



RECOMMANDE

Office fédéral de la justice (OFJ)
Section droit pénal (DPMIn)
Bundesrain 20
3003 Berne

Sion, le 28 septembre 2020

Modification du droit pénal des mineurs intitulée « Train de mesures. Exécution des sanctions ».

Madame, Monsieur,

Dans le délai échéant le 30 septembre 2020 pour déposer des observations relatives au projet de modification mentionné en titre, nous avons l'honneur de vous faire parvenir les déterminations suivantes.

À titre liminaire, les auteurs de ce courrier partagent expressément le souci d'assurer un certain niveau de sécurité publique. Notre intention n'est pas de critiquer, par principe, toute réforme du droit pénal des mineurs (ci-après DPMIn) parce qu'elle déplacerait le curseur vers un droit spécialisé plus répressif. L'intensification de la répression, si elle était nécessaire, devrait cependant s'opérer en conformité avec les valeurs de notre société, particulièrement avec le respect de l'État de droit. De plus, elle devrait répondre à des standards sur le plan méthodologique et conceptuel, sauf à perdre en légitimité et robustesse. C'est dans cet esprit que les commentaires suivants sont effectués au fil des assertions essentielles du Rapport explicatif (ci-après, Rapport) de l'avant-projet (AP-DPMIn).

- *La réforme repose sur la présomption qu'il existe une « lacune » en matière de sécurité (Rapport, not. p. 49 et 61)*

Il est vraisemblablement trompeur de partir d'un constat qui présenterait la situation comme souffrant d'une lacune. L'avant-projet ne tend pas à combler un manque dans le dispositif pénal. Il s'agit bien plutôt de faire ce qui a toujours été délibérément exclu, à savoir rendre possible le prononcé de mesures purement sécuritaires relevant du droit des adultes à l'égard de mineurs condamnés. Aussi, faut-il d'emblée insister sur le caractère exceptionnel de l'avant-projet qui équivaut à un changement de paradigme conduisant à une extension du filet pénal.

- *La lacune de sécurité découlerait de l'absence de réponse pénale purement sécuritaire à des jeunes vus comme dangereux au terme de la sanction prononcée par le juge des mineurs parce qu'ils persisteraient à constituer, après leur majorité, une grave menace pour des tiers sans pour autant présenter d'état de faiblesse psychique justifiant une mesure civile (Rapport, not. p. 49, 53 et 56)*

L'avant-projet repose sur le concept de dangerosité. Historiquement, c'est un concept relativement nouveau en droit pénal, notamment en droit pénal des mineurs. La culpabilité a longtemps été à la fois le seul fondement et la seule limite de la répression. Généralement définie comme le risque de

passage à l'acte, la dangerosité s'oppose à la culpabilité dans son orientation temporelle. Là où la première correspond à une probabilité de commission d'une infraction dans le futur, la seconde est une réponse à un acte passé. Il en découle nécessairement que la dangerosité est fondamentalement hypothétique. Une telle incertitude en tant que fondement de la répression paraît critiquable dès lors qu'elle conduit à une restriction à un droit fondamental, restriction qui, elle, est absolument certaine.

A cet égard, il convient de rappeler qu'en France, dans une note du 4 janvier 2008 sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté à M. le Premier ministre, à Mme la garde des Sceaux, à Mme la ministre de la santé et à MM. les présidents des assemblées, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) s'inquiétait de « l'introduction au cœur de la procédure pénale du concept de dangerosité, notion émotionnelle dénuée de fondement scientifique », rappelant que « le système judiciaire français se base sur un fait prouvé et non pas sur la prédiction aléatoire d'un comportement futur ».

Conceptuellement, le but du droit pénal des mineurs est de protéger et d'éduquer; cela se traduit juridiquement par l'art. 2 al. 1 DPMin et l'4 al. 1 PPMIn. Or le but du système proposé est prioritairement la sécurité publique. La conséquence est une tension objective et non souhaitable entre la poursuite de ce but sécuritaire et les objectifs du DPMIn renforçant ainsi le caractère exceptionnel de l'avant-projet souligné précédemment.

- *Certains délinquants « profitent » parfois de la lacune (Rapport, p. 50).*

La modification proposée est en partie soutenue par une perception du jeune délinquant comme ennemi de la société. Plusieurs arguments alimentent une forme de « diabolisation » de la criminalité juvénile, ainsi l'affirmation gratuite que des condamnés tireraient volontairement avantage de la législation actuelle. C'est également en ce sens que la réserve de dangerosité est articulée de sorte que la commission « intentionnelle » par le jeune d'une infraction après son énoncé n'aura pas pour conséquence de l'éliminer (Rapport, p. 71). En effet, si, pendant l'exécution d'un jugement accompagné d'une réserve au sens de l'art. 15 al. 2^{bis} AP-DPMIn, un jugement est rendu pour une nouvelle infraction en vertu de la présente loi, il est prévu que la réserve vaut aussi jusqu'au terme de l'exécution du nouveau jugement. Autrement dit, l'avant-projet semble justifier une réponse voulue sévère face à une délinquance supposée perfide.

Cette perception fait écho aux observations du Comité des droits de l'enfant qui souligne que « les enfants qui commettent des infractions ont souvent mauvaise presse, ce qui alimente les stéréotypes négatifs et discriminatoires à leur endroit. La perception négative dont ils sont l'objet ou le fait qu'ils soient traités comme des délinquants s'expliquent souvent par une présentation trompeuse ou une mauvaise compréhension des causes de la délinquance et débouchent régulièrement sur des appels en faveur d'une approche plus dure (tolérance zéro, règle dite « des trois infractions », peines obligatoires, jugement devant un tribunal pour adultes et autres mesures essentiellement répressives) » (Observation générale no 24 (2019) sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour enfants, N 111).

- *Selon la consultation des experts, il n'y a actuellement qu'un très petit nombre de délinquants mineurs (5 à 7) qui attendent d'être libérés de l'exécution d'une mesure ou d'une peine de droit pénal des mineurs et à l'encontre desquels il est nécessaire de prendre une mesure de sécurité ultérieure (Rapport, p. 55, 78)*

L'impression d'une exagération dans la description de la délinquance juvénile ressort du fait que l'avant-projet vise en réalité un nombre extrêmement limité de personnes, raison pour laquelle la pertinence de la réforme en est forcément affaiblie, voire même remise en question.

Si tant est qu'il existe des individus correspondant à la description donnée, se pose la question de l'adéquation de la réponse proposée. À cet égard, le Rapport ne contient aucune analyse de cas réels susceptibles d'entrer dans le champ d'application des mesures envisagées. On ignore même si les situations prétendument identifiées permettraient le prononcé de telles mesures, si bien que la pertinence de la réforme est douteuse.

Le Rapport insiste sur le fait que la réserve, respectivement le prononcé effectif de mesures au terme de l'exécution de la sanction, ne devienne pas la règle (p. 40). La recherche enseigne toutefois qu'il y a sérieusement lieu de craindre que la réserve de dangerosité et sa mise en œuvre seront plus fréquentes qu'escomptées. Dans une perspective sécuritaire, le premier juge se gardera bien de rendre impossible le prononcé ultérieur d'une mesure à raison d'une omission de la réserve dans son jugement. Par précaution, nombre de tribunaux ordonneront par la suite des mesures (art. 59, 60, 61 ou 64 CP) dans des cas limites en se fondant sur la réserve. Il existe donc un risque important de *net widening* avec tous les désavantages que ce phénomène comporte, notamment l'accroissement du nombre d'adultes exécutant des mesures du droit des adultes.

- *Il n'est pas rare que des mineurs soient condamnés pour des infractions très graves, mais cela ne signifie pas qu'ils doivent dans tous les cas être considérés comme dangereux* (Rapport, p. 55)

L'avant-projet repose sur l'idée que la commission d'une infraction grave implique une dangerosité accrue. Or, comme le Rapport le relève, il n'y a pas de corrélation directe. Il faut tenir compte de toute une série de variables. Le système reposant sur la réserve de dangerosité repose donc en grande partie sur un potentiel biais cognitif.

Selon le Rapport (p. 55), le risque de récidive des mineurs condamnés pour des infractions contre la vie et l'intégrité corporelle est deux fois plus grand que celui des mineurs condamnés pour d'autres infractions. Cette affirmation ressort en effet d'une étude de l'Office fédéral de la statistique sur la re-condamnation de mineurs à l'âge adulte de 1999 à 2015 : facteurs de risque (not. p. 15). Toutefois, la mention de cette étude paraît aussi insuffisante que partielle. Nombre de facteurs de risque y sont identifiés, sans qu'ils ne soient du tout discutés, comme la célérité de la procédure. À cela s'ajoute que le sexe y est décrit comme la variable la plus prédictible. Il ne viendrait cependant pas à l'idée du législateur d'appliquer une réserve de dangerosité automatique aux garçons. Dans ces conditions, et vu le peu de personnes susceptibles d'être visées par la mise en œuvre de la réserve, les statistiques ne semblent pas être une justification sérieuse pour asseoir le système proposé.

- *La mesure de la dangerosité correspond à une probabilité qui n'a de valeur que pour une période déterminée* (Rapport explicatif, p. 64)

La question de la fiabilité de l'évaluation est au cœur du débat lorsqu'il s'agit de rendre une décision sur la base de la dangerosité. Le Rapport rappelle que le risque de passage à l'acte est une probabilité. Il ne s'agit pas de mesurer un événement passé (et avéré) mais d'anticiper un événement futur (donc incertain). Cette évaluation perd en outre de sa valeur à mesure que le temps passe. De manière générale, plus la dangerosité est évaluée à long terme, moins le pronostic est fiable. Cette évidence pose donc problème dès lors que la durée de la réserve dépend de la mesure de la durée de la sanction qui peut s'étendre sur des années.

La difficulté est manifestement accrue en présence de mineur. Comme le souligne le Rapport (p. 70), plus l'auteur est jeune, plus il est difficile de faire un pronostic. C'est pour cette raison que les experts en psychologie et en psychiatrie légale ont signalé qu'il était pratiquement impossible

d'émettre un pronostic relatif à la dangerosité d'un mineurs, le développement du cerveau s'achevant généralement à 23 ou 24 ans pour les hommes et à 21 ans pour les femmes (Rapport, not. p. 56, 60, 65, 70). C'est du reste pour la même raison que la plupart des experts consultés rejettent l'idée d'un internement avant 25 ans (Rapport, p. 56). C'est encore pour la même raison que le Comité des droits de l'enfant observe que, selon les connaissances actuelles dans le domaine du développement de l'enfant et des neurosciences, la maturité et la capacité d'abstraction des enfants âgés de 12 à 13 ans sont encore en pleine évolution, le cortex frontal n'ayant pas fini de se développer, raison pour laquelle présumer d'une responsabilité pénale déjà à cet âge paraît prématuré (Observation générale no 24 (2019) sur les droits de l'enfant dans le système de justice pour enfants, N 22). Dans ce contexte, il faut rappeler ici que le système proposé rend possible la réserve de dangerosité en présence d'un mineur de 10 ans puisque le placement en milieu fermé peut être ordonné dès cet âge (art. 3 al. 1 et 15 DPMIn). Aussi, il apparaît que l'appréciation du premier juge ne présente en règle générale pas une fiabilité solide.

- *Le report du prononcé de la mesure garantit la qualité du pronostic* (Rapport, p. 82)

Pour contourner les difficultés d'évaluation, le pronostic devrait être confirmé au terme de la sanction prononcée. Dès lors que la première évaluation n'a pas d'assise suffisante, il paraît inapproprié de parler de garantie de fiabilité. En réalité, la faculté est légalement offerte aux autorités pénales d'ordonner une mesure sécuritaire sur la base d'une appréciation faite pour la première fois au terme de l'exécution de la sanction en lui donnant l'apparence d'entretenir un lien de causalité avec celle contenue dans le premier jugement.

- *La doctrine et des professionnels soutiennent l'extension du champ d'application du placement à des fins d'assistance* (Rapport, p. 56, 59)

En admettant qu'il faille modifier la loi, la moins mauvaise solution pourrait être d'étendre le champ d'application du placement à des fins d'assistance. Cette solution présenterait l'avantage de ne pas instrumentaliser une condamnation pénale pour justifier des mesures purement sécuritaires. Cela étant, il ne faut pas oublier que le placement à des fins d'assistance a été instauré en 1981 pour remplacer les internements administratifs, sans que l'on puisse véritablement parler de césure. Aussi, est-il à craindre que, si la dangerosité pour des tiers devait être trop largement admise comme préalable à des mesures civiles, une forte augmentation des personnes sous surveillance soit observée avec toutes les difficultés que cela comporte sous l'angle non seulement des garanties procédurales à respecter mais également des coûts d'une telle politique. À cela s'ajoute le fort risque de stigmatisation de personnes, voire de groupe de personnes. C'est pour cette raison que l'extension du champ d'application du placement à des fins d'assistance irait plus loin que les demandes formulées à la base de la réforme proposée (Rapport, p. 57) sans que cela soit nécessaire.

Résolument décidés à favoriser un débat contradictoire, nous n'excluons pas que la réponse appropriée aux demandes de révision du droit pénal des mineurs soit de faire confiance au statu quo.

- *La réserve d'une mesure sécuritaire au terme de la sanction pourrait atteindre la motivation des jeunes à œuvrer à leur progrès et à leur guérison* (Rapport, p. 59)

L'inscription d'une réserve de dangerosité comprend un risque de stigmatisation des jeunes. Alors qu'ils sont en plein développement, des mineurs se retrouveraient étiquetés comme « dangereux » (soit des criminels en puissance), alors que la notion est particulièrement délicate à manier. Cet étiquetage pourrait avoir des effets défavorables sur leur développement. On pense notamment à l'effet Golem bien connu des sciences comportementales selon lequel l'individu s'identifie à une perception négative émise à son égard de sorte qu'il oriente son comportement futur de façon à s'y conformer. La réserve pourrait donc s'avérer contre-productive sous l'angle de la prévention de la récidive par le biais.

Il n'y a pas que la motivation du jeune qui est susceptible d'être atteinte. Comme le relève le Rapport, la réserve d'une mesure sécuritaire ôterait la pression sur les autorités d'exécution dans leurs efforts de resocialisation du jeune délinquant pendant un laps de temps déterminé (p. 59). L'absence de mesure sécuritaire au terme de la sanction apparaît comme un élément renforçant l'obligation positive de l'État d'offrir aux jeunes condamnés une prise en charge concrète et effective.

- *Le prononcé subséquent d'une mesure sécuritaire correspond à un changement de sanction tel que prévu en droit pénal des adultes aux art. 62c et 65 al. 1 CP (Rapport, p. 63)*

Cette affirmation semble inexacte. En effet, l'art. 62c CP permet le prononcé d'un internement là où la mesure thérapeutique institutionnelle doit être levée. Dans l'avant-projet, il est en revanche question d'ordonner une mesure qui ne l'a pas été. Quant à l'art. 65 CP, il correspond à une correction du premier jugement à raison d'éléments nouveaux. En matière de prononcé subséquent d'un internement (art. 65 al. 2 CP), la procédure à suivre est en outre celle de la révision. Dans l'avant-projet, il ne s'agit pas de corriger le premier jugement. En effet, le premier juge ne pouvait pas ordonner une mesure relevant du droit des adultes. Aussi, la mise en œuvre de la réserve de dangerosité n'équivaut pas à une exception - admise en droit pénal des adultes à des conditions très strictes - à l'autorité de la chose jugée.

- *Le système de réserve de dangerosité est compatible avec le principe de l'interdiction de la double poursuite (ne bis in idem) (Rapport, p. 56)*

Comme indiqué plus haut, le système proposé ne correspond pas à une révision. De plus, comme le retient le Rapport, le principe prohibant la double poursuite s'applique en plein au domaine concerné. Aussi, il y a lieu de considérer que le système est contraire à la sécurité du droit puisqu'il autorise d'imposer une deuxième sanction au terme de la clôture de la procédure ayant valu une première sanction, ce qui est clair en matière de prononcé ultérieur d'un internement qui est une sanction supplémentaire (Rapport, p. 66).

- *La mise en œuvre de la réserve de dangerosité supposera la consultation de la commission de dangerosité comme le prévoit l'art. 19 al. 1^{bis} CP AP-DPMin (Rapport, p. 71)*

Le système proposé implique l'apparition des commissions de dangerosité dans le traitement de la délinquance juvénile. Cette nouveauté renforce le caractère exceptionnel des conséquences juridiques possibles de l'avant-projet. Dès lors que l'évaluation de la dangerosité paraît problématique, il y a lieu de prendre avec précaution le préavis de ces commissions. Ceci d'autant plus que leur composition et leur mode de fonctionnement varient beaucoup d'un canton à l'autre, nuisant à l'apparence d'une réelle méthodologie objective qui conférerait une crédibilité à l'appréciation. Aussi, leur implication n'est pas un facteur contrebalançant les craintes éprouvées à la lecture de la modification proposée.

- *La saisine de l'autorité de jugement en vue de mettre en œuvre la réserve de dangerosité se fera ensuite de l'administration de preuve par l'autorité d'exécution, notamment la mise en œuvre d'une expertise psychiatrique, comme le prévoit les art. 19c al. 2 et 27c^{bis} al. 2 AP-DPMin (Rapport, p. 74 et 76)*

La compétence d'ordonner des mesures du droit des adultes relève du tribunal des adultes. Or il est prévu que l'administration des preuves soit opérée en amont de sa saisine puisqu'il incombe à l'autorité d'exécution d'instruire pour fonder sa requête. Il semble ici inapproprié que la récolte des moyens de preuve ne soit pas opérée directement par l'autorité appelée à statuer. Cette articulation

pose en outre la question de la procédure suivie par l'autorité d'exécution. L'application par analogie du CPP et ses garanties n'est pas assurée. Il n'est donc pas acquis que le condamné soit par exemple assisté avant la saisine du tribunal, ce qui fragilise grandement le respect de son droit d'être entendu à l'occasion du processus expertal mené en amont dont le résultat est pourtant déterminant.

- *La mise en œuvre de la réserve de dangerosité correspond à un prononcé sous condition suspensive, le juge ordonnant définitivement la mesure dans le second jugement (Rapport, not p. 81 et 82)*

Dite de manière triviale, la réserve de dangerosité est un ovni juridique. A notre connaissance, il n'existe pas d'institution équivalente en droit pénal, et surtout pas en droit pénal des mineurs. Il existe bien des réserves dans d'autres domaines du droit, notamment en droit des obligations. L'art. 46 al. 2 CO prévoit la possibilité de réserver une réévaluation du dommage en cas de lésions corporelles pendant une durée de deux ans après le jugement. Cette limite de temps tranche avec la réserve de dangerosité qui ne connaît pas de telle limite arrêtée, ce qui accroît l'atteinte à la sécurité du droit.

La nature juridique de la réserve de dangerosité et de sa mise en œuvre n'est pas claire. Tantôt la réserve semble être une voie ouverte à une révision du premier jugement la contenant, tantôt elle est présentée comme le prononcé d'une mesure sous condition suspensive dont les modalités doivent être arrêtées dans le second jugement. En tous les cas, ce flou pose toute une série de questions dont le nombre incite à douter de sa valeur en droit.

- *Il est légitime de s'interroger sur l'applicabilité de la Convention sur les droits de l'enfant (CDE) lors de l'examen de la réforme dès lors que la mesure sécuritaire sera nécessairement prononcée alors que le jeune sera devenu majeur (Rapport, p. 84)*

Il est indubitable que le système interdit la mise en œuvre de la réserve avant la majorité. A cet égard, la prétendue lacune à éliminer persiste d'une certaine façon puisqu'avant la majorité, aucune mesure sécuritaire ne peut être prononcée à l'égard d'un mineur parvenant au terme de la sanction et à qui est imputé une dangerosité sans dimension psychique, à moins qu'il ne récidive. Cela étant, le prononcé de la réserve et ses conséquences possibles interviennent au moment où le condamné est mineur. Il en découle que le système doit bien être examiné à la lumière de la CDE.

- *Le système de réserve de dangerosité est compatible avec la CDE (Rapport, p. 83)*

Cette affirmation apparaît comme peu fondée. La CDE a synthétisé, à l'art. 40 § 1, l'esprit du droit de l'enfant à jouir d'une justice séparée de celle des adultes, spécialisée et visant des objectifs différents de celle des adultes, dite ordinaire. Elle exige notamment le droit de l'enfant en conflit avec la loi (ou mineur qui a commis un délit) de bénéficier d'« [...] un traitement qui soit de nature à favoriser son sens de la dignité ». On peut se poser légitimement la question de savoir si la réserve de dangerosité remplit cette exigence et si le fait de taxer, au moment du jugement, un adolescent de personne dangereuse n'est pas un étiquetage inutilement stigmatisant et contraire au respect de sa dignité.

De plus, l'art. 40 § 1 CDE demande aux États parties à la CDE de « faciliter sa réintégration dans la société » ; on ne voit pas comment ici on pourrait remplir cette exigence, puisque dès la condamnation, le juge émet un avis négatif sur une quelconque possibilité de réinsertion et mine, de fait, chez l'intéressé toute velléité de réintégration.

Il n'y a donc pas seulement une violation du principe *ne bis in idem*, dans cette proposition de modification, mais assurément une double peine, puisque l'enfant est non seulement privé de liberté

au moment du jugement, mais surtout privé de toute perspective future, au nom d'une inquantifiable dangerosité.

* * *

Au vu de ce qui précède, nous préavisons défavorablement l'adoption de la modification du droit pénal des mineurs intitulée « Train de mesures. Exécution des sanctions », non seulement telle qu'elle est proposée, mais également parce qu'elle ne nous paraît ni opportune, ni nécessaire et qu'elle se révèle inutilement stigmatisante.

Veuillez croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre considération distinguée.

Dr. Iur. Loïc Parein
Avocat & Chargé d'enseignement



Prof. Philip D. Jaffé
Membre du Comité des droits de l'enfant



Dr. hc. Jean Zermatten
Anc. Président du Comité des droits de l'enfant



PS : Pour toute correspondance, prière de prendre contact avec le Dr. Iur. Loïc Parein,
Loic.Parein@unige.ch