Zeitschrift: Kriminologisches Bulletin = Bulletin de criminologie
Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie
Band: 5 (1979)
Heft: 2

Artikel: La notion de dangerosité dans le CPS et la jurisprudence du TF
Autor: Wenger, C.
DOI: https://doi.org/10.5169/seals-1046984

Nutzungsbedingungen
Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation
L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use
The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 01.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

LA NOTION DE DANGEROSITE DANS LE CPS ET LA JURISPRUDENCE DU TF.

Ch. Wenger, Université de Genève

"Sous le nom de crimes et de délits, on juge bien toujours des objets juridiques définis par le code, mais on juge en même temps des passions, des instincts, des anomalies, des infirmités, des inadaptations, des effets de milieu ou d'hérédité ; on punit des agressions, mais à travers elles des agressivités; des viols, mais en même temps des perversions; des meurtres qui sont aussi des pulsions et des désirs. On dira : ce ne sont pas eux qui sont jugés; si on les invoque, c'est pour expliquer les faits à juger, et pour déterminer à quel point était impliquée dans le crime la volonté du sujet. Réponse insuffisante. Car ce sont elles, ces ombres derrière les éléments de la cause, qui sont bel et bien jugées et punies".

MICHEL FOUCAULT
"Surveiller et punir"
(p. 22-23)

INTRODUCTION

1/ Le concept de dangerosité a été étudié par plus d'une discipline. L'histoire s'y intéresse en montrant l'origine de son élaboration par les hommes du 19e siècle, la criminologie, s'appuyant sur la psychiatrie, la psychologie et la sociologie, s'y attache par l'étude de la personnalité criminelle dont la dangerosité est l'un des aspects.

Pourtant, la présente étude ne traîtera pas de ces différents points; elle se placera uniquement sur le terrain du système pénal suisse et son objectif sera de découvrir la notion de dangerosité qui se dégage de la doctrine et de la jurisprudence relatives aux art. 112, 137 ch.2 al.4 et 139 ch. 2 al.4. Ceci fait, on cherchera à confronter le résultat obtenu aux principes de la "Schuldhaftung" et de la "Tatschuld".

2. Cette étude semble ne plus présenter qu'un intérêt académique. En effet, l'avant-projet de la commission d'experts pour la révision du CPS concernant les actes de violence ne mentionne plus le caractère particulièrement dangereux de l'auteur comme circonstance aggravante des art. 137 et 139 (1). Néanmoins, deux raisons nous poussent à croire que ce sujet n'a rien perdu de son actualité et qu'il serait même urgent de l'examiner avec soin en raison de la profonde mise en cause des fondements du CPS qu'il implique.

La première de ces raisons, nous la trouvons dans un arrêt non publié du TF, l'arrêt Belotti(2). La notion de dangerosité a pris au cours des années une importance toujours croissante qui dépasse largement le cadre des trois articles qui la mentionnent. Nous voyons la preuve et le couronnement de cette évolution dans l'arrêt Belotti dans lequel le TF esti-

me qu'une peine sévère se justifie du fait que Belotti est un individu dangereux. Ainsi, la dangerosité prendrait place à côté de la culpabilité comme un élément pouvant faire varier la peine. Celle-ci ne serait donc plus uniquement proportionnée à la faute ("Schuldprinzip"), mais également à la dangerosité du délinquant. C'est pourquoi, même la suppression de l'al.4 de l'art. 137 ch.2 et de l'art. 139 ch.2 ne suffira pas à faire disparaître de notre système pénal cette dangereuse notion, car elle réapparaîtra par le biais de l'art. 63 CPS.

Le deuxième problème réside dans la rédaction même des circonstances aggravantes par l'avant-projet. Elles sont introduites par l'adverbe "notamment"; l'énumération qui suit est donc exemplative et non limitative. Cela signifie que rien n'empêchera le TF de maintenir toute sa jurisprudence sur l'état dangereux puisque la loi ne prévoit que des exemples; la dangerosité sera simplement un cas parmi d'autres circonstances aggravantes du vol et du brigandage. "C'est ainsi que la dangerosité est loin de nous abandonner, et l'on sait que, l'habitude aidant, elle poursuivra sa sinistre carrière. L'idéologie de la dangerosité ne va pas, pour autant, disparaître du CPS. Ce "notamment" en portera la responsabilité" (3).

CHAPITRE I. L'ASSASSINAT

Cette étude ne se préoccupera pas uniquement de la notion de dangerosité, mais également de celle de perversité. En effet, l'évolution de la jurisprudence quant à la prise en considération des circonstances du crime, est principalement développée dans les arrêts portant sur la perversité particulière, en raison de leur nombre plus important. Il nous apparaît en outre que si ces deux notions ne sont pas rigoureusement définies, la distinction entre périculosité et perversité s'estompe, de sorte que celui qui est particulièrement pervers est aussi très redoutable et donc dangereux.

1/ Les circonstances

Selon l'art.112, est un assassin celui qui tue "dans des circonstances ou avec une préméditation dénotant qu'il est particulièrement pervers ou dangereux". Nous ne nous attarderons pas sur le problème de la préméditation, car, contrairement aux anciens droits cantonaux, elle n'est qu'une circonstance parmi d'autres puisqu'elle ne permet pas de qualifier automatiquement le meurtre. Notons que le TF définit la préméditation selon la théorie de la "Vorbedacht" (4).

Les"circonstances", quant à elles, posent deux problèmes. En premier lieu, il s'agit de déterminer de quel genre de faits l'on veut tenir compte. Sur ce point, la jurisprudence se réfère largement aux listes de circonstances que prévoyaient les codes cantonaux, les avant-projets et le projet de 1918. En second lieu, il faut fixer une limite temporelle (ou n'en pas fixer) à la prise en considération des circonstances. La jurisprudence est spécialement intéressante à cet égard, car elle a repoussé cette limite de plus en plus loin, jusqu'à tenir compte du comportement avant et après le crime et de circonstances sans rapport avec celui-ci.

Parmi les "circonstances entrant en ligne de compte, figurent non seulement les circonstances objectives du crime, telles que le choix de moyens particulièrement odieux (par exemple le poison, le feu) ou la manière d'agir (avec perfidie, cruauté), mais encore les mobiles de l'auteur". Cette formule, tirée de l'ATF 82 IV 6 = JT 1956 136, 138, sera reprise par des arrêts postérieurs(5) sans grands changements.

Parmi les circonstances objectives du crime, on peut relever les liens de sang et d'alliance qui unissaient l'auteur à ses victimes(6). Il est évident que bien d'autres élé-

ments pourraient encore être mentionnés, cette énumération serait cependant superflue. En effet, n'importe quel fait pourra être relevé pour établir la perversité ou la dangerosité de l'auteur, le véritable problème étant de déterminer la limite temporelle de cette investigation. Nous abordons ainsi le deuxième problème évoqué ci-dessus : la loi se réfère aux circonstances dans lesquelles le délinquant a tué : s'agit-il de celles qui entourent directement le crime ou de toutes celles qui permettraient de mieux définir la mentalité du délinquant ?

La réponse du TF à cette question a varié à plusieurs reprises (toujours dans le même sens, celui d'un élargissement) au cours des années. Dans une première série d'arrêts(7), le TF se restreint aux circonstances de perpétration et aux mobiles. Ceci ressort par exemple de l'ATF 70 IV 5 = JT 1944 73 dans lequel l'assassinat est caractérisé par "la mentalité particulièrement perverse de l'auteur ou le danger qu'il représente, tels qu'ils se manifestent dans l'acte criminel".

Dans une deuxième phase, le TF étend quelque peu le champ d'application de l'art. 112 en tenant également compte des circonstances postérieures au crime. Ce tournant est amorcé par l'ATF 81 IV 150 = JT 1956 68. La Cour cantonale s'était basée, pour établir la perversité de l'accusé, entre autres, sur son comportement après le crime, en lui reprochant son sang-froid absolu et l'absence de tout repentir(8). Le TF, quant à lui, ne se prononce pas; mais, étant donné que le pourvoi du demandeur est rejeté, il faut en conclure que le raisonnement de l'instance cantonale était correct.

Le TF va encore plus loin en admettant dans son jugement des éléments pouvant "être inférés des circonstances telles qu'elles se présentaient avant et après l'infraction" (ATF 87 IV 113 = JT 1962 7,8c).Nous trouvons par là la confirmation de ce que l'ATF 81 IV 150 = JT 1956 68 laissait supposer ainsi qu'un élargissement supplémentaire du cercle temporel des circonstances pertinentes. Des faits postérieurs aussi bien qu'antérieurs à l'acte serviront donc à éclairer la personnalité du délinquant,son comportement général, etc..., éléments qui à leur tour permettront d'établir la perversité ou la dangerosité particulières.

L'aboutissement de cette dangereuse évolution est révélée par l'ATF 95 IV 162 = JT 1970 82 (9).Le TF examine tout d'abord le comportement de l'accusé pendant le crime et en conclut que celui-ci est particulièrement pervers. Non content de cette constatation, le TF considère ensuite la conduite ultérieure de l'accusé. Or, il n'a jamais complètement reconnu les faits, il n'a témoigné ni de repentir, ni même d'un

sentiment de culpabilité. En outre, il a essayé de cacher son crime et de se défendre par des mensonges. Ces éléments ne suffisent pas encore au TF; un dernier fait accable l'accusé: son comportement envers son enfant illégitime et la mère de celui-ci.

Comportement pendant, après, avant l'infraction, toute la vie du délinquant est passée au crible; cela paraît choquant. Le droit pénal doit-il vraiment mettre à nu et exposer ainsi la vie d'un homme pour pouvoir le juger? Où est le respect de la personnalité qui, en droit pénal, doit tout spécialement être sauvegardé ? Pendant des années(10), les circonstances entourant le crime ont suffi au TF pour déterminer si l'auteur était particulièrement pervers ou dangereux; était-il nécessaire, dans un domaine déjà si flou, de supprimer les seules barrières qu'il était possible d 'opposer à l'investigation du juge ?

Cet arrêt est d'ailleurs également critiquable à d'autres égards. L'argumentation du TF semble peu sûre(11); l'examen d'éléments comme la cruauté, la perfidie, les mobiles est très peu systématique(12). Il ressort de la lecture du considérant 2a) l'inquiétante impression que le TF entreprend une simple narration des faits qu'il parsème d'expressions telles que "cruauté", "bien insensible", "bassesse exceptionnelle" ou "extrême futilité des motifs", sans même les examiner. Peut-être le TF, sentant la faiblesse de son argumentation, a-t-il voulu la renforcer par des éléments tirés du comportement ultérieur. Mais les faits relevés ne paraissent pas vraiment pertinents; on ne peut pas reprocher à Brunner de ne pas avoir reconnu certains faits car il a le droit de se taire pendant l'instruction et le procès. D'autre part, ni le repentir (sauf repentir actif, art. 22/2), ni le sentiment de culpabilité ne touchent le droit pénal; le délinquant est seul concerné(13). Enfin, le fait de vouloir cacher son acte, puis de chercher à se défendre par le mensonge, ne sont-ce point là les actes de celui qui espère s'en tirer au mieux ? Peut-on en tenir rigueur à l'accusé ? Qui n'agirait de même ?

Nous en arrivons à la partie la plus contestable de l'arrêt, le considérant 2b), deuxième paragraphe. L'accusé s'est mal conduit envers son enfant illégitime et la mère de celui-ci, par conséquent, il est particulièrement pervers.

C'est par cette affirmation qu'apparaît tout le danger de la jurisprudence du TF, car si on la suit jusqu'au bout, tout meurtrier peut être transformé en assassin. Il suffit d'examiner sa vie et d'en tirer toutes les méchancetés et toutes les bêtises qu'il a faites : voilà un assassin! La preuve : encore enfant, il tuait les araignées en leur ar-

rachant une patte après l'autre; adolescent, il volait des vélomoteurs; homme adulte, il n'a pas montré de chagrin quand sa mère est morte. Résultat : un homme d'une nature froide et criminelle, porté à la délinquance et incapable de bons sentiments. Le même raisonnement peut être tenu pour tout homme, délinquant ou non. Le problème réside dans le fait qu'on ne peut pas additionner simplement des événements, des actes, des réactions et espérer obtenir une image exacte de la personnalité d'un homme. Ces éléments mis bout à bout n'ont peut-être aucun rapport entre eux (l'homme n'a pas montré de chagrin parce qu'il n'a pas l'habitude de laisser apparaître ses sentiments, parce qu'il n'a pas encore réalisé ce qui s'est passé; beaucoup d'explications, autres que celle du caractère insensible, peuvent être données au comportement décrit).

Voyons une illustration de ce problème à travers deux exemples, l'un fictif, l'autre véridique, dont le premier est tiré du roman de CAMUS, "L'étranger". Voilà un homme qui en tue un autre dans des circonstances banales; tout porte à croire qu'il s'agit d'un simple meurtre. Mais, au cours de l'instruction et du procès, l'on va s'acharner à prouver que cet homme est un assassin. Pourtant, l'apparente absence de mobile est troublante; or, il faut une explication; on la trouvera dans le caractère insensible du meurtrier qui s'est révélé à la mort de sa mère : l'homme n'a montré aucun chagrin, il n' a même pas pleuré. Pendant la veillée funèbre, il a fumé, bu du café et s'est endormi. Le lendemain, il commence une liaison irrégulière et voit un film comique. Il n'en faut pas plus : l'homme est un monstre moral sans aucune sensibilité, il mérite la mort. Le centre d'application du jugement est déplacé, car on ne juge pas un homme qui a tué, mais un fils qui a enterré sa mère.

Comme il semble facile de transformer un homme en monstre! Il suffit de rechercher dans sa vie un événement qui le fasse apparaître comme tel, par exemple, son attitude après la mort de sa mère ou son comportement envers son enfant illégitime et la mère de celui-ci; de là, on tire un portrait de sa personnalité qui va servir à éclairer le crime. Mais, si après tout ces prémisses étaient fausses, qu'en serait-il des conclusions tirées quant à la personnalité de l'auteur ? Il se pourrait bien que l'image qu'on se fait de lui ne corresponde pas à la réalité.

Ainsi, dans le deuxième cas, deux images de l'inculpé s'affrontaient. Le jury s'est prononcé pour l'une d'entre elles. Etait-ce la bonne ? Nous nous référons ici à l'affaire Ranucci telle que Gilles PERRAULT l'a décrite dans son livre "Le pullover rouge". Il est frappant de constater l'immense différence entre la personnalité de Ranucci vue par la presse et l'accusation et celle que raconte PERRAULT, entre le

satyre et le jeune homme doux et gentil avec les enfants. Selon le point de vue choisi, il mérite la mort ou l'acquittement. Les deux thèses paraissent aussi solides l'une que l'autre; chacune explique le comportement et les aveux de Ranucci de manière plausible. Nous voilà donc en présence de deux interprétations complètement opposées de la personnalité d'un homme. Laquelle des deux correspond à la réalité ?

Ce choix entre deux possibilités de valeur égale peut-il valablement servir de fondement à un jugement qui décidera de la vie ou de la mort d'un être humain (en Suisse, sa condamnation à la réclusion à vie)?

Les exemples choisis paraissent être des cas extrêmes, ils sont cependant rendus possibles par une extension sans limite de la prise en considération des circonstances, résultat auquel, nous l'avons vu, aboutit la jurisprudence du TF. Cette choquante intrusion dans la vie d'un homme, cette manière de regrouper les événements de cette vie en une image plus facile à juger (parce que créée par ceux-là même qui jugent) nous poussent à rejeter cette évolution si inquiétante(14)d'une jurisprudence qui tient compte de tous les éléments qu'il lui plaît de relever à l'appui de son jugement.

2/ La perversité

Il est très difficile de définir cette notion de manière précise, car la jurisprudence est plutôt maigre à ce sujet. Quelques phrases dispersées du TF nous permettent tout au plus d'en tirer certaines indications générales. Par exemple, les réflexions de la recourante "trahissent un caractère singulièrement immoral"; c'est "l'état d'esprit de l'auteur" qui est en cause(15). D'autre part, "ce qui importe alors,... (c'est) le comportement moral de l'auteur, qui trahit sa mentalité". En outre, il faut se référer aux "règles de la morale objective"(16) pour déterminer si l'auteur est particulièrement pervers(17). On le constate, la jurisprudence n'est pas très explicite, car elle ne contient rien de plus précis que ces simples allusions. En effet, cette mentalité particulière n'est jamais définie pour elle-même, dès lors que le TF, dans la plupart de ses arrêts, commence par rappeler sa jurisprudence à propos de la préméditation et de son rôle, puis énumère les circonstances dont il faut tenir compte, selon sa formule habituelle. Mais, il manque ensuite une définition qui permettrait de déterminer quelle fonction les différents éléments relevés peuvent avoir dans l'appréciation de la mentalité perverse de l'auteur. En raison de l'absence d'une notion aussi claire que possible, la plupart des arrêts comportent une énumération disparate de circonstances dont on ne sait pas exactement ce qu'on doit en déduire. Peut-être faut-il en conclure qu'on ne peut pas distinguer la mentalité du délinquant des circonstances du crime?

3/ La dangerosité

Par l'introduction de cette notion d'origine criminologique (18),le législateur voulait fournir au juge le moyen d'éliminer de la société le délinquant dangereux pour elle. Quel est donc ce danger qui justifie l'application de la peine maximale?

Il est important de noter tout d'abord que le caractère dangereux de l'auteur doit être particulièrement marqué et sortir de l'ordinaire, sinon, l'assassinat ne se distinguerait pas du meurtre; en effet, le meurtrier est toujours un homme dangereux. C'est pourquoi il faut se baser sur les textes français et italien de l'art. 112 et non sur le texte allemand qui n'exige pas que la dangerosité soit particulière : "... die seine besonders verwerfliche Gesinnung oder seine Gefährlichkeit offenbaren...", "besonders" se rapportant à "verwerfliche Gesinnung" et non à "Gefährlichkeit"(19).

Cette question d'interprétation réglée, il s'agit maintenant de donner un contenu à cette notion. La jurisprudence(20) semble se baser sur le risque de réitération. Ainsi, la tâche du juge consiste à poser un pronostic sur le comportement futur du délinquant. Si on le reconnaît capable de tuer à nouveau dans des circonstances différentes(21), il est un assassin. Voici quelques exemples de la prise de position du TF:

a) Le TF, après avoir examiné les circonstances du crime, en arrive à la conclusion qu'il existe "des motifs plus que suffisants pour considérer l'acte du recourant non pas comme une faute unique, exceptionnelle d'un chasseur, mais bien comme l'acte d'un homme porté à la violence, moralement incapable de se refréner, et, partant, dangereux (ATF 70 IV 5 = JT 1944 73, 75). L'homme est incapable de se refréner, il recommencera donc : pronostic de comportement futur(22).

b) Dans cette affaire(ATF 81 IV 150 = JT 1956 68,71), le TF constate qu'il a suffi que l'auteur "rencontre par hasard une jeune fille de douze ans et qu'il aperçoive les parties dévêtues de son corps (...) pour qu'il en soit profondément troublé et qu'il la tue aussitôt...". Il en conclut que "l'état mental de Christen donne lieu de craindre que ses besoins affectifs constamment refoulés ne se déchaînent à nouveau et déterminent un second crime semblable au premier". Ici, plus nettement encore que dans l'arrêt précédent, la dangerosité est définie comme risque de réitération.

c) La référence que fait le TF à la dangerosité dans l'ATF 95 IV 162 = JT 1970 82, 86 est troublante. La perversité de l'auteur était déjà démontrée, il était donc inutile de

rechercher s'il était de surcroît dangereux. Et pourtant.. "on peut néanmoins observer que le caractère abominable du crime et de ses mobiles permettrait apparemment de retenir aussi cet élément (la dangerosité)." Est-ce à dire que l'on puisse déduire, à partir du caractère abominable du crime, que l'accusé, placé dans des circonstances différentes, commettrait un second crime ? En réalité, il semblerait plutôt que le TF se mette à confondre perversité et dangerosité.

Critique

La notion de dangerosité est assez nettement définie comme risque de réitération (l'étranger référence de l'ATF 95 IV 162 = JT 1970 82,86 étant mise à part). Une prise de position tranchée est indispensable dans ce domaine. Néanmoins, cette définition, malgré son apparence scientifique, doit être rejetée, car "la prédiction de la dangerosité (est) une illusion dangereuse"(23). En effet, il existe deux méthodes de prédiction de la dangerosité : la méthode clinique, se basant sur des interviews, anamnèses et tests psychologiques, et la méthode statistique, utilisant les échelles de prédiction où une série de facteurs considérés statistiquement, liés aux conduites criminelles sont évalués. Or, ces deux méthodes ont été critiquées sur de nombreux plans. Elles aboutissent toutes deux à une surévaluation de la dangerosité, les erreurs de prédiction étant nombreuses(24). Ainsi, malgré la nécessité d'une définition claire de la dangerosité, celle du TF n'est pas acceptable.

Contrairement à la notion de dangerosité, celle de perversité nous échappe quelque peu; on se perd dans toutes les circonstances que le TF énumère (semble-t-il un peu au hasard?) et l'on ne distingue plus ces faits de la mentalité qu'ils devraient révéler. En effet, si la cruauté, la perfidie ne sont que des manières d'agir, donc des "circonstances objectives du crime" (ATF 82 IV 6 = JT 1956 68), qu'est-ce alors qu'une mentalité particulièrement perverse ? L'insistance de la jurisprudence sur les circonstances est révélatrice d'une gêne profonde, celle causée par l'absence d'éléments permettant de cerner la notion de perversité (peut-être est-ce impossible?). C'est ainsi que le TF, se préoccupant uniquement des circonstances, en arrive à oublier l'essentiel, c'est-à-dire la mentalité de l'auteur, selon la volonté du législateur. Nous verrions presque là un retour aux listes de circonstances aggravantes que connaissaient les droits cantonaux : ce sont les circonstances qui font l'assassin. Serait-ce donc un échec que de vouloir connaître le délinquant dans ce qu'on appelle sa "mentalité" pour savoir s'il est un assassin ou non ?

Toutes ces questions semblent devoir nous éloigner de l'objet de la présente étude puisqu'elles concernent la perversité. Or, il n'en est rien. Si la notion de dangerosité n'offre pas trop de problèmes dans le cadre de l'art. 112, il en va tout différemment des cas du brigandage et du vol. Il se pose, en effet, un problème fondamental relatif aux rapports entre l'art. 112 et les art. 137 ch.2 al.4 et 139 ch.2 al.4. La doctrine et la jurisprudence se réfèrent implicitement à l'art. 112 pour interpréter les art. 137 ch.2 al.4 et 139 ch.2 al.4. Or, dans la mesure où la jurisprudence sur l'art. 112 est reprise, tous les problèmes qu'elle pose le seront par la même occasion. C'est ainsi que nous retrouverons cette extension dangereuse des circonstances pertinentes dans le cadre des infractions contre le patrimoine, de même que les fâcheuses conséquences qui en résultent, l'une d'entre elles étant précisément une certaine confusion des notions de perversité et de dangerosité.

CHAPITRE II. LE VOL ET LE BRIGANDAGE(25)

Pour situer le problème que pose la notion de dangerosité dans le cadre des art. 137 et 139, nous citerons la définition qu'en donne GERMANN(26). "Die besondere Gefährlichkeit kann sich (...) offenbaren durch Umstände, wonach anzunehmen ist, der Täter werde wieder verbrecherisch sich betätigen" (idée du danger de réitération)" oder durch eine Begehungsweise, die zeigt, dass er vor keinen Hindernissen zurückschreckt" (intensité de la volonté criminelle) "oder keine sittlichen Hemmungen hat" (jugement moral semblable à celui qu'implique la perversité). En réalité, GERMANN définit la même notion de trois manières différentes. Or, un choix s'impose absolument, car le problème n'est pas purement théorique. Les conséquences pratiques du choix d'une certaine conception de l'état dangereux sont lourdes pour le délinquant; cette conception doit en quelque sorte être un filtre par lequel passeront toutes les circonstances de l'affaire; ainsi, ne seront retenues que celles qui sont pertinentes selon le point de vue choisi. En l'absence d'un tel "filtre", on pourrait aussi bien retenir toutes les circonstances que les rejeter toutes. Si, par exemple, la dangerosité se mesurait à l'intensité de la volonté criminelle,le fait que l'auteur a rencontré et vaincu un grand nombre d'obstacles serait significatif. Par contre, si le danger de réitération était le point de vue choisi, ces mêmes éléments ne seraient relevants que s'ils servaient à appuyer le pronostic de réitération. Nous allons tenter, à travers l'étude de la jurisprudence, de découvrir quel est le "filtre" dont se sert le TF dans l'application des art. 137 ch.2 al.4 et 139 ch.2 al.4.

1/ La dangerosité

La différence entre le voleur dangereux et le brigand dangereux ne sera pas faite ici, car la même notion est censée s'appliquer aux deux cas. Il faut toutefois noter un problème particulier au brigandage; l'usage de la violence, faisant déjà partie de l'état de fait du ch. 1 de l'art. 139, ne suffit pas à qualifier le brigandage, sinon il ne serait plus possible de distinguer le ch.1 du ch.2(27). Mais, cela ne signifie pas qu'on ne puisse pas voir une circonstance aggravante dans la manière d'exercer la violence(28). Ce problème mis à part, ce qui sera exposé sur la notion de périculosité par la suite vaudra aussi bien pour l'art. 137 que l'art. 139.

Le premier arrêt du TF sur le caractère dangereux date de 1945(29); il faudra cependant attendre 1962(30) pour découvrir la première véritable définition. Dans les arrêts antérieurs à cette dernière date, le TF s'intéresse surtout aux circonstances caractéristiques de la dangerosité, car il doit, pour pouvoir appliquer le nouveau Code Pénal Suisse, marquer nettement la différence entre celui-ci et le droit cantonal antérieur. C'est ainsi qu'un certain mode de commission ou l'utilisation d'outils spéciaux ne permettent pas de qualifier automatiquement le vol et le brigandage. Le fondement de la circonstance aggravante ne réside pas dans une caractéristique objective de l'acte (effraction, fausses clés, etc...),mais dans la personne de l'auteur qui est puni plus sévèrement parce que l'acte révèle sa dangerosité particulière(31).

Le TF met ensuite l'accent sur les circonstances dont il faut tenir compte(32), sans préciser ce qu'elles doivent révéler chez l'auteur. Puis finalement, le TF en arrive à définir cette fameuse notion par une formule qu'il répétera à plusieurs reprises par la suite(33) : le délinquant est particulièrement dangereux "lorsque les conditions dans lesquelles il a agi - par quoi il faut entendre aussi les circonstances précédant et suivant le vol - témoignent d'une nature si asociale et d'un tel défaut de contrôle moral, que celui qui en est affligé apparaît de ce fait particulièrement exposé à commettre à l'avenir des infractions semblables ou de même nature".

D'après cette formule, le TF semble avoir choisi, parmi toutes les définitions possibles de la dangerosité, celle du risque de réitération. Et pourant, à la lecture des arrêts sur le vol et le brigandage qualifiés, il n'est pas possible d'émettre une opinion aussi tranchée.

Si le TF appliquait uniquement le critère du danger de réitération, ses arrêts devraient, dans leurs grandes lignes,

suivre le schéma suivant : rappel de la définition de la dangerosité - énumération d'un certain nombre d'éléments de fait - pronostic de réitération basé sur les faits invoqués. Or, le seul arrêt construit de cette manière est l'ATF 100 IV 161 : la définition, ainsi que la délimitation temporelle des circonstances pertinentes, figurent au considérant 2b); puis le TF (considérant 2c)) énumère un certain nombre d'éléments (la brutalité mise en oeuvre pour maîtriser et menacer la victime, les lésions qui en sont résultées, l'usage d'une arme, l'emploi de cagoules, l'absence totale de scrupules) pour en conclure à "une attitude foncièrement asociale et à une absence de scrupules telle qu'il y aurait lieu, si son arrestation n'était pas intervenue, de redouter que dans d'autres occasions il ne recule pas devant des infractions analogues ou semblables". En raison de son développement complet, cet arrêt paraît satisfaisant sur le plan logique.

Pourtant, dans d'autres arrêts, le TF ne semble pas appliquer ce critère rigoureusement. En effet, dans l'arrêt même(34) qui pose la définition du risque de réitération, le TF en arrive à une conclusion n'y correspondant apparemment pas : "la manière de procéder déterminée et audacieuse employée, la décision manifeste d'écarter les obstacles par la violence, montrent - du moins lorsqu'elles sont considérées dans leur ensemble - le caractère dangereux du recourant". Etrange décision! D'abord par les éléments retenus; Puleo n'aurait-il pas fait preuve de beaucoup plus d'audace s'il était entré dans la maison en présence des propriétaires endormis? Il faudrait conclure de cet arrêt que le simple fait de pénétrer dans la maison d'autrui démontre l'audace et, par là-même,la dangerosité de l'auteur. Comment alors distinguer le vol simple du vol qualifié? Puleo a enfoncé une porte et cassé une fenêtre; ces faits démontrent-ils qu'il avait "l'intention manifeste d'écarter tous les obstacles par la violence"? Il est même précisé que le vol a été commis "sans dépense particulière de force" et que l'auteur ne s'est pas servi d'outils spéciaux qui auraient pu lui servir d'arme (comme un levier de fer par exemple(35)). Tous ces éléments (qui ne paraissent relevants à aucun titre), le TF devrait, pour se conformer à sa définition du considérant 1., s'en servir pour démontrer que le délinquant "apparaît de ce fait particulièrement exposé à commettre à l'avenir des infractions semblables ou de même nature". Or ce n'est pas le cas. Les circonstances énumérées semblent l'être presque au hasard et ne permettent pas de tirer une conclusion quelconque quant au caractère particulièrement dangereux de l'auteur. Il semble qu'en fin de compte les éléments relevés pourraient l'être à propos de tout vol banal.

Un autre arrêt(36) encore montre que le TF ne comprend pas la périculosité exclusivement comme risque de réitération. En

l'espèce, l'auteur, deux jours après l'infraction, présente des excuses à la victime, en lui rendant ce qu'il avait volé. Selon le TF, "cette circonstance exclut que l'on attribue cette infraction au caractère particulièrement asocial et à une particulière absence de scrupules de son auteur". Faut-il en conclure qu'est dangereux celui qui est affligé d'un caractère particulièrement asocial et fait preuve d'une absence particulière de scrupules? Ne reconnaît-on pas là une certaine ressemblance avec le jugement moral qu'appelle la mentalité particulièrement perverse d'un délinquant (art. 112)?

Deux ans plus tard(37), le TF, sans même répéter la formule de définition de la dangerosité, se contente d'énumérer simplement, selon sa vieille habitude, certaines circonstances de l'acte, puis constate qu'une "telle insistance, un tel acharnement dans la délinquance font apparaître les accusés comme des brigands particulièrement dangereux" Le TF a donc trouvé une nouvelle définition : est dangereux, celui qui fait preuve d'insistance et d'acharnement dans la délinquance.

On le voit, le TF ne s'attache pas uniquement au risque de réitération, mais aussi à l'intensité de la volonté criminelle (insistance, acharnement dans la délinquance) par exemple. Dans certains cas, les éléments relevés montrent simplement l'habileté et l'intelligence d'un délinquant qui commet un vol en usant des précautions nécessaires, de la même manière qu'un homme exécutant un travail régulier. Il apparaît donc que le TF ne se sert pas d'un critère unique et fixe; parfois même, toute ligne directrice semble manquer, ce qui rend l'énumération des circonstances assez hasardeuse .

2/ Les circonstances

On peut noter sur ce point une évolution parallèle à celle qui s'est produite en matière d'assassinat. Le TF, dans ses premiers arrêts, se contente des circonstances de la perpétration de l'infraction(38). Puis, s'y ajoutent "les actes préparatoires ainsi que l'attitude du délinquant immédiatement après la commission du crime, dans la mesure où elle est en rapport avec ce dernier"(39).

Un pas de plus est marqué par la prise en considération des "circonstances précédant et suivant le vol"(40), ce qui couvre beaucoup plus d'éléments que les actes préparatoires et l'attitude du délinquant immédiatement après l'infraction. Cette jurisprudence est confirmée(41), puis complétée de telle manière que le caractère particulièrement dangereux résulte "non seulement des actes d'exécution, mais aussi des actes préparatoires, de l'attitude du délinquant immédiatement après la commission du crime,dans la mesure où elle est en rap-

port avec ce dernier, voire des mobiles, des antécédents ou de tout ce qui peut fournir sur la personnalité de l'auteur des renseignements valables"(42).

En fin de compte, le cercle des circonstances pertinentes est aussi vaste dans le cadre des art. 137 ch.2 al.4 et 139 ch.2 al.4 qu'en matière d'assassinat.

En raison de l'absence de limite temporelle à la prise en considération des circonstances et du manque d'une notion fixe de la dangerosité, les arrêts du TF paraissent peu convaincants dans l'énumération d'éléments de fait qui devraient démontrer la dangerosité de l'auteur(43); si bien que l'on ne distingue finalement plus l'infraction simple de l'infraction qualifiée. De même, il apparaît que la moindre préparation, l'organisation du vol ou du brigandage, les précautions prises pour ne pas être découvert sont fatales. Dès que l'auteur fait preuve d'un peu d'intelligence dans la commission de l'infraction, il est particulièrement redoutable(44).

Quelques exemples tirés de la jurisprudence vont nous servir à montrer combien certaines circonstances relevées sont peu propres à révéler le caractère particulièrement dangereux de l'auteur.

Ainsi le TF tient pour particulièrement dangereux le délinquant qui s'est muni d'un levier de fer pour commettre un vol(45), car "même si l'intention du recourant, en emportant avec lui un levier de fer, n'avait été que de l'utiliser comme moyen d'effraction, cela eût suffi à révéler son caractère particulièrement dangereux". Pour la réalisation d'une circonstance aggravante, le TF est bien laxiste! S'il suffit s'utiliser un levier de fer, sans avoir l'intention de s'en servir contre autrui, pour être dangereux, peu de voleurs ne le sont pas. En outre, la notion de dangerosité est censée être orientée sur la personne de l'auteur, sa mentalité; or, s'il n'a pas l'intention de se servir du levier comme d'une arme, que peut-on en conclure quant à sa mentalité? Le seul fait de se munir d'un levier de fer prouverait-il le caractère particulièrement dangereux de l'auteur? Ce serait rattacher le jugement à une circonstance objective (le levier de fer est un instrument dangereux) comme le faisait le droit cantonal antérieur, système dont le législateur voulait précisément s'écarter.

La lecture d'un autre arrêt (46), en particulier de son considérant 4., nous permet de tracer le portrait d'un délinquant non dangereux. D'abord, ne faire aucun préparatif, il faut toujours agir sans réfléchir; ensuite, ne pas chercher à mettre toutes les chances de son côté, c'est-à-dire

qu'il est préférable de commettre l'infraction de manière à être presque certain d'être arrêté. Pour la neutralisation de la victime, surtout se mettre soi-même dans une position assez défavorable pour qu'elle puisse bien résister. Par cette description, nous abordons un autre aspect du problème : le TF retient, à l'appui de sa démonstration de la dangerosité, des faits banals relevant du simple bon sens; dans cette mesure, sa démarche semble fausse car certains actes ou réflexions se font naturellement à propos de toute entreprise humaine, légale ou non, et ne peuvent donc révéler le caractère dangereux de l'auteur, puisqu'ils sont logiques et normaux (ce n'est pas parce qu'on vole, qu'il ne faut plus réfléchir!)

En conclusion, nous devons constater que les circonstances retenues par le TF ne sont pas toujours très convaincantes quant au caractère dangereux de l'auteur, et ceci provient de l'absence d'un sens précis donné à la dangerosité. Le "filtre" ne peut donc pas fonctionner.

Critique

Il ressort de l'examen de ces quelques arrêts que le TF n'a pas réussi à donner une définition bien établie de la notion de dangerosité. En effet, s'il l'a quelquefois définie comme risque de réitération, il ne s'y tient pas toujours. Car, selon cette définition, la périculosité consisterait en un danger futur pour la société; il s'agirait donc d'une notion dirigée vers l'avenir. Or, certaines circonstances relevées par le TF le sont uniquement à propos de l'infraction même qui fait déjà partie du passé et dont l'auteur ne saurait fatalement être dangereux à l'avenir. C'est ainsi que la préparation minutieuse ou l'audace de l'exécution n'ont d'importance que si elles permettent de prévoir que le délinquant commettra à nouveau des infractions semblables. Mais dans le cas contraire, toute l'audace et toute l'intelligence mises en oeuvre pour commettre une infraction n'ont aucune signification car elles appartiennent au passé. L'on voit par cet exemple les conséquences que peut avoir le choix d'un critère dirigé vers l'avenir.

Dans tous les jugements où le TF ne se base pas sur une notion de dangerosité tournée vers l'avenir, on ne comprend pas très bien en quoi l'auteur est dangereux, ni pour qui il représente un danger. Si l'auteur ne risque pas de recommencer, la société n'est pas en danger. Peut-on alors parler d'un caractère dangereux dans l'abstrait ? L'auteur serait-il dangereux même si personne n'était en danger ?

a) Toutes ces questions mettent en évidence une zone floue, point de jonction entre les notions de dangerosité et de perversité (référence a été faite à ce problème à la fin

du Chapitre I). L'une des causes de cette confusion pourrait être la suivante : dans la plupart de ses arrêts, le TF ne se fonde sur une conception unique ni de la perversité, ni de la périculosité. Il est alors amené à combler ce vide par une énumération de plus en plus fournie de faits objectifs devant remplacer l'établissement de la mentalité dangereuse en elle-même.

C'est ainsi qu'un certain nombre d'arrêts sur la perversité (art. 112) et sur la dangerosité (art. 137 ch.2 al.4 et 139 ch.2 al.4) se présentent d'une manière très semblable; le TF semble relever les circonstances de l'infraction qui le choquent ou lui déplaisent, puis en conclut à la perversité ou dangerosité particulière de l'auteur. Certains éléments sont relevés aussi bien à l'appui de l'une que de l'autre. Ainsi, le TF met en évidence, à propos de la perversité, la détermination et la persévérance de l'auteur(47) et pour la dangerosité (art. 139), l'insistance et l'acharnement dans la délinquance(48). De même, l'absence de scrupules peut être aussi bien signe de perversité que de dangerosité(49). En outre, l'ATF 70 IV 5 = JT 1944 73 nous fournit un bon exemple de l'indifférence du TF à l'égard de toute définition de ces notions; en effet, c'est la dernière phrase de l'arrêt qui, finalement, nous apprend qu'il s'agissait de dangerosité et non de perversité, alors que l'énumération des faits qui précède pourrait servir à démontrer aussi bien l'une que l'autre.

Tous ces éléments, ainsi que l'impression générale qui se dégage des arrêts nous montrent une certaine confusion des notions, inévitable si l'on s'attache avant tout aux circonstances de fait, rejoignant par là l'ancien droit cantonal. Et c'est dans cette confusion que nous trouvons le point de jonction entre la perversité et la dangerosité.

b) Le caractère abominable du crime et des mobiles démontre, selon le TF, à la fois la mentalité perverse et dangereuse (50). Cette réflexion semble indiquer qu'en matière d'assassinat ce qui importe en fin de compte, c'est le sentiment de dégoût, d'horreur ou d'angoisse que provoque le crime; peu importe que l'on taxe l'auteur de pervers ou de dangereux puisqu'il est un assassin de toute façon.

Cette manière de ressentir les choses est toutefois difficile à transposer de l'assassinat aux infractions sur le patrimoine. En effet, si le choix d'un moyen particulièrement odieux pour tuer quelqu'un peut faire frémir d'horreur, l'effet est complètement nul en matière de vol par exemple; que l'auteur s'introduise dans la maison à cambrioler au moyen de fausses clés, en crochetant la serrure ou encore en enfonçant la porte, peu importe, aucune de ces manières de

faire n'est propre à provoquer l'horreur de la population. Ce qui frappe bien plus en matière de vol ou de brigandage, c'est l'audace de l'auteur, son habileté, son intelligence, les précautions qu'il a prises pour se protéger au mieux; c'est donc sur ces éléments-là que le TF va insister pour montrer qu'un auteur est particulièrement dangereux. Pourtant, le résultat n'est pas aussi frappant qu'en matière d'assassinat, car le caractère horrible d'un crime de sang l'emporte sur un manque apparent de cohérence dans l'énumération des circonstances, alors que, en ce qui concerne le vol et le brigandage, les faits relevés comme indices de dangerosité ne paraissent que peu pertinents : on ne voit pas que l'on puisse reprocher à un voleur de prendre des précautions pour ne pas être arrêté ou de se rendre la tâche plus facile en choisissant un moment propice pour agir. L'incohérence des faits relevés n'est pas ici couverte par un sentiment quelconque, comme l'indignation ou l'effroi peuvent le faire lorsqu'il s'agit d'un assassinat : un vol réussi soulève moins les coeurs qu'un crime de sang.

Il est inquiétant de constater cette prédominance de l'émotionnel (51) dans un domaine, celui des circonstances aggravantes, où la plus grande rigueur devrait être de mise(52). Dans une situation pareille, non seulement les notions de dangerosité et de perversité sont confondues, mais de plus, elles perdent le peu de sens qu'on pouvait leur donner.

c) Un dernier fait contribue encore à cette confusion : la notion de dangerosité en matière d'infractions contre le patrimoine a été introduite entre 1912 et 1916 par la IIème Commission d'experts, alors que, en ce qui concerne l'assassinat, elle n'est apparue que lors des débats parlementaires. En raison de ce décalage temporaire, il pourrait être plausible de soutenir que l'idée des experts de la IIème Commission étant la même que celle des parlementaires, ces derniers l'auraient divisée en deux notions qu'ils voulaient distinctes, la perversité et la périculosité. Par conséquent, la notion de dangerosité des art. 137 et 139 couvrirait les deux possibilités de l'art. 112, donc également la notion de perversité. Cette idée peut paraître discutable, un tel résultat semble néanmoins avoir été atteint en pratique, car le concept de dangerosité est devenu tellement diffus qu'il s'est transformé en une notion très large, englobant celle de perversité.

d) Un moyen logique d'éviter la confusion décrite serait de définir strictement la périculosité comme risque de réitération; la frontière serait alors temporelle, la perversité cherchée dans le passé, la dangerosité tournée vers l'avenir. Mais comme nous l'avons vu, ce pronostic ne peut pas être établi de manière certaine; il ne peut donc pas constituer un critère valable.

Ainsi, un remède à la confusion dénoncée ne peut pas être trouvé dans une notion de dangerosité tournée vers l'avenir et l'on peut se demander, pour les cas où le TF adopte néanmoins cette définition, "inwiefern die höchst unsichere Rückfallprognose (...) überhaupt ein legitimer Strafschärfungsgrund sein kann" (53).

CHAPITRE III. LA DANGEROSITE FACE AUX PRINCIPES FONDAMENTAUX DU C.P.S.

La jurisprudence ne nous a pas fourni une définition claire de la notion de dangerosité; cette étude ne nous a révélé qu'une mosaïque fragmentaire d'idées difficiles à relier entre elles. Nous allons pourtant tenter de confronter cette "mosaïque" à deux principes fondamentaux du CPS : le "Schuldprinzip" et la "Tatschuld". Les controverses sont nombreuses en ce qui concerne le contenu de ces principes et leur place dans le CPS; c'est pourquoi, nous nous contenterons de nous référer aux idées énoncées en particulier par GISEL-BUGNION(54). Dans cette optique, le "Schuldprinzip" exige que la peine soit proportionnée à la faute (art. 63, par opposition à un système fondé sur le résultat de l'infraction, "Erfolgsstrafrecht"), celle-ci étant conçue comme un reproche. Ainsi, sera fautif, le délinquant à qui "on peut reprocher d'avoir agi comme il l'a fait, alors qu'il avait la possibilité d'agir autrement"(55). Il s'agit ensuite de restreindre le reproche à l'infraction commise ("Tatschuld") pour éviter de juger la manière dont le délinquant mène sa vie ("Lebensführungsschuld"). Examinons la notion de dangerosité à la lumière des principes brièvement énoncés ci-dessus.

1/ Un premier point de vue a été énoncé par le TF dans deux arrêts assez anciens(56). D'après cette conception, la dangerosité augmente la faute du délinquant : plus il est dangereux, plus il est fautif, donc plus la peine doit être sévère. Selon cette proposition, la dangerosité, élément de la faute, est parfaitement intégrée dans notre système de "Schuldhaftung" et de "Tatschuld".

Cependant, ce parallélisme entre la dangerosité et la faute est contestable; il dépend de la conception de la périculosité que l'on adopte. En effet, dans les cas où l'on se base sur le danger de réitération, la faute en tant que telle n'est absolument pas concernée. La prédiction de ce que le délinquant fera à l'avenir et le reproche qu'on lui adresse en raison de son acte sont deux idées d'un ordre différent, n'ayant aucune influence l'une sur l'autre. C'est la raison pour laquelle la notion de danger de réitération devrait être étrangère à un système fondé sur la "Schuldhaftung", puisqu'on ne punit pas le délinquant pour sa faute, mais sur la base d'un pronostic hautement incertain de réitération (cf. fin du Chapitre I). Ainsi, contrairement à ces deux arrêts, il semble que la dangerosité comprise comme ris-

que de réitération ne puisse pas être intégrée dans un système basé sur le "Schuldprinzip", car elle se situe en-dehors d'un tel système.

Mais le risque de réitération n'est pas la seule notion retenue par le TF; dans la mesure où il se réfère à la mentalité criminelle du délinquant (son acharnement, son insistance dans la délinquance), c'est au principe de la "Tatschuld" qu'il se heurte. Car dans ce cas, l'auteur est jugé pour ce qu'il est et non pas pour ce qu'il a fait. Sa mentalité criminelle ne peut donc guère qu'augmenter sa "culpabilité caractérielle" (conception que nous avons rejetée) et non sa faute attachée à l'acte.

Selon ces deux définitions de la dangerosité (risque de réitération, mentalité criminelle), l'équivalence établie avec la faute est donc inexacte. Il existe pourtant des cas extrêmes dans lesquels cette conception du TF peut être juste; ainsi, lorsque son examen de la dangerosité se limite à l'énumération de circonstances objectives, dont certaines pourraient faire varier la culpabilité. Par exemple, un reproche plus sérieux pourra être adressé à l'auteur d'un brigandage qui s'est attaqué avec une brutalité particulière à une victime faible et misérable, la brutalité et le choix de la victime étant des éléments retenus comme indices de périculosité par le TF. Il faut néanmoins user de prudence dans l'évaluation de ces éléments pouvant augmenter la faute.

Voilà pourquoi l'équivalence dangerosité/faute posée par le TF doit être rejetée dans son principe.

2/ Le TF, dans un arrêt plus récent(57), entend placer la dangerosité à côté de la culpabilité comme critère de fixation de la peine (art. 63). Le problème qui se pose ici est celui, controversé, de savoir si la fixation de la peine doit se faire uniquement en fonction de la faute ou si d'autres éléments, par exemple des considérations de prévention générale ou spéciale, peuvent aussi jouer un rôle dans le cadre de l'art. 63. Pour l'affaire Belotti, le TF avait tenu compte et de la prévention générale (Genève étant une ville frontière) et de la prévention spéciale (Belotti , individu dangereux, devant être mis hors d'état de nuire) pour justifier une peine élevée. Dans d'autres domaines également, le TF s'inspire de raisons tirées de la prévention spéciale ou générale, ainsi, en ce qui concerne l'octroi du sursis en matière d'ivresse au volant(58). Avec GISEL-BUGNION (59), nous croyons devoir exclure ces considérations de la fixation de la peine. Nous ne nous étendrons pas sur le problème de la prévention générale qui ne se pose pas ici. Quant à la prévention spéciale, on ne peut pas en tenir compte à côté de la culpabilité dans le cadre de l'art. 63,

en raison des excès auxquels elle conduirait, si elle était appliquée systématiquement. En effet, au nom de la prévention spéciale, le délinquant dangereux devrait être enfermé jusqu'à ce qu'il ne le soit plus; pour arriver à ce résultat, une ré-éducation lui serait imposée, qui le conduirait à se conformer au type requis par la société. Il faudrait d'autre part prononcer des mesures avant la commission d'une infraction pour empêcher un homme potentiellement dangereux d'agir. Cette énumération des excès auxquels peut conduire cette théorie n'est pas complète, mais elle est suffisante pour conclure, avec GISEL-BUGNION, que "les dangers pour la liberté individuelle dont est lourd un système qui veut déterminer la peine exclusivement en fonction des exigences de la prévention spéciale nous amènent à rejeter ce critère de fixation de la peine".

C'est pourquoi, il faut dénoncer cette insidieuse évolution qui fait passer la notion de dangerosité, chargée de toutes ses imprécisions, de l'art. 137 ch.2 al.4 (ou 139 ch.2 al.4) à l'art. 63. Dans l'optique du TF, nous pourrions fort bien concevoir une circonstance aggravante générale, celle de la dangerosité; le problème insoluble des art. 112, 137 ch.2 al.4 et 139 ch.2 al.4 aurait ainsi envahi tout le code pénal.

3/ Ainsi que nous l'avons vu, la conception même de dangerosité viole le principe de la "Tatschuld" et celui de la "Schuldhaftung" (par rapport au risque de réitération). Cette exception en elle-même était déjà déplorable. Or, le TF, loin d'interpréter aussi restrictivement que possible ces "corps étrangers"(60) que sont les art. 112, 137 ch.2 al.4 et 139 ch.2 al.4, a, au contraire, étendu leur application par la prise en considération de circonstances antérieures et postérieures à l'infraction.STRATENWERTH, à propos de cette évolution, constate que "an die Stelle präziser Ermittlung der Tatschuld tritt damit eine Generalabrechnung mit dem Täter. Von einer Beschränkung auf die bei der Tat gegebenen Umstände oder Ueberlegung kann nicht mehr die Rede sein"(61). Le principe de la "Tatschuld" est pour ainsi dire doublement violé; d'abord parce que l'on juge la mentalité du délinquant révélée par l'infraction et non l'acte en tant que tel, puis en raison du fait que toute la vie de l'auteur peut servir à le juger (le terme de "Generalabrechnung" qu'utilise STRATENWERTH exprime très bien cette idée). L'arrêt typique de cet élargissement du cercle des circonstances pertinentes, l'arrêt Brunner, pourrait être cité comme exemple de la théorie de la "Lebensführungsschuld". Par cette jurisprudence, le TF a supprimé toutes les limites qui étaient posées au jugement pénal : l'homme n'est plus coupable d'avoir commis une infraction, il est accusé d'être d'une nature froide et criminelle(62), prétentieux et sans coeur(63), cruel, insensible et perfide(64); on lui reproche de s'être mal conduit envers son enfant illégitime(65) et de n'avoir pas pleuré à l'enter-

rement de sa mère(66), etc,...
Cette jurisprudence inquiète par le résultat auquel elle aboutit : l'infraction de meurtre, vol ou brigandage pourrait toujours être qualifiée par simple référence à un événement quelconque de la vie du délinquant, car, en règle générale, il sera possible de découvrir un lien entre ce fait et l'infraction; il suffira de montrer qu'il éclaire la personnalité du délinquant (ce qui est, d'une manière ou d'une autre, toujours le cas) qui elle-même explique le crime. De façon évidente, ce n'est plus l'acte que l'on juge, mais bien l'âme de son auteur(67).

CONCLUSION

La recherche d'une définition de la notion de dangerosité nous mène à une conclusion plutôt pessimiste. Car, en raison d'un manque de rigueur théorique dans la jurisprudence, ce concept tend à s'éparpiller au gré des innombrables circonstances relevées, puis à rejoindre la notion de perversité. Au-delà de ces idées "fantômes", nous découvrons deux pôles qui attirent la jurisprudence tantôt vers un subjectivisme total (caractérisant les arrêts relatifs à l'art.112), tantôt, au contraire, vers l'objectivité des faits (jurisprudence concernant les art. 137 ch.2 al.4 et 139 ch.2 al.4). Cette division quelque peu schématique est néanmoins parfaitement discernable dans la jurisprudence. En effet, le TF, en matière d'assassinat, se préoccupe principalement de la personnalité et du caractère de l'auteur; ainsi, il relève l'incompétence d'une accusée à gérer son ménage, sa soif de plaisirs et sa vanité, sa lâcheté et sa traîtrise (68). Quant aux art.137 ch.2 al.4 et 139 ch.2 al.4, comme nous l'avons déjà noté, le TF s'arrête surtout aux circonstances objectives de perpétration de l'infraction (se munir d'un levier de fer, opérer de nuit, le visage masqué, le choix de la victime, les préparatifs, etc...).
Ces deux extrêmes sont également critiquables, car tous deux peuvent aboutir à des résultats fort contestables. C'est pourquoi SCHULTZ met en garde contre un subjectivisme exagéré; il rappelle la difficulté fondamentale suivante : "Wie kann, zumal in den Formen des Strafrechtprozesses, das innere Verhalten eines Menschen festgestellt werden?"(69). Le problème est insoluble, cette partie de l'être humain étant intouchable. En outre, selon SCHULTZ(70), la théorie subjectiviste peut conduire à fonder la peine sur la mentalité moralement répréhensible de l'auteur. Or, une telle conséquence doit être évitée à tout prix, car le jugement ne peut porter que sur la culpabilité attachée à l'acte ("Tatschuld") et non sur une mentalité considérée comme inacceptable ("Lebensführungsschuld"). Cette tendance de la jurisprudence au subjectivisme doit donc être rejetée pour des raisons théoriques.

A l'opposé, l'insistance sur des éléments objectifs est tout aussi condamnable puisqu'elle mène à l'arbitraire. En effet,

étant donné l'absence de toute définition précise de la notion de dangerosité, les circonstances de l'infraction sont relevées d'une manière qui peut varier de cas en cas. Pour cette raison, une grande incertitude se dégage de la jurisprudence relative aux art. 137 ch.2 al.4 et 139 ch.2 al.4.

C'est ainsi que nous aboutissons d'un côté à un jugement moral, de l'autre à une sentence arbitraire, les deux conclusions étant aussi inacceptables l'une que l'autre. La solution serait-elle celle du juste milieu? Comment le trouver ?

Il existe un moyen permettant d'éviter les solutions extrêmes du jugement moral ou arbitraire : l'interprétation restrictive des art.112,137 ch.2 al.4 et 139 ch.2 al.4. Le champ des circonstances pertinentes devrait être réduit au strict minimum, c'est-à-dire les faits entourant directement l'infraction. De cette manière, les dangers d'un subjectivisme exagéré seront évités, car la vie d'un homme dans sa globalité ne pourra plus servir de base au jugement qui se restreindra à l'infraction même ("Tatschuld"). Ainsi, des circonstances telles que le comportement de l'accusé envers son enfant illégitime ne pourront plus être retenus contre lui.

Il s'agirait ensuite de définir de manière restrictive et rigoureuse la notion de dangerosité et, par là-même, de déterminer selon quel système les circonstances du crime sont évaluées. La limitation de l'étendue des circonstances pertinentes et l'interprétation restrictive de la notion même de dangerosité permettraient donc d'éviter l'arbitraire et l'incertitude dominant la jurisprudence actuelle.

En raison des excès auxquels une jurisprudence trop laxiste peut conduire, la suppression pure et simple de la notion de dange - rosité semble souhaitable.

Cependant, nous l'avons déjà constaté (Cf. Introduction), cette disparition ne servirait à rien car cette même notion, si diffuse soit-elle, est trop profondément ancrée dans la conscience du public et de nombreux juges. La preuve en est que le TF tient compte de la dangerosité dans le cadre de la fixation de la peine (arrêt Belotti déjà mentionné); ainsi,la dangerosité, laquelle, à l'origine,ne devait constituer qu'une circonstance aggravante spéciale (art. 112, 137 et 139), devient en quelque sorte une circonstance aggravante générale. Cette jurisprudence (Belotti) a pour conséquence d'installer de manière encore plus tenace et envahissante la dangerosité au coeur même du processus de jugement (art. 63).

Chassez la dangerosité, elle revient au galop!

N O T E S

1/ Avant-projet de la commission d'experts : art. 137 ch.2 :
2. "La peine sera la réclusion pour dix ans au plus ou l'emprisonnement pour six mois au moins dans les cas graves, notamment si l'auteur a commis le vol en qualité d'affilié à une bande formée pour commettre des brigandages ou des vols;
s'il fait métier du vol;
s'il s'est muni d'une arme à feu".
Art. 139 ch.2 et 3
2. "La peine sera la réclusion pour deux ans au moins dans les cas graves, notamment
si l'auteur s'est muni d'une arme à feu,
s'il a commis le brigandage en qualité d'affilié à une bande formée pour commettre des brigandages ou des vols".

3. "La peine sera la réclusion pour cinq ans au moins si l'auteur a mis la victime en danger de mort, s'il lui a fait subir une lésion corporelle grave,
s'il l'a traitée avec cruauté".

2/ Arrêt du TF du 31 janvier 1975 (non publié).

3/ ROBERT Ch.-N, "Contre quel terrorisme?" in Volk und Recht IV (1979) No 11, p. 16.

4/ ATF 95 IV 162 = JT 1970 82, 83 : "La préméditation, c'est le travail qui se fait dans l'esprit de l'auteur avant qu'il commette son acte et qui le conduit à l'exécuter".

5/ ATF 95 IV 162 = JT 1970 82 et ATF 101 IV 281.

6/ ATF 80 IV 234 = JT 1955 44.

7/ ATF 70 IV 5 = JT 1944 73, ATF 77 IV 57 = JT 1951 103, ATF 80 IV 234 = JT 1955 44, ATF 82 IV 6 = JT 1956 136.

8/ Christen avait caché le cadavre de la fillette qu'il venait d'étrangler et s'était nettoyé, puis s'était conduit comme si rien ne s'était passé.

9/ Brunner assomme sa femme à coups de cric, puis l'écrase avec sa voiture.

10/ De 1944 (ATF 70 IV 5=JT 1944 73) à 1956 (ATF 82 IV 6 = JT 1956 136).

11/ Dans ce sens, STRATENWERTH G., Schweizerisches Strafrecht, besonderer Teil, p.25, Verlag Stämpfli, Bern 1973.

12/ Contrairement à ce que l'on pourrait penser, il est possible d'examiner systématiquement tous ces points. Un bon exem-

ple en est l'arrêt 101 IV 279 dont le considérant 2 est consacré à l'examen de la perfidie , 3 à celui du sang-froid et 4 au mobile égoïste.

13/ Cet aspect du problème ne concerne pas le droit pénal. Dans ce sens, Jean LACROIX, "Philosophie de la culpabilité". PUF, 1977. Par exemple, p. 87 : "La culpabilité morale concerne la personne seule... La justice pénale n'a pas à s'en mêler. Le seul rapport qu'elle puisse avoir avec elle est un non-rapport : la respecter!"

14/ STRATENWERTH G., op.cit.(11), p. 22

15/ ATF 80 IV 234 = JT 1955 44, 47.

16/ BJP 1967 No 145.

17/ Exemple d'action dénotant la perversité particulière : une femme essaie de tuer son mari à l'aide de poison pour pouvoir épouser son amant. Elle s'y reprend à deux fois, l'intervalle entre les deux essais ne l'ayant pas fait changer d'avis (ATF 77 IV 57 = JT 1951 103).

18/ La dangerosité, telle que nous la découvrons à travers la jurisprudence, est le prolongement d'un concept mis en évidence par l'école positiviste (notamment Lombroso et Ferri). La criminologie moderne de distance d'une telle notion.

A ce sujet, voir par exemple : R. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, no 64-65, Tome I, 2ème édition, Paris 1973 (Editions Cujas); J. LEAUTE, Criminologie et science pénitentiaire , pp. 519, 531, PUF, Paris, 1972.

19/ ATF 87 IV 113 = JT 1962 7.

20/ ATF 70 IV 5 = JT 1944 73; ATF 81 IV 150 = JT 1956 68; ATF 95 IV 162 = JT 1970 82, 86; ATF 87 IV 113 = JT 1962 7.

21/ Le TF s'est prononcé sur la question controversée de savoir s'il suffit que le pronostic établisse que le délinquant réitérera s'il se trouve placé dans la même situation. Selon l'ATF 100 IV 161 (relatif au brigandage), les circonstances doivent être différentes.

22/ Ce pronostic de réitération n'est pas pur, il est teinté de jugement moral. En outre, le TF mentionne-t-il la nature froide et criminelle de l'homme pour en déduire qu'il recommencera certainement ? Ou lui reproche-t-on cette nature comme signe d'une mentalité moralement répréhensible ? (ATF 70 IV 5 = JT 1944 73).

23/ MONTANDON C., La dangerosité, revue de la littérature anglo-saxonne in Déviance et Société, 1979, vol. III, No 1, p. 94-97.

24/ Voir l'inquiétant exemple chiffré donné à la page 97 op.cit. (23) en ce qui concerne la méthode statistique.

25/ Cette partie ne traitera que de l'al.4 de l'art. 137 ch. 2 et 139 ch.2, car une étude des notions de bande, métier,... nous entraînerait trop loin de notre sujet.

26/ GERMANN O.A., Das Verbrechen im neuen Strafrecht, p. 261 (No 12[4]). Schulthess & Co, Zürich 1942.

27/ ATF 73 IV 17 = JT 1947 74, 77; ATF 77 IV 156 = JT 1952 52, 53; ATF 100 IV 161 c. 2b).

28/ ATF 77 IV 156 = JT 1952 52, 53; ATF 100 IV 161 c. 2 b).

29/ ATF 71 IV 60.

30/ ATF 88 IV 59 = JT 1962 74.

31/ ATF 71 IV 160, 168-169; ATF 72 IV 115 = JT 1947 77, 79.

32/ Par exemple l'utilisation d'un levier pour commettre un vol (ATF 72 IV 110 = JT 1947 i,12) ou le choix de la victime, opérer aux environs de minuit, le visage masqué (ATF 73 IV 17 = JT 1947 74, 77) ou les préparatifs poussés, la brutalité, le choix de la victime, du lieu et du moment de l'exécution (ATF 77 IV 156 = JT 1952 52, 54-55).

33/ La formule se trouve pour la première fois dans l'ATF 88 IV 59 [= JT 1962 72, 74]. Elle est reprise dans les ATF 98 IV 143 [= JT 1973 53, 55] et ATF 100 IV 161 c. 2 b).

34/ ATF 88 IV 59 = JT 1962 72. Les circonstances relevées sont les suivantes : Puleo a organisé et dirigé un vol d'argent. Il a prévu d'agir pendant que ses victimes seraient absentes, s'est assuré le concours de deux personnes dont un guetteur; il a franchi la frontière immédiatement après la commission de l'infraction. Puleo a escaladé une terrasse dans l'obscurité, enfoncé une porte et une fenêtre, puis cherché l'argent, malgré le risque d'être surpris par ses victimes. Aucun instrument spécial n'a été utilisé.

35/ ATF 72 IV 110 = JT 1947 9, 12.

36/ ATF 98 IV 143 = JT 1973 53.

37/ ATF 100 IV 27 = JT 1975 9.

38/ ATF 71 IV 160; moyen d'effraction : levier de fer, ATF 72 IV 110 = JT 1947 9; ATF 72 IV 115 = JT 1947 77; choix de la victime, se munir d'une arme, opérer à minuit, le visage masqué, ATF 73 IV 17 = JT 1947 74.

39/ ATF 77 IV 156 = JT 1952 52, 54.

40/ ATF 88 IV 59 = JT 1962 72, 74, par référence à l'ATF 87 IV 113 = JT 1962 7, capital sur le sujet en matière d'assassinat.

41/ ATF 98 IV 143 = JT 1973 53 et ATF 100 IV 27 = JT 1975 9.

42/ ATF 100 IV 161 par référence à l'ATF 95 IV 162 = JT 1970 82 en matière d'assassinat.

43/ Cette incohérence se retrouve dans la jurisprudence cantonale; voir par exemple BJP 1944 No 157, BJP 1960 no 194, BJP 1969 no 12.

44/ Cf la jurisprudence cantonale citée note 43.
Pour la jurisprudence fédérale :
- ATF 73 IV 17 = JT 1947 74, 77 : "La circonspection et la persévérance avec lesquelles le recourant a projeté, préparé et exécuté le crime..."
- ATF 77 IV 156 = JT 1952 52, 54 : Le TF relève les préparatifs très poussés, le fait que l'auteur a cherché à mettre le plus de chances possibles de son côté en choisissant la victime, le lieu et le moment de l'exécution.
- ATF 88 IV 59 = JT 1962 72 : L'auteur s'arrange pour agir au momment où les victimes sont absentes, prend des mesures pour garantir sa sécurité et le succès de l'entreprise.
- ATF 102 IV 145 = JT 1978 9, 10 : L'auteur prépare l'infraction avec "circonspection et minutie", prend des précautions en vue du crime et de sa fuite à l'étranger.

45/ ATF 72 IV 110 = JT 1947 9, 12.

46/ ATF 77 IV 156 = JT 1952 52, 54-55 (Cf. note (44) pour les faits).

47/ ATF 77 IV 57 = JT 1951 103, c.3.

48/ ATF 100 IV 27 = JT 1975 9

49/ Pour la perversité, ATF 95 IV 162 = JT 1970 82 : "... il manifeste une tendance exceptionnellement marquée à user sans aucun scrupule de n'impote quel moyen pour arriver à ses fins".

Pour la dangerosité, ATF 98 IV 143 = JT 1973 53, 55 : "Cette circonstance exclut que l'on attribue cette infraction.. à

une particulière absence de scrupules de son auteur".

50/ ATF 95 IV 162 = JT 1970 82, 86 : "On peut néanmoins observer que le caractère abominable du crime et de ses mobiles permettrait apparemment de retenir aussi cet élément (la dangerosité)".

51/ L'affaire Reymond (GRAVEN Jean, RPS 61 (1946) 347) est particulièrement significative du rôle déterminant que jouent les sentiments dans le domaine de l'assassinat. En l'espèce, Reymond tue sa femme en la frappant à la tête d'un coup de clé anglaise, puis en l'étranglant. S'il en était resté là, il aurait été jugé coupable de meurtre (art. 111) ou de meurtre par passion (art. 113). Mais, il imagine pour se débarasser du corps de sa femme un moyen spécialement odieux; il la découpe en morceaux à l'aide d'une scie, puis les dépose en divers endroits à Genève. La Cour le reconnaît coupable d'assassinat car "cet homicide a été commis dans des circonstances et des conditions dénotant que Reymond, par la frénésie sanguinaire qui l'a conduit à dépecer sa victime après l'avoir tuée, est particulièrement dangereux" (p. 368).

De manière évidente, ce qui prédomine dans ce jugement est l'horreur qu'inspire la conduite de Reymond après le crime. Sur la base de ce seul sentiment, cet homicide, en somme "banal", est transformé en assassinat. Ainsi donc, ces deux éléments (la conduite après le crime et le sentiment qu'il inspire) qui devraient être absolument étrangers au jugement, le gouvernent en réalité.

52/ Le principe de l'interprétation restrictive des circonstances aggravantes a principalement été défendu par GERMANN O.A.: "Methodische Grundfragen",p.78ss. Schweizerische criminalistische Studien, Basel 1948, Verlag für Recht und Gesellschaft.

53/ STRATENWERTH G., op.cit. 11, p. 190.

54/ GISEL-BUGNION M., "L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant", Mémoires publié par la Faculté de droit de Genève, no 56, Georg et Cie, Genève 1978.

55/ Op.cit. 54, p. 34.

56/ ATF 72 IV 110 = JT 1947 9, 12 : ".. une circonstance dénotant le caractère dangereux du recourant et aggravant sa culpabilité..." ATF 72 IV 115 = JT 1947 77, 79 : "Le voleur n'est pas puni plus sévèrement parce qu'il a commis un acte particulièrement répréhensible, mais parce que cet acte dénote son caractère particulièrement dangereux, donc pour un motif analogue à ceux qu'envisage l'art. 63 CPS pour la fixation de la peine".

57/ Arrêt Belotti du 31 janvier 1975 (non publié).

58/ Par exemple, ATF 95 IV 49, 53 et ATF 95 IV 55, 58 : "Die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs sind daher aus spezial- wie generalpräventiven Gründen selbst dann streng zu prüfen, wenn der Täter zum ersten Mal wegen Fahrens in angetrunkenem Zustand bestraft wird...".

59/ GISEL-BUGNION M., op.cit.(54), p. 155-156 (contre la prévention générale) et p. 162-163 (contre la prévention spéciale).

60/ GRAVEN Ph., "Les buts et l'esprit de la 3ème révision partielle du CPS" in RPS 95 (1978) 41 (50).

61/ STRATENWERTH G., op.cit. (11), p. 22.

62/ ATF 70 IV 5 = JT 1944 73, 75.

63/ ATF 80 IV 234 = JT 1955 44.

64/ ATF 95 IV 162 = JT 1970 82, 86.

65/ Idem (note 64)

66/ Cf. page 17,exemple tiré du roman d'Albert CAMUS, "L'étranger".

67/ FOUCAULT M., Surveiller et Punir, p. 22-23, Editions Gallimard 1975, NRF, Bibliothèque des histoires.

68/ ATF 80 IV 234 = JT 1955 44.

69/ SCHULTZ M.,Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, I, p. 120, Verlag Stämpfli & Cie A.G., Bern 1973/1974.

70/ Idem (note 69).

* * * * *

Z U S A M M E N F A S S U N G

Der Begriff der Gefährlichkeit ist über die Jahre hinweg immer unpräziser und verschwommener geworden. Zwei Faktoren haben zu dieser Entwicklung beigetragen :

- Die Rechtsprechung vermochte es nicht, eine feste Definition der Gefährlichkeit aufzustellen, was die Würdigung der Tatsachen erschwert.

- die Berücksichtigung der Tatumstände wurde schrittweise so ausgedehnt, dass nun auch Tatsachen berücksichtigt werden können, die nicht mit der Tat zusammenhängen.

Schliesslich bleibt nur noch ein "Geisterbegriff", der entflieht, kaum versucht man, ihn zu fassen.

DEVIANCE et SOCIETE

COMITE DE REDACTION

J. BERNHEIM
Université de Genève
M. COLIN
Université Claude-Bernard de Lyon
C. DEBUYST
Université Catholique de Louvain
C. FAUGERON
Service d'Etudes Pénales et Criminologiques (E.R.A. - C.N.R.S.), Paris
L. HULSMAN
Erasmus Universiteit te Rotterdam
G. KELLENS
Université de Liège
P. LASCOUMES
Service d'Etudes Pénales et Criminologiques (E.R.A. - C.N.R.S.), Paris
L. VAN OUTRIVE
Katholieke Universiteit te Leuven
Ch. N. ROBERT
Université de Genève,
Directeur scientifique
Ph. ROBERT
Universités de Bordeaux I et Paris 2
Service d'Etudes Pénales et Criminologiques (E.R.A. - C.N.R.S.), Paris
R. ROTH
Université de Genève
F. BRICOLA
Università di Bologna
Membre correspondant
P. LANDREVILLE
Université de Montréal
Membre correspondant
A. NORMANDEAU
Université de Montréal
Membre correspondant

Etude du contrôle de la déviance dans la société

Ont déjà paru :

- des études sur la *criminalité d'affaires* et sa répression, la signification des *statistiques* et leurs conditions d'emploi, le *langage de la justice*, la *prison*, son histoire et son régime actuel, les *criminologies* postérieures à 1970, la *violence* et le discours qu'on tient sur elle, la *justice et l'opinion*, le *travail social*, les *boutiques de droit*, etc.
- des débats entre tenants de positions opposées sur un problème d'actualité : justice et *psychiatrie*, *presse* et criminalité, *protection de la jeunesse*, etc.
- des synthèses bibliographiques sur des thèmes touchant à la déviance : *administration de la justice*, *police*, *représentations de la justice*, etc.

éditions médecine et hygiène genève

78, avenue de la Roseraie
Case 229, CH 1211 Genève 4