

«Dis! C'est quoi une attestation de participation active aux audiences des tribunaux?»

Devant les énigmes littérales, le dictionnaire reste toujours notre meilleur ami. Aussi avons-nous appris que «participer» c'est d'une part, prendre part, et d'autre part, avoir part.

Le premier sens tend vers une action, souvent parmi d'autres, comme participer à une danse ou à un jeu. Sauf qu'ici, il s'agit d'une audience, où se croisent parfois des actions, au sens large. L'on vous demande ainsi que l'une d'elles soit la vôtre. Au cinéma, on appelle cela faire de la figuration intelligente. Bien sûr, quand on est acteur en herbe, on n'a le choix que de quelques petits rôles dans de mauvais films. Et surtout, comment en trouver dix, en l'espace de deux ans, qui veulent bien solliciter votre intelligence au sens figuré.

Le second sens, à nos yeux plus charmant, tend vers un état d'être, être là simplement, être là en partage. Assister à la solitude d'un magistrat, aux doutes d'un avocat, à la douleur d'une victime. Etre là pour entendre le bon mot qui fait basculer un procès, voire même un destin. Regarder le langage des mains, déchiffrer un sourire. S'inspirer d'une logique ou de ce qu'il ne

faut pas dire ou laisser dire. Etre là pour entendre ceux qui savent faire silence ou ceux qui se réconcilient. En bref, assister à la vie de la justice et son fonctionnement.

L'adjectif «active» que les auteurs du Règlement ont fait suivre le mot «participation» laisse, à l'évidence, penser que leur intention était le premier sens.

Les cinéastes nous diront pourtant que c'est en regardant de bons films qu'on devient de bons cinéastes. Sûrement pas en figurant, même avec intelligence, dans des séries B.

Sachant que les deux attestations de plaidoirie déjà obligatoires sont suffisantes pour mesurer les capacités des avocats-stagiaires, créons simplement une carte nommée procès-fidélité de dix coupons que les magistrats déchireront, une fois qu'ils se seront assurés de la présence de l'avocat-stagiaire durant toute la durée de leurs audiences. Ceux-ci auront fait le tour des juridictions, ceux-là n'auront pas à subir des demandes d'improbables mise en liberté en vue d'attestation.

A.S.

AGENDA

FÉVRIER

- visite du TF (date à fixer)
- 10 février 2004, 8h30: visite de Champ-Dollon
- 25 février 2004, 14h00: visite de Champ-Dollon

MARS

- 12 au 14 mars 2004: concours de ski de l'OdA à Champéry
- 19/20 mars 2004: ateliers de plaidoirie avec le Prof. Bensimon
- 25 et 27 mars 2004: ateliers de plaidoirie avec le Prof. Bensimon
- 26 mars 2004: concours Michel Nançoz
- 31 mars 2004: répétition générale de la RODA, salle des fêtes de Chêne-Bougeries

AVRIL

- 1er avril 2004: Assemblée générale du Jeune Barreau
- 2 avril 2004: Assemblée générale de l'OdA, suivie du banquet et de la traditionnelle Revue

CONTACT

STR@jeunebarreau.ch
Réd.-en-chef: Afshin Salamian
Comité de rédaction: Adrienne Ody,
Anne Jung.

SOUS TOUTES RÉSERVES

Publication satirique proposée par le Comité du Jeune Barreau

LE MOT DU PETIT BATON

STR change de fois en fois. Et pas seulement parce qu'il modifie sa couleur à chaque livraison (ce qui démontre néanmoins que notre rédacteur en chef a du goût). Il est tantôt léger, tantôt drôle, tantôt agaçant, parfois un peu tout ça à la fois. C'est sa vocation. Il est parfois plus sérieux, lorsqu'il s'agit de temps en temps de parler de droit (ce qui, on finit par s'en rendre compte, arrive toujours un jour ou l'autre lorsqu'on a choisi le métier d'avocat). C'est un peu aussi sa mission.

Les votations du 8 février prochain contiennent un objet qui doit interpeller les praticiens du droit que nous sommes. Il y est question de délinquants, de sanctions, de privation de liberté. On touche là à des problèmes qui font partie de l'essence de la profession, qui ont fondé chez beaucoup le désir de rejoindre le barreau. STR ouvre donc ses colonnes à une

Édito

analyse critique de l'initiative sur l'internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables.

Outre son importance, ce thème a un autre avantage: nous ne vous parlerons pas dans ce numéro des examens de brevet! Nous réservons à une prochaine édition le sujet dont on parle actuellement dans tous les bons salons et dont notre "petit protêt" vous offre un aperçu: les attestations de participation active aux audiences. Le débat philosophique fait rage, autour d'une question essentielle: mais qu'est-ce que la commission d'examen et le département ont bien pu vouloir dire par «participation active»? Et on se rend compte qu'une fois encore, le débat juridique est au fond un atelier de vocabulaire et que l'application de la règle semble avoir été uniformisée au moyen du principe le

plus simple: que chacun fasse comme il veut.

Heureusement qu'on nous a épargné les attestations de «participation visiblement active» et autres «participation activement ostensible»...

Dans l'intervalle, sortez vos anoraks et préparez vos ovo-sport; nous vous attendons à Champéry les 12-14 mars 2004 pour notre concours de ski. Une seule promesse: nous n'organiserons pas les slaloms au Pas-de-Chavanette. Pour le reste, attendez-vous à tout.

Fabrizio La Spada

Premier Secrétaire
premier.secretaire@jeunebarreau.ch

Interview de Madame Jacqueline Empeyta

Question d'engagement...

- A votre avis, qu'est-ce qui a empêché l'Ordre des Avocats de Genève d'avoir une Bâtonnière jusqu'à ce jour?

L'aveuglement persistant de l'électorat.

- Certains disent que «l'avocat est un homme au-dessus des hommes». Vous arrivez à y croire, vous?

J'y crois parce que je veux y croire.

- Pouvez-vous trouver trois traits communs, bons ou mauvais, chez les Bâtonniers que vous avez fréquentés?

L'autorité, l'intelligence, une belle part d'idéal.

- Etes-vous pour ou contre le Bâtonnat à vie?

Contre, cela ne m'aurait pas permis de belles rencontres.

- Tenez-vous une liste noire des avocats? Si oui, sur quels sujets?

Si je vous dis non, qui me croira et par ailleurs ma mémoire me suffit.

- Toute modestie à part, dans quels domaines s'exprime votre pouvoir au sein de l'Ordre?

Là où les Bâtonniers me l'accordent. J'espère avoir un rôle d'écoute et d'écho.

- Vous arrive-t-il de signaler gentiment des fautes de protocole à un nouveau Bâtonnier?

Je n'ai pas à le faire, le Bâtonnier ne commet pas de fautes de protocole parce qu'il est Bâtonnier.

- On vous propose le secrétariat de l'association des Médecins de Genève pour une double rémunération, un bureau donnant sur le lac et une voiture de fonction. Que faites-vous?

J'accepterai et la nuit je travaillerai au noir pour l'Ordre des Avocats.

- Et si on vous proposait le secrétariat de l'Ordre des Avocats de Tahiti?

Je ne me vois pas en pagne... quoique, avec un Bâtonnier bronzé.

- Quel est le plus beau cadeau qu'un Bâtonnier a su vous offrir à la fin de son mandat?

La promesse ou la menace de revenir.



- Etes-vous de ceux qui pensent que «c'était mieux avant»? Si oui pourquoi?

Non. Je vis dans le présent.

- Quel a été votre dernier coup de gueule envers un Bâtonnier?

Il s'en souvient certainement mieux que moi.

- Connaissez-vous plus ou moins la vie privée des avocats de l'Ordre?

Non, leur vie officielle m'occupe déjà assez.

- Quelle est la phrase que vous ne supportez pas dans la bouche d'un Bâtonnier?

Je n'en vois pas.

- Sans trahir le secret des séances du Conseil, pouvez-vous raconter l'histoire la plus amusante que vous y avez

entendue (avec si possible le nom et adresses des personnes impliquées)?

L'histoire du Conseil lui-même est amusante. Souvent le Conseil, comme le Congrès, danse.

- Quelle est la plus visible évolution de coutumes que vous constatez lors des soirées de l'Ordre?

Y en a-t-il une?

Interview réalisée par A.S.

Internement à vie

Votation populaire du 8 février 2004

En date du 8 février 2004, le peuple et les cantons auront à se prononcer sur l'initiative «*Internement à vie pour les délinquants sexuels ou violents jugés très dangereux et non amendables*». Lancée en 1998, cette initiative a obtenu le nombre record de 194'390 signatures⁽¹⁾. Elle a été déposée le 3 mai 2000 et a été rejetée sans opposition par la commission des affaires juridiques du Conseil national, du Conseil des Etats ainsi que par le Conseil fédéral⁽²⁾.

Cette initiative a la teneur suivante:

La Constitution fédérale (du 29 mai 1874) est complétée comme suit:

Art 123 a (nouveau)

Si un délinquant sexuel ou violent est qualifié d'extrêmement dangereux et non amendable dans les expertises nécessaires au jugement, il est interné à vie en raison du risque élevé de récidive. Toute mise en liberté anticipée et tout congé sont exclus.

De nouvelles expertises ne sont effectuées que si de nouvelles connaissances scientifiques permettent d'établir que le délinquant peut être amendé et qu'il ne représente dès lors plus de danger pour la collectivité. L'autorité qui prononce la levée de l'internement au vu de

ces expertises est responsable en cas de récidive.

Toute expertise concernant le délinquant est établie par au moins deux experts indépendants qui prennent en considération tous les éléments pertinents.

Le Conseil fédéral combat cette initiative en lui opposant – à titre de contreprojet indirect – une révision de la partie générale du code pénal adoptée par les Chambres en décembre 2002 qui entrera en vigueur probablement le 1er janvier 2006.

Cette initiative tend à introduire un internement applicable à certains délinquants particulièrement violents dont la libération est soumise à des conditions extrêmement restrictives. Elle s'inscrit dans le contexte visant à éviter la récidive de certains délinquants lors des congés ou de leur libération conditionnelle. En effet, tout congé serait exclu et une libération ne pourrait être envisagée que si de nouvelles connaissances scientifiques démontrent que le délinquant ne présente plus de danger. Les expertises devront toujours être rendues par deux experts indépendants l'un de l'autre. Ces experts seront rendus responsables en cas de récidive après libération. Cette initiative pose de nombreux problèmes, tant en ce qui concerne son application que sa compatibilité

avec le droit international et le principe de la proportionnalité.

L'internement prévu par l'initiative s'adresse aux délinquants sexuels ou violents. Si les délinquants sexuels sont ceux qui ont commis une infraction contre l'intégrité sexuelle au sens des art. 187 à 200 CP, l'on ne voit pas très bien comment déterminer les délinquants violents, notre code pénal ne connaissant pas d'actes de violence criminels proprement dits. La notion de délinquant violent est donc indéterminée et ne peut être définie par le biais des infractions prévues par la loi. Le code pénal prévoit un certain nombre d'infractions comportant l'usage de la violence mais ils ne représentent qu'une partie des infractions visées par l'initiative. Celle-ci veut inclure également des infractions qui n'exigent pas expressément l'usage de la violence mais dont la violence constitue l'essence même de l'infraction, par exemple, les infractions contre la vie ou l'intégrité corporelle, la séquestration ou la prise d'otage. Il faudrait donc que cette notion soit interprétée et qu'un catalogue des actes de violence justifiant un tel internement soit dressé. Ce catalogue de délits devra tenir compte du fait que cette initiative s'adresse à des délinquants extrêmement dangereux. Ainsi, autant la probabilité que la gravité des actes escomptés doivent être très élevées⁽³⁾.

Selon la teneur de l'initiative, celle-ci s'adresse à des délinquants non amendables. Dans la pratique, l'auteur est réputé non amendable dans les cas suivants:

- Le trouble que présente le délinquant ne peut pas être traité, au vu de l'état de la science.
- L'auteur est opposé à tout traitement. Si l'assentiment de l'intéressé n'est pas une condition de l'internement, un traitement psychiatrique n'aura que peu de sens s'il a lieu contre la volonté de l'auteur.
- Il n'y pas d'établissement thérapeutique à disposition⁽⁴⁾.

Cette initiative ne contient aucun élément sur l'aménagement de l'exécution de l'internement. En effet, elle ne précise pas le lieu dans lequel l'internement devrait être exécuté (établissement spécialisé ou prison existante) ni les modalités de l'exécution (possibilité ou obligation de travailler, assistance psychologique et médicale, etc...). Elle dispose seulement que «*toute mise en liberté*» et «*tout congé*» seraient exclus. L'initiative exclut donc toutes les formes de congé, même sous surveillance policière. Il sied de préciser que, si le code pénal et ses ordonnances ne contiennent aucune prescription concernant les congés, les

concordats sur l'exécution des peines du nord-ouest de la Suisse, de Suisse centrale et de Suisse orientale le prévoient dans les cas suivants:

- Congés pour entretenir des rapports avec l'extérieur;
- Congés pour préparer la mise en liberté;
- Congés pour des motifs particuliers, notamment pour régler des affaires personnelles, juridiques ou garantissant l'existence, qui ne souffrent aucun retard et pour lesquelles la présence de l'individu est indispensable.

Les délinquants dangereux peuvent également bénéficier de congés. Au besoin, ils doivent faire l'objet d'une expertise préalable et le congé est accordé seulement sous forme accompagnée.

L'initiative devrait prévoir la possibilité d'octroyer un congé, au besoin sous surveillance policière, si celui-ci est indispensable au règlement d'affaires juridiques ou personnelles qui ne souffrent aucun retard. En ne prévoyant aucun congé, elle n'est que difficilement compatible avec le principe de la proportionnalité⁽⁵⁾.

La notion de «*nouvelles connaissances scientifiques*», posée

comme condition pour lever l'internement, est pour le moins vague et indéterminée. L'on peut penser à de nouvelles découvertes ou théories ou de nouvelles explications de certains phénomènes. Il s'agira en grande partie de nouveaux traitements permettant de guérir ces délinquants de leur dangerosité. Autant dire que ces nouvelles connaissances scientifiques risquent d'être plutôt rares. Cette initiative propose en quelques sortes qu'il soit procédé en deux étapes: dans un premier temps les autorités d'exécution devront se renseigner sur l'état de la science et ensuite, le cas échéant, ordonner une expertise. Cette procédure est beaucoup trop lourde et difficilement compatible avec le principe de la proportionnalité. En effet, une expertise devrait suffire pour estimer la dangerosité ou l'amendement d'un condamné⁽⁶⁾.

Cette initiative donne la tâche au tribunal de décider une fois pour toute si un auteur d'infractions est extrêmement dangereux ou incurable. Par cette manière de faire, l'on ne fait pas un examen attentif du développement potentiel de l'auteur à l'égard de la sécurité publique mais on prend uniquement en compte l'aspect sécuritaire. C'est contraire à un ordre juridique libéral. Les termes «*extrêmement dangereux et incurables*» sont de nature juridique indé-

Internement à vie

Votation populaire du 8 février 2004

minée et devront être interprétés par les tribunaux. La commission d'une infraction grave ne veut pas encore dire que son auteur est dangereux. Le caractère dangereux n'existe qu'à partir du moment où l'on craint avec une certaine probabilité que l'auteur ne commette une nouvelle infraction grave. Il est en outre extrêmement difficile d'estimer le risque de récidive et les chances d'une mesure thérapeutique. Enfin, au moment du jugement, le juge doit prendre une décision qui s'applique durant toute la vie de l'auteur et aucune possibilité de développement ne pourra lui être accordée. En effet, le tribunal doit estimer, au moment du jugement, si la personne est très dangereuse et si elle le restera jusqu'à la mort. Aucun psychiatre ne peut établir à 100 pour 100 ou même à 90 pour 100 un tel pronostic. L'initiative prévoit que la libération n'interviendra que si les experts établissent à 100 pour 100 que l'auteur ne présente plus de danger. Enfin, il appartient au condamné de prouver à 100 pour 100 qu'il n'est plus dangereux pour être libéré⁽⁷⁾.

Les auteurs de l'initiative demandent que l'autorité qui a prononcé la libération de la mesure soit rendue responsable en cas de récidive. Mais ils ne précisent pas quel type de responsabilité est visé. On peut imaginer que la volonté des auteurs de l'initiative était d'englober tous les types de responsabilité auxquels pourrait s'exposer l'autorité compétente. L'autorité visée sera le plus souvent une autorité cantonale mais cela peut également

être une autorité fédérale qui a pris une décision sur recours. S'il s'agit d'une responsabilité pénale, une telle responsabilité existe déjà en droit actuel. En effet, les dispositions de la partie spéciale du code pénal, notamment celles concernant l'homicide par négligence, les lésions corporelles ou la mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui permettent de réprimer une autorité qui a rendu une décision irrégulière. D'ailleurs, plusieurs personnes avaient été accusées d'homicide par négligence lors de l'assassinat du Zollikerberg. Elles avaient fini par être acquittées, aucune négligence ne pouvant leur être reprochée.

S'il s'agit de la responsabilité de l'Etat, responsabilité causale pour les dommages résultant d'actes illicites, c'est une responsabilité liée à une violation d'un devoir par un ou plusieurs membres d'une autorité sans que ceux-ci aient commis une faute⁽⁸⁾.

En prévoyant expressément que l'autorité qui a prononcé la libération de l'auteur sera rendue responsable en cas de récidive, cette initiative rend encore plus difficile – si c'est possible – la libération conditionnelle des auteurs. En effet, l'on imagine la pression que subira l'autorité compétente qui devra se déterminer sur la libération d'un délinquant. Dans le doute, elle ne prendra jamais le risque de libérer une personne. Or, le doute existe presque à chaque fois parce qu'on ne peut jamais être sûr à 100 % que la personne ne récidivera pas. On en vient à

poser la question suivante: vaut-il mieux qu'une personne soit privée de sa liberté alors qu'elle ne devrait plus l'être ou prendre un risque à l'égard de la sécurité publique ?

Selon l'art. 5 ch. 4 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH), toute personne privée de sa liberté a le droit de saisir, à intervalles réguliers, un tribunal qui examinera si l'état de fait ayant donné lieu à sa détention subsiste. La légalité de la détention doit pouvoir être examinée à intervalles raisonnables. Si c'est un tribunal qui a ordonné la privation de liberté par un jugement pénal, il n'y a en principe pas lieu de vérifier la légalité de la détention. Mais il existe des exceptions à ce principe. En effet, le droit à un examen régulier de la détention existe si la privation de liberté est liée à des caractéristiques personnelles comme la maladie mentale ou la toxicomanie ou à d'autres circonstances susceptibles de se modifier. Il en va de même s'il existe des faits nouveaux susceptibles de remettre en cause la licéité de la détention ou si de nouvelles questions concernant la privation de liberté surviennent après le prononcé du jugement. La jurisprudence de la Cour estime raisonnable des examens à intervalles d'une année. Mais l'intéressé peut faire valoir un intérêt, par exemple en cas de changement de situation, à ce que la légitimité de sa détention soit examinée avant le prochain examen. L'initiative n'exclut ni un examen annuel ni un examen à la

demande de l'intéressé. Elle répond ainsi aux exigences de l'art. 5 CEDH. Mais la notion de «nouvelles connaissances scientifiques» devra être interprétée largement pour englober une modification de la situation personnelle du délinquant ou d'autres circonstances extérieures.

Le texte de l'initiative dispose qu'un délinquant sexuel ou violent que les expertises jugent extrêmement dangereux et non amendable doit être interné à vie. Se pose la question de savoir si le tribunal dispose d'une marge, dans le cadre de l'appréciation de la situation personnelle, pour la fixation de la sanction ou s'il est lié par l'avis des experts. Dans ce dernier cas, il ne répondrait pas aux exigences d'indépendance fixées par l'art. 6 ch. 1 CEDH et 14 al. 1 Pacte II. L'on doit admettre que le tribunal dispose d'une marge d'appréciation suffisante. En effet, comme l'expertise doit être établie par deux experts indépendants, le juge peut ne pas reprendre tel quel l'avis de l'expert. Il doit se faire une appréciation globale de ces deux expertises. En outre, la formulation selon laquelle les expertises doivent prendre «en considération tous les éléments pertinents», permet au tribunal de s'écarter des conclusions de l'expert, notamment lorsque des circonstances importantes et bien établies en ébranlent sérieusement la crédibilité⁽⁹⁾.

L'initiative risque d'entraîner des coûts supplémentaires. En effet, toute expertise devra être effec-

tuée par deux experts indépendants alors qu'aujourd'hui une seule expertise suffit. Les conditions particulières posées pour la libération risquent d'entraîner des frais. Enfin, même si aujourd'hui déjà les autorités peuvent être rendues responsables en cas de récidive suite à une libération ou un congé, le fait de le prévoir expressément dans la loi risque d'entraîner plus d'actions en responsabilité, ce qui engendrera des coûts supplémentaires. Ces conséquences financières toucheront surtout les cantons parce qu'elles relèvent du domaine de la procédure pénale et de l'exécution des peines qui sont essentiellement de leur compétence. La Confédération ne sera touchée que s'il s'agit de procédures qui sont de son ressort, en vertu de l'art. 340 CP, ou qui sont en rapport avec des arrêts rendus par le Tribunal, suite à des décisions sur la levée de l'internement.

Cette initiative porte une atteinte beaucoup trop importante à la liberté personnelle. En effet, il s'agit d'un internement à vie parce que les conditions posées pour la libération conditionnelle rendent cette libération illusoire. En outre, la procédure de libération conditionnelle en deux étapes est bien trop compliquée. Sa compatibilité avec la CEDH et avec le principe de la proportionnalité nécessite une interprétation si extensive du texte de l'initiative que l'on peut douter de sa conformité avec le droit international. Enfin, le texte de l'initiative ne précise pas quel type de responsabilité encourra l'autorité qui a prononcé la libération en cas

de récidive. Une telle responsabilité existe déjà aujourd'hui mais, en le précisant expressément, cette initiative risque de rendre encore plus difficile la libération conditionnelle des auteurs.

Il sied enfin de préciser que le nouvel internement (art. 64 de la nouvelle partie générale du code pénal), qui entrera en vigueur probablement le 1er janvier 2006 remplit déjà largement les besoins de protection de la sécurité publique. Il sera ordonné pour les délits les plus graves: l'assassinat, le meurtre, les lésions corporelles graves, le viol, le brigandage, la prise d'otage, l'incendie ou toute autre infraction passible d'une peine privative de liberté de dix ans au moins, par laquelle l'auteur a voulu causer à autrui un grave dommage. Le trouble mental de l'auteur n'est plus exigé mais seulement le risque qu'il commette de nouvelles infractions graves. L'auteur devra d'abord exécuter la peine. A la fin de l'exécution de la peine, l'autorité compétente décidera, sur la base du rapport d'un expert indépendant et après avoir entendu une commission, si l'auteur devra exécuter l'internement ou un traitement thérapeutique institutionnel.

Anne Jung

⁽¹⁾ FF 2001 3268.

⁽²⁾ R. Roth (n.139) 1.

⁽³⁾ FF 2001 3274-3276.

⁽⁴⁾ FF 2001 3278-3279.

⁽⁵⁾ FF 2001 3280-3281.

⁽⁶⁾ 2001 3282.

⁽⁷⁾ BOCN 2001 592, 596.

⁽⁸⁾ FF 2001 3286.

⁽⁹⁾ FF 2001 3287-3288.