 al. 1 let. c CPP)

[Rz 13] Généralement appelé « risque de récidive » (Wiederholungsgefahr), ce motif est désormais codifié au niveau fédéral alors qu'il n'était auparavant connu que dans certains cantons (voir l'art. 44 a PPF). Ce motif a pour objectif d'éviter que le prévenu ne mette en péril la sécurité d'autrui. Comme le précise le Conseil fédéral dans son message, l'art. 221 al. 1 let. c CPP n'exigeant pas que le prévenu ait commis un délit alors que la procédure est en cours, ce motif ne vise pas à empêcher le prévenu de retarder, voire d'empêcher la clôture de la procédure par la poursuite de son comportement délinquant, mais bien d'éviter la réalisation d'un danger¹². Qualifiée de « mesure de police préventive »¹³ par la doctrine, la détention prononcée dans ce cadre est ainsi dictée par des impératifs de sécurité¹⁴.

[Rz 14] Le message précise que le prévenu doit avoir « déjà commis des infractions (donc deux au minimum) du même genre que celle qu'il y a sérieusement lieu de redouter. Il faut donc que soit du même genre que les infractions commises par le passé non pas le crime ou le délit que le prévenu est fortement soupçonné d'avoir commis, mais celui que l'on a sérieusement lieu de redouter »¹⁵. Or, selon une jurisprudence récente¹⁶, le TF a jugé que le risque de récidive peut justifier dans des cas graves le maintien d'une détention provisoire même en l'absence de condamnation antérieure pour des actes analogues. L'art. 221 al. 1 let. c *in fine* n'aurait,

⁷ SCHMOCKER, ALEXIS, CR-CPP, art. 221, p. 1024, n°7.

⁸ PIQUEREZ, GÉRARD/ MACALUSO, ALAIN, Procédure pénale suisse, 3ème éd., Bâle 2011, p. 415, n° 1184.

⁹ ATF 116 Ia 143 = Jdt 1992 IV 120, BOVAIS BENOÎT/ DUPUIS MICHEL/ MONNIER GILLES/ MOREILLON LAURENT/ PIGUET CHRISTOPHE, Procédure pénale vaudoise, Bâle 2008, art. 59, n° 2.1, p. 83, SCHMOCKER, ALEXIS, CR-CPP, art. 221, p. 1025 n°8.

¹⁰ PIQUEREZ, GÉRARD/ MACALUSO, ALAIN, Procédure pénale suisse, 3ème éd., Bâle 2011, p. 415, n° 1184.

¹¹ ATF 1B_222/2008 du 27 août 2008, c. 3.1

¹² Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005 (ci-après : Message CPP), FF 2006 1210.

¹³ SCHMOCKER, ALEXIS, CR-CPP, art. 221, p. 1027, n°17.

¹⁴ Message CPP, 1210 ; PIQUEREZ, GÉRARD/ MACALUSO, ALAIN, Procédure pénale suisse, 3ème éd., Bâle 2011, p. 419, n° 1198.

¹⁵ Message CPP, 1210 s.

¹⁶ Arrêt du TF 1B_222/2008 du 27 août 2008, c. 3.1 .

dans certains cas, plus lieu d'être et de ce fait, le TF élargit l'application de la détention provisoire lorsqu'il est possible de déterminer avec une certaine vraisemblance, sur la base d'éléments concrets, que le prévenu commettrait d'autres actes répréhensibles s'il était en liberté, mais sans exiger d'infraction préalable semblable. Dans tous les cas, l'autorité doit statuer en tenant compte de la situation personnelle du prévenu.

4.4 La menace de passer à l'acte (art. 221 al. 2 CPP)

[Rz 15] Le CPP introduit une quatrième cause de privation de liberté avant jugement à la suite des motifs « classiques » de la fuite, de la collusion et de la récidive. Il dispose à son art. 212 al. 2 que « la détention peut être ordonnée s'il y a sérieusement lieu de craindre qu'une personne passe à l'acte après avoir menacé de commettre un crime grave ». Le risque de passage à l'acte (*Ausführungsgefahr*) forme ainsi un motif de détention indépendant, en ce sens qu'il ne dépend pas obligatoirement du soupçon de la commission (ou de la tentative de commission) d'une infraction, contrairement à ce que le premier alinéa de la disposition prévoit. On parle d'ailleurs ici de « détention » et non pas de « détention provisoire » et de « personnes » et non pas de « prévenu »¹⁷. Ajoutons qu'il ne s'agit plus de la commission d'un délit ou d'un crime, mais d'un crime qui doit être grave. Ce motif entre dans le cadre de l'art. 5 § 1 let. c CEDH.

[Rz 16] L'objectif est d'éviter le passage à l'acte, la concrétisation d'une infraction faisant suite à une menace. D'après la jurisprudence du TF, cette cause de détention peut non seulement s'appliquer à une personne ayant accompli des actes préparatoires (art. 260bis CP), ou ayant commis une tentative (art. 22 CP), mais également à une personne ayant exécuté d'autres actes non prévu par la loi lorsque ceux-ci sont en tout point comparables s'agissant du risque de commission d'un crime (comme une menace de mort par exemple)¹⁸. Dans un cas de menaces sérieuses et imminentes d'un crime grave, la détention provisoire peut donc exceptionnellement être ordonnée sans l'existence d'un acte répréhensible préalable. Dans ce cadre, il n'est alors pas nécessaire que la personne en question ait pris des mesures particulières en vue de commettre l'infraction. Il est suffisant qu'il ressorte des conditions personnelles du suspect ainsi que de sa situation que la probabilité de passer à l'acte est très élevée. L'estimation du risque de passage à l'acte, c'est-à-dire d'une menace sérieuse, doit s'opérer par une évaluation des circonstances concrètes du cas d'espèce¹⁹.

[Rz 17] La notion de gravité que préconise cette disposition comprend essentiellement les infractions qui permettent l'application de l'art. 64 al. 1 CP sur l'internement, soit

notamment « les infractions contre la vie, l'intégrité corporelle et sexuelle, la liberté ou certaines autres infractions, en particulier contre le patrimoine ou d'autres biens juridiques protégés, d'une gravité concrète certaine »²⁰.

[Rz 18] Un parallèle peut également être établi entre l'art. 221 al. 2 et le cautionnement préventif (art. 66 CP) dont les conditions d'application sont similaires. L'art. 372 al. 2 CPP règle la question de savoir si les deux dispositions précédentes peuvent s'appliquer simultanément et fixe que si le prévenu est en détention parce qu'il risque de passer à l'acte ou de récidiver, le cautionnement préventif n'est pas ordonné. Le Conseil fédéral précise que lorsque les conditions de la détention provisoire ou pour des motifs de sûretés sont réunies, il ne faut pas voir dans l'art. 372 al. 2 CPP une obligation d'opter pour la détention au détriment du cautionnement préventif. Au contraire, ce dernier peut être envisagé à titre de mesure de substitution qui sera alors moins radicale que la privation de liberté²¹.

III. L'arrêt du 23 septembre 2011 du Tribunal dans la cause 1B_440/2011

[Rz 19] Le TF rappelle que l'art. 221 al. 2 CPP prévoit que la détention provisoire peut être ordonnée s'il y a sérieusement lieu de craindre qu'une personne passe à l'acte après avoir menacé de commettre un crime grave. La simple opportunité hypothétique de la commission de délits ou la vraisemblance que de simples infractions soient commises ne sont en soit pas suffisantes pour fonder une détention provisoire. L'élément central grave par conséquent autour de la nécessité d'un pronostic défavorable. On ne requiert donc pas que la personne en question ait déjà pris des dispositions pour commettre l'acte prévu. Il suffit de constater que la probabilité du passage à l'acte est très élevée au regard d'une estimation générale de ses conditions personnelles ainsi que des circonstances. De plus, particulièrement lors d'infractions violentes, il sied de considérer l'état psychique de l'individu, notamment son caractère imprévisible et son niveau d'agressivité. Dans le cas d'une tentative d'homicide, le TF rappelle également que le seuil d'acceptation d'un risque de passage à l'acte ne doit pas être trop élevé car il n'est pas admissible de mettre la victime potentielle face à un danger inacceptable²².

[Rz 20] L'instance inférieure appuie essentiellement son argumentation en faveur de l'existence d'un risque de passage à l'acte sur une expertise forensico-psychologique de X. L'experte y diagnostique un trouble de la personnalité

¹⁷ FORSTER, MARC, BSK – StPO, art. 212, p. 1466, n° 16.

¹⁸ ATF 125 I 361, c 4c.

¹⁹ ATF 125 I 361, c 4c.

²⁰ PIQUEREZ, GÉRARD/ MACALUSO, ALAIN, Procédure pénale suisse, 3ème éd., Bâle 2011, p. 422, n° 1206.

²¹ Message CPP, 1288.

²² Arrêt du TF1B_440/2011 du 23 septembre 2011, c. 2.2, destiné à la publication

composé de traits narcissiques et obsessionnels auxquels s'ajoute un trouble de l'adaptation et des tendances dépressives. Quant au risque de passage à l'acte, l'experte expose que dans l'hypothèse d'un acte planifié, un traitement accompagné de consignes ou de mesures thérapeutiques ne pourrait, à court ou moyen terme, que légèrement faire baisser le risque de récurrence. Il n'y aurait donc qu'une mesure thérapeutique prolongée qui serait susceptible d'avoir un effet positif suffisamment conséquent pour établir un pronostic favorable²³.

[Rz 21] En accord avec l'autorité inférieure, le TF estime qu'au vu des circonstances (blessures infligées et port de gants), il est admissible de retenir que l'acte a été prémédité et précise que même une planification de courte durée suffit. Ajoutant à cela le fait que le prévenu connaît des antécédents de violence, le TF se trouve face à de multiples facteurs défavorables lui permettant de confirmer l'existence du danger de passage à l'acte.

[Rz 22] Quant à l'argument avancé par le recourant selon lequel l'art. 222 al. 2 CPP ne peut s'appliquer en raison d'une absence de menace de sa part, le TF est d'avis qu'il n'est pas fondé. En effet, ce dernier estime qu'une menace n'a pas besoin d'être proférée verbalement et qu'elle peut émaner des actes de la personne. En l'occurrence, le TF considère que la tentative d'homicide de X. sur sa femme constitue en soi une menace qui s'avère encore plus concrète que s'il était question de simples menaces verbales²⁴.

[Rz 23] En définitive, la Haute Cour retient l'application de l'art. 221 al. 2 CPP et estime qu'une mesure d'éloignement – comme désirée par le recourant – ne permettrait pas de réduire le risque de passage à l'acte de manière convaincante. En effet, la situation personnelle de X., ainsi que les circonstances du cas d'espèce montrent que le prévenu représente un danger pour son épouse, que le risque de passage à l'acte est relativement important et qu'il existe suffisamment de facteurs défavorables pour justifier la prolongation de la détention provisoire.

IV. La problématique des menaces concernant le risque de passage à l'acte

[Rz 24] Quelle intensité doit atteindre la menace de passage à l'acte pour que l'art. 221 al. 2 puisse s'appliquer ? Le TF a, à travers sa jurisprudence, esquissé les contours de cette notion par quelques décisions :

[Rz 25] Cas où la menace a été retenue :

- ATF 125 I 361 : le suspect a menacé téléphoniquement

ses beaux-parents et d'autres membres de la famille. Il vit alors seul et sa femme l'a quitté à la suite d'une violente dispute lors de laquelle le suspect l'aurait frappée et menacée avec un couteau. Il est en outre membre d'un groupe religieux dont la doctrine place la femme dans une position inférieure et interdit le divorce.

- TF 1P_188/2005 du 14 juillet 2005 : au cours de deux séances thérapeutiques, le suspect a proféré des menaces d'agression à l'encontre de sa thérapeute et d'un tiers qu'il estimait responsable de la mort de son père. De plus, le suspect s'est vu refuser sa demande d'asile par une décision définitive et son expulsion est imminente.

[Rz 26] Cas où la menace n'a pas été retenue :

- TF 1B_570/2011 du 2 novembre 2011 : le prévenu menace implicitement la victime potentielle lors d'une communication téléphonique en lui disant qu'il souhaite que sa famille se porte bien et qu'elle reste en bonne santé. Il demande alors à la victime potentielle de retirer la plainte pénale qu'elle a déposée à son encontre. Le prévenu ayant fait des promesses écrites devant l'instance inférieure de ne pas s'approcher de la victime ainsi que de sa famille et résidant dans une région éloignée de celle où la victime potentielle vit, le risque de passage à l'acte n'a pas été retenu.

[Rz 27] Cas où la question a été laissée ouverte :

- ATF 137 IV 122 : l'instance inférieure s'est basée sur une expertise forensico-psychiatrique et a estimé qu'il existait un risque de passage à l'acte élevé. Le prévenu risquait de commettre des menaces et une contrainte au sens des articles 180 et 181 CP à l'encontre de sa femme. Cependant, comme ces deux infractions ne sont « que » des délits, le TF rappelle que l'art. 221 al. 2 CPP ne peut se voir appliqué et ne se prononce pas sur l'éventuelle pertinence d'une détention provisoire.

V. Commentaire de l'arrêt

[Rz 28] L'apport principal de la décision du Tribunal fédéral du 23 septembre 2011 réside dans le fait qu'il faut désormais apporter une interprétation large au terme de « menace » contenu à l'alinéa 2 de l'art. 221 CPP. En effet, selon cet arrêt, il serait erroné de ne considérer que les menaces verbales, sans tenir compte des autres actes qui pourraient également s'apparenter à des menaces tout aussi concrètes. Dans la présente décision, la personne détenue était soupçonnée d'une tentative de meurtre ; acte qui a été interprété comme constituant une menace même en l'absence d'une quelconque verbalisation. Lors de la procédure de consultation amenant à la formulation actuelle de l'art. 221 al. 2, l'adjonction de la tentative avait d'ailleurs fait l'objet de débats.

²³ Arrêt du TF1B_440/2011 du 23 septembre 2011, c. 2.2, destiné à la publication

²⁴ Arrêt du TF1B_440/2011 du 23 septembre 2011, c. 2.4, destiné à la publication

En effet, certains participants estimaient alors que ces situations devaient expressément être incluses dans la disposition²⁵. À la suite de la décision qui nous retient ici, ce vide juridique est désormais comblé par voie jurisprudentielle.

[Rz 29] L'appréciation des juges de Mon-Repos semble, de prime abord, ne pas porter à critique, surtout lorsqu'il s'agit de manier une disposition aussi peu pratique que l'art. 221 CPP. En effet, cette disposition, plutôt problématique dans sa formulation, avait récemment contraint le TF à une interprétation *contra-legem* de son passage sur la récidive (221 al. 1 let. c CPP)²⁶. A cette occasion le TF a estimé que l'art. 221 al. 1 let. c CPP peut s'appliquer, avec une grande retenue, même en l'absence de crimes ou de délits graves préalables, si les crimes ou délits actuels sont graves et qu'ils représentent un danger sérieux et concret pour les victimes potentielles²⁷. Fondant son argumentation sur une interprétation systématique et téléologique de la disposition, le TF a par conséquent abouti à une solution que le bon sens force à admettre, mais qui s'écarte considérablement du texte légal. Comme il est fort probable que des états de fait similaires se présenteront à l'avenir, cette nouvelle approche des motifs de détention reposant sur un risque de récidive sera certainement à nouveau utilisée. À la suite de cette décision, la distinction entre les situations relevant de l'al. 1 let. c de l'art 221 CPP et celles de l'al. 2 tend à s'amenuiser et peut porter à confusion. En effet, à l'exception de l'existence de menaces dans le cas de l'al. 1 let. c et de l'exclusion des délits à l'al. 2, les situations qui ressortent de chacun des alinéas de cet article sont relativement similaires. Pourquoi dès lors interpréter de façon large les menaces de l'al. 2 afin d'y inclure des faits proches du cas d'espèce alors que ceux-ci pourraient se voir appliquer l'al. 1 let. c dans sa nouvelle interprétation ? A notre avis, le cas qui nous retient aurait pu être englobé par cette dernière car elle garantit une meilleure protection au justiciable (« prévenu » vs. « personne »). Cela aurait évité une interprétation large de la notion de menace de l'art. 221 al. 2 CPP et par conséquent un éventuel élargissement des conditions de la mise en détention avant jugement. Rappelons encore une fois que l'art. 212 CPP porte la liberté en principe et, par conséquent, la mise en détention provisoire ne doit être appliquée que dans les cas exceptionnels ; le TF se doit alors de respecter une certaine réserve quant à l'interprétation des conditions d'application. Quoi qu'il en soit, la Haute Cour a, dans les deux arrêts en question²⁸, ouvert des possibilités qui devront être confirmées à l'avenir.

[Rz 30] Faut-il en outre penser, comme le suggère une partie de la doctrine, que le risque de passage à l'acte comme motif

de détention provisoire ne devrait même pas figurer dans le Code ? Certains auteurs estiment que l'al. 2 de l'art. 221 CPP est inutile car contraire à la systématique de la loi et à la Constitution²⁹. Contraire à la systématique de la loi, car la détention pour risque de passage à l'acte, qui ne repose pas sur un « fort soupçon », contrairement aux autres motifs de l'art. 221 CPP, n'est qu'une mesure préventive de police³⁰. Ce faisant, elle n'appartient pas à la procédure pénale, mais au droit policier. Contraire à la Constitution, car si ce motif de détention est considéré comme une mesure de police, il relève alors de la compétence des cantons. L'art. 221 al. 2 CPP ne serait alors pas compatible avec la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.

[Rz 31] Dans le cas de la mise en détention reposant sur un risque de passage à l'acte, la préoccupation majeure est d'éviter la privation de liberté à des personnes sur lesquelles pèsent des suppositions qui pourraient s'avérer non confirmées *a posteriori*. Afin de dresser des obstacles face à ce scénario, la loi et la jurisprudence fixent des exigences élevées quant à l'acceptation de cette détention (la crainte sérieuse, une menace d'une certaine intensité de la commission d'un crime grave). Le fait d'ouvrir la porte aux menaces non verbalisées comme le fait le TF dans la décision qui nous retient met-il au final en péril la protection des justiciables ? Il est raisonnable d'admettre en l'espèce que non, tout en relevant qu'aucun aspect du cas ne pesait en faveur du recourant. Les futures applications de l'art. 221 al. 2 CPP ne seront pas forcément toujours aussi claires (comme pour un crime moins grave ou une personne dans une situation psychiatrique moins problématique) et une réelle prudence devra être de mise afin d'éviter toute détention abusive. Il nous semble également judicieux de souligner le rôle de plus en plus important que prennent les expertises psycho-forensiques dans la justification de ce type de détention. En effet, comme dans la présente décision, le TF, en exigeant la présence d'un « pronostic défavorable » se basant, dans les cas de crimes violents, sur une estimation globale de l'état psychique de la personne, le recours à des experts en psychologie légale est inévitable. Cependant cette progressive psychiatrie de la justice ne risque-t-elle pas de détourner celle-ci de son objectif primaire qui reste de sanctionner des actes ? La justice pénale doit-elle s'intéresser avant tout à ce que les personnes sont ? Comme le relevait *Foucault*, « en mettant de plus en plus en avant non seulement le criminel comme sujet de l'acte, mais aussi l'individu dangereux comme virtualité d'actes, est-ce que l'on ne donne pas à la société des droits

²⁵ DFJP, Procédure de consultation, p. 55. Disponible sur : http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/832/Ergebnisse_f.pdf (consulté le 23 décembre 2011).

²⁶ ATF 137 IV 13.

²⁷ ATF 137 IV 13, consid. 4.5

²⁸ La présente décision et l'ATF 137 IV 13

²⁹ PIETH MARK, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, Bâle 2009, p. 115 (et réf.) ; HUG MARKUS in DONATSCH, ANDREAS/ HANSJAKOB THOMA/ LIEBER VIKTOR. (Éd.), *Kommentar Zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zürich 2010, art. 221, p. 1093 n° 41 ; SCHMID NIKLAUS, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, Zürich/ St-Gall 2009, p. 144 n° 1024.

³⁰ Le Message parle de « mesure de contrainte conservatoire prise par la police ».

sur l'individu à partir de ce qu'il est ? »³¹ et de retenir plus loin que « peut-être pressent-on ce qu'il y aurait de redoutable à autoriser le droit à intervenir sur les individus en raison de ce qu'ils sont : une terrible société pourrait sortir de là »³².

Tous deux titulaires d'un master en Criminologie et Sécurité, Julian Reymond Benjamin Amsler poursuivent actuellement une thèse de doctorat à l'Institut de Criminologie et de droit pénal de l'Université de Lausanne

* * *

³¹ FOUCAULT MICHEL, L'évolution de la notion d' « individu dangereux » dans la psychiatrie légale, *Déviance et société*, Genève, 1981, vol. 5, n°4, p. 421.

³² FOUCAULT MICHEL, L'évolution de la notion d' « individu dangereux » dans la psychiatrie légale, *Déviance et société*, Genève, 1981, vol. 5, n°4, p. 422.