

Champ pénal/Penal field

Vol. XIV | 2017 :
Varia
Varia

Prévenir le risque de récidive par l'obligation de soins : les apories de l'article 59 du code pénal suisse

CRISTINA FERREIRA ET LUDOVIC MAUGUÉ

Résumés

Français English

Introduit en 2007 à l'occasion de la révision du code pénal suisse (CPS), l'article 59 a pour finalité de réduire les risques de récidive par le traitement psychiatrique de l'auteur d'un délit ou d'un crime. Cette sanction fait le pari d'un amendement du condamné en vue de sa réhabilitation. Or, la possibilité de reconduire les mesures pour une durée indéterminée et le défaut de structures de soins adéquates contrarient l'ambition initiale. Si ces aspects sont critiqués, l'article 59 ouvre un vaste chantier de réformes : le développement de l'expertise forensique et la création de territoires hybrides durablement occupés par une population de « patients-détenus ».

Introduced in 2007 during the revision of the Swiss Criminal Code, article 59 aims to reduce re-offending risks by delivering a psychiatric treatment order to the perpetrator of a criminal offense. This penalty bets on the offender's amendment with a view to their rehabilitation. However, the possibility of extending the measures for an indefinite duration, and the lack of appropriate care facilities, thwart the initial ambition. Whereas these aspects are criticised, article 59 opens a vast reform process: the development of specialist forensic psychiatry and the creation of hybrid territories durably occupied by a population of "patient inmates".

Entrées d'index

Mots-clés : mesures thérapeutiques institutionnelles, traitement psychiatrique, risques de récidive, expertise forensique, code pénal suisse

Keywords : psychiatric treatment order to offenders with mental disorders, re-offending risks, specialist forensic psychiatry, Swiss Criminal Code

Texte intégral

Introduction

- 1 A partir de ce qui s'est imposé comme une évidence dans le champ pénal – la nécessité de prévenir le risque de récurrence –, ont été agencés de nouveaux dispositifs pour gouverner des populations associées à ce risque. En Suisse, où le droit pénal distingue deux types de sanctions – les peines et les mesures¹ –, c'est à l'occasion de la révision du code pénal de 2007 qu'ont été introduites des *mesures thérapeutiques institutionnelles* en cas de grave trouble mental. Ces mesures sont ordonnées lorsque l'auteur a commis un crime ou un délit en lien avec sa pathologie et lorsqu'il est « à prévoir que la mesure le détournera de nouvelles infractions en relation avec ce trouble » (art. 59 CPS)². A la fin de 2014, 904 personnes étaient concernées par ce régime : 65 étaient en liberté, 224 placées dans une clinique psychiatrique et 615 dans une autre institution d'exécution judiciaire, dont 216 dans un établissement fermé. Entre 2007 et 2013, 118 personnes ont été libérées, dont 27 ont récidivé et ont été à nouveau condamnées³.
- 2 Emblématique d'un tournant modernisateur, l'article 59 du code pénal apporte des modifications substantielles à l'article 43 de l'ancien code relatif aux « délinquants anormaux ». Ainsi, au lieu d'une mesure d'*internement* – qui avait pour inconvénient de décréter d'emblée l'incurabilité des délinquants dangereux – l'article 59 consiste en une ordonnance par le juge d'un *traitement institutionnel* qui préjuge, au contraire, des possibilités thérapeutiques pour réduire le risque de récurrence. Tandis que dans l'ancien droit le traitement médical prévu consistait en « une simple administration statique et conservatoire des soins », désormais la mesure doit avant tout viser un « impact thérapeutique dynamique » permettant l'amélioration du pronostic légal⁴. Dans le même mouvement législatif, une nouvelle ligne de démarcation a été tracée entre, d'un côté, ceux qui relèvent encore et toujours de la dangerosité pratiquement incorrigible et sur lesquels continue de s'appliquer une politique de neutralisation et, de l'autre côté, ceux dont on espère un retour à la société au moyen d'un traitement médico-judiciaire⁵. Alors que « l'internement » relève d'une politique sévère et avant tout sécuritaire, « la mesure thérapeutique » s'inscrit dans une visée qui se veut davantage orientée vers la resocialisation et qui n'implique pas nécessairement l'enfermement⁶.
- 3 Cette modernisation mise en avant par le législateur semble à première vue renouer avec un idéal de réhabilitation, tout du moins auprès de certaines catégories de la population pénale. En vérité, comme cet article se propose de l'examiner, les conditions d'exécution de ces mesures thérapeutiques consolident ce qui s'apparente à une politique de *mise en attente*. Car, à la différence de la peine, dont la durée est généralement fixée d'avance et connue du condamné, la mesure thérapeutique institutionnelle est une sanction qui a pour singularité d'installer le condamné dans l'incertitude totale quant à son avenir. La libération étant conditionnée par le succès thérapeutique, il va sans dire que sur l'individu pèse une responsabilité anxiogène⁷.
- 4 Cette contribution vise à appréhender l'article 59 du code pénal sous l'angle de « l'instrumentation de l'action publique », entendue comme « l'ensemble des problèmes posés par le choix et l'usage des outils [] qui permettent de matérialiser et d'opérationnaliser l'action gouvernementale » (Lascoumes, Le Galès, 2005, 12)⁸. La question est alors moins de savoir si une politique atteint réellement ses buts officiels que de comprendre les dynamiques sociales qui sous-tendent l'élaboration et l'usage des catégories d'intervention publique. Car, après tout, ce sont ces processus qui révèlent *in fine* une certaine façon de concevoir les rapports entre ceux qui gouvernent et ceux qui sont gouvernés. A partir d'un dépouillement

non exhaustif de sources écrites (textes de loi, messages du gouvernement, statistiques et rapports publics, littérature professionnelle, décisions judiciaires), il s'agira de discerner la façon dont le dispositif est problématisé. Nous verrons que si les inquiétudes sont indéniablement présentes et que les critiques dénoncent une politique jugée inconséquente, il n'en demeure pas moins que l'injonction pénale de soins permet de développer un vaste chantier de réformes.

5 Trois parties composent cet article. Dans la première, nous interrogeons ce qui se présente comme une nouveauté historique imputée à l'idéologie néo-libérale. La définition du sujet punissable comme un individu virtuellement dangereux, et autour duquel tout l'enjeu est de réduire durablement les risques, ne date pas d'aujourd'hui. Reprenant une conférence donnée par Michel Foucault à Toronto en 1977, nous verrons que cette rationalisation pénale en termes de risques virtuels était déjà théorisée au début du XIX^e siècle. Or, la philosophie préventive qui la sous-tend est reprise pratiquement dans les mêmes termes par le gouvernement suisse à l'époque contemporaine. Ce qui nous conduira à décrire à grands traits les inflexions subies par le nouveau droit des sanctions pénales dès le début de sa mise en application. Les orientations progressistes privilégiées par les réformateurs du code ont été contrariées par l'imposition d'une rhétorique sécuritaire dans le champ politique (Queloz, 2013). Nous ne saurions comprendre les apories de l'article 59 sans tenir compte du climat institué par le populisme pénal. Une tension majeure structure de fait cette disposition légale dont la mise en œuvre oscille entre les velléités socialisatrices et les exigences de contention.

6 Pour preuve, et nous y revenons dans la deuxième partie, la problématisation du dispositif se manifeste dans deux critiques majeures. La première pointe l'incompatibilité foncière entre les finalités « thérapeutiques » et la durée indéterminée. Car, selon la loi, les mesures peuvent être reconduites aussi souvent et longtemps que leur maintien permet de « détourner l'auteur de nouveaux crimes et de nouveaux délits en relation avec son trouble mental » (art. 59, al. 4 CPS)⁹. Concrètement, tant que les instances décisionnelles estiment qu'un risque même minime subsiste, la mesure peut être prolongée au motif que « la guérison d'un malade mental ne peut être subordonnée à un délai précis »¹⁰. La mesure institue ainsi un état d'insécurité juridique, sociale et psychologique pour le moins défavorable. La seconde critique du dispositif vise la carence de places dans les structures spécialisées, constat unanimement reconnu et source de nombreuses impasses. Cet état de fait entraîne comme conséquence hautement problématique le placement de certains condamnés en milieu pénitentiaire. C'est dire le cercle vicieux dans lequel se trouvent ces condamnés aux mesures. Tout semble suggérer que, sans bénéficier de suivis psychothérapeutiques réguliers, ils risquent de voir leur santé psychique se dégrader et se voir imputer la responsabilité d'actes ramenés à leur « impulsivité incontrôlable ». Le prolongement de la mesure peut dès lors se justifier sans trop d'atermoiements.

7 Dans ces conditions, la mise en application de cette disposition pénale pose des difficultés redoutables pour les intervenants. Ce sont ces effets tangibles, produits par une politique paradoxale, que nous abordons dans la troisième partie en nous référant notamment à la littérature professionnelle. Car, pour l'heure et en la matière, l'état des savoirs empiriques reste pratiquement vierge. Les observations issues de l'une des rares études réalisées dans ce domaine serviront opportunément notre propos (Young, 2016) ; elles mettent en évidence, au sein d'une unité spécialisée en milieu carcéral, les collusions entre les missions hétérogènes des soignants et des agents de détention. Ces aspérités, vécues à l'échelle locale, sont le produit d'une tension structurelle que des analyses entreprises dans d'autres contextes tendent à souligner (Lancelevée, 2016). Un clivage tenace divise les opinions sur les lieux qui conviennent pour soigner les patients dits « judiciaires »¹¹. Hôpital ou prison : l'alternative est remise encore une fois sur la table des

discussions au moment où chacune de ces instances cherche à asseoir son mandat social et politique sur de nouvelles bases de légitimation. La « guérison » et la « dissuasion » étant pour chacune d'entre elles des aspirations surannées, elles se retournent vers ce qui s'apparente à une « formation continue » acquise auprès d'individus en crise et en déviation¹². La création d'établissements spécialisés, ou encore le développement de l'expertise forensique, fait partie de cet élan réformateur auquel la révision de la loi a donné une impulsion certaine. Néanmoins, au plus près des terrains d'intervention, c'est une économie tronquée des alliances thérapeutiques que les injonctions pénales produisent au final (Saetta, 2016 ; Chantraine, 2007). En conclusion, les apories de l'article 59 du code pénal sont discutées à la lumière de ce que certains décrivent sous l'angle d'un « État pénal actif » (Kaminski, 2006). Dans ce modèle, il s'agit encore et toujours de sanctionner les dérèglements, mais à cette différence près qu'il faut impliquer davantage les sujets dans un travail thérapeutique qui risque de se prolonger indéfiniment tant les ambitions sont élevées et tant les possibilités réelles pour pouvoir les satisfaire sont étroites.

Etablissements d'exécution des peines et des mesures en Suisse

Conformément aux prescriptions du Code pénal de 1937 (art. 382) qui les incitaient à « créer en commun » des établissements réservés à l'exécution des peines et mesures, les cantons suisses se sont progressivement assemblés selon une organisation dite « concordataire ». Au cours des années 1960 et 1970, la Confédération s'est dès lors scindée en trois concordats, d'après une logique géographique et linguistique : Concordat de la Suisse du Nord-ouest et de la Suisse centrale (CHNO-C), Concordat de la Suisse orientale (CHO) et Concordat latin.

Le code pénal suisse prescrit aux cantons de mettre à disposition deux types d'établissements pénitentiaires : les établissements fermés et les établissements ouverts (art. 76 CPS). Un établissement ouvert peut contenir une section fermée et un établissement fermé une section ouverte.

Etablissements d'exécution des peines en milieu ouvert :

Les établissements ouverts (respectivement semi-ouverts) ne disposent généralement pas d'enceinte de sécurité ; aussi les mesures destinées à empêcher les évasions sont-elles réduites, bien qu'une tendance récente vise à renforcer leurs standards de sécurité en les entourant de clôtures, voire de détecteurs de mouvements. Dans ce système, la sécurité est davantage assurée par le personnel (sécurité active) que par les infrastructures et la construction (sécurité passive).

Etablissements d'exécution des peines en milieu fermé :

Le ou la détenu(e) est placé(e) dans un établissement fermé ou dans la section fermée d'un établissement ouvert, si le placement en milieu ouvert constitue un risque pour la sécurité de la collectivité (risque d'évasion ou de commission de nouvelles infractions).

Etablissements d'exécution des mesures :

En théorie, les lieux d'exécution des mesures thérapeutiques sont distincts des lieux d'exécution des peines (art. 58 al. 2 CPS). Les délinquants souffrant de troubles mentaux doivent être internés dans un établissement psychiatrique forensique, dans un établissement d'exécution des mesures spécialement aménagé ou, en cas de risque d'évasion, dans un établissement pénitentiaire fermé, pour autant qu'il soit possible d'y suivre une thérapie. Dans les faits, les condamnés en vertu de l'article 59 sont parfois tout simplement placés dans des établissements pénitentiaires en raison du manque de places appropriées ailleurs. En 2016, plus des trois-quarts des individus internés au titre de l'art. 64 CPS (internement) se trouvent dans des établissements d'exécution des peines et de mesures en milieu fermé. Si le placement d'un certain nombre d'« internés » souffrant de maladies psychiques n'offre pas de prise en charge adéquate, aucune place appropriée en clinique ou dans l'encadrement à long terme n'est pour l'heure disponible.

Enfin, il n'existe pas de placement approprié pour ce qui concerne les mesures selon l'art. 61 CPS (mesures thérapeutiques institutionnelles réservées aux jeunes adultes) : les rares personnes concernées sont placées dans des établissements d'exécution des mesures en milieu ouvert, en milieu fermé, ou en milieu fermé pour adultes.

Les cantons ont enfin la possibilité de confier à des institutions privées (foyers ou fondations de droit privé reconnues d'utilité publique) l'exécution des mesures thérapeutiques (art. 379 CPS). À Saxon (canton du Valais) par exemple, le Centre d'Accueil pour Adultes en Difficulté (CAAD) propose une prise en charge « bio-psycho-sociale » à l'attention des « article 59 », mais également dans le cadre de placements civils à des fins d'assistance (pafa). Ce système peut constituer un marché lucratif pour les entreprises privées : offrant des suivis psychiatriques de longue durée, des services médico-légaux et des soins aux personnes âgées, le groupe Di Gallo (16 établissements, 1500 collaborateurs) accueille des individus

condamnés en vertu des articles 59, 64 et 80 CPS dans le cadre d'un partenariat avec la clinique universitaire psychiatrique de Zurich (PUK).

Prisons :

Le terme « prisons » désigne les prisons de district, les prisons régionales et les prisons dites « préventives », soit des établissements servant en premier lieu à l'exécution de la détention préventive, de la détention pour des motifs de sûreté et des courtes peines. Souvent, des personnes en attente d'une place vacante dans un établissement d'exécution des peines (en milieu ouvert ou fermé), ou encore d'une mesure, se trouvent également dans ces prisons. La plus grande partie de la détention administrative est également exécutée dans une prison.

Détention administrative :

Mode de détention relevant du droit des étrangers et prescrit par l'Ordonnance sur l'exécution du renvoi et de l'expulsion d'étrangers.

I - Faire du nouveau avec de l'ancien : la gestion des risques virtuels de la dangerosité

8 « On ne sait plus si l'on soigne un sujet de droit, ou si l'on punit un malade », écrit Frédéric Gros (1998) pour mettre en exergue les ambiguïtés de l'injonction de soins. Comme nous invite à penser l'auteur, la nouvelle pénologie est traversée par une normativité néolibérale qui a mis au centre des interventions et des savoirs une figure – le « sujet à risques » – faisant l'objet de pratiques inédites. Il a de fait fallu « inventer des dispositifs visant à amenuiser la possibilité d'un nouvel acte délictueux » car, après tout, « un sujet criminel dont on pourrait s'assurer absolument qu'il ne recommencerait plus ne serait plus punissable » (Gros, 1998, 301). Raison pour laquelle le principe de précaution structure indéniablement les politiques pénales actuelles au point de prolonger parfois de façon indéfinie la surveillance des risques. L'article 59 du code pénal s'inscrit pleinement dans cette philosophie dont on peut toutefois questionner la réelle nouveauté historique.

9 Pour expliquer la centralité du thème de « l'individu dangereux » dans la pensée et la pratique pénales depuis la fin du XIX^e siècle, Foucault avance l'hypothèse suivante. Le droit pénal a été pénétré à la fois par les thèses de l'école dite « anthropologique criminelle » et par la notion de responsabilité sans faute conçue par le droit civil. En substance, pour les anthropologues criminels, il s'agissait d'opérer une série de déplacements : « du crime vers le criminel, de l'acte effectivement commis vers le danger virtuellement inclus dans l'individu, de la punition modulée du coupable à la protection absolue des autres » (2001a, 458). Jugées « exorbitantes » et de ce fait discréditées, ces thèses ont eu une influence bien plus importante qu'il n'y paraît, comme Foucault s'attache à le démontrer. De façon surprenante, argumente-t-il, c'est le droit civil qui va permettre de frayer un chemin à ces idées vers le pénal. Car un raisonnement voisin est à l'œuvre chez les civilistes soucieux de rationaliser les techniques du risque liées aux accidents. De même qu'il est possible de « déterminer une responsabilité civile sans établir de faute, mais par la seule estimation du risque créé, contre lequel il faut se défendre sans qu'on puisse l'annuler, de même on peut rendre un individu pénalement responsable sans avoir à déterminer s'il était libre et s'il y a faute, mais en rattachant l'acte commis au risque de criminalité que constitue sa personnalité propre. Il est responsable, puisque par sa seule existence il est créateur de risque, même s'il n'est pas fautif puisqu'il n'a pas choisi en toute liberté le mal plutôt que le bien » (*ibid*, 461). Dans cette perspective, la finalité de la punition ne porte pas sur un sujet de droit qui aurait enfreint la loi. La punition vise plutôt à réduire au maximum le risque de criminalité représenté par l'individu. Et toute une panoplie de techniques peut, à cette fin, être déployée : « soit par l'élimination, soit par l'exclusion, soit par des restrictions diverses, soit encore

par des mesures thérapeutiques » (*ibid*).

10 Force est d'admettre que c'est dans une version à peine renouvelée que nous retrouvons aujourd'hui la même production discursive et législative autour d'un individu virtuellement dangereux. Pour revenir aux dispositions du code pénal suisse, il n'y a rien de surprenant à ce que l'une des propriétés distinctives des mesures par rapport aux peines soit précisément leur durée indéterminée. Le dispositif tel qu'il est conçu permet une prise durable sur les corps des délinquants, lesquels sont censés faire œuvre de « pénitence », avec une aide médicalisée, pour se réconcilier avec la société et avec eux-mêmes. Cette réconciliation, qui dépend foncièrement de l'engagement et de la motivation personnels, est un processus dont il est difficile de déterminer à l'avance une durée. La mesure a ceci d'avantageux sur la peine : au moment d'envisager une libération, elle permet de s'assurer qu'une conscientisation de soi a bel et bien eu lieu.

11 Du reste, cet avantage est explicitement mis en avant en 1998 par le Gouvernement fédéral dans sa présentation du nouveau code pénal destiné à être voté au Parlement. Puisque l'enjeu des mesures est de « favoriser l'amélioration des auteurs d'infractions susceptibles de se corriger » mais aussi de « mettre hors d'état de nuire les délinquants impénitents ou incurables »¹³, dès lors les peines fondées sur le principe de culpabilité ne permettraient pas de mener à bien ces objectifs. Il y a deux raisons essentielles à cela. La première est que « l'effet correcteur ou préventif exercé sur l'auteur ne saurait se justifier en fonction de la culpabilité, soit parce qu'au moment de l'infraction l'auteur était irresponsable, soit parce que la durée de la privation de liberté qui paraît nécessaire à l'amélioration de l'auteur ou à sa "neutralisation" excède celle qu'implique le degré de sa culpabilité »¹⁴. Mais c'est surtout la seconde raison qu'il nous semble intéressante de relever : « le fait qu'un traitement spécial ne puisse être ni appliqué ni même garanti dans le cadre de l'application des peines [§...] joue un rôle non négligeable »¹⁵. En bref, la frustration induite par les limites des peines (durée déterminée, inapplicabilité en cas d'irresponsabilité) est compensée par les différentes modalités d'intervention qu'offrent les nouvelles mesures. Une mécanique bien huilée se remet ainsi en marche : « faire fonctionner la notion de danger, par un renvoi perpétuel du pénal au médical et réciproquement » (Foucault, 2001b, 343). D'un côté, la justice ne se prononce plus seulement sur un acte commis mais intègre toujours davantage dans ses pratiques de jugement la problématique des risques pour des actes à venir. De l'autre côté, sous l'influence de la « nouvelle pénologie », la notion de dangerosité est pour l'essentiel appréhendée à partir d'une méthode actuarielle fondée sur des séries statistiques et des calculs de probabilités¹⁶.

12 L'introduction des mesures thérapeutiques institutionnelles va effectivement redynamiser le vieux couple « savoir-pouvoir ». Avant d'y revenir, encore faut-il situer ce mouvement dans un contexte politico-législatif pour le moins tendu.

13 Entré en vigueur en 1942 dans sa version unifiée, le code pénal suisse est resté pratiquement inchangé pendant plus de soixante ans. Il faut attendre le début des années 1980 pour qu'un projet de révision soit amorcé dont les travaux vont s'étendre pendant près d'un quart de siècle. Il s'agissait alors de suivre la voie adoptée par d'autres Etats européens : élargir le choix des sanctions, réduire massivement les courtes peines privatives de liberté pour les remplacer par des peines pécuniaires et par le travail d'intérêt général. Le nouveau droit des sanctions pénales de 2007 consacre cette volonté du législateur et son application laisse apparaître des bénéfices matériels considérables¹⁷. Néanmoins, la longue gestation du texte de loi a inévitablement subi l'influence de l'évolution des régimes de sensibilité punitive. La genèse du nouveau droit se situe en vérité dans les années 1960-1970, au moment où des impulsions réformatrices militent pour un système qui ne consisterait plus à infliger des peines mais à resocialiser l'auteur : « La fonction du droit pénal, soulignée jusqu'alors, consistant à amender le coupable et à

lui faire expier sa faute, devait rester à l'arrière-plan »¹⁸. Entre la fin des années 1970 et le milieu des années 1980, diverses interventions parlementaires mettant en cause le sens des peines privatives de liberté de courte durée abondent dans ce sens¹⁹. Or, en matière de politique pénale et dès les années 1990, les prises de position des élus de la droite conservatrice rendent manifeste un virage majeur. « Face aux différents délits d'ordre sexuel et à des homicides particulièrement révoltants, à la crainte de l'extension de la criminalité organisée et aux difficultés à poursuivre les délits économiques, plusieurs interventions parlementaires ont réclamé que le droit pénal garantisse à la société une plus grande sécurité »²⁰. Dans la confection du nouveau droit, l'option a donc été prise de se focaliser sur *l'amendement* des coupables, estimant que c'était là le moyen le plus sûr de répondre aux nouvelles inquiétudes. Ainsi, tandis que les courtes peines étaient conçues pour être prononcées à titre exceptionnel, les mesures devaient « durer un temps relativement long, à savoir plus longtemps qu'une peine correspondant à la faute »²¹.

14 Pour autant, il restait une difficulté à surmonter : que faire des délinquants malades qui échappaient au système de sanctions en raison de leur irresponsabilité légale ? Cette problématique n'avait pas été complètement résolue en dépit des changements observés dans la pratique de l'expertise médico-légale. On notera sans s'y attarder que depuis les années 1960 les experts psychiatres sont majoritairement « favorables à la responsabilisation d'individus présentant des troubles psychotiques à partir du moment où ils conservaient un minimum de lucidité au moment des faits » (Protais, 2010, 11)²². Or, à l'évidence, les certificats d'irresponsabilité ont persisté. Dès lors, le problème s'est posé de l'existence d'une virtualité de risques associée à une population affranchie par la justice pénale et qui n'était pas forcément contenue dans les hôpitaux. Un argument supplémentaire était donc disponible pour justifier la nécessité de réintégrer ces individus aux conduites potentiellement déréglées, mais que les décisions judiciaires avaient écartés de l'appareil médico-légal. « Si les mesures n'existaient pas, le tribunal n'aurait d'autre choix que d'infliger une peine à l'auteur souffrant de troubles psychiques ou de dépendance, et pour autant seulement que l'auteur soit responsable. Cette peine devrait être exécutée avant que l'on puisse envisager un traitement quelconque. Un délinquant irresponsable ne pourrait faire l'objet d'aucune sanction pénale »²³. C'est donc pour remédier à ces limites de l'action judiciaire que le nouveau droit des sanctions a conféré aux tribunaux une marge de manœuvre plus étendue et a imposé des conditions plus strictes de libération de l'exécution des mesures.

15 La mise en œuvre du nouveau droit a fait rapidement l'objet de critiques acerbes émanant de protagonistes du champ pénal (policiers, procureurs, juges, avocats, politiciens et médias) et relayées dans diverses interventions parlementaires issues du camp conservateur²⁴. L'assaut le plus virulent a porté sur l'inefficacité des peines pécuniaires dont l'effet préventif était estimé trop faible et humiliant pour les victimes. La réintroduction des peines privatives de courte durée (inférieures de six mois) a constitué un cheval de bataille pour les acteurs qui se désolaient d'un système excessivement bienveillant envers les délinquants. Les attentes sociopolitiques sécuritaires se sont intensifiées à l'aide d'une rhétorique insistante : exhorter la justice à punir sévèrement au nom de la réparation due aux victimes devenues les figures centrales dans tout procès (Salas, 2005).

16 Trois ans et demi seulement après l'entrée en vigueur du nouveau code, le Gouvernement fédéral annonce un projet de révision. Nicolas Queloz (2011) souligne à quel point ce revirement constitue un fait historique et politique exceptionnel dans le système législatif suisse caractérisé par sa stabilité et sa sérénité²⁵. Contre les avis de nombreux acteurs de la justice pénale, qui estimaient cette réforme par trop prématurée, le gouvernement s'est donc précipité dans un processus de réforme visant à restaurer la primauté de la peine privative de liberté, à réduire l'usage de la peine pécuniaire, à rétrograder le travail d'intérêt général (qui ne serait plus une

peine principale), et à introduire dans le code pénal la surveillance électronique. Ainsi, alors que la révision de 2007 visait à remplacer les courtes peines privatives de liberté par des peines plus utiles et moins coûteuses, le Conseil fédéral a proposé en 2010 un retour en arrière au motif « que les courtes peines privatives de liberté sont [...] mieux à même de satisfaire les besoins de répression de la communauté [...] que les simples peines pécuniaires »²⁶. Pourtant, en 2011, une étude a conclu que ce n'était pas tant « le type de sanction qui [avait] le plus d'effet préventif, mais bien le risque d'être condamné »²⁷. Malgré ces résultats, le gouvernement a fermement maintenu sa position, avançant comme arguments la forte pression politique en faveur d'une modification rapide et les « vives critiques véhiculées par les médias » qui seraient l'indice « d'une perte de confiance de la population dans le droit pénal et dans son effet de prévention générale »²⁸. La peine pécuniaire avec sursis ne correspondait pas « à la représentation qu'on se fait d'une punition. [...] Pour être crédible et efficace, le droit pénal doit bénéficier de la confiance de la population. Celle-ci doit croire en l'impact des peines »²⁹. C'est donc pour flatter la vindicte populaire que se justifierait une politique endurcie. Pour Nicolas Queloz (2011), cette « bataille rangée » contre la philosophie de la révision de 2007 est le symptôme le plus évident d'un « vent sécuritaire tempétueux » qui balaye la Suisse surtout depuis la montée en force de l'extrême droite.

17 De fait, depuis la révision du code pénal suisse en 2007, les conditions de libération sont devenues délibérément plus sévères, l'un des arguments avancés par le Conseil fédéral tenant à l'impossibilité « de prévoir avec certitude ce que sera le futur comportement d'un être humain »³⁰. Révélatrice de cet état d'esprit, bien que les sanctions non privatives de liberté excèdent de loin les peines privatives de liberté fermes (7,1 % des condamnations), on observe une tendance générale à accorder de moins en moins de libérations conditionnelles pour les courtes peines (3 mois) : s'élevant à 78 % au niveau fédéral en 2008, le taux de ces libérations a chuté en 2012 jusqu'à 30 % dans le canton de Vaud et 46 % à Genève³¹. Ces pratiques judiciaires reflètent sans conteste une politique de rigueur.

18 Comme le relèvent Kuhn et Vuille (2010) les politiques pénales helvétiques se caractérisent par des orientations paradoxales. D'un côté, la peine privative de liberté est envisagée en dernier recours au profit de peines alternatives favorables à la réinsertion sociale comme c'est le cas des peines pécuniaires et du travail d'intérêt général. D'un autre côté, on voit se dessiner « une tendance néo-répressive qui en appelle au courage retrouvé de punir comme naguère » (*ibid.*, 31). En témoigne de manière saisissante l'adoption en votation populaire le 8 février 2004 de l'article 123a de la Constitution fédérale qui prévoit qu'un délinquant qualifié de « dangereux » et « non amendable » soit enfermé définitivement³². Son cas peut être reconsidéré pour autant que de nouvelles connaissances scientifiques puissent apporter la preuve d'un amendement possible. A suivre ce raisonnement teinté de fatalisme, un individu n'est pas apte à changer au cours des décennies à venir, ce qui revient, selon Kuhn et Vuille, à écarter « l'hypothèse d'un progrès personnel » (*ibid.*). A la peine infligée pour une faute commise par le passé, vient donc s'adjoindre une sanction visant à protéger la société pour l'avenir.

II - Regards critiques sur le nouveau dispositif

19 Ces évolutions ne manquent pas d'être problématisées par les professionnels les plus directement concernés. Dès l'entrée en vigueur du nouveau texte du code pénal, les milieux médicaux se sont inquiétés des conséquences de son application sur la psychiatrie légale comme d'une instrumentalisation potentielle de l'exercice médical (Gasser, Gravier, 2007). Les psychiatres déplorent que les nouvelles dispositions

pénales les engagent dans une voie où l'efficacité thérapeutique est confondue avec la prévention de la récidive et où l'usage judiciaire de leur pratique conduit à des apories peu compatibles avec le raisonnement clinique (Gravier, Eytan, 2011 ; Muscionico, Eytan, 2014). Il faut également ajouter que le champ de l'expertise forensique fut loin d'être hégémonique et consensuel à ce sujet. Un état de concurrence et de controverse a laissé son empreinte dans la diversité des méthodes déployées pour évaluer les risques de récidive (Moulin, Gasser, 2012). En substance, deux orientations dominent les pratiques. La première est une approche actuarielle qui aspire à l'objectivation scientifique de la probabilité pour un individu de commettre une nouvelle infraction. La démarche repose sur un calcul des risques pour chaque justiciable à partir de son profil sociodémographique (par exemple l'âge du premier délit) et par comparaison à une population de référence. Marquant ses distances par rapport à cette approche jugée trop statique et pouvant aboutir à des réponses stéréotypées, la seconde orientation accorde une place de choix au raisonnement clinique et aux facteurs dynamiques susceptibles d'agir sur l'évolution de l'individu. Sont alors intégrés dans l'évaluation des « facteurs de protection » tels que « la capacité de maîtrise de soi », « les attitudes positives à l'égard des personnes en position d'autorité » ou encore une « capacité à gérer ses finances » (Moulin, Gasser, 2015). Si la première approche vise principalement à *prédire* les risques de récidive, la seconde privilégie aussi la *prévention* de ces risques en intégrant la singularité clinique et le contexte social du sujet délinquant. Par voie de conséquence, les destins judiciaires individuels peuvent considérablement diverger selon le modèle épistémologique suivi par l'expert.

1) La mise en attente des « hommes sans avenir »

20 Indépendamment de la polarisation des écoles de pensée dans le champ de la psychiatrie forensique, l'expert peut difficilement ignorer les attentes qui pèsent sur lui. Quelle temporalité est jugée nécessaire pour s'assurer que l'individu expertisé ait subi une transformation qui ne laisse plus planer de doutes sur sa dangerosité ? Car à la différence du fatalisme thérapeutique qui sert à justifier les mesures d'internement, *a fortiori* les plus sévères, l'esprit qui gouverne l'article 59 du code pénal suppose l'éventualité d'un amendement. Chemin faisant, les mises à l'épreuve du comportement des condamnés aux mesures et l'évaluation continue de leurs résultats font désormais partie des pratiques d'intervention. Le souci d'une surveillance sur la longue durée est bel et bien présent comme le montre clairement une affaire extraite du contentieux³³.

Par son recours devant le Tribunal fédéral, Monsieur A., en détention depuis dix ans et reconnu irresponsable du meurtre de son amie, demande à ce que l'exécution de sa sanction se fasse en établissement ouvert en soulignant sa progression depuis 25 mois. Il consent aux traitements neuroleptiques et parvient à détecter lui-même les symptômes précurseurs d'une crise, au point de prendre l'initiative de solliciter un renforcement de sa médication. Cette évolution est confirmée par le Service de psychiatrie pénitentiaire qui fait état d'un suivi volontaire et régulier des entretiens hebdomadaires, d'une amélioration globale de l'état clinique et d'un engagement dans un travail psychothérapeutique. Grâce à ces efforts, il a acquis une meilleure compréhension de sa maladie et maîtrise davantage ses idées délirantes de persécution ainsi que ses hallucinations. De plus, Monsieur A. poursuivait les activités aux ateliers de la prison sans qu'aucun trouble du comportement ne soit constaté, et il avait scrupuleusement respecté les règles lors des sorties accompagnées. Corollaire de son enfermement, il est question d'un sentiment de lassitude et de tristesse face à la prolongation de sa détention ainsi que d'angoisses liées à son avenir et au flou de sa situation.

Or la Commission d'évaluation de la dangerosité énonce un avis autrement plus dubitatif sur son sort, en raison de fugues et d'interruptions de traitements dans son passé. Elle estime alors que Monsieur A. représente encore un risque pour la sécurité de la collectivité et qu'un changement de mesure serait « manifestement prématuré ». Au final, le refus du Tribunal fédéral est principalement motivé par le fait que Monsieur A. n'a pas été en mesure de prouver qu'il poursuivrait son traitement en régime ouvert et ce « malgré les progrès réalisés ». Car, énonce la Haute Cour, « l'écoulement du temps démontre la volonté et la force de caractère du recourant » mais, poursuit cette instance, cela « ne constitue pas un rempart suffisamment solide » pour prévenir l'éventualité d'une décompensation. En bref, l'amélioration de son état requiert un « traitement de longue haleine qui comporte des paliers progressifs d'élargissement »³⁴.

- 21 Comment ne pas reconnaître ici une forme spécifique de l'exercice du pouvoir qui consiste à avoir une emprise sur le temps de l'autre ? « L'attente est une des manières privilégiées d'éprouver le pouvoir » écrit Bourdieu lorsqu'il analyse la condition propre aux « hommes sans avenir », et elle implique inévitablement la soumission de la part de celui qui est « suspendu à la décision attendue » (1997, 270). Cette contrainte temporelle – produite par « l'art de différer tout en faisant espérer » (*ibid.*) – s'avère, du point de vue de l'économie pénale, un moyen d'assujettissement parmi d'autres. La mesure se rapproche ainsi symboliquement de la « peine ». Exiger d'un condamné un engagement sans failles dans toute une série d'épreuves qui attestent sans équivoques qu'il « ne recommencera plus » équivaut sous bien des aspects au « réseau d'obligations multipliées » qui a caractérisé l'une des « tactiques fines de la punition » décrites par Foucault (2013) : la tactique du rachat³⁵.
- 22 De fait, la loi n'exige ni la guérison de l'individu, ni qu'il soit mentalement normal ; « il suffit qu'il ait appris à vivre avec ses déficits de manière que l'on puisse poser un pronostic favorable quant à son comportement futur »³⁶. *Apprendre à vivre avec ses déficits* : c'est sans doute ici que se loge l'essentiel des finalités correctrices assignées à l'article 59 du code pénal ; c'est ici aussi que s'opère la rencontre entre la justice et la psychiatrie dans une vocation pédagogique qui revoit à la baisse les ambitions socialisatrices pour les malades mentaux. Toujours est-il que cet apprentissage incombant au condamné peut impliquer, comme dans le cas exposé ci-dessus une durée indéterminée, tant les actes passés structurent durablement la perception des comportements et quand bien même des progrès sont observés. Nous retrouvons la même hantise préventive dans la teneur de l'article 62 du code pénal relatif à la liberté conditionnelle. Dès que son état le justifie, un condamné à une mesure peut être libéré conditionnellement pour qu'il fasse ses preuves en liberté. Dans le cas d'une mesure prévue à l'art. 59, le délai d'épreuve est d'un à cinq ans, mais s'il paraît nécessaire de poursuivre un traitement, ce délai peut toujours être prolongé. Notons au surplus que la levée d'une mesure thérapeutique institutionnelle peut être suivie d'un placement à des fins d'assistance (qui relève du droit civil) si le juge d'application des peines signale la situation aux autorités de protection de l'adulte (art. 62, al. c CPS).
- 23 Cette temporalité ouverte et indéfinie est, à bien y réfléchir, éminemment productive en termes de connaissances et de pratiques. L'un des enjeux empoignés par tout un ensemble d'acteurs investis dans ce champ est de parvenir à une gestion rationalisée des populations pénales. Les sanctions, comme toutes les décisions ultérieures qui jalonnent le parcours pénal, se déterminent en grande partie sur une production de savoirs experts dont il est attendu, au grand dam de certains psychiatres, une prédiction du comportement futur du condamné (Protais, Moreau, 2009). Au moment du déroulement de la sanction ont lieu des interventions – allant de la psychothérapie à la prescription médicamenteuse – pour que les individus s'engagent dans un processus de transformation d'eux-mêmes. Cette exigence se manifeste sans équivoque lorsqu'il s'agit de l'obligation de suivre un traitement

psychiatrique pour pouvoir envisager une libération. L'enjeu est de taille puisque le succès d'une mesure thérapeutique institutionnelle entraîne *de facto* la non-exécution de la peine privative de liberté (Queloz, 2014).

24 A la lumière de cette éventualité, la privation de liberté est loin de se résumer à une sanction appliquée par rapport à un acte délictueux commis à un moment donné. Elle est *aussi et surtout* un cadre privilégié pour déployer toute une panoplie de techniques, dont celles qui s'inscrivent dans une orientation comportementaliste et qui visent à agir sur des « défaillances cognitives » auxquelles sont attribuées pour l'essentiel les conduites à risque (Quirion, 2006). C'est au moyen d'une évaluation périodique de leur évolution que les institutions poursuivent une action se voulant avant tout préventive. Par la même occasion, on entrevoit la prolifération de domaines de spécialisation criminologique qui se saisissent de problématiques précisément liées à l'examen sur la longue durée des comportements des condamnés aux mesures³⁷. Ce maillage institutionnel, promis à se développer, loin de simplifier les conditions d'application des dispositions pénales tend plutôt à faire des traitements thérapeutiques un véritable parcours du combattant. Bien plus, selon les lieux d'exécution des mesures, ce parcours est-il vécu de manière très inégale³⁸.

2) « Une thérapie sans thérapeutes »

25 Au sujet de l'application de l'article 59, une difficulté amplement discutée concerne les carences de lieux adéquats pour exécuter la mesure (Fischer, 2012 ; Roth, 2008). Du reste, cette pénurie n'a pas été ignorée au moment de la révision du code pénal mais, de l'opinion des spécialistes, cette question a reçu une réponse de la part du législateur pour le moins ambiguë (Queloz, 2014). De fait, lorsqu'on examine les articles de loi, il est aisé de comprendre que l'une des questions épineuses fut celle de l'attribution des condamnés aux mesures à un territoire qui leur soit propre, voire exclusif. Puisque la nouveauté apportée par l'article 59 résidait dans le « traitement thérapeutique » des troubles mentaux, les hôpitaux psychiatriques – publics ou privés – furent logiquement désignés dans un premier temps comme l'institution de destination idoine. Cependant, ces intentions initiales ont dû être revues au nom du réalisme. Anticipant les réactions des « cliniques psychiatriques [qui] refuseraient de servir de "prisons" », les participants à la consultation du projet de loi « ont proposé la création de petites divisions fermées dans des cliniques psychiatriques, mais aussi d'établissements psychiatriques fermés ou d'établissements spéciaux dotés de mesures de sécurité renforcées »³⁹. Ainsi, les cliniques psychiatriques n'étant pas toujours disposées ou en mesure d'admettre de tels « patients "peu coopératifs", c'est-à-dire présentant un risque de fuite ou pouvant être considérés comme dangereux » (Viredaz, Thalman, 2013, 132-133), le législateur a dès lors préconisé que les mesures puissent *aussi* être effectuées dans un lieu uniquement voué à cette tâche. En projetant la création d'un « établissement d'exécution des mesures », l'article 59 al. 2 prévoit donc les deux possibilités institutionnelles.

26 Or, ces lieux consacrés exclusivement aux condamnés à des mesures thérapeutiques et pouvant leur offrir un encadrement médical susceptible d'améliorer le pronostic légal sont pratiquement inexistantes en Suisse. Pour des raisons économiques, ou par manque de volonté politique, les infrastructures n'avaient pas été créées alors que la révision de la loi allait entrer en vigueur. Sans craindre les contradictions, mais confronté à une situation embarrassante, le législateur a alors apporté un correctif au cadre légal⁴⁰. La teneur de l'article 59 al. 3 fut ainsi modifiée de sorte que la loi n'exige plus que « le traitement soit effectué dans une section spéciale d'un établissement pénitentiaire, mais pourra être exécuté dans un établissement pénitentiaire, à la condition que le traitement nécessaire soit assuré par du personnel qualifié » (Viredaz, Thalman, 2013, 133). Avec cette modification, le législateur a ainsi introduit une dérogation au principe

énoncé à l'article 58 al. 2 CPS qui précise que « les lieux d'exécution des mesures thérapeutiques visés aux articles 59 à 61 CPS doivent être séparés des lieux d'exécution des peines ». Dès lors, ces situations où les traitements sont effectués en milieu fermé et peu équipé en ressources sanitaires s'apparentent à des « petits internements », par analogie avec l'internement prévu à l'article 64 du CPS.

27 Ce régime d'exception vise uniquement les condamnés susceptibles de fuir ou de perpétrer de nouveaux délits, même s'ils ont initialement commis une infraction légère. Inversement, les personnes qui ont commis une infraction grave peuvent être placées dans une clinique psychiatrique ou dans un établissement d'exécution des mesures pour autant qu'elles ne représentent pas de risques d'évasion ou de récidive. Ce n'est donc ni la gravité du délit, ni les besoins spécifiques sur le plan médico-psychiatrique qui dictent en définitive la répartition institutionnelle des condamnés. Soucieuse de prévenir les placements abusifs en milieu pénitentiaire, la doctrine s'est empressée de préciser que l'art. 59 al. 3 ne devrait pas s'appliquer à des difficultés de comportement mineures ou à de simples actes d'insoumission (Heer, 2007 ; Queloz, Munyankindi, 2009). De même, des tentatives inopinées d'évasion et sans aucune planification préalable ne devraient pas servir à justifier l'exécution des mesures thérapeutiques dans un établissement carcéral.

28 Ces garde-fous doctrinaux sont toutefois contredits par les pratiques. Car, en raison du manque de places disponibles, les condamnés aux mesures se retrouvent en liste d'attente et voient ainsi leur détention en prison se prolonger. Brägger (2014) estime qu'à l'heure actuelle les besoins se chiffrent à 800 places alors que seules 400 places environ existent sur tout le territoire. Au surplus, ajoute-t-il, la Suisse ne disposant pas d'un concept uniforme pour le traitement des délinquants souffrant de troubles mentaux, il existe des différences considérables entre la pratique alémanique et romande⁴¹. Finalement, de nombreux observateurs jugent que la pratique qui consiste à multiplier les « articles 59 » en l'absence de structures d'accueil *ad hoc* revient à décréter une « thérapie sans thérapeute »⁴². Connaissant de près cette réalité pour avoir exercé en milieu carcéral, le médecin Restellini (2013) plaide de son côté pour que la privation de liberté dans la sphère pénale s'inspire des perspectives poursuivies dans les placements civils à des fins d'assistance : apporter de l'aide et des soins dans un cadre sécurisé, non pas pour « punir » mais pour assister et secourir.

29 Quoiqu'il en soit, au 1^{er} septembre 2014, sur les 839 personnes condamnées à une mesure au sens de l'art. 59 CPS, seules 224 (26 %) étaient effectivement placées dans une clinique psychiatrique, dont 183 dans une unité de médecine légale⁴³. Quant aux autres justiciables concernés, ils étaient pris en charge dans différents établissements judiciaires : établissement ouvert d'exécution des mesures (n = 114 personnes), établissement fermé d'exécution des mesures (n = 63), établissement fermé avec offre thérapeutique (n = 118), établissement fermé dépourvu d'offre thérapeutique (n = 35), établissement ouvert (n = 16) et prison (n = 67)⁴⁴. Enfin, 202 personnes se retrouvaient soit placées dans une institution qualifiée d'« adaptée », soit elles exécutaient la mesure prescrite sous la forme d'un travail et/ou dans un logement externe. De fait, pour l'ensemble de la Confédération, 16 des 108 établissements pénitentiaires proprement dits accueillent des personnes « sous article 59 ».

30 Si certains de ces établissements sont exclusivement destinés à l'exécution de mesures thérapeutiques institutionnelles et parfois de mesures d'internement, d'autres s'avèrent être avant tout des lieux de détention préventive et/ou d'exécution d'une peine privative de liberté. S'ensuivent par conséquent, d'une institution à l'autre, de très grandes disparités quant au suivi thérapeutique des individus astreints à une mesure. Avec un *ratio* de 1,5 poste « sanitaire » par détenu, la Clinique universitaire de psychiatrie forensique de Zurich présente ainsi le taux le plus élevé d'encadrement médical⁴⁵. Par contraste, les prisons de Realta (Grisons) et de Bellechasse (Fribourg) comptent chacune moins de deux postes sanitaires pour

100 détenus⁴⁶. De même, dans le canton de Vaud, à l'unité psychiatrique des Etablissements de la Plaine de l'Orbe (EPO) – qui renfermait 40 personnes au titre de l'article 59 CPS en 2013 – le fonctionnement était assuré par deux infirmiers et un médecin responsable. Or, cette unité ne peut accueillir que 8 détenus souffrant de troubles aigus alors que les besoins s'avèrent bien plus importants⁴⁷.

31 Représentant non seulement une atteinte grave aux droits du condamné aux mesures, les placements en milieu carcéral pointent également l'insuffisance de personnel qualifié. C'est effectivement sur ce dernier aspect que le bât blesse car, faute de soins idoines, les probabilités de libération s'amenuisent (Paratte, 2014 ; Fischer, 2012). De surcroît, la jurisprudence du Tribunal fédéral tend à revoir à la baisse les modalités des suivis thérapeutiques dont les détenus peuvent bénéficier. Un arrêt de la Haute Cour dispose à ce propos : « La notion de traitement médical doit être entendue largement. Même la simple prise en charge de l'auteur dans un milieu structuré et surveillé, *accompagnée d'un suivi psychothérapeutique relativement lointain*, constitue un traitement, si elle a pour effet prévisible d'améliorer l'état de l'intéressé de manière à permettre, à terme, sa réinsertion dans la société »⁴⁸. Il faut en déduire qu'un condamné peut vivre une prise en charge psychiatrique très espacée dans le temps, alors même qu'il est censé progresser sur le plan de la conscientisation de ses actes et de sa responsabilité.

III - Quand la résolution politique des problèmes en crée de nouveaux

32 Le défaut de structures spécialisées, on l'a dit, fait partie d'un constat unanime. Pour y répondre, l'élaboration de réformes a pour vocation de repenser à nouveaux frais les dispositifs destinés aux populations pénales astreintes à un suivi à la fois judiciaire et thérapeutique. L'hôpital psychiatrique comme la prison expérimentent ainsi des projets qui, sans être radicalement novateurs, ne cherchent pas moins à répondre à des besoins croissants. C'est le cas en France où, entre 2002 et 2012, plusieurs *Unités hospitalières spécialement aménagées* (USHA) ont été créées pour accueillir des patients détenus (Darley *et al.*, 2013). Ces initiatives sont loin d'être consensuelles et plongent les professionnels directement concernés dans l'embarras : ou bien ils renoncent radicalement à s'engager dans ces lieux par manque d'adhésion idéologique, au risque d'abandonner à son sort une population indésirable, ou bien ils se résignent à en prendre soin avec le sentiment de se compromettre avec une politique sécuritaire (Eyraud *et al.*, 2015). Ce sont ces états d'indétermination et d'embarras, éprouvés au moment de la mise en œuvre d'une politique profondément ambiguë, que nous allons interroger.

1) La constitution de territoires hybrides pour une population de « détenus-patients »

33 En Suisse, les révisions du code pénal impliquent manifestement une modernisation des structures de façon à repenser les « passerelles » entre le monde carcéral et le monde hospitalier. Effectivement, les innovations sont en marche. Parmi les projets les plus ambitieux, citons l'exemple de *Curabilis* entré en fonctionnement en 2014. Implanté dans le canton de Genève, cet établissement situé en milieu carcéral est doté de 92 places réparties entre l'unité hospitalière de psychiatrie pénitentiaire, les unités de mesures et celle de sociothérapie. Sa mission est de fournir des soins aux adultes privés de liberté en application du code pénal et, pour l'unité hospitalière de psychiatrie pénitentiaire, également en application du

droit administratif ou civil⁴⁹. Cependant, confrontée à des problèmes de recrutement de personnel et employant près de 60 % de gardiens novices, la structure n'accueillait en 2015 que 45 détenus, dont près d'un tiers de justiciables condamnés à des peines privatives de liberté et non pas à des mesures⁵⁰. De surcroît, en raison de tensions politiques intenses consécutives à un fait divers local (affaire dite « Adeline »), l'ouverture de l'unité de sociothérapie de *Curabilis* annoncée pour l'été 2014 a été reportée *sine die*⁵¹.

34 Cette structure est toutefois insuffisante pour répondre à la forte demande du Concordat latin⁵². Ainsi, dans le canton de Fribourg, il est prévu pour 2020 que l'établissement de Bellechasse dispose de 60 places exclusivement destinées aux individus sous article 59 CPS (Brägger, 2014). Encore faut-il remarquer que la constitution de ces lieux de soins en milieu carcéral ne se fait pas sans heurts. Une recherche ethnographique décrit finement les bouleversements produits par l'ouverture récente d'une unité thérapeutique – spécialement destinée au suivi des détenus « sous article 59 » – au sein d'une prison en Suisse alémanique (Young, 2016). Elle montre comment s'institue une concurrence symbolique entre les professionnels (soignants psychiatriques et agents de détention) qui ne partagent pas la même vision ni du « traitement » à conférer aux détenus (soin ou discipline), ni des moyens privilégiés pour favoriser la réhabilitation (introspection et participation active à la communauté thérapeutique *versus* apprentissage du zèle par le travail en atelier).

35 Du côté sanitaire, et dans la même mouvance réformatrice, après sa rénovation définitive prévue pour 2018, l'Hôpital psychiatrique de Cery dans le canton de Vaud devrait comporter trois nouvelles unités dont un *établissement de réhabilitation sécurisé* (ERS) pour adultes (20 lits)⁵³. Les filières d'admission y seront aussi bien pénales (art. 59) que civiles, puisque des individus présentant des risques de violence graves y seront placés à des fins d'assistance⁵⁴. Devançant ces projets en cours, l'hôpital psychiatrique de Belle-idée à Genève possède, depuis 2013, une unité de soins (18 lits) vouée uniquement à la prise en charge en milieu ouvert de patients « sous article 59 ».

36 Ces projets d'envergure visent à combler le déficit criant des lieux d'exécution des mesures thérapeutiques institutionnelles. Mais, simultanément, un autre paramètre majeur vient entraver le processus, celui des coûts économiques de telles entreprises. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en 2007, divers facteurs ont en effet contribué à une hausse des prix de pension : un accroissement régulier du nombre de journées de détention ; différentes modifications apportées aux établissements privatifs de liberté (extension de capacité d'accueil, transformation des bâtiments, renforcement de la sécurité) ; une augmentation des effectifs des différentes catégories de personnel accompagnée d'une intensification de l'encadrement et de la formation. Dès lors, pour l'ensemble du Concordat latin, le prix de pension, tous établissements et régimes de détention confondus, a progressé de plus de 30 % entre 2011 et 2015⁵⁵. Au final, c'est dans les « unités de mesures » de *Curabilis* que les coûts s'avèrent les plus élevés puisque le prix de pension quotidienne se chiffrerait à 591.00 francs pour l'année 2015⁵⁶.

37 Le bien-fondé de ces investissements ne fait évidemment pas consensus, certains acteurs politiques de l'extrême droite allant jusqu'à remettre en question le sens même des thérapies. Nathalie Rickli, conseillère nationale de l'Union démocratique du centre, en fait partie. Constatant qu'une journée dans la division fermée de l'établissement psychiatrique de Rheinau s'élève à 1239.00 francs, l'élue estime qu'il s'agit là d'un « affront pour les victimes »⁵⁷. Selon elle, en dépit des statistiques attestant de l'efficacité de ces mesures – le journaliste qui l'interroge évoque une étude allemande faisant état d'une diminution du taux de récidive de 20 % chez les condamnés ayant suivi une psychothérapie –, il conviendrait de faciliter les condamnations à des internements (art. 64 CPS) et ne soigner uniquement que les

individus susceptibles de sortir de prison.

- 38 Un mécanisme supplémentaire participe de l'augmentation significative des coûts. Depuis la révision du code pénal, l'activité des tribunaux témoigne en effet d'un accroissement des condamnations à des mesures thérapeutiques au détriment des internements. Entre 1999 et 2013, le nombre de personnes condamnées en exécution de peine et de mesure a connu une hausse de 35 %, notamment en raison de la crue des effectifs de détenus astreints aux mesures thérapeutiques (+ 172 personnes)⁵⁸. En 2013, sur les 563 individus condamnés à ce type de sanction, 322 suivent des traitements ambulatoires (art. 62 CPS), 111 relèvent de l'art. 59 CPS (troubles mentaux) et 109 de l'art. 60 CPS (addictions)⁵⁹. D'un côté, les juges multiplient les mesures par crainte de prononcer un internement ; de l'autre, sous la pression de l'opinion publique, ils tendent à en prolonger la durée. Au bout du compte, certaines condamnations se révéleraient être superflues et engendreraient des frais inutiles.

2) Soigner les détenus à l'hôpital ou les malades en prison ? L'embarras autour des « patients judiciaires ».

- 39 L'adoption du type de dispositifs hybrides que nous venons de décrire est symptomatique d'évolutions contrastées du milieu hospitalier observables, entre autres, au Danemark. Dans ce pays, la psychiatrie hospitalière a connu une baisse considérable du nombre de lits (11000 en 1976, 3000 en 2014) et on estime entre 15 à 20 % le manque de places dans les unités fermées en psychiatrie générale. Parallèlement, le nombre de patients astreints à des soins psychiatriques dans le cadre de l'accomplissement de leur peine a fortement augmenté, passant de 297 dans les années 1980 à 2638 en 2010, sans que les hôpitaux soient dûment équipés pour répondre à ce phénomène (Urfer-Parnas, Pedersen, 2014).
- 40 Écourter les séjours à l'hôpital a sans doute fragilisé des individus dont les troubles du comportement couplés à toutes sortes de délits mineurs tendent dès lors à les livrer à la justice pénale. Tel est du moins le diagnostic critique opéré par certains médecins en Suisse. « Dans les années soixante, les hôpitaux psychiatriques, nos anciens asiles, ont ouvert leurs portes, ce dont il faut bien entendu se féliciter. Mais, revers de la médaille, un bon nombre de ces malades qui autrefois étaient institutionnalisés à vie, participent de nos jours au remplissage des établissements pénitentiaires. Les actes antisociaux parfois très graves qu'ils commettent les conduisent aujourd'hui dans des établissements pénaux, bien souvent malgré leur état d'irresponsabilité totale. Les juges ne veulent dorénavant plus prendre le risque de l'évasion depuis un hôpital psychiatrique général et les placent en milieu carcéral » (Restellini, 2013, 5).
- 41 En somme, sous l'effet combiné des évolutions de deux politiques publiques – dans le champ de la santé mentale et dans le champ pénal – une population *sui generis* en est alors venue à se constituer et à se développer (Rutherford, 2010). Sans conclure pour autant à un « transfert » historique de catégories d'anciens internés psychiatriques vers les prisons, Harcourt (2008) se demande si le système pénal n'est pas arrivé à « capturer dans son plus large filet » des marginaux qui, en d'autres temps, étaient maintenus captifs dans d'autres institutions chargées du contrôle social (asiles psychiatriques compris). Or, parce que l'hôpital a voulu se départir de cette fonction pour devenir prioritairement un lieu de soins, l'accueil actuel de « patients judiciaires » pose des difficultés immenses pour un personnel mal préparé à y faire face (Archer, 1996 ; Brusquet, 2001 ; Mathis *et al.*, 2004).
- 42 Simultanément, les prisons hébergent de plus en plus des « détenus malades », mais sans avoir ni les moyens ni les compétences pour les prendre en charge convenablement⁶⁰. Il n'est pas excessif de penser que l'incarcération croissante

d'individus présentant des troubles mentaux fournirait d'une certaine manière une nouvelle légitimité aux usages sociaux de la prison. Devant le relatif échec de sa fonction dissuasive, la prison serait sous bien des aspects l'ultime refuge pour les relégués que d'autres institutions à vocation socio-sanitaire ne parviendraient plus (ou ne désireraient plus) accueillir. Ce qui n'est pas sans conséquences pour le travail des surveillants, au point que les dispositifs de soutien psychologique qui leur ont été récemment proposés accentueraient une tendance à la psychologisation des rapports de travail en prison. Si ces dispositifs permettent aux surveillants de mettre des mots sur les difficultés qu'ils rencontrent au quotidien, leurs causes structurelles – comme la pression induite par la surpopulation carcérale – sont dès lors masquées par un traitement purement individualisé (Rostaing, 2008).

43 C'est dans ce contexte qu'un état d'indécision perdure autour de la définition des lieux qui conviennent pour prendre en charge des patients judiciaires⁶¹. Certains défendent la nécessité de préserver une distinction franche entre l'hôpital (lieu de soins) et la prison (lieu de détention) ; dans cette perspective, les efforts devraient être dirigés vers l'amélioration des soins en milieu pénitentiaire plutôt que de développer des unités sécurisées dans les systèmes sanitaires de droit commun, au risque de renouer avec les dispositifs asilaires d'antan (Chabannes, 2004). D'autres auteurs mettent en exergue l'effet pervers consistant à accroître l'incarcération des malades mentaux au motif qu'ils peuvent bénéficier de soins à part entière en milieu carcéral (Bérard, Chantraine, 2008). Formulé autrement, le fait de favoriser l'accès aux soins en prison et d'améliorer la qualité des prestations pour les pathologies les plus graves rendrait socialement et judiciairement plus acceptable le placement des malades mentaux en établissement pénitentiaire.

44 Dans ce débat, une autre prise de position insiste sur l'importance pour les détenus malades d'accéder à un cadre de soins avec des règles de fonctionnement distinctes du cadre pénitentiaire ; c'est à cette condition que le sujet astreint à une obligation de soins peut espérer « être autre chose que ce que son statut pénal lui assigne » (Salas, 1998, 309). Au demeurant, cette vision est défendue par certains promoteurs d'unités hospitalières spécialement aménagées pour les détenus et pour qui le monde soignant aurait un rôle à jouer dans l'humanisation de la contrainte (Velpry, Eyraud, 2014)⁶². A bien des égards, être placé à l'hôpital permettrait aux détenus les plus vulnérables d'échapper aux conditions délétères de la prison, conditions propices aux crises de décompensation, aux passages à l'acte suicidaire et à l'isolement mortifère. « Inversement, l'application de certaines règles propres à certains services hospitaliers sécurisés crée un environnement parfois plus contraignant par rapport à celui de la prison, qui fait dire aux patients-détenus, dans une formule souvent rapportée par les psychiatres, qu'ils "préfèrent la prison à l'hôpital" » (Eyraud *et al.*, 2015, 21).

3) Les « alliances thérapeutiques » tronquées

45 Finalement, une question cruciale reste posée : quelle économie singulière des échanges est instituée par l'injonction pénale à suivre des soins psychiatriques ? Ceux qui ont pour mission d'appliquer l'ordonnance judiciaire se confrontent directement aux difficultés à établir une alliance thérapeutique avec les détenus percevant cette injonction comme une « forme injuste de punition » (Archer, 2001). Certains psychiatres suisses vont jusqu'à estimer que la réinsertion sociale serait davantage favorisée par des moyens socio-éducatifs plutôt que par le traitement médical préconisé par le législateur (Gravier, 2010). Ainsi, dans les pratiques, le corps médical se trouve dans l'inconfort de devoir proposer un traitement à quelqu'un qui n'est pas persuadé d'une telle nécessité et qui n'est guère disposé à « collaborer » avec des acteurs indissociablement liés au système pénal⁶³. Devant l'obligation de mettre en œuvre des mesures avec lesquelles ils ne sont pas toujours d'accord, les

soignants vivent avec des détenus des états de tension dont la résolution prend, selon Kaminski (2002), deux formes possibles. La première consiste à adopter une « éthique radicale du cloisonnement » en faisant abstraction du contexte judiciaire au moment de soigner. La seconde se caractérise par une « éthique de la collaboration subversive » manifeste dans des institutions socio-sanitaires qui se font les « avocates » des intérêts des personnes condamnées qu'elles envisagent avant tout comme des patients vulnérables.

46 Ces deux prises de position ont été observées par Camille Lancelevée (2016) dans son analyse comparative entre les services psychiatriques des prisons de Tourion (France) et de Grünstadt (Allemagne). Tandis que dans le premier le souci des professionnels est d'aménager un espace protégé pour ceux qui souffrent de l'incarcération, dans le second, l'accommodement avec l'enfermement carcéral se traduit par une posture de « neutralité technique ». Celle-ci consiste, dans la gestion de l'occupation des lits, à privilégier les cas dûment diagnostiqués sans faire une place aux situations qui relèvent de la souffrance liée à la détention. Mais, de leur côté, comment les destinataires réagissent-ils aux mesures thérapeutiques visant à réduire les risques de récidive auxquels ils sont associés ? La sociologue montre que si certains détenus acceptent le regard que l'institution porte sur eux et s'engagent volontairement dans un « travail sur soi », d'autres s'insurgent contre ce qu'ils identifient comme un outil de légitimation pour la prolongation de leur enfermement : « Certains se débattent, parfois très longtemps, avec des identités de papier difficiles à contester. La volonté d'ajuster la peine à la personnalité des détenus touche à l'absurde face aux personnes évaluées comme "inaccessibles au traitement". Le dispositif d'évaluation et d'accompagnement semble ici servir une politique de gestion des risques et légaliser un enfermement de neutralisation indéfini » (Lancelevée, 2016, 323).

47 Réalisée dans trois pénitenciers fédéraux canadiens, une autre étude met au jour les critiques et les tactiques déployées autour des programmes thérapeutiques (Chantraine, 2007, *passim*). Conscient que l'ensemble des décisions le concernant sont indexées à l'évaluation de sa dangerosité, le détenu-patient envisage avec défiance et distance ces programmes. Si certains adhèrent pleinement au plan de soins, la majorité d'entre eux critique sévèrement ces dispositifs et les appréhende comme une « pièce de théâtre » dans laquelle il s'agit de « montrer de la motivation » et de restituer les éléments de langage affectionnés par l'expert pour répondre à ses attentes⁶⁴. Néanmoins, lorsque les professionnels des services correctionnels ont le sentiment d'être instrumentalisés, la « conformité tactique » peut à l'inverse desservir les détenus. Leur attitude serait en fin de compte symptomatique de leur degré aigu de criminalisation⁶⁵. Si les critiques émises s'articulent généralement autour des notions d'arbitraire, d'incertitude et d'imprévisibilité, le système est également dénoncé pour son hypocrisie : au lieu d'une relation d'écoute, c'est une relation de chantage qui s'établit autour d'un mécanisme de contreparties. Mais il y a plus. Les détenus interrogés déplorent souvent l'inadéquation entre leurs difficultés réelles et les programmes qui leur sont proposés. Alors même qu'ils souhaitent consulter, et parce qu'ils n'entrent pas dans la catégorie des « addictions » ou de la « violence potentielle », ils se voient refuser tout suivi thérapeutique au motif qu'ils n'en ont pas besoin⁶⁶. En définitive, hormis les cas de libre consentement et d'adhésion aux soins, il s'avère qu'un très grand nombre de détenus se trouvent mis à l'écart du processus de définition de leurs propres besoins. Ils ne sont guère plus que des récipiendaires de programmes préconçus, lesquels font abstraction de données « jugées non pertinentes pour l'intervention »⁶⁷.

Conclusion

48 Sans être inédite dans l'histoire du droit pénal, la sanction thérapeutique a connu des évolutions majeures tant sur son sens que sur ses usages, métamorphoses dont l'article 59 du Code pénal constitue une illustration remarquable. Classiquement, l'obligation pénale de soins psychiatriques relève d'une *logique sécuritaire* (préserver l'ordre public) et d'une *logique médico-sociale* (soigner et accompagner des individus en état de besoin). Mais s'y est adjointe plus récemment une *logique libérale* qui, d'un côté, assouplit l'appareil répressif par l'instauration de garanties juridiques et, de l'autre, somme les individus de devenir responsables (Fassin *et al.*, 2013). Du côté des garanties juridiques, la protection des droits des détenus a connu des avancées indéniables dans la plupart des législations sous l'impulsion et la surveillance de la Cour Européenne des droits de l'homme (Bernardet *et al.*, 2002). Et les institutions qui les accueillent sont soumises à des contrôles par des instances externes qui veillent au respect des directives en matière de contrainte médicale (ASSM, 2002). Pour autant, l'impact de ces transformations progressistes demande à être nuancé. Chantraine (2006) souligne en effet les paradoxes constitutifs de ce qu'il désigne comme un mode de gestion de la population carcérale de type « post-disciplinaire ». Dans cette nouvelle configuration, si le respect des droits des détenus est un principe incontournable, ces droits sont toujours négociés et modulés par un système de privilèges. Leviers de protestation, de revendication et de résistance, les droits des détenus ont fini à bien des égards par être assujettis au fonctionnement de la prison et à l'une de ses principales missions : préserver la paix intérieure.

49 Toujours est-il que les détenus sont également envisagés comme des usagers des services publics, au point que certains auteurs parlent d'« empowerment des populations captives » et d'« avènement d'un État pénal actif » (Kaminski, 2006, 324). Une nouvelle figure du sujet pénal émerge avec cette philosophie qui consiste à responsabiliser l'individu non seulement pour le crime commis, mais aussi pour la peine ou la mesure à exécuter. Le sujet n'est plus tellement contraint de se conformer, mais davantage invité à *se transformer*. Cet impératif de l'utilité sociale de la sanction et cet appel à la responsabilisation du justiciable seraient des mouvements récents qui « [...] troublent les frontières classiques entre le droit pénal et le droit civil » (*idem*, 326). L'auteur en donne pour preuve la prégnance de la contractualisation par laquelle sont formalisés divers engagements à respecter, y compris thérapeutiques, pour pouvoir envisager une libération. Or, la pénétration de ce type de normes libérales au sein même du milieu carcéral – normes centrées autour du travail sur soi en vue d'une responsabilisation – se révèle pour le moins paradoxale et indifférente aux inégalités de fait : « La prison, en bout de course des circuits d'exclusion, constitue une forme épurée de ces processus, dans lequel l'exigence socialement imposée de se comporter comme un individu devient une lourde charge lorsque les individus ne possèdent pas les conditions pour agir » (Chantraine, Mary, 2006, 268).

50 Dans un contexte de contrainte judiciaire, il va sans dire que la notion de « contrat » reçoit une signification ambiguë qui soulève des questionnements imparfaitement résolus. D'une part, ces conditions contractuelles risquent de favoriser une attitude utilitariste ressentie avec difficulté par les soignants : parce qu'elle permet un sursis avec mise à l'épreuve et donc un abrègement de la durée de l'emprisonnement, l'acceptation de suivre un traitement peut s'apparenter à une tactique plutôt qu'à un réel engagement (Louzon, Salas, 1998). D'autre part, la responsabilisation s'accroît chez celui qui est sommé de performer le programme thérapeutique en devenant en quelque sorte « le gestionnaire de sa propre sanction ». Exceptionnelle par rapport au régime pénal traditionnel, cette nouvelle forme plus souple de la contrainte pénale n'exclut pas la pression morale et judiciaire pour celui qui faillirait à ses engagements. D'où la confusion qualifiée par Salas (2005) de « dangereuse », qui consiste à imputer la durée de la peine sur celle du

soin : la justice pénale risque ainsi de devenir une instance qui sanctionne l'échec de la thérapie.

Bibliographie

Académie suisse des sciences médicales (ASSM), 2002, *L'exercice de la médecine auprès de personnes détenues*, Directives médico-éthiques de l'ASSM, Berne.

Archer E., 1996, L'hospitalisation des détenus dans les services de psychiatrie générale, *L'Information psychiatrique*, 72, 53-62.

Bérard J., Chantraine G., 2008, La carcéralisation du soin psychiatrique, *Vacarme*, 42, 91-94.
DOI : 10.3917/vaca.042.0091

Bernardet P., Douraki T., Vaillant C., 2002, *Psychiatrie, droits de l'homme et défense des usagers en Europe*, Ramonville Sainte-Agne, Erès.
DOI : 10.3917/eres.vaill.2002.01

Bertrand D., Niveau G. (dir.), 2006, *Médecine, santé et prison*, Chêne-Bourg, Médecine & Hygiène.

Bourdieu P., 1997, *Méditations pascaliennes*, Paris, Seuil.

Brägger B., 2014, Massnahmenvollzug an psychisch kranken Straftätern in der Schweiz : Eine kritische Auslegeordnung, *SZK*, 02, 36-44.

Brägger B., 2012, Exécution des peines en milieu ouvert. L'exemple des établissements de Witzwil, Bösing, En ligne : <http://www.be.ch/dam/documents/portal/Medienmitteilungen/fr/2012/08/2012-08-06-thesen-kampagne-witzwil-fr.pdf> consulté le 23.01.2017.

Brusquet A., 2001, *Prise en charge des personnes détenues hospitalisées d'office. Analyse et propositions pour une organisation des soins psychiatriques dans le Département des Bouches du Rhône*, Rennes, Ecole nationale de santé publique.

Chabannes J.-M., 2004, Les Unités d'hospitalisations spécialement aménagées (UHSA) ou le résultat d'un divorce malheureux, *Information psychiatrique*, 4, 80, 291-294.

Chantraine G., Mary P., 2006, Introduction. Prisons et mutations pénales, nouvelles perspectives d'analyse, *Déviante et société*, 30, 3, 267-271.

Chantraine G., 2007, Gouvernement des prisons et résistances infrapolitiques, in Cicchini M., Porret P. (dir.), *Les sphères du pénal avec Michel Foucault. Histoire et sociologie du droit de punir*, Lausanne, Antipodes, 181-193.

Chantraine G., 2006, La prison post-disciplinaire, *Déviante et société*, 30, 3, 273-288.

Darley M., Lancelevée C., Michalon B., 2013, Où sont les murs ? Penser l'enfermement en sciences sociales, *Culture et conflits*, 90, 7-20.

Eyraud B., Velpry L., Doron C.-O., Lancelevée C., Litzler A., Protais C., Saetta S., 2015, La création des USHA : une nouvelle régulation de l'enfermement ?, *Déviante & Société*, 39 (4), 429-453.

Fassin D., 2015, *L'ombre du monde. Une anthropologie de la condition carcérale*, Paris, Seuil.

Fassin D. et al., 2013, *Juger, réprimer, accompagner. Essai sur la morale de l'État*, Paris, Seuil.

Fischer S., 2012, Internement : l'explosion des mesures thérapeutiques, *Plaidoyer*, 3, 9-10.

Foucault M., 2013, *La société punitive. Cours au Collège de France, 1972-1973*, Paris, Gallimard.

Foucault M., 2001a, L'évolution de la notion d'« individu dangereux » dans la psychiatrie légale du XIX^e siècle [1978], *Dits et écrits, II, 1976-1978*, Paris, Gallimard, 443-464.

Foucault M., 2001b, Enfermement, psychiatrie, prison [1977], *Dits et écrits II, 1976-1978*, Paris, Gallimard, 332-360.

Garland D., 1998, Les contradictions de la « société punitive » : le cas britannique, *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 124, 49-67.

Gasser J., 2010, Quelle place pour les neurosciences dans les procédures judiciaires, en particulier dans l'expertise psychiatrique ?, *Schweizer Archiv Für Neurologie Und Psychiatrie*, 161, 8, 299-304.

Gasser J., Gravier B., 2007, Quelques conséquences de l'application du nouveau Code pénal suisse sur la psychiatrie légale, *Revue Médicale Suisse*, 3, 125, 2103-2106.

Gravier B., 2010, La psychiatrie pénitentiaire toujours plus présente (entretien), *Bulletin Info*,

Informations sur l'exécution des peines et des mesures, 2, 12-15.

Gravier B., Eytan A., 2011, Enjeux éthiques de la psychiatrie sous contrainte, *Revue Médicale Suisse*, 309, 7, 1086-1811.

Gros F., 1998, Le nouveau punissable, in Louzon C., Salas D. (dir.), *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité et éthique*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 299-301.

Hannah-Moffat K., 2005, Criminogenic Need and the Transformative Risk Subject: The Hybridization of Risk and Need in Penalty, *Punishment and Society*, 1, 29-51.
DOI : 10.1177/1462474505048132

Harcourt B. E., 2008, Repenser le carcéral à travers le prisme de l'institutionnalisation : sur les liens entre asiles et prisons aux États-Unis, *Champ pénal/ Penal Field*, vol. V.
DOI: <https://champpenal.revues.org/7562>.

Heer M., 2007, *Basler Kommentar, Strafrecht I*, Basel, Helbing Lichtenhahn.

Kaminski D., 2006, Un nouveau sujet de droit pénal ?, in Digneff F., Moreau T. (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 323-342.

Kaminski D., 2002, Remise en cause des politiques de prise en charge des toxicomanes, *Les soins obligés ou l'utopie de la triple entente*, Actes du XXXIIe Congrès français de criminologie, Paris, Dalloz, 131-136.

Keel J., 2010, Prison et clinique : une offre complémentaire (entretien), *Bulletin Info, Informations sur l'exécution des peines et des mesures*, 2, 3-4.

Kuhn A., Perrier Depeursinge C., Brun D., 2014, Dangerosité, mesures et droit pénal : un ménage à trois voué au divorce, ou le grand retour de la justice restaurative, *Revue Pénale Suisse*, 132, 4, 353-366.

Kuhn A., Vuille, J., 2010, *la justice pénale. Les sanctions selon les juges et l'opinion publique*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes.

Lancelevée C., 2016, Quand la prison prend soin. Enquête sur les pratiques professionnelles de santé mentale en milieu carcéral en France et en Allemagne, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur de l'EHESS, Paris. Accessible en ligne : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01395632>.

Lascoumes P., Le Galès P., 2005, *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po.

Louzon C., Salas D. (dir.), 1998, *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité et éthique*, Ramonville Saint-Agne, Erès.

Mahi L. 2015, De(s) patients détenus. Se soigner dans un environnement contraint, *Anthropologie et santé*, 10, 2-18.

Mathis D., Hanon C., Pastour N., Forissier P., Feillard J., 2004, Psychiatric hospitalization of prisoners : conditions and modalities, *L'Information Psychiatrique*, 80, 4, 285-289.

Moulin V., Gasser J., 2015, Evaluation du risque de récurrence dans les expertises pénales : quels outils ? Quels indicateurs ? Quelles pratiques ?, *Revue Médicale Suisse*, 486, 11, 1710-1714.

Moulin V., Gasser J., 2012, Intérêt et limites de l'évaluation du risque de récurrence d'actes illégaux dans les expertises psychiatriques, *Revue Médicale Suisse*, 354, 8, 1775-1780.

Muscionico M., Eytan A., 2014, Du vécu de dangerosité à l'être dangereux : défis cliniques et visions de société, *Revue Médicale Suisse*, 442, 10, 1705-1710.

Paratte N., 2014, Die Rolle der Sozialen Arbeit in geschlossenen Massnahmevollzugsanstalten. Ein kritischer Blick auf eine reine Ausgestaltung des Vollzuges nach Massstäben der Risikoorientierung, *SZK*, 2, 25-36.

Protas C., Moreau D., 2009, L'expertise psychiatrique entre l'évaluation de la responsabilité et de la dangerosité, entre le médical et le judiciaire. Commentaire du texte de Samuel Lézé, *Champ pénal/ Penal Field*, vol. VI. DOI : <https://champpenal.revues.org/7120>
DOI : 10.4000/champpenal.7557

Protas C., 2010, L'instrumentalisation de l'expert psychiatre par le juge sur des cas postulant à l'irresponsabilité psychiatrique pour cause de troubles mentaux : fiction ou réalité ?, *Recherche Droit et justice*, 35, 10-11.

Queloz N., 2014, Les mesures thérapeutiques et de sûreté dans le droit pénal suisse, in La Harpe R., Ummel M., Dumoulin J.-F. (dir.), *Droit de la santé et médecine légale*, Genève, Médecine et Hygiène, 629-636.

Queloz N., 2013, Les dérives des politiques pénales contemporaines. La fin de l'ultima ratio du droit pénal ?, *SZK*, 2, 3-8.

Queloz N., 2011, Le projet de « révision de la révision » du droit des sanctions pénales : le système juridique suisse est-il devenu instable ?, Symposium international à l'occasion du

20^{ième} anniversaire de la fondation de la Faculté de droit, 19-19 novembre 2011, Université de Craiova (Roumanie).

Queloz N., Munyankindi R., 2009, Art. 59 et art. 60 CP : Traitement des troubles mentaux et traitement des addictions, in Roth R., Moreillon L. (éd.), *Code pénal I, Art. 1-110 CP – Commentaire romand*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 572-587.

Quirion B., 2006, Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie, *Criminologie*, 39, 2, 137-164.

DOI : 10.7202/014431ar

Restellini J.-P., 2013, Sanctionner ou guérir : faut-il encore choisir ?, in Queloz N., Luginbühl U., von Mandach L. (éd.), *Tirer à la même corde : mise en réseau et collaboration interdisciplinaire dans l'exécution des sanctions pénales*, Berne, Stämpfli, 85-96.

Rostaing C., 2008, A chacun son psy. La diffusion des pratiques psychologiques en prison, *Sociologies pratiques*, 17, 81-94.

DOI : 10.3917/sopr.017.0081

Roth R., 2008, Mesures de sûreté et nouveau droit : confirmations, évolutions et paradoxes, *Revue Pénale Suisse*, 3, 243-257.

Rutherford M., 2010, *Blurring the Boundaries: the convergence of mental health and criminal justice policy, legislation*, Sainsbury, Sainsbury Centre for mental health.

Saetta S., 2016, Inciter des auteurs d'infractions à caractère sexuel incarcérés à se soigner. Ethnographie d'un établissement pénitentiaire et d'un service de soins spécialisés, *Champ pénal/ Penal field* [En ligne], vol. XIII | DOI : 10.4000/champpenal.9401.

Salas D., 2005, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette.

Salas D., 1998, L'homme qui chavire, in Louzon C., Salas D. (dir.), *Justice et psychiatrie. Normes, responsabilité et éthique*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 307-312.

Urfer-Parnas A., Pedersen L., 2014, A propos des mesures coercitives au Danemark, in Pascal J.-C. & Hanon C. (dir.), *Consentement et contrainte dans les soins en psychiatrie*, Montrouge, Doin, 247-267.

Velpry L., Eyraud B., 2014, Confinement and psychiatric care: a comparison between high-security units for prisoners and for difficult patients in France, *Cult Med Psychiatry*, 38, 550-577.

DOI : 10.1007/s11013-014-9400-0

Viredaz B., Thalmann V., 2013, *Introduction au droit des sanctions*, Zurich, Schulthess Editions romandes.

Young C., 2016, Penser le conflit professionnel. Sécurité et thérapie dans une prison suisse, *Sociétés contemporaines*, 103, 43-64.

Notes

1 Selon ce système dualiste, introduit dans le code pénal suisse en 1937, tandis que les peines découlent d'un jugement en culpabilité de l'auteur, les mesures sont prononcées à des fins de traitement et/ou de sécurité. Au contraire d'une peine privative de liberté, clairement définie dans le temps, une mesure est prononcée sur la base d'une durée indéterminée et son efficacité doit être régulièrement contrôlée.

2 Afin de privilégier les soins, l'exécution des mesures thérapeutiques institutionnelles précède celle de la peine privative de liberté prononcée conjointement (art. 57 CPS) (Queloz, 2014).

3 « Internements en Suisse ; rapport donnant suite au postulat 13.3978 Rickli du 27 septembre 2013 », Berne, le 1^{er} juillet 2015, p. 4.

4 Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales entrée en vigueur et application du code pénal) du 21 septembre 1998, p. 1885.

5 Lors de la révision du code pénal de 2007, l'« internement des délinquants d'habitude » (art. 42 CPS) et l'« internement des délinquants anormaux » (art. 43 CPS) ont été remplacés par une seule forme d'internement (art. 64 CPS). Ce dernier vise des individus réputés dangereux et dont on présume que le traitement du trouble mental est voué à l'échec. Au total, en décembre 2013, 144 personnes étaient internées en Suisse dont la majorité se trouvait en établissement fermé ou en établissement d'exécution des mesures.

6 Dans l'ensemble, il existe plusieurs modalités d'une injonction pénale de soins : les mesures thérapeutiques institutionnelles pour le traitement d'un trouble mental grave (art. 59 CPS), pour les addictions (art. 60 CPS) et pour les jeunes adultes atteints de graves troubles du développement de la personnalité (art. 61 CPS). Au lieu d'un traitement institutionnel, le tribunal peut aussi ordonner un traitement ambulatoire en cas de trouble mental et

d'addictions (art. 63 CPS). Pour ce qui est des mesures d'internement, « l'auteur est soumis, si besoin est, à une prise en charge psychiatrique » (art. 64 CPS, al. 4).

7 Notons au passage que la responsabilisation concerne avant tout le respect des prescriptions médicamenteuses. Contrairement aux détenus en exécution d'une peine privative de liberté qui ont l'obligation d'exercer un travail, les condamnés à une mesure thérapeutique sont simplement « incités » à travailler et pour autant que le traitement le requière ou le permette (art. 90 CPS).

8 C'est cette perspective théorique que nous adoptons dans une étude socio-historique soutenue par le Fonds national suisse portant sur un dispositif introduit dans le code civil suisse en 1981 : la *privation de liberté à des fins d'assistance*. Ludovic Maugué, Delphine Moreau et Sandrine Maulini collaborent à cette recherche sous la direction de Cristina Ferreira et de Jacques Gasser. Bien que secondaire, l'un des objectifs poursuivis est de mettre en perspective la rationalité qui préside aux mesures de contrainte dans le civil (placements forcés) et dans le pénal. Nous nous concentrons ici sur cette dernière.

9 Par contre, les mesures définies à l'art. 60 (addictions) ont une durée maximale fixée à 3 ans et le juge ne peut prolonger la mesure qu'une seule fois et pour un an.

10 Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse, *op. cit.*, p. 1887.

11 En France, ces clivages se sont manifestés de manière particulièrement intense au moment de la création de la première Unité Hospitalière Spécialement Aménagée (UHSA) en 2010 à Lyon (Eyraud *et al.*, 2015). Parmi les dénonciateurs du « virage punitif » auquel ils associaient de telles unités figuraient des acteurs de la société civile, des professionnels de la psychiatrie et des psychiatres responsables de ces unités. Les défenseurs – pouvoirs publics et certains psychiatres – ont surtout mis en avant l'accès aux soins pour les détenus.

12 Parmi les évolutions maintes fois observées et regrettées, figure l'incarcération massive pour des délits mineurs couplée à la prévalence en hausse des maladies mentales au sein de la population carcérale (Bertrand et Niveau, 2006). En France, on estime à 36 % le nombre de détenus atteints de troubles psychiatriques (Fassin, 2015).

13 Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse, *op. cit.*, p. 1874.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 L'évaluation des risques relevant de la compétence de l'expert, celui-ci serait devenu, pour certains auteurs, le véritable « juge » (Kuhn *et al.* 2014).

17 La réduction des peines privatives de liberté de courte durée – jugées onéreuses – a non seulement entraîné des économies par une diminution des coûts d'exécution des peines de détention, mais a généré des recettes supplémentaires grâce au système des jours-amende. D'après les calculs de Nicolas Queloz (2011), l'ensemble des collectivités publiques suisses a bénéficié d'un gain de 160 millions de francs par an (80 millions d'économies réalisées avec la nette diminution des incarcérations et 80 millions de francs générés par les rentrées des nouvelles peines pécuniaires).

18 Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse, *op. cit.*, p. 1790.

19 Il s'agit du postulat Sahlfeld du 5. 12. 1974 (« Peines privatives de liberté de courte durée. Amendes journalières »), de l'interpellation Schärli du 11.12. 1980 (« Exécution des peines et des mesures. Nouvelles méthodes ») et de la motion Longet du 21. 3. 1985 (« Peines de substitution. Révision du CPS »).

20 Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse, *op. cit.*, p. 1791. Dans ce document sont mentionnés : le postulat Béguin du 6. 12. 1989 (« Code pénal. Modification touchant les grands criminels »), le postulat Scherrer Jiirg du 14. 12. 1993 (« Internement des maniaques sexuels ») et de la motion Aeppli Wartmann du 3. 10. 1996 (« Exécution de l'internement des auteurs d'actes de violence »).

21 Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse, *op. cit.*, p. 1792.

22 La notion de responsabilité se divise en deux facultés – cognitive et volitive – et, pour le droit pénal suisse, si l'une de ces deux facultés est absente, l'irresponsabilité pénale peut être prononcée. De même, si l'une des deux facultés est diminuée, le juge peut déclarer une diminution de la responsabilité. Toutefois, lorsque l'irresponsabilité pénale est reconnue – ce qui aboutit à l'absence d'une sanction pénale –, la justice dispose de mesures « en vue de protéger l'ordre social de ces personnes qui, à cause de leurs difficultés, mettent en danger la société » (Gasser, 2010, 301). Parmi ces mesures, figurent les placements à des fins d'assistance qui relèvent du code civil.

23 Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse, *op. cit.*,

p. 1875.

24 En 2009, la période estivale a été marquée par une session parlementaire spécialement organisée pour débattre ces sujets (Queloz, 2011).

25 Examinant le cas britannique qui a connu les mêmes revirements brusques à la fin des années 1980, Garland qualifie de « schizoïde » une criminologie officielle fortement polarisée. Selon l'humeur politique, cette criminologie peut tantôt servir à modérer des peurs excessives et à encourager des actions préventives, tantôt à exciter « les hostilités populaires et à soutenir que l'Etat doit punir davantage » (Garland, 1998, 64).

26 Conseil fédéral, « Rapport explicatif relatif à la réforme du droit des sanctions », Berne, 30.06.2010. (Rapport disponible sous: <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/1936/Bericht.pdf>).

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

28 Conseil fédéral, Message relatif à la modification du code pénal - Réforme du droit des sanctions du 04.04.2012, in *Feuille fédérale* 2012, 4385-4418 (citation pp. 4395-4396) (disponible sous : <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2012/4385.pdf>).

29 *Ibid.*

30 Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse, *op. cit.*, p. 1892.

31 Rapport relatif au postulat 11.4072 Amherd du 15 décembre 2011. Contrôle de l'exécution des peines et des mesures en Suisse, Berne, le 18 mars 2014, Département Fédéral de justice et de police.

32 Deux autres initiatives populaires fédérales lui ont rapidement succédé : en 2008 sur « les auteurs d'actes d'ordre sexuel ou pornographique sur des enfants » et en 2010 sur « les étrangers criminels ».

33 Arrêt du Tribunal fédéral (cour de droit pénal) du 14 avril 2014 dans la cause de A. contre Ministère public de la République et canton de Genève (6B_1045/2013).

34 *Ibid.*

35 Foucault (2013) distingue quatre grandes tactiques pénales – l'exclusion, la marque, le rachat et l'enfermement – qui ont caractérisé historiquement les régimes punitifs des sociétés occidentales.

36 Arrêt du Tribunal fédéral (Cour de droit pénal) du 5 mai 2011 dans la cause X. contre Ministère public du canton de Vaud (recours en matière pénale) (6B_854/2010).

37 Avec la révision du code pénal, plusieurs initiatives ont été prises afin de développer les compétences des experts pour répondre aux mandats judiciaires : création en 2008 d'une Société suisse de psychiatrie forensique, d'un certificat de psychiatrie forensique au niveau national et, en 2011 dans le canton de Vaud, ouverture de l'Institut de psychiatrie légale rattaché au Département de psychiatrie du Centre Hospitalier universitaire vaudois (CHUV).

38 Sur ces inégalités, à notre connaissance, aucune recherche empirique en sciences sociales n'a été réalisée en Suisse.

39 Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse, *op. cit.*, p. 1882.

40 Modification du 24 mars 2006, Code pénal suisse et Code pénal militaire, Correctifs en matière de sanctions et de casier judiciaire.

41 La plupart des établissements spécialisés se trouvent en Suisse alémanique dont certains développent le modèle de la communauté thérapeutique et de l'encadrement pluridisciplinaire (comme Bitzi dans le canton de Saint-Gall, Im Schache à Soleure et St Joannes à Berne) (Restellini, 2013).

42 U. Hafner, 2 février 2015, « Therapie ohne Therapeut », *Neue Zürcher Zeitung*.

43 « Internements en Suisse ; rapport donnant suite au postulat 13.3978 Rickli du 27 septembre 2013 », Berne, le 1^{er} juillet 2015.

44 Le rapport n'explique pas la distinction opérée entre établissement fermé et prison. Le terme de « prison » se rapporte probablement ici aux lieux de détention provisoire, tels que l'établissement en surpopulation chronique de Champ-Dollon à Genève.

45 C'est en 2009, dans le canton de Zurich, qu'a été créé le premier établissement spécifiquement destiné aux condamnés à une mesure selon l'art. 59 CPS.

46 « Catalogue des établissements pénitentiaires » (dernière actualisation septembre 2014). Office fédéral de la statistique OFS. Division santé et affaires sociales. Encyclopédie statistique de la Suisse, No. be-f-19.03.05-kat-2014.09.

47 Rapport au Conseil d'État 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.

48 ATF 137 IV 201 (nous soulignons).

49 Il s'agit d'un établissement concordataire commun aux cantons latins (Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel, Tessin, Valais, Vaud) et pouvant de ce fait accueillir leurs détenus.

50 Sophie Roselli, 17.04.2015, « Un an après sa création, la prison de soins Curabilis n'est qu'à moitié ouverte », *Tribune de Genève*.

51 En septembre 2013 à Genève, une psychothérapeute (Adeline) est assassinée lors d'une sortie par un condamné qui exécutait sa peine depuis un an dans le centre de psychothérapie de la « Pâquerette » (communauté thérapeutique en milieu carcéral, qui a été fermée depuis cet événement).

52 À propos du système concordataire, voir encadré *supra*.

53 Les deux autres sont une unité de soins psychiatriques fermée pour mineurs (10 lits), placés à fin d'assistance par la justice civile, et une unité d'hospitalisation psychiatrique de crise (14 lits) et d'hospitalisation de jour (16 places) pour des personnes souffrant d'un handicap mental.

54 Grand Conseil du Canton de Vaud, Exposé des motifs et projet de décret accordant un crédit d'investissement de 106.6 millions de francs pour la construction d'un nouveau bâtiment et la rénovation partielle du bâtiment 20 sur le site de Cery. Février 2013.

55 Dans les établissements de la plaine de l'Orbe (EPO), l'exécution d'une sanction pénale dans l'unité psychiatrique se chiffre quotidiennement à 368.00 francs suisses en 2015 contre 275.00 francs quatre ans auparavant.

56 La Conférence latine des chefs de Départements de Justice et Police, « Décision du 29 octobre 2010 fixant les prix pour la journée de détention avant jugement ou d'exécution d'une sanction pénale en force ou à titre anticipé, effectuée dans les établissements des cantons partenaires du Concordat latin » (État au 1^{er} janvier 2015).

57 D. Lachat, 19 juillet 2013, « Therapien verteuern Strafvollzug », *Tagblatt*.

58 « Effectif élevé dans les prisons et recul du nombre de détenus mineurs », Communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique du 27 janvier 2014.

59 OFS, *Statistique des condamnations pénales* (SUS) (état du casier judiciaire au 30 juin 2014). Le droit pénal comprend également des sanctions non privatives de liberté, dont les mesures d'accompagnement assorties de règles de conduite (par exemple un suivi médical).

60 Dans le canton de Genève, 50 % de la population incarcérée dans une prison préventive est sous traitement médicamenteux dont une majorité de psychotropes à visée anxiolytique et/ou dépressive. Rapport au Conseil d'État du canton de Genève concernant la visite par la Commission nationale de prévention de la torture à la prison de Champ-Dollon les 19, 20 et 21 juin 2012, Berne, le 12 février 2013.

61 Cette problématique est particulièrement abordée en France où, depuis le XIX^e siècle, la dichotomie entre l'enfermement sanitaire et l'enfermement carcéral a été un enjeu de luttes pour les psychiatres (Eyraud *et al.*, 2015).

62 De l'avis d'un spécialiste de l'exécution des peines, l'idéal serait de constituer une « chaîne de traitement » par un rapprochement entre les cliniques psychiatriques et les établissements pénitentiaires (Keel, 2010).

63 Ajoutons à cela que les mesures judiciaires n'impliquent pas la possibilité de traiter une personne contre son gré. En situation d'urgence, le médecin peut néanmoins se passer de l'accord d'un patient présentant une incapacité de discernement causée par un trouble psychique majeur avec un risque de gestes auto ou hétéro-agressifs (ASSM, 2002).

64 À l'inverse, les soins prodigués dans un environnement contraint sont souvent mieux acceptés par les patients lorsqu'ils consistent en un traitement somatique (Mahi, 2015).

65 De façon similaire, Lancelée (2016) a pu observer la confirmation aux yeux des soignants de la « perversité » de détenus suspectés d'inauthenticité dans l'expression dramatisée de leurs pleurs afin d'obtenir des bénéfices (pouvoir rester dans le service de soins au lieu de retourner dans leur cellule).

66 A la différence des besoins qui peuvent être exprimés par les détenus, les « besoins criminogènes » définis par l'expertise psycho-criminologique équivalent à des « facteurs de risque dynamiques » tels que les attitudes antisociales, le contrôle de la colère, la faible maîtrise de soi, l'abus de drogues. Dans cette optique savante, si les facteurs *statiques*, comme l'âge et le passé criminel, offrent moins de prise pour les thérapies, les facteurs dynamiques peuvent être modifiés au moyen de programmes ciblés (Quirion, 2006).

67 Voir à ce propos Hannah-Moffat (2005).

Pour citer cet article

Référence électronique

Cristina Ferreira et Ludovic Maugué, « Prévenir le risque de récidive par l'obligation de soins : les apories de l'article 59 du code pénal suisse », *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. XIV | 2017, mis en ligne le 17 février 2017, consulté le 08 mars 2017. URL : <http://champpenal.revues.org/9473> ; DOI : 10.4000/champpenal.9473

Auteurs

Cristina Ferreira

Sociologue et professeure associée, Unité de recherche en santé, Haute Ecole de santé Vaud. Contact : Cristina.Ferreira@hesav.ch

Ludovic Maugué

Historien et collaborateur scientifique, Unité de recherche en santé, Haute Ecole de santé Vaud. Contact : Ludovic.Maugue@hesav.ch

Droits d'auteur

© Champ pénal