

Louise Hauptmann

## **Internements administratifs, une époque révolue ?**

### **Étude critique des privations de liberté actuelles à l'aune des reproches adressés aux anciens internements administratifs**

---

Les anciens internements administratifs sont présentés comme un « chapitre sombre » de notre histoire. Mais ce chapitre est-il réellement clos ? Après une brève présentation historique, l'auteur met en évidence les points communs de cette institution avec le droit actuel des privations de liberté. Elle reprend les principaux reproches adressés aux anciens internements et démontre que si le droit permet désormais de protéger les justiciables contre certains de ces écueils, d'autres persistent toutefois dans les formes actuelles de privation de liberté.

---

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Droit administratif ; Sanctions privatives de liberté ;

Histoire du droit ; Droit comparé

Proposition de citation : Louise Hauptmann, Internements administratifs, une époque révolue ?, in : Jusletter 19 octobre 2020

## Table des matières

- Introduction
- I. Les internements administratifs : rappel historique
  - 1. Définition
  - 2. Motifs, procédure et exécution
  - 3. La fin des internements administratifs
- II. De la nécessité d'étendre la réflexion sur les internements administratifs aux privations de liberté actuelles
- III. Les points communs entre les anciens internements administratifs et les privations de liberté actuelles
  - 1. Un régime juridique fragmenté et flou
  - 2. Un contrôle judiciaire insuffisant et une surveillance lacunaire
    - A. Des privations de liberté prononcées sans juge
    - B. Un manque de données empiriques
  - 3. Des privations de liberté motivées par le statut social davantage que par les actes
    - A. Des traces des motifs de l'internement administratif dans le placement à des fins d'assistance : l'origine et l'évolution de la notion de « grave état d'abandon »
    - B. La privation de liberté des personnes étrangères en attente d'un renvoi : une incarcération motivée par le statut administratif
    - C. La privation de liberté pénale orientée par le statut social
  - 4. L'exécution des privations de liberté : mise à l'épreuve, normalisation et incapacité à resocialiser
  - 5. De mauvaises conditions de détention
- IV. Conclusion

## Introduction

[1] Les cantons suisses ont prononcé des internements administratifs jusqu'en 1981, date à laquelle sont entrées en vigueur les règles fédérales sur le placement à des fins d'assistance. Internées sur la base d'un régime juridique extrêmement flou, les personnes concernées étaient, de plus, victimes de violences institutionnalisées.<sup>1</sup> En 2010<sup>2</sup>, puis à nouveau en 2013<sup>3</sup>, le Conseil fédéral a présenté ses excuses aux anciens internés administratifs et à leurs proches, considérant que ce type de détention avait donné lieu à des violations de la dignité humaine.<sup>4</sup> En 2014, la Confédération adoptait la Loi fédérale sur la réhabilitation des personnes placées par décision administrative (ci-après : l'ancienne loi)<sup>5</sup>, remplacée le 1<sup>er</sup> avril 2017 par la Loi fédérale sur les

---

<sup>1</sup> Voir *infra*, titre I.2.

<sup>2</sup> Lors d'une cérémonie de commémoration organisée le 10 septembre 2010 à la prison de Hindelbank, dans un discours prononcé par la Conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf, alors cheffe du DFJP, (Secrétariat général DFJP, Retranscription du discours de la Conseillère fédérale Eveline Widmer-Schlumpf lors de la Cérémonie du 10.09.2010 à Hindelbank, disponible sous : [https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/actualite/reden---interviews/reden/archiv/reden\\_eveline\\_widmer-schlumpf/2010/2010-09-10.html](https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/actualite/reden---interviews/reden/archiv/reden_eveline_widmer-schlumpf/2010/2010-09-10.html), consulté le 9 octobre 2020).

<sup>3</sup> Lors d'une seconde cérémonie de commémoration, dans un discours prononcé par la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga, alors cheffe du DFJP (Secrétariat général DFJP, Retranscription du discours de la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga lors de la Cérémonie de commémoration pour les anciens enfants placés de force et les autres victimes de mesures de coercition à des fins d'assistance, Berne 11 avril 2013, disponible sous : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/30275.pdf>, consulté le 9 octobre 2020).

<sup>4</sup> Secrétariat général DFJP (nbp 3).

<sup>5</sup> Loi fédérale sur la réhabilitation des personnes placées par décision administrative du 21 mars 2014, RO 2014 2293. Cette loi prévoyait pour seule mesure de réparation la reconnaissance de l'injustice faite aux personnes victimes de placements administratifs (art. 3), en excluant expressément toute prestation financière (art. 4).

mesures de coercition à des fins d'assistance et les placements extrafamiliaux antérieurs à 1981 (ci-après : LMCFA).<sup>6</sup> Une nouvelle version de cette loi a été adoptée le 19 juin 2020 et devrait prochainement entrer en vigueur.<sup>7</sup> Conformément aux exigences légales<sup>8</sup>, le Conseil fédéral a nommé en 2014 une Commission indépendante d'experts (ci-après : CIE) et l'a chargée de retracer l'historique de ces internements, dans le but d'éviter la reproduction des actes passés.<sup>9</sup>

[2] Durant l'année 2019, alors que la CIE terminait son mandat<sup>10</sup>, son travail de recherche sur les internements administratifs a fait l'objet d'une grande attention médiatique. Mais les communications des autorités et les articles de presse se bornent le plus souvent à projeter « notre regard d'aujourd'hui »<sup>11</sup> et « nos valeurs actuelles »<sup>12</sup> sur l'action étatique passée, et à déplorer que les internements administratifs aient existé. Cette présentation repentante et purement rétrospective des internements administratifs les relègue au rang de « chapitre sombre »<sup>13</sup> de l'histoire suisse, appartenant à une époque révolue et relevant de valeurs dépassées. Elle fait ainsi oublier que les privations de liberté actuelles présentent encore nombre de caractéristiques que l'on reproche aux anciens internements administratifs. On peut regretter que cette remise en question ne s'étende pas à la privation de liberté en général, alors que les témoignages des anciens internés administratifs font écho aux abus dénoncés aujourd'hui encore dans tous les lieux de privation de liberté, qu'ils relèvent du droit pénal, civil ou administratif.

---

<sup>6</sup> Loi fédérale sur les mesures de coercition à des fins d'assistance et les placements extrafamiliaux antérieurs à 1981, LMCFA, RS 211.223.13. À la suite d'une initiative populaire suivie d'un contre-projet au profit duquel l'initiative a finalement été retirée, la LMCFA prévoit un dédommagement financier pour les victimes, sous la forme d'une « contribution de solidarité », contrairement à l'ancienne loi (art. 4 ss LMCFA ; Initiative populaire fédérale « Réparation de l'injustice faite aux enfants placés de force et aux victimes de mesures de coercition prises à des fins d'assistance (initiative sur la réparation) », Réalisation du retrait conditionnel, FF 2017 77 ; Message concernant l'initiative populaire « Réparation de l'injustice faite aux enfants placés de force et aux victimes de mesures de coercition prises à des fins d'assistance (initiative sur la réparation) » et son contre-projet indirect (loi fédérale sur les mesures de coercition à des fins d'assistance et les placements extrafamiliaux antérieurs à 1981) du 4 décembre 2015, FF 2016 87).

<sup>7</sup> Loi fédérale sur les mesures de coercition à des fins d'assistance et les placements extrafamiliaux antérieurs à 1981 (suppression du délai de dépôt des demandes d'octroi d'une contribution de solidarité), modification du 19 juin 2020, FF 2020 5349. À la suite d'une initiative parlementaire du Conseiller national RAPHAËL COMTE, cette nouvelle version du texte légal supprime le délai de dépôt des demandes d'octroi d'une contribution de solidarité qui figure actuellement à l'art. 5 al. 1 LMCFA. Le délai référendaire a échoué le 8 octobre 2020 sans avoir été utilisé.

<sup>8</sup> Art. 5 de l'ancienne loi, puis art. 15 LMCFA.

<sup>9</sup> CIE, « (...) la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres (...) ». Recommandations de la Commission indépendante d'experts (CIE) Internements administratifs, p. 42, disponible sous : [https://www.uek-administrative-versorgungen.ch/resources/Recommandations\\_CIE\\_FR\\_20190902.pdf](https://www.uek-administrative-versorgungen.ch/resources/Recommandations_CIE_FR_20190902.pdf), consulté le 9 octobre 2020 ; pour plus d'informations sur le mandat confié à la CIE et sur la méthodologie utilisée, voir CIE, Programme de recherche de la Commission indépendante d'experts (CIE) chargée de réaliser une étude scientifique sur les internements administratifs et autres mesures de coercition à des fins d'assistance, 1<sup>er</sup> juin 2015, disponible sous : [https://www.uek-administrative-versorgungen.ch/resources/programme\\_de\\_recherche1.pdf](https://www.uek-administrative-versorgungen.ch/resources/programme_de_recherche1.pdf), consulté le 9 octobre 2020 ; CIE, Forschungsdesign Unabhängige Expertenkommission Administrative Versorgung, 10 mai 2016, disponible sous : [https://www.uek-administrative-versorgungen.ch/resources/Forschungsdesign\\_UEK\\_20160510.pdf](https://www.uek-administrative-versorgungen.ch/resources/Forschungsdesign_UEK_20160510.pdf), consulté le 9 octobre 2020.

<sup>10</sup> La CIE a rendu son rapport final au Conseil fédéral le 2 septembre 2019.

<sup>11</sup> Selon les termes utilisés dans l'Avis du Conseil fédéral du 13 novembre 2013 sur le rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 6 septembre 2013, concernant l'initiative parlementaire sur la réhabilitation des personnes placées par mesure administrative, FF 2013 8019, p. 8021.

<sup>12</sup> Selon les termes utilisés par la Conseillère nationale Ursula Schneider Schüttel (Initiative parlementaire de Paul Rechsteiner, 11.431 Réhabilitation des personnes placées par décision administrative, Intervention de Ursula Schneider Schüttel).

<sup>13</sup> Selon les termes utilisés par Eveline Widmer-Schlumpf dans son discours lors de la cérémonie commémorative du 10 septembre 2010 (Secrétariat général DFJP (nbp 2)), puis par le Conseil fédéral dans le Message concernant la LMCFA (FF 2016 87 (nbp 6), p. 88), et largement repris par les médias.

[3] Il est primordial de reconnaître la grave injustice et le tort causé aux personnes victimes d'internements administratifs, de les réhabiliter et de les dédommager<sup>14</sup>, mais il faut également rappeler que ces internements s'inséraient dans un système dont les privations de liberté actuelles sont les héritières. Si les internements administratifs ont été abolis en 1981, les privations de liberté actuelles n'ont pas pour autant perdu toute filiation avec eux. Au contraire, un lien de continuité existe, et les valeurs qui sont brandies en critique des internements administratifs pourraient l'être aussi face à des formes de privation de liberté qui perdurent aujourd'hui.<sup>15</sup>

[4] Afin de mettre en évidence cette continuité, nous commencerons par une brève présentation historique des internements administratifs, de leurs buts et des causes de leur disparition (I), puis nous exposerons en quoi les travaux de la CIE sont un outil précieux pour l'analyse des privations de liberté actuelles (II). En nous basant sur ces travaux<sup>16</sup>, nous présenterons ensuite les principales critiques qui sont adressées aujourd'hui à ces internements, et nous déterminerons dans quelle mesure les formes actuelles de privation de liberté présentent encore des défauts similaires (III). Enfin, nous conclurons par une réflexion sur les enseignements que le travail historique de la CIE permet de tirer à propos des régimes de privation de liberté actuels.

## I. Les internements administratifs : rappel historique

### 1. Définition

[5] L'expression « internement administratif » n'est pas une notion juridique : il s'agit des termes utilisés par la CIE pour définir son objet d'étude, déterminé de façon laconique par l'art. 15 al. 2 LMCFA, qui évoque les « placements administratifs » sans en donner de définition.<sup>17</sup> Selon la CIE, l'appellation « internement administratif » désigne « une privation de liberté en dehors du droit pénal [dont les] bases légales ont été en vigueur jusqu'en 1981 avant d'être abrogées ou révisées » et qui se justifiait « selon le cas par des motifs d'assistance, d'éducation ou de protection de la société ».<sup>18</sup> En d'autres termes, il s'agit d'une « privation de liberté dans un but de prophylaxie sociale ».<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Rappelons que ce n'est qu'au prix d'un long travail politique et citoyen qu'une possibilité de réparation financière a été accordée aux victimes (voir nbp 5 à 7).

<sup>15</sup> Dans le même sens, la CIE invite à « relativiser l'image d'une rupture nette en 1981 », estimant que la privation de liberté à des fins d'assistance (devenue placement à des fins d'assistance) s'inscrit dans la continuité de l'internement administratif (URS GERMANN/LORRAINE ODIER, Internements administratifs en Suisse 1930–1981. Synthèse, in : CIE (édit.), Publications de la CIE, vol. 10 B, La mécanique de l'arbitraire. Internements administratifs en Suisse 1930–1981. Rapport final, Neuchâtel/Zurich/Bellinzona 2019, p. 13 ss, p. 83 s.).

<sup>16</sup> Les internements administratifs étant restés largement invisibles jusqu'aux cérémonies d'excuses de la Confédération, les seules sources d'information sur cette institution ont longtemps été les témoignages de victimes et quelques études des droits cantonaux, ciblant souvent un ou plusieurs types d'internement administratif spécifiques. L'internement administratif a donc fait l'objet de peu d'études globales avant les travaux de la CIE, qui ont notamment pour fonction de combler cette lacune (art. 15 al. 4 LMCFA ; CIE, Forschungsdesign. Unabhängige Expertenkommission Administrative Versorgungen, p. 1, disponible sous : [https://www.uek-administrative-versorgungen.ch/resources/Forschungsdesign\\_UEK\\_20160510.pdf](https://www.uek-administrative-versorgungen.ch/resources/Forschungsdesign_UEK_20160510.pdf), consulté le 9 octobre 2020). Ces travaux constitueront donc nécessairement la source principale des parties historiques de cette contribution.

<sup>17</sup> La définition de ce terme n'est pas non plus évoquée dans les travaux préparatoires de la LMCFA.

<sup>18</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 24.

<sup>19</sup> CIE (nbp 15), p. 2 ; CHRISTEL GUMY, Introduction, in : CIE (édit.), Publications de la CIE, vol. 3, Des lois d'exception ? Légitimation et délégitimation de l'internement administratif, Neuchâtel/Zurich/Bellinzona 2019, p. 9 ss, p. 14.

[6] L'appellation « internement administratif » n'est pas non plus historique : elle désigne des réalités plurielles qui, lorsqu'elles existaient, ne portaient pas forcément ce nom. Son acception est donc volontairement large, car plus de spécificité empêcherait de prendre en compte la diversité des formes que cette institution a prises au cours de son histoire.<sup>20</sup>

## 2. Motifs, procédure et exécution

[7] Les internements administratifs relevaient de la compétence exclusive des cantons.<sup>21</sup> Leur encadrement juridique était très variable, avec des motifs de détention larges et souvent non définis par la loi, combinés à des règles de procédure floues ou inexistantes, le tout conférant un pouvoir quasiment illimité aux autorités administratives.<sup>22</sup>

[8] Les motifs sur lesquels se fondaient les internements administratifs étaient multiples : il s'agissait en substance de priver de liberté des personnes contrevenant à l'ordre social ou moral, ainsi que celles dont on estimait qu'elles avaient besoin de soins. Ces motifs avaient principalement trait à l'abus d'alcool, à l'absence de travail régulier, à la maladie mentale, à la pauvreté et à d'autres situations ou comportements perçus comme indésirables, immoraux ou asociaux.<sup>23</sup>

[9] La privation de liberté était de durée relativement indéterminée : prononcée pour un minimum de six mois, elle durait jusqu'à ce que l'état de santé ou le comportement à l'origine de l'internement se soit amélioré<sup>24</sup>, mais ne devait pas dépasser une durée maximale de deux à cinq ans.<sup>25</sup> Quant à la procédure, ces internements étaient généralement prononcés par des autorités administratives, et le plus souvent sans recours possible à une autorité judiciaire.<sup>26</sup> Même lorsqu'un droit de recours existait, les conditions matérielles telles que le peu de moyens financiers, le manque d'information et la crainte des représailles rendaient son usage difficile.<sup>27</sup>

[10] Ce maigre cadre normatif était en outre régulièrement violé par les autorités cantonales et communales. Ainsi, de nombreuses personnes furent internées sur la base de motifs extralégaux, sans décision formelle d'internement, sans être entendues, ou pour une durée totalement

---

<sup>20</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 24, 36 s. et 94 ss ; CIE (nbp 15), p. 2 ; GUMY (nbp 19), p. 14.

<sup>21</sup> Message concernant la modification du code civil suisse (privation de liberté à des fins d'assistance) et le retrait de la réserve apportée à l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 17 août 1977, FF 1977 III 1, p. 9.

<sup>22</sup> FF 1977 III 1 (nbp 21), p. 9.

<sup>23</sup> FF 1977 III 1 (nbp 21), p. 9 s. La maladie mentale, appelée parfois maladie psychique, désigne aussi ce que les lois cantonales d'avant 1981 et plusieurs textes légaux actuels appellent « faiblesse d'esprit ». Nous pensons ici aux constitutions des cantons de Bâle-Campagne (RS 131.222.2 ; art. 21 al. 2), Uri (RS 131.214 ; art. 17 al. 1), Neuchâtel (RS 131.233 ; art. 37 al. 1), Tessin (RS 131.229 ; art. 27 al. 2), Thurgovie (RS 131.228 ; art. 18 al. 1) et Glaris (RS 131.217 ; art. 56 al. 2), ainsi qu'au Règlement fédéral de la Commission de recours interne des EPF (RS 414.110.21 ; art. 4). Cette expression figurait également à l'art. 369 aCC jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2013, mais elle a été abandonnée, le Conseil fédéral estimant qu'elle faisait partie des notions stigmatisantes « qui n'ont plus leur place dans un droit moderne » (Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635, p. 6657).

<sup>24</sup> PETER BOSSART, *Persönliche Freiheit und administrative Versorgung*, thèse Zurich, Winterthur 1965, p. 6 et 102.

<sup>25</sup> BOSSART (nbp 24), p. 102 ; GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 52.

<sup>26</sup> Seuls les cantons de Glaris, Vaud et Argovie prévoyaient que l'internement administratif soit prononcé par une autorité judiciaire. Un recours contre la décision d'internement n'était pas toujours possible. Lorsqu'il l'était, c'était le plus souvent auprès d'une autorité administrative ou exécutive ; un recours judiciaire n'était ouvert que dans les cantons d'Argovie, Bâle-Campagne, Berne, Genève, Soleure et Vaud (FF 1977 III 1 (nbp 21), p. 9 ; BOSSART (nbp 24), p. 71 ss).

<sup>27</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 153 ss.

indéterminée.<sup>28</sup> Cette carence de réglementation et ce manque de rigueur dans l'application du droit touchaient aussi l'exécution des internements administratifs : souvent détenues dans des établissements inappropriés, les personnes internées étaient de plus fréquemment victimes de mauvais traitements et soumises au travail forcé.<sup>29</sup> Les autorités judiciaires, jusqu'au Tribunal fédéral, faisaient preuve d'une certaine indifférence face aux recours contre ce type de pratiques : s'il arrivait que les cantons ou communes soient rappelés à l'ordre, les décisions donnant gain de cause au recourant étaient très rares.<sup>30</sup>

### 3. La fin des internements administratifs

[11] Les caractéristiques susmentionnées de l'internement administratif poseront problème à la Suisse dès 1968, lorsqu'elle cherchera à adhérer à la CEDH. En effet, ces internements ne sont pas conformes à l'art. 5 CEDH, qui exige le respect de certaines garanties de procédure lors du prononcé d'une privation de liberté, en impose le contrôle judiciaire, et fixe des limites matérielles quant à ses motifs.<sup>31</sup> La compatibilité des internements administratifs avec les art. 4 et 6 CEDH, qui posent les principes d'interdiction du travail forcé et de droit à un procès équitable, est également discutée.<sup>32</sup> La Suisse décide donc, lors de la ratification de la CEDH en 1974, d'émettre une réserve visant à exclure les internements administratifs du champ d'application de la Convention.<sup>33</sup>

[12] Cette réserve est d'emblée vouée à être temporaire : au moment où elle la formule, la Confédération envisage déjà une refonte du droit civil fédéral visant à remplacer les lois cantonales sur l'internement administratif par un régime juridique conforme à la CEDH.<sup>34</sup> Ce sont les futures règles sur la privation de liberté à des fins d'assistance, qui entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1981, signant la fin des internements administratifs et emportant le retrait de la réserve à l'art. 5 CEDH.<sup>35</sup>

[13] Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, cette institution a pris le nouveau nom de placement à des fins d'assistance (art. 426 ss CC). Cette nouvelle terminologie s'explique par une volonté de donner une désignation plus exacte à ces mesures qui, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ne sont pas nécessairement privatives de liberté.<sup>36</sup> Quant à son contenu,

---

<sup>28</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 141 s.

<sup>29</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 165 s., 195 ss et 215 ; à l'époque de son existence, la qualification juridique du travail des personnes internées et détenues comme travail forcé faisait débat (Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 9 décembre 1968, FF 1968 II 1069, p. 1094 s.).

<sup>30</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 81 ss, 142 s et 151.

<sup>31</sup> FF 1968 II 1069 (nbp 29), p. 1097 ss (motifs) et 1106 s. (contrôle judiciaire).

<sup>32</sup> FF 1968 II 1069 (nbp 29), p. 1094 s. (travail forcé) et 1111 (garanties de procédure).

<sup>33</sup> Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RO 1974 2151, p. 2173 ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 mars 1974, FF 1974 I 1020, p. 1029 ; Rapport complémentaire du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 23 février 1972, FF 1972 I 989, p. 993 s. et 999 ; FF 1968 II 1069 (nbp 29), p. 1099.

<sup>34</sup> FF 1974 I 1020 (nbp 33), p. 1029.

<sup>35</sup> Art. 397a ss aCC (RO 1980 31) ; FF 1977 III 1 (nbp 21), p. 20 et 58 s.

<sup>36</sup> FF 2006 6635 (nbp 23), p. 6658 ; CourEDH, arrêt H.M. c. Suisse du 26 février 2002, par. 40 ss ; pour des critiques de cet arrêt, voir CourEDH, arrêt H.M. c. Suisse du 26 février 2002, opinion concordante du juge Jörundsson, par. 1, et opinion dissidente du juge Loucaides ; OLIVIER GUILLOD, in : Audrey Leuba/Martin Stettler/Andrea

le droit du placement à des fins d'assistance n'a pas subi de modifications substantielles depuis 1981.<sup>37</sup>

## II. De la nécessité d'étendre la réflexion sur les internements administratifs aux privations de liberté actuelles

[14] Les travaux de la CIE sont la première occurrence en Suisse d'une étude critique d'une privation de liberté mandatée directement par les autorités fédérales. Ils constituent donc un vecteur institutionnellement admis de remise en question d'une privation de liberté, non seulement dans ses effets délétères mais dans son principe même.<sup>38</sup> Cette dernière caractéristique distingue les travaux de la CIE des autres rapports produits par des institutions de contrôle des privations de liberté, telles que la Commission nationale de prévention de la torture (ci-après : CNPT) ou le Comité européen pour la prévention de la torture (ci-après : CPT), qui se bornent à vérifier que la mise en œuvre des privations de liberté se fasse dans le respect des droits des détenus, sans questionner l'institution elle-même. Ainsi, les travaux de la CIE constituent un appareil critique particulièrement étoffé et complet, traversant tous les aspects d'une privation de liberté et de ses implications non seulement juridiques, mais aussi politiques, économiques et sociales. En raison des points communs que présentaient les internements administratifs avec toute privation de liberté, ces travaux peuvent servir de grille d'analyse critique des privations de liberté en général. Il s'agit donc de se saisir de cet outil pour en tirer des enseignements au sujet de nos privations de liberté contemporaines, et de ne pas le cantonner à un rôle commémoratif qu'il dépasse en réalité largement.<sup>39</sup>

[15] Cette démarche doit inclure toutes les privations de liberté au sens de l'art. 5 CEDH. Non seulement celle qui a remplacé les internements administratifs (le placement à des fins d'assistance<sup>40</sup>), mais aussi les autres : la détention administrative des personnes étrangères et la privation de liberté pénale (peine privative de liberté, détention provisoire et mesures pénales). Si ces différentes institutions ne poursuivent pas les mêmes buts, elles utilisent le même procédé : le retrait de la liberté de mouvement au profit du placement dans une institution contrôlée par l'État. Ce dénominateur commun implique des problématiques communes, relevées par la CIE dans le cadre des internements administratifs, mais largement connues des autres privations de liberté.

---

Büchler/Christoph Häfeli (édit.), Commentaire du droit de la famille : Protection de l'adulte (ci-après : Comm-Fam), Berne 2013, N 11 s. ad art. 426 CC.

<sup>37</sup> FF 2006 6635 (nbp 23), p. 6653 et 6695 ; voir *infra*, titre III.3.A.

<sup>38</sup> Sur le mandat confié par la Confédération à la CIE, voir *supra*, Introduction.

<sup>39</sup> La CIE conclut son rapport final de la façon suivante : « l'histoire de l'internement administratif produite par la CIE servira, nous l'espérons, à poursuivre une réflexion critique sur les pratiques actuelles en la matière », en rappelant que « la protection des droits fondamentaux reste une lutte permanente et toujours actuelle, pour laquelle la conscientisation des responsables de l'État et de la société à propos de ces droits fondamentaux joue un rôle décisif » (GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 377). Les mêmes réflexions sont reprises dans les recommandations de la CIE, remises aux autorités fédérales en même temps que le rapport final (CIE (nbp 9), p. 42 et 61).

<sup>40</sup> Pour les besoins de cette contribution, nous utilisons les termes de « placement à des fins d'assistance » dans un sens étroit, désignant parmi ces placements uniquement ceux qui sont constitutifs d'une privation de liberté, à l'exclusion de ceux qui n'impliquent qu'une restriction à la liberté de mouvement. Pour plus d'informations sur la distinction entre ces deux types de placements à des fins d'assistance, voir les références indiquées en nbp 36.

[16] La lecture des travaux de la CIE permet de résumer les critiques adressées aux anciens internements administratifs en cinq points : ils étaient réglés par un régime juridique fragmenté et flou, ils faisaient l'objet d'un contrôle judiciaire insuffisant et d'une surveillance lacunaire, ils étaient motivés par le statut social et la moralité des personnes concernées davantage que par leurs actes, ils étaient normalisateurs et conçus comme un système de mise à l'épreuve et, enfin, ils étaient exécutés dans de mauvaises conditions de détention. Dans le titre suivant, nous reprendrons chacun de ces reproches adressés aux anciens internements administratifs afin de déterminer dans quelle mesure le droit actuel des privations de liberté présente des caractéristiques similaires.

### III. Les points communs entre les anciens internements administratifs et les privations de liberté actuelles

#### 1. Un régime juridique fragmenté et flou

[17] Comme nous l'avons vu<sup>41</sup>, l'un des principaux défauts des anciens internements administratifs était leur régime juridique fragmenté et flou ; « un premier résultat important de la CIE est de montrer que derrière les deux mots « internements administratifs » se cache un large patchwork législatif aux contours confus et difficiles à appréhender ».<sup>42</sup> Ainsi, on accuse les anciens droits cantonaux sur l'internement administratif, leur pluralité et leur faible densité normative d'avoir remis les personnes internées aux mains d'un pouvoir administratif s'exerçant quasiment sans garde-fou. Et c'est à raison que l'on se félicite de l'uniformisation des règles sur le placement à des fins d'assistance. Tous les motifs de privation de liberté se trouvent désormais dans des lois fédérales, ce qui bénéficie à la prévisibilité et à la sécurité du droit.

[18] Cependant, si les dispositions du Code civil sur la privation de liberté à des fins d'assistance ont permis une prise en charge par le pouvoir législatif fédéral des motifs de privation de liberté, il n'en reste pas moins que toute privation de liberté a nécessairement une forte composante administrative, en raison de la relation de dépendance qu'elle instaure entre la personne privée de liberté et l'établissement de détention : si, dans la société libre, chaque individu organise en principe sa vie quotidienne comme il l'entend, en détention, le champ de ce qui peut être réglé par la volonté individuelle est fortement réduit.<sup>43</sup> Le vide ainsi créé est comblé par la volonté de l'autorité, qui s'exprime au travers de règlements, de décisions ou d'actes matériels.<sup>44</sup> Ainsi, hormis les principes fixés par les lois fédérales, l'exécution des privations de liberté est toujours soumise au droit administratif cantonal et fait donc toujours l'objet d'un réseau de compétences et de normes plurielles, qu'il n'est pas toujours aisé d'articuler entre elles, ce qui nuit parfois aux droits des personnes privées de liberté.

---

<sup>41</sup> Voir *supra*, titre I.2.

<sup>42</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 271.

<sup>43</sup> JÖRG KÜNZLI/ANJA EUGSTER/ANDREAS KIND/ALEXANDER SPRING/EVELYNE STURM, *Mise en oeuvre des droits humains en Suisse. Un état des lieux dans les domaines de la privation de liberté, de la police et de la justice*, Berne 2013, p. 1, disponible sous : <https://www.skmr.ch/frz/domaines/police/publications/etat-des-lieux.html?zur=106>, consulté le 9 octobre 2020.

<sup>44</sup> ANDREA BAECHTOLD, *Strafvollzug. Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz*, Berne 2016, p. 30 s. ; ce transfert du contrôle sur la vie quotidienne, passant de la puissance individuelle à la puissance carcérale, rappelle ce que FOUCAULT nomme « la mise sous contrôle des moindres parcelles de la vie et du corps » (MICHEL FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Paris 1975, p. 165).



[19] C'est le cas en matière d'exécution des sanctions pénales, dont l'une des particularités est de faire l'objet – en plus de règles purement cantonales – de trois concordats intercantonaux qui ont pour but de garantir l'exécution uniforme des sanctions, tâche que le droit fédéral délègue aux cantons (art. 372 al. 3 et 378 CP). Ces concordats adoptent des recommandations sur l'exécution des sanctions qui n'ont en principe pas de portée juridique obligatoire, bien qu'elles puissent être rendues contraignantes par divers mécanismes.<sup>45</sup> Une collaboration interconcordataire a également été mise en place en 2018, sous la forme du Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions pénales (ci-après : CSCSP), qui se donne pour objectif de contribuer à l'harmonisation et à la coordination de la privation de liberté pénale en Suisse, notamment par la création de standards communs à tous les établissements de privation de liberté du pays.<sup>46</sup> On peut se demander si l'uniformité de l'exécution des sanctions prescrite par le législateur fédéral (art. 372 al. 3 CP) ne serait pas plus facilement atteinte par une législation fédérale plutôt que par la multiplication d'organes législatifs, quasi-législatifs ou exécutifs adoptant des textes de natures et de contenus divers, qu'il s'agit de coordonner à leur tour pour aboutir finalement à la reconstruction par le bas d'un régime juridique fédéral.<sup>47</sup> Une telle harmonisation n'est toutefois pas envisagée ; un projet de modification du Code pénal portant sur l'« harmonisation des peines » est actuellement en cours de discussion à l'Assemblée fédérale, mais il vise uniquement une uniformisation de la quotité des peines, non de leur exécution.<sup>48</sup>

[20] En tout état de cause, la multiplication des législations cantonales et concordataires paraît superflue et même nuisible, dans la mesure où elle induit des conflits de normes et de compétences qui compliquent voire empêchent une bonne mise en œuvre des droits fondamentaux des détenus. Ainsi, par exemple, lorsqu'une personne détenue doit être transférée d'un concordat à un autre pour entrer dans le quartier de haute sécurité d'un établissement, il est impossible de déterminer avec certitude quelles sont les règles applicables, et quelle est l'autorité compétente pour ordonner le transfert ; selon les cantons impliqués dans un tel cas de figure, il en résulte un conflit de compétences négatif, la compétence des directeurs des établissements concernés tout comme celle des autorités d'exécution des peines étant exclues. Une telle situation met gravement en danger le droit à un procès équitable et porte atteinte aux principes de la légalité et de la sécurité du droit.<sup>49</sup>

[21] En outre, la fragmentation des compétences en matière d'exécution des sanctions entraîne des différences de traitement entre personnes détenues, en fonction du canton dans lequel la

---

<sup>45</sup> Pour plus de détails, voir BAECHTOLD (nbp 44), p. 66 s.

<sup>46</sup> Selon les informations données par le CSCSP sur son site internet, disponibles sous : <https://www.skjv.ch/fr/qui-sommes-nous/objectifs-et-taches> et sous : <https://www.skjv.ch/fr/pratique/standards/sens-et>, consulté le 9 octobre 2020.

<sup>47</sup> Le CSCSP préconise lui-même « l'abandon ponctuel de structures cantonales ou concordataires au profit de conventions et harmonisations au niveau suisse » (<https://www.skjv.ch/fr/pratique/standards/sens-et>, consulté le 9 octobre 2020). Dans le même sens, le Centre suisse de compétences pour les droits humains appelle à la coordination des droits cantonaux en matière de privation de liberté (JÖRG KÜNZLI/ANJA EUGSTER/VIJITHA VEERAKATTY, *Rechtsschutz und Freiheitsentzug*. Juristische Studie zuhanden des Schweizerischen Ausbildungszentrums für das Strafvollzugspersonal SAZ, Berne 2014, p. 45, disponible sous : [https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/150416\\_Studie\\_Rechtsschutz\\_Freiheitsentzug.pdf](https://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/150416_Studie_Rechtsschutz_Freiheitsentzug.pdf), consulté le 9 octobre 2020).

<sup>48</sup> 18.043 Harmonisation des peines et adaption du droit pénal accessoire du nouveau droit de sanctions ; Message concernant la loi fédérale sur l'harmonisation des peines et la loi fédérale sur l'adaptation du droit pénal accessoire au droit des sanctions modifié du 25 avril 2018, FF 2018 2889, p. 2891 ; pour un résumé de l'avancement actuel des débats, voir DANIEL JOSITSCH, *Eile mit Weile bei den Grossprojekten im Strafrecht. Aktuelle Tendenzen in der strafrechtlichen und in der strafprozessrechtlichen Gesetzgebung*, in : Jusletter 3 août 2020.

<sup>49</sup> KÜNZLI/EUGSTER/VEERAKATTY (nbp 47), p. 27 s.

privation de liberté est exécutée.<sup>50</sup> Ces différences matérielles ne peuvent toutefois pas être juridiquement qualifiées d'inégalités de traitement, précisément parce qu'elles sont le fruit d'ordres juridiques différents. En effet, la garantie constitutionnelle de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) n'est applicable qu'*au sein* d'un même ordre juridique, et non *entre* les ordres juridiques.<sup>51</sup> Une inégalité de traitement au sens de l'art. 8 Cst. peut donc exister entre deux personnes détenues dans un même canton, parce que leur situation relève du même ordre juridique, mais pas entre deux personnes détenues dans des cantons différents.<sup>52</sup> Ainsi, les compétences législatives cantonales empêchent l'application de la garantie de l'égalité de traitement entre tous les détenus pénaux en Suisse, alors que cette égalité est le but poursuivi par le CSCSP.<sup>53</sup>

[22] Les différences de traitement entre personnes privées de liberté selon le canton où elles se trouvent existent aussi en matière de détention administrative des personnes étrangères. Contrairement à la détention pénale, la collaboration intercantonale y est très peu développée, et poursuit principalement des buts organisationnels.<sup>54</sup>

[23] Les art. 75 ss LEI confèrent aux cantons une grande marge de manœuvre quant à l'utilisation de la détention administrative.<sup>55</sup> Ces derniers en font des usages très variés, notamment quant aux cas dans lesquels la détention est prononcée et quant à sa durée.<sup>56</sup> Les établissements de détention ne sont pas uniformément répartis entre les différents cantons et sont de natures diverses : il peut s'agir aussi bien de locaux de police que d'établissements dédiés à la détention adminis-

---

<sup>50</sup> LUISELLA DEMARTINI/CHRISTOPHE KOLLER, Sanctions pénales et pratiques cantonales. Diversités – disparités – fédéralisme, in : Daniel Fink/Jörg Arnold/Françoise Genillod-Villard/Niklaus Oberholzer, Criminalité, justice pénale et fédéralisme, Berne 2019, p. 205 ss ; c'est le cas par exemple en matière d'octroi de la libération conditionnelle des peines privatives de liberté, qui dépend de pratiques cantonales extrêmement variables : alors que les bases légales et la jurisprudence applicables sont uniformes (car elles sont de niveau fédéral), le taux d'octroi de la libération conditionnelle varie entre 53% et 97% selon les cantons et, en moyenne, la libération conditionnelle est significativement moins accordée dans le concordat latin que dans les deux autres concordats (AIMÉE H. ZERMATTEN/THOMAS FREYTAG, Libération conditionnelle : au conditionnel selon le canton ? in : Nicolas Queloz/Thomas Noll/Laura von Mandach/Natalia Delgrande, Surveiller et punir : nouvelles évolutions dans l'exécution des sanctions pénales, Berne 2018, p. 157 ss, p. 160 ss).

<sup>51</sup> VINCENT MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 125 ; PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. 1, Les fondements, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2012, p. 847 s.

<sup>52</sup> Cette dernière situation s'analyse non comme une question d'égalité de traitement, mais à la lumière du principe de la légalité : la différence de traitement entre personnes détenues dans deux cantons différents est conforme au droit lorsqu'elle découle de la marge d'appréciation conférée aux cantons par le droit fédéral. Dans le cas contraire, elle est constitutive d'une violation du droit fédéral. Sur ces interactions et l'articulation entre égalité et légalité, voir ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, Les droits fondamentaux, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2013 p. 497 et 499 ; MOOR (nbp 51), p. 848.

<sup>53</sup> Ainsi, le CSCSP poursuit l'objectif d'adopter des standards nationaux pour garantir l'égalité de traitement des personnes détenues (<https://www.skjv.ch/fr/pratique/standards>, consulté le 9 octobre 2020).

<sup>54</sup> Seuls les cantons de Genève, Neuchâtel et Vaud sont liés par un concordat, qui vise à organiser l'exploitation de l'établissement de Frambois (le Concordat sur l'exécution de la détention administrative à l'égard des étrangers ; BLV 142.91).

<sup>55</sup> Le but poursuivi par la détention administrative est l'exécution d'une décision de renvoi ou d'expulsion, qui relève de la compétence des cantons (art. 64a al. 3 et 69 al. 1 LEI, art. 46 LA<sub>si</sub>). La détention administrative est donc presque exclusivement prise en charge par les cantons, non seulement quant à son exécution, mais aussi quant à son prononcé (Détention administrative de requérants d'asile, Rapport du Contrôle parlementaire de l'administration à l'intention de la Commission de gestion du Conseil national du 1<sup>er</sup> novembre 2017, FF 2018 7511, p. 7556 ; CHRISTIN ACHERMANN/ANNE-LAURE BERTRAND/JONATHAN MIAZ/LAURA REZZONICO, La détention administrative des personnes étrangères en chiffres, in : en bref, n° 12, Neuchâtel janvier 2019, p. 2 ss, disponible sous : [https://nccr-onthemove.ch/wp\\_live14/wp-content/uploads/2019/01/Policy-Brief-nccr-on-the-move-12-Achermann-FR-Print.pdf](https://nccr-onthemove.ch/wp_live14/wp-content/uploads/2019/01/Policy-Brief-nccr-on-the-move-12-Achermann-FR-Print.pdf), consulté le 9 octobre 2020).

<sup>56</sup> FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7513 et 7542 ss ; ACHERMANN/BERTRAND/MIAZ/REZZONICO (nbp 55), p. 2 s.

trative, ou encore d'ailes d'établissements pénitentiaires.<sup>57</sup> La détention administrative se révèle d'une efficacité variable selon les cantons : si, dans certains cantons, elle sert bien son but d'exécution des renvois, cet objectif est plus rarement atteint dans d'autres cantons, ce qui indique que « certains cantons ont recours à la détention administrative de manière plus opportune que d'autres ».<sup>58</sup> Ces différences de régimes sont si importantes que l'administration fédérale doute de leur conformité aux exigences du fédéralisme d'exécution et des principes de la légalité et de l'égalité devant la loi, raison pour laquelle elle appelle à une uniformisation des pratiques.<sup>59</sup>

[24] Comme le remarque Moor, « la plupart des activités étatiques consistent [...] dans une pluralité de mesures de natures diverses, relevant de compétences diverses, destinées à concrétiser divers objectifs, à partir de situations diverses ». <sup>60</sup> Ainsi, un partage de compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif, donc une pluralité d'actes normatifs, réglementaires et d'exécution, est nécessaire et intrinsèque à toute activité étatique ; elle l'est particulièrement pour les privations de liberté, dans la mesure où la gestion quotidienne d'un lieu de détention et de ses habitants implique une marge de manœuvre de l'autorité qui l'exploite. Ceci est d'autant plus vrai dans un Etat fédéral où la répartition des tâches est régie par le principe du fédéralisme d'exécution (art. 46 Cst.) et par celui de la compétence générale résiduelle des cantons (art. 3 et 42 al. 1 Cst.). <sup>61</sup>

[25] Il ne s'agit donc pas ici de remettre en question le principe d'une pluralité de compétences en matière de privation de liberté, mais son agencement, qui ne devrait pas entretenir l'insécurité juridique et la mise en danger des droits fondamentaux des personnes privées de liberté mais devrait, au contraire, participer à y remédier. <sup>62</sup> Il semble donc indispensable de poursuivre l'effort de clarification des régimes juridiques applicables aux privations de liberté.

## 2. Un contrôle judiciaire insuffisant et une surveillance lacunaire

### A. Des privations de liberté prononcées sans juge

[26] Comme nous l'avons vu, les internements administratifs étaient le fruit d'une décision administrative, souvent prise à l'initiative des proches de la personne concernée. <sup>63</sup> Aucune autorité judiciaire n'était impliquée dans le prononcé de l'internement et, en règle générale, aucun recours judiciaire contre cette décision n'était possible. <sup>64</sup>

[27] Désormais, toutes les décisions de privation de liberté sont susceptibles de recours auprès d'une autorité judiciaire, ainsi que l'exigent les art. 5 par. 4 et 6 par. 1 CEDH, 29a et 31 al. 4

---

<sup>57</sup> MICHAEL FLYNN/CECILIA CANNON, *Immigration Detention in Switzerland. A Global Detention Project Special Report*, Genève 2011, p. 18 ss, disponible sous : <https://www.globaldetentionproject.org/immigration-detention-in-switzerland-4>, consulté le 9 octobre 2020.

<sup>58</sup> FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7544.

<sup>59</sup> FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7513 ; dans le même sens, voir ACHERMANN/BERTRAND/MIAZ/REZZONICO (nbp 55), p. 4 ; FLYNN/CANNON (nbp 57), p. 31 s.

<sup>60</sup> PIERRE MOOR, *Du modèle de la séparation des pouvoirs à l'évaluation des politiques publiques*, in : Piermarco Zen-Ruffinen/Andreas Auer (édit.), *De la Constitution : études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle 1996, p. 639.

<sup>61</sup> RAINER J. SCHWEIZER, *Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen*, in : Olivier Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (édit.), *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, Zurich 2020, p. 691 ss, p. 691 et 700.

<sup>62</sup> Dans le même sens, voir DEMARTINI/KOLLER (nbp 50), p. 216 ; GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 157.

<sup>63</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 128 ss.

<sup>64</sup> Voir *supra*, titre I.2.

Cst. Mais les privations de liberté pouvant être prononcées sans juge sont encore nombreuses en droit suisse. Si une telle construction n'est pas problématique au regard de la CEDH<sup>65</sup>, elle reste toutefois un facteur d'affaiblissement de la surveillance de ces privations de liberté, leur contrôle judiciaire n'ayant lieu que sur demande.

[28] Parmi les privations de liberté pouvant être prononcées sans juge figurent les 48 premières heures de la détention avant jugement en droit pénal (art. 219 al. 4 et 224 al. 2 CPP), délai au terme duquel la personne concernée doit être présentée au tribunal des mesures de contrainte, à qui il revient de décider de la mise en détention provisoire. Cette limitation à un temps très bref assure le respect de l'exigence d'immédiateté posée par l'art. 5 par. 3 CEDH.<sup>66</sup>

[29] Un deuxième cas, plus délicat, est celui de la détention administrative d'une personne étrangère en vue du renvoi, qui peut être prononcée par une autorité administrative jusqu'à une durée de six mois (art. 75 al. 1 LEI).<sup>67</sup> Un tel régime semble discutable du point de vue du principe de la proportionnalité, si l'on tient compte de l'atteinte importante qu'une détention d'une telle durée porte à la liberté personnelle. Un recours judiciaire est certes toujours ouvert contre ces décisions administratives, mais cette voie de droit est peu effective, compte tenu de la faiblesse des droits procéduraux des détenus administratifs, que la Confédération elle-même déplore.<sup>68</sup>

[30] Le placement à des fins d'assistance peut lui aussi être prononcé sans l'intervention d'un juge. Les personnes compétentes pour prononcer un tel placement sont l'autorité de protection de l'adulte (art. 428 CC), qui peut être de nature administrative ou judiciaire selon les cantons (art. 440 al. 1 CC)<sup>69</sup> et les médecins habilités par les cantons, pour une durée n'excédant pas six semaines (art. 429 CC).<sup>70</sup> Mais l'entrée en institution peut également avoir lieu en vertu du droit privé, sans intervention d'une autorité, par le biais d'un contrat d'assistance conclu par un proche, au nom d'une personne incapable de discernement qui ne s'y oppose pas (art. 378 et 382 CC).<sup>71</sup> Autrement dit, les règles sur le placement à des fins d'assistance ne sont applicables aux personnes incapables de discernement que si elles s'opposent à l'entrée en institution.<sup>72</sup>

[31] L'effet de la représentation fait du contrat d'assistance un acte (fictivement) volontaire, raison pour laquelle il s'agit d'un acte de droit privé et non d'une décision administrative de placement.<sup>73</sup> Néanmoins, le résultat est matériellement le même : dans les deux cas, la personne

---

<sup>65</sup> En effet, l'art. 5 CEDH ne garantit qu'un droit de recours à une autorité judiciaire. Il n'impose pas que la décision de privation de liberté soit prise par une autorité judiciaire, si ce n'est en matière pénale (JENS MEYER-LADEWIG/STEFAN HARRENDORF/STEFAN KÖNIG, in : Martin Nettesheim/Stefan von Raumer (édit.), *Handkommentar Europäische Menschenrechtskonvention*, Bâle 2017, N 74 ad art. 5 CEDH).

<sup>66</sup> ANDRÉ KUHN/YVAN JEANNERET, *Précis de procédure pénale*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2018, p. 104 s. et 184.

<sup>67</sup> GREGOR T. CHATTON/LAURENT MERZ, in : Minh Son Nguyen/Cesla Amarelle, *Code annoté de droit des migrations*, vol. 2, *Loi sur les étrangers (LEtr)*, Berne 2017, N 6 ad art. 75 LEI.

<sup>68</sup> FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7569.

<sup>69</sup> PHILIPPE MEIER, *Droit de la protection de l'adulte. Articles 360–456 CC*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 32.

<sup>70</sup> Ce système qui n'impose pas une autorité judiciaire avait pour but de préserver l'autonomie des cantons (FF 2006 6635 (nbp 23), p. 6655); pour un avis critique, voir 06.063 CC. *Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation*, intervention de Pierre Bonhôte.

<sup>71</sup> Sur la définition du cercle des proches au sens de l'art. 378 CC, voir MEIER (nbp 69), p. 301 ss.

<sup>72</sup> FF 2006 6635 (nbp 23), p. 6672 et 6696; MEIER (nbp 69), p. 315; MARGOT MICHEL, *Von der administrativen Versorgung zur fürsorgerischen Unterbringung. Alles in Ordnung im neuen Recht?*, in : FamPra 2015, p. 797 ss, p. 817; AUDREY LEUBA/MICAELA VAERINI, in : CommFam (nbp 36), N 11 s. ad Introduction aux art. 382–387 CC et N 18 ad art. 382 CC.

<sup>73</sup> Le caractère volontaire du contrat d'assistance est bien une fiction légale, puisque ni le pouvoir de représentation ni le contrat d'assistance ne sont le fruit de la volonté de la personne concernée; le premier existe *ex lege*, tandis que le second découle d'un acte du proche de la personne concernée. Dans le même sens, voir

concernée entre dans l'établissement sans y avoir consenti. Comme le remarque MICHEL, cela revient matériellement à conférer aux proches la compétence de décider d'une mesure de placement.<sup>74</sup> La catégorisation de cette mesure dans le domaine du droit privé affaiblit considérablement les droits de la personne concernée : l'entrée en institution ne fera l'objet d'aucun contrôle préalable par l'autorité de protection de l'adulte, et la personne concernée ne bénéficiera pas des voies de droit que lui aurait conféré une décision administrative de placement à des fins d'assistance au sens de l'art. 426 CC.

[32] Sachant qu'une personne incapable de discernement est par définition inapte à manifester sa volonté, il semble contradictoire et peu prudent de faire dépendre d'une manifestation d'opposition le régime juridique auquel elle sera soumise et les voies de droit qui lui seront ouvertes. L'art. 382 CC s'étant donné pour fonction de protéger les personnes incapables de discernement<sup>75</sup>, il est regrettable qu'il accentue leur vulnérabilité en remettant la décision d'entrée en institution aux mains de leurs proches.<sup>76</sup> Le pouvoir considérable conféré aux proches fut du reste très débattu lors de la procédure de consultation sur le nouveau droit de la protection de l'adulte. Tandis que les défenseurs de ce régime estimaient qu'il s'agissait du rôle naturel de la famille de prendre les décisions appropriées pour ceux de ses membres qui sont incapables de le faire eux-mêmes, nombre de représentants du corps médical y voyaient une grave mise en danger des intérêts des personnes concernées, en raison de l'implication affective des proches et des risques de conflits d'intérêts, deux facteurs qui peuvent mener à des mesures inappropriées ou des abus.<sup>77</sup>

[33] Ainsi, en droit civil et administratif, de nombreuses mesures de privation de liberté ou de placement sont encore prononcées sans être soumises au contrôle d'une autorité judiciaire, voire sans faire l'objet d'aucun contrôle. En ce sens, de nombreuses personnes sont encore détenues en Suisse sur la base d'une décision administrative ou d'un acte de droit privé ; une telle mesure ne pourra être requalifiée de judiciaire, avec toutes les garanties que cela comporte, qu'à condition qu'une voie de droit soit utilisée pour la contester.

## B. Un manque de données empiriques

[34] Complétant le contrôle judiciaire, le second outil institutionnel de surveillance des mesures prises par l'administration est la surveillance administrative. Celle-ci implique que l'autorité de surveillance dispose de données empiriques sur les réalités auxquelles sont confrontées les autorités de décision et les institutions de mise en œuvre, ainsi que sur leur travail. L'établissement et la communication de ces données est également indispensable à satisfaire les exigences du droit à l'information, et à l'exercice d'un certain droit de regard par la société civile.<sup>78</sup>

---

AUDREY LEUBA/CÉLINE TRITTEN, *La protection de l'incapable de discernement séjournant en institution*, in : RDT 2003, p. 284 ss, p. 288.

<sup>74</sup> MICHEL (nbp 72), p. 816.

<sup>75</sup> FF 2006 6635 (nbp 23), p. 6649.

<sup>76</sup> Dans le même sens, voir MICHEL (nbp 72), p. 816 s.

<sup>77</sup> OLIVIER GUILLOD/AGNÈS HERTIG PEA, in : *CommFam* (nbp 36), N 4 ad art. 378 CC ; HERMANN SCHMID, *Erwachsenenschutz Kommentar*, Zurich/St-Gall 2010, N 2 ss ad art. 377 CC.

<sup>78</sup> MOOR (nbp 51), p. 554 s. ; VINCENT MARTENET, *Architecture des pouvoirs*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 159 ss ; VINCENT MABILLARD/MARTIAL PASQUIER, *Transparence administrative et accès à l'information en Suisse*, in : Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet, *Le droit public en mouvement. Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 301 ss, p. 301 s.

[35] De telles données n'ont pas été collectées sur les internements administratifs du temps de leur existence, ou du moins pas systématiquement, ce qui complique aujourd'hui le travail de mémoire et de reconnaissance des victimes, dont le nombre exact reste inconnu.<sup>79</sup> Ainsi, la pratique des internements administratifs échappait non seulement au jugement des tribunaux, mais était également soustraite à tout contrôle statistique.<sup>80</sup>

[36] De nos jours, les données sur le placement à des fins d'assistance restent très minimalistes, lacunaires et difficiles d'accès.<sup>81</sup> Le même reproche est adressé à la détention administrative des personnes étrangères<sup>82</sup> : le SEM ne dispose pas de données empiriques suffisantes pour mener à bien son obligation de surveillance des renvois (art. 46 al. 3 LAsi).<sup>83</sup> Cela est dû en partie au fait que les cantons ne respectent pas toujours les exigences de l'art. 15a OERE, qui leur impose de transmettre certaines données au SEM.<sup>84</sup> En outre, ce dernier, lorsqu'il constate des carences dans les données cantonales, ne fait rien.<sup>85</sup> Et même lorsque les cantons satisfont à leurs obligations, le système de gestion de données dont se sert le SEM est trop peu systématisé pour permettre une interprétation fiable des données et une véritable surveillance<sup>86</sup>, et « représente une lourde charge de travail tout en présentant une utilité réduite ».<sup>87</sup> On peut voir dans cette gestion des données une manifestation supplémentaire des interactions dysfonctionnelles entre les multiples autorités cantonales et fédérales compétentes en la matière.<sup>88</sup>

### 3. Des privations de liberté motivées par le statut social davantage que par les actes

[37] Les premiers internements administratifs sont apparus en Suisse dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, en même temps que se développait un système économique industriel, fondé sur le travail salarié et reposant sur un État social prévoyant des mesures d'aide financière aux personnes qui ne parvenaient pas à subvenir à leurs besoins par la rémunération de leur travail.<sup>89</sup> Les mesures de coercition telles que l'internement administratif étaient alors conçues comme un complément aux mesures d'aide sociale : ces deux types de mesures composaient la gamme d'outils de prise en charge de la pauvreté et de la marginalité.<sup>90</sup>

---

<sup>79</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 96 ; ERNST GUGGISBERG/MARCO DAL MOLIN, in : CIE (édit.), Publications de la CIE, vol. 6, « Zehntausende ». Zahlen zur administrativen Versorgung und zur Anstaltslandschaft, Neuchâtel/Zurich/Bellinzone 2019, p. 8 s. et 76 ss.

<sup>80</sup> GUGGISBERG/DAL MOLIN (nbp 79), p. 8.

<sup>81</sup> DANIEL FINK, La prison en Suisse. Un état des lieux, Lausanne 2017, p. 77 ; DELPHINE MOREAU, Limiter la contrainte ? Usages et régulation des usages de la contrainte psychiatrique en Suisse, in : L'Information psychiatrique 2007/7, vol. 93, p. 551 ss, p. 553.

<sup>82</sup> FLYNN/CANNON (nbp 57), p. 18 ss ; FINK (nbp 81), p. 69 ss.

<sup>83</sup> FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7553.

<sup>84</sup> FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7542 ss et 7758 ss.

<sup>85</sup> FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7570.

<sup>86</sup> FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7561 s. et 7570.

<sup>87</sup> FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7570.

<sup>88</sup> Voir *supra*, titre III.1 ; dans le même sens, voir FLYNN/CANNON (nbp 57), p. 17 ss.

<sup>89</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 42 ss.

<sup>90</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 195 ss.

[38] Parmi les personnes qui tombaient dans le besoin, certaines pouvaient être mises au bénéfice de l'aide sociale, tandis que d'autres faisaient l'objet d'une mesure coercitive, comme l'internement administratif. Les travaux de la CIE ont permis de mettre en lumière que l'orientation d'un individu vers l'internement administratif plutôt que vers une mesure d'aide sociale dépendait de critères d'ordre moral, et que l'internement administratif se produisait généralement au terme d'un processus de désaffiliation sociale.<sup>91</sup> La répartition des personnes dans le besoin entre des mesures d'aide sociale et des mesures de coercition dépendait largement du fait que les institutions considéraient que la personne concernée était, ou non, responsable de sa situation.<sup>92</sup> C'est dans cette idée de responsabilité individuelle que la prise en charge des personnes indigentes révèle sa dimension morale.

[39] Dans une Suisse très largement dirigée par des idéaux bourgeois et conservateurs, l'intégration sociale dépend principalement de deux structures : le travail et la famille. La vie sociale a pour noyau la cellule familiale au sein de laquelle la femme s'occupe des enfants et du ménage, et le mari travaille pour fournir les ressources financières nécessaires à la subsistance de la famille, selon un modèle patriarcal de division sexuelle du travail.<sup>93</sup> En application de ce modèle, ne sont pas tenus pour responsables de leur situation d'indigence les individus dont on estime qu'ils ne peuvent pas ou ne devraient pas travailler : les personnes âgées ou malades, ainsi que les femmes, qui dépendent économiquement de leur père puis de leur mari. Ces personnes obtiennent plus facilement un soutien financier par des mesures d'aide sociale, tandis que des mesures coercitives telles que l'internement administratif s'appliquent aux autres.<sup>94</sup>

[40] Ainsi, les individus qui font l'objet d'un internement administratif sont le plus souvent des personnes célibataires, majoritairement des hommes qui ne travaillent pas régulièrement. L'internement administratif vise également, mais minoritairement, des femmes.<sup>95</sup> Elles sont plus rarement internées en raison de leur situation économique, et plus souvent en raison de leur vie familiale ou sexuelle : il s'agit notamment de femmes qui doivent ou souhaitent travailler pour subvenir à leurs besoins, ou qui vivent une sexualité hors mariage.<sup>96</sup> Pour ces personnes, les autorités considèrent que la marginalité et la pauvreté sont le fruit de mauvais choix individuels, résultant d'une éducation et d'une socialisation défailtantes.<sup>97</sup> La pauvreté, surtout pour les hommes, et la liberté sexuelle, pour les femmes, sont considérés comme des signes de dépravation morale.<sup>98</sup>

---

<sup>91</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 105 s. et 259 ss.

<sup>92</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 28, 43, 107 s.

<sup>93</sup> ALIX HEINIGER/DEBORAH MORAT, Façonner la déviance : les interné·e·s vu·e·s par le prisme des registres d'entrée des établissements, in : CIE (édit.), Publications de la CIE, vol. 8, Un quotidien sous contrainte. De l'internement à la libération, p. 165 ss, p. 171 ; sur l'actualité du modèle de la division sexuelle du travail, voir MICHELLE COTTIER/JOHANNA MUHEIM, Travail de Care non rémunéré et égalité de genre en droit de la famille suisse. Une évaluation critique du nouveau droit de l'enfant, ZSR 2019 I, p. 61 ss.

<sup>94</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 42 ss et 72.

<sup>95</sup> Sur les raisons pouvant expliquer cette sous-représentation des femmes parmi les personnes internées, voir GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 106 ss.

<sup>96</sup> Pour une description plus détaillée des facteurs de risque d'internement administratif, et de leur évolution au fil du temps, voir GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 99 ss. Sur la question spécifique des distinctions de genre, voir GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 106 ss.

<sup>97</sup> Une telle logique est typique des dynamiques sociologiques de l'assistance décrites par CASTEL, qui résume l'éligibilité à l'aide sociale à deux conditions : « associer une incapacité complète de travailler avec une insertion communautaire maximale » (ROBERT CASTEL, Les métamorphoses de la question sociale, Paris 1995, p. 99).

<sup>98</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 47 ; CHRISTEL GUMY, Interner des femmes au nom de l'ordre, de l'hygiène et de la morale publics (Vaud fin XIX<sup>e</sup> – début années 1970), in : CIE (édit.), Publications de la CIE, vol. 3 (nbp 19), p. 209 ss, p. 224 ss.

Ainsi, lorsqu'elles tombent dans le besoin, ces personnes sont tenues pour responsables de leur situation. À ce titre, elles ne méritent pas d'être soutenues par l'aide sociale, mais doivent être rééduquées.<sup>99</sup> L'internement administratif sert donc à leur inculquer le modèle du travail et de sa division sexuelle, afin d'en faire des « citoyens autonomes et utiles ».<sup>100</sup>

[41] L'internement administratif atteint également un autre type de personnes : celles dont on considère qu'elles ne sont pas responsables de leur situation parce qu'elles en sont incapables, notamment les personnes souffrant de maladies mentales.<sup>101</sup> En somme, dans une société construite autour de la notion de responsabilité individuelle, les internements administratifs sont un instrument de contrôle social qui exclut « les individus qui ne sont pas disposés ou aptes à participer au jeu de l'autodétermination »<sup>102</sup>, dans « le souci d'un « corps du peuple » qui [doit] être protégé des femmes et des hommes « de moindre valeur » ».<sup>103</sup>

[42] Aujourd'hui, ce système crée l'indignation : à première vue, priver une personne de sa liberté en raison de sa situation économique ou sociale, ou de son mode de vie, semble désormais inconcevable. Il est vrai que depuis la révision du droit de l'internement en 1981, toute privation de liberté doit découler d'un motif prévu par la loi et conforme aux exigences de l'art. 5 par. 1 CEDH. Les notions moralement connotées de « vie dérégulée », « ivrognerie » ou « fainéantise »<sup>104</sup> ne font plus partie des motifs légaux de détention. En uniformisant et en codifiant exhaustivement les motifs de détention, la révision de 1981 a donc permis d'introduire dans la privation de liberté à des fins d'assistance une plus grande sécurité du droit, et de retirer les expressions stigmatisantes des textes légaux.<sup>105</sup> Cependant, un changement du texte de loi n'implique pas nécessairement un changement de sa portée pratique : nous le verrons avec la notion de « grave état d'abandon », dont le lien de parenté avec les anciens internements administratifs a encore des conséquences en droit actuel. En outre, la privation de liberté en raison du statut social existe encore en matière de détention administrative (voire pénale) des personnes étrangères. Enfin, les facteurs de risque de faire l'objet d'un internement administratif que nous venons d'énoncer et la stigmatisation sociale des personnes concernées ne sont pas sans rappeler la situation des détenus pénaux.

---

<sup>99</sup> LUDOVIC MAUGUÉ, « Refaire l'éducation du paresseux et enlever au vagabond ses rêves de liberté sans travail » : assistance et légitimation de l'internement administratif dans le canton de Fribourg (XXe siècle), in : CIE (édit.), Publications de la CIE, vol. 3 (nbp 19), p. 27 ss, p. 30 ; ALBIN BRODARD, alors préfet de l'établissement de la Glâne à Fribourg, résumait bien cet esprit selon lequel si on ne contribue pas à la société par le travail, il est normal qu'on y soit contraint : « Nous sommes dans un régime de sécurité sociale qui progresse, et chacun doit être soumis au même régime, chacun doit travailler pour assurer le minimum de cette sécurité sociale [...]. Et le fait d'abandonner un individu à son propre sort, de le laisser vivre en sa qualité de fainéant, constitue une inégalité de traitement par rapport à ceux qui doivent respecter cet ordre social, qui est imposé et admis par tous les gens moyennement constitués. » (ALAIN TANNER/GUY ACKERMANN, Les administratifs et l'article 42, documentaire diffusé sur la Radio télévision suisse le 9 janvier 1970, disponible sous : <https://www.rts.ch/archives/tv/information/3472037-raison-administrative.html>, consulté le 9 octobre 2020).

<sup>100</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 196.

<sup>101</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 78 ; GUMY (nbp 19), p. 15 ; sur la stigmatisation sociale de ces personnes, voir SYBILLE KNECHT, Zwangsversorgung von « asozialen » Tuberkulosekranken : Freiheitsentzug aus Sozialhygienischen oder moralischen Gründen ?, in : CIE (édit.), Publications de la CIE, vol. 3 (nbp 19), p. 245 ss.

<sup>102</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 63.

<sup>103</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 48 ; dans le même sens, BOSSART résumait le champ d'application de ces privations de liberté aux « personnes dangereuses et vulnérables » (BOSSART (nbp 24), p. 15 ; notre traduction), tandis que BERSIER distinguait l'internement des « aliénés » et celui des « asociaux » (ROLAND BERSIER, Contribution à l'étude de la liberté personnelle. L'internement des aliénés et des asociaux. La stérilisation des aliénés, thèse Lausanne, Cremines 1968, p. 86 ss et 132 ss).

<sup>104</sup> FF 1977 III 1 (nbp 21), p. 9.

<sup>105</sup> La révision du droit de la protection de l'adulte entrée en vigueur en 2013 s'inscrivait également dans cette démarche (FF 2006 6635 (nbp 23), p. 6657).



**A. Des traces des motifs de l'internement administratif dans le placement à des fins d'assistance : l'origine et l'évolution de la notion de « grave état d'abandon »**

[43] Bien que cela ne ressorte pas de son texte, le motif de placement à des fins d'assistance intitulé « grave état d'abandon » (art. 426 al. 1 CC) est directement inspiré des anciens droits cantonaux sur l'internement administratif.<sup>106</sup> Cette formulation est restée inchangée depuis la révision du Code civil de 1981 et a donc résisté à la modification du droit de la protection de l'adulte entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013.<sup>107</sup> D'un point de vue historique, le Message du Conseil fédéral de 1977 illustre bien la volonté du législateur d'inscrire la notion d'état d'abandon dans la continuité des anciens motifs d'internement. Le Conseil fédéral propose cette expression parce qu'elle est « couramment utilisée en Suisse »<sup>108</sup> et entend y « englober tous les cas, autres que la maladie mentale, la faiblesse d'esprit ou la toxicomanie que la CEDH reconnaît comme motifs pouvant justifier un placement et au nombre desquels figurerait même, de l'avis de certains commentateurs, le manquement à des obligations familiales, voire la nécessité d'assister une personne qui refuse systématiquement d'exécuter des travaux que l'on peut raisonnablement exiger d'elle ».<sup>109</sup> Au vu de cette interprétation très large que le Conseil fédéral présente de l'art. 5 CEDH, et des exemples qu'il choisit, on comprend que si le nouveau texte légal ne parle pas explicitement de fainéantise, il l'englobe. Contrairement à ce que la lettre de la loi laisse augurer, cette expression ne réduit donc pas la portée du placement à des fins d'assistance, ni son utilisation à des fins de prophylaxie sociale ; peut-être même les étend-elle, puisque son champ d'application est large et non défini.

[44] Conscient de cet écueil, le Conseil fédéral précise : « [l]e seul fait qu'une personne s'écarte des formes traditionnelles de la bienveillance sociale ne permet pas de prétendre que cette personne est dans un état d'abandon complet. Cette notion ne s'étend pas au clochard ou au hippie inoffensif, mais seulement à toute personne qui, à défaut d'être placée, en serait réduite à un état de dépravation absolument incompatible avec la dignité humaine ».<sup>110</sup> Cette citation témoigne d'une volonté politique de s'éloigner d'une utilisation de l'internement à des fins de prophylaxie sociale ; en le privant d'existence légale et en interdisant aux autorités d'en faire un critère de décision, le législateur tente d'ôter sa portée juridique au jugement de valeurs pesant sur les personnes marginalisées. Néanmoins, ce dernier ne disparaît pas pour autant. Il reste au contraire bien visible dans le choix des termes péjoratifs « clochard », « hippie inoffensif » et « dépravation ». Ainsi, bien qu'elle ait poursuivi l'objectif de débarrasser le droit de l'internement de toute considération morale, la révision de 1981 a été élaborée par des entités politiques moralement situées, qui visaient avant tout la mise en conformité de leurs pratiques avec un texte de droit international ; il ne s'agissait pas d'une remise en question fondamentale des internements administratifs, mais plutôt d'une remise en forme permettant de faire entrer les anciens motifs d'internement administratif dans le moule de la CEDH.<sup>111</sup>

---

<sup>106</sup> FF 1977 III 1 (nbp 21), p. 26 ; GUILLOD, in : CommFam (nbp 36), N 40 ad art. 426 CC.

<sup>107</sup> Art. 397a aCC (RO 1980 31) ; art. 426 aCC (RO 2011 725).

<sup>108</sup> FF 1977 III I (nbp 21), p. 26.

<sup>109</sup> FF 1977 III 1 (nbp 21), p. 26 (nous soulignons).

<sup>110</sup> FF 1977 III 1 (nbp 21), p. 26 s. ; l'expression « état d'abandon complet » a été remplacée, dans le texte final, par « grave état d'abandon ».

<sup>111</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 78 et 81 s.

[45] Partant, il n'est pas surprenant que même après 1981, des privations de liberté présentant des caractéristiques très similaires aux internements administratifs aient continué d'être prononcées, mais sous un autre nom.<sup>112</sup> L'analyse de la volonté historique du législateur démontre que l'élaboration de la révision de 1981 n'ambitionnait pas une redéfinition véritable des motifs de l'internement.<sup>113</sup> En revanche, cette révision a été la base sur laquelle l'interprétation dynamique de la CEDH comme du Code civil ont pu opérer progressivement cette redéfinition. Elle n'était donc qu'une étape – marquante, car visible dans les textes légaux – d'un long processus de transition orientant les motifs de privation de liberté à des fins d'assistance davantage vers la protection de la personne concernée, et moins vers la sauvegarde de l'ordre social établi.

[46] L'évolution de la portée pratique attribuée à l'expression « grave état d'abandon » depuis 1981 en témoigne. En 2013, le Conseil fédéral a saisi l'opportunité de la révision du droit de la protection de l'adulte pour présenter à nouveau son interprétation de cette notion, bien que le texte légal n'ait pas été modifié sur ce point : « Il y a grave état d'abandon (al. 1) lorsque la condition d'une personne est telle qu'il y aurait atteinte à sa dignité si elle n'était pas placée dans une institution afin de lui apporter l'assistance dont elle a besoin. En réalité, il est rare qu'une personne soit placée pour cette raison, car l'état d'abandon se double souvent d'une déficience mentale ou de troubles psychiques ».<sup>114</sup> Dans son énoncé, cette définition reprend quasiment mot pour mot celle du Message de 1977. Mais en 2006, le Conseil fédéral y accorde une portée beaucoup plus restreinte, presque anecdotique, en précisant que ce motif de détention ne constitue généralement pas le seul fondement d'une décision de placement, ainsi que l'affirmait déjà la jurisprudence du Tribunal fédéral.<sup>115</sup> La doctrine unanime s'accorde désormais à dire que cette notion est d'interprétation restrictive et que la fainéantise ou d'autres critères liés au mode de vie ne sont pas compris sous cette formulation.<sup>116</sup> Avec un texte identique, mais dans un contexte différent, le champ d'application de ce motif de détention est passé de très large à très restreint.

[47] En réalité, cette définition est si étroite que l'on peut se demander quelle portée pratique elle déploie encore.<sup>117</sup> En outre, la conformité de ce motif de placement à l'art. 5 CEDH est douteuse. Nous avons vu qu'en introduisant cette notion dans le Code civil en 1977, le législateur s'était plié non sans peine à l'exercice de ménager la culture juridique suisse tout en honorant ses engagements internationaux. Il avait alors décidé de faire entrer la notion d'« état d'abandon complet » (devenue ensuite « grave état d'abandon » dans le texte final adopté par les chambres<sup>118</sup>) sous celle de « vagabond » au sens de l'art. 5 par. 1 let. e CEDH, ce qui lui permettait d'« exprimer les situations prévues par la CEDH par des formules différentes, tout en respectant le sens voulu

---

<sup>112</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 286.

<sup>113</sup> Dans le même sens, voir GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 286.

<sup>114</sup> FF 2006 6635 (nbp 23), p. 6695.

<sup>115</sup> ATF 128 III 12, consid. 3, publ. in : JdT 2002 I 474.

<sup>116</sup> MEIER (nbp 69), p. 578 nbp 1980 ; THOMAS GEISER/MARIO ETZENSBERGER, in : Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2018, N 20 ad art. 426 CC ; DANIEL ROSCH, in : Daniel Rosch/Andrea Büchler/Dominique Jakob (édit.), Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2015, N 7a ad art. 426 CC ; PAUL-HENRI STEINAUER/CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, p. 595 ; GUILLOD, in : CommFam (nbp 36), N 39 ad art. 426 CC ; CHRISTOF BERNHART, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung. Die fürsorgerische Unterbringung und medizinische Behandlung nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht sowie dessen Grundsätze, Bâle 2011, p. 126 ; SCHMID (nbp 77) N 9 ad art. 426 CC.

<sup>117</sup> Dans le même sens, voir GUILLOD, in : CommFam (nbp 36), N 46 ad art. 426 CC ; BERNHART (nbp 116), p. 124 ; BERNARD ABRECHT, Les conditions du placement à des fins d'assistance, in : RDT 2003, p. 338 ss, p. 342.

<sup>118</sup> Art. 397a aCC (RO 1980 31).

par la CEDH ». <sup>119</sup> Il précisait toutefois que « l'état d'abandon complet n'implique pas forcément qu'il y ait vagabondage » <sup>120</sup>, ce qui revient à dire que les deux notions ne correspondent pas. La construction de la légalité de ce motif de détention, qui se fonde sur un article de la CEDH réglant autre chose, était donc chancelante dès sa genèse. Il en découle un conflit de doctrine qui est toujours d'actualité. Certains auteurs estiment que ce motif est plus restrictif que la notion de vagabondage, et ne voient pas de problème de compatibilité avec la CEDH. <sup>121</sup> D'autres, que nous rejoignons, estiment que quel que soit le degré de restriction que l'on s'impose dans l'interprétation de cette notion, elle ne vise pas le même état de fait que le vagabondage, dont elle ne peut dès lors pas tirer sa légalité. <sup>122</sup> En effet, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de vagabond vise une personne qui n'a ni domicile, ni moyen de subvenir à son entretien, et n'exerce régulièrement ni industrie ni profession. <sup>123</sup> Précisons que le Message du Conseil fédéral de 1977 évoque des arguments qui permettent de soutenir les deux opinions, puis conclut à la conformité de ce motif à la CEDH, dans une explication qui manque de clarté. <sup>124</sup> Le Message du Conseil fédéral de 2006, quant à lui, n'aborde pas le sujet.

[48] En somme, non seulement la révision de 1981 ne visait pas un véritable changement de paradigme concernant les motifs d'internement, mais il est probable qu'elle n'ait pas non plus atteint son objectif de mise en conformité avec la CEDH. En raison de sa construction boiteuse et de sa formulation équivoque, et en l'absence de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question <sup>125</sup>, il n'est à l'heure actuelle toujours pas possible d'affirmer que la notion de « grave état d'abandon » ne viole pas l'art. 5 CEDH, ni de déterminer à quelles réalités elle est censée s'appliquer.

## **B. La privation de liberté des personnes étrangères en attente d'un renvoi : une incarcération motivée par le statut administratif**

[49] L'un des aspects des anciens internements administratifs qui est aujourd'hui considéré comme particulièrement choquant est le fait que les personnes concernées étaient innocentes : elles étaient privées de liberté simplement parce qu'elles vivaient en marge de la société et qu'elles ne méritaient pas d'être soutenues par l'aide sociale. C'est la raison pour laquelle LOOSLI estimait, en 1940 déjà, que l'internement administratif était motivé par « des considérations fiscales d'une lamentable myopie ». <sup>126</sup> À cet égard, la situation des personnes étrangères détenues adminis-

---

<sup>119</sup> FF 1977 III 1 (nbp 21), p. 26.

<sup>120</sup> FF 1977 III 1 (nbp 21), p. 26.

<sup>121</sup> CHRISTOPH HÄFELI, *Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2016, p. 259; ROSCH (nbp 116), N 7 ad art. 426 CC.

<sup>122</sup> GEISER/ETZENSBERGER (nbp 116), N 20 ad art. 426 CC; MICHEL (nbp 72), p. 810 ss; GUILLOD, in : *CommFam* (nbp 36), N 44 ss ad art. 426 CC; BERNHART (nbp 116), p. 124; ABRECHT (nbp 117), p. 341.

<sup>123</sup> Arrêt CourEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* du 18 juin 1971, par. 68; confirmé dans l'arrêt CourEDH *Guzzardi c. Italie* du 6 novembre 1980, par. 98.

<sup>124</sup> FF 1977 III 1 (nbp 21), p. 26.

<sup>125</sup> La question aurait pu se poser dans l'affaire *H.M. c. Suisse*, mais la Cour a considéré que la mesure de placement prononcée en l'occurrence n'était pas constitutive d'une privation de liberté; l'analyse de l'art. 5 CEDH n'entraîne donc pas en ligne de compte (arrêt CourEDH *H.M. c. Suisse* du 26 février 2002, par. 40 ss).

<sup>126</sup> CARL-ALBERT LOOSLI, *La soi-disant justice administrative et les camps de concentration en Suisse*, in : Fredi Lerch/Erwin Marti (édit.), *Administrativjustiz*, vol. 2, Zurich 2007, p. 295 ss.

trativement (voire pénalement, dans certains cas<sup>127</sup>) est très similaire aux anciens internements administratifs.<sup>128</sup>

[50] Le but de la détention administrative des personnes étrangères est d'assurer l'exécution d'une procédure de renvoi ou d'expulsion (art. 75 al. 1 LEI).<sup>129</sup> Mais la décision de renvoi n'a pas d'autre motif que l'illicéité du séjour en Suisse de la personne étrangère (art. 64 al. 1 LEI), contrairement à la décision d'expulsion, qui est motivée par des considérations de sécurité publique (art. 68 al. 1 LEI).<sup>130</sup> Ainsi, au même titre que les anciens internements administratifs, la privation de liberté des personnes étrangères en attente d'un renvoi est fondée sur leur statut davantage que sur leurs actes. Comme les anciens internements administratifs, elle sanctionne le simple défaut d'intégration à la société : non-intégration morale pour les anciens internés administratifs, nationale pour les personnes étrangères, économique dans les deux cas. En effet, la dépendance à l'aide sociale est un motif de révocation des autorisations de séjour (art. 62 al. 1 let. e LEI).<sup>131</sup> La politique de l'aide sociale en Suisse, lorsqu'elle est combinée à la politique migratoire, constitue donc encore une cause de privation de liberté.

[51] Si le principe de cette détention est licite, son exécution pratique expose les personnes concernées à des violations massives de leurs droits fondamentaux. D'une part, parce que la décision de placer une personne étrangère en détention administrative dépend en réalité de nombreux autres facteurs que l'illégalité de son statut au regard du droit des étrangers<sup>132</sup>, ce qui confère à cette décision un haut degré d'imprévisibilité, voire d'arbitraire.<sup>133</sup> D'autre part, parce que ces personnes souffrent de conditions de détention inappropriées, souvent dans des établissements pénaux.<sup>134</sup> En outre, de nombreux enfants de personnes étrangères privées de liberté sont détenus avec elles, alors que la détention de mineurs de moins de 15 ans est prohibée par l'art. 79 LEI.<sup>135</sup>

### C. La privation de liberté pénale orientée par le statut social

[52] Les facteurs de risque sociologiques de faire l'objet d'un internement administratif évoqués plus haut ne sont pas sans rappeler les facteurs de risque d'être pénalement privé de liberté étudiés par la criminologie. Certes, ces deux situations ne sont pas comparables en tous points,

---

<sup>127</sup> Lorsqu'elles sont condamnées à une peine privative de liberté pour infraction à l'art. 115 LEI (voir *infra*, titre III.3.C).

<sup>128</sup> Dans le même sens, voir CHRISTEL GUMY, La détention administrative des étrangers : une aporie actuelle du droit à la liberté individuelle ?, in : CIE (édit.), Publications de la CIE, vol. 3 (nbp 19), p. 425 ss.

<sup>129</sup> ANDREAS ZÜND, in : Marc Spescha (édit.), Migrationsrecht Kommentar, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2019, N 1 ad art. 75 LEI.

<sup>130</sup> DANIELE REVEY, in : Nguyen/Amarelle (nbp 67), N 7 ss ad art. 64 LEI ; GAËLLE SAUTHIER, in : Nguyen/Amarelle (nbp 67), N 10 ss ad art. 68 LEI.

<sup>131</sup> MARC SPESCHA, in : Marc Spescha (nbp 129), N 14 ss ad art. 62 al. 1 let. e LEI.

<sup>132</sup> On pense ici notamment aux pratiques cantonales très variables en la matière (FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7513 ; voir *supra*, titre III.1).

<sup>133</sup> FINK (nbp 121), p. 73.

<sup>134</sup> Voir *infra*, titre III.5.

<sup>135</sup> FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7549 ; CNPT, Bericht an den Regierungsrat des Kantons Bern betreffend den Besuch der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter im Regionalgefängnis Bern vom 29. Januar und 28. Februar 2019, Berne 12 novembre 2019, p. 5, disponible sous : <https://www.nkvf.admin.ch/nkvf/fr/home/publikationen/berichte-der-kontrollbesuche/nach-kanton.html>, consulté le 9 octobre 2020 ; NICOLAS QUELOZ, La détention des mineurs de moins de 15 ans en Suisse : critique de la pratique et de la jurisprudence, Bulletin suisse des droits de l'enfant, vol. 3, Genève 2014, p. I ss, p. IV ; THOMAS HUGI YAR, Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, in : Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser, Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Bâle 2009, p. 417 ss, p. 498 ss.

car la raison première pour laquelle les détenus pénaux sont privés de liberté est la commission d'une infraction, non leur mode de vie ou leur appartenance sociale. Il convient toutefois de ne pas s'arrêter à cette différence, car les similitudes sont frappantes : tout comme les anciens internés administratifs, la population carcérale est majoritairement masculine et issue de milieux socio-économiques défavorisés. Elle se trouve souvent dans une situation de désaffiliation sociale, avec des réseaux familiaux plus fragiles et une situation économique plus précaire que ceux de la population libre.<sup>136</sup>

[53] Ces caractéristiques sont plus souvent réunies chez les personnes de nationalité étrangère, ce qui permet d'expliquer en partie leur surreprésentation en prison.<sup>137</sup> Mais cette dernière est également due à une incarcération plus importante des personnes étrangères, d'une part à cause de l'infraction pénale prévue par l'art. 115 LEI, dont seules les personnes étrangères peuvent se rendre coupables et, d'autre part, en raison de critères légaux qui font de l'origine nationale ou des liens avec l'étranger des motifs de privation de liberté avant ou après l'exécution d'une peine.<sup>138</sup> Précisons qu'en application de l'art. 115 LEI, qui criminalise la présence en Suisse, la simple irrégularité du statut administratif de la personne concernée permet de la condamner à une privation de liberté pénale. Autrement dit, l'art. 115 LEI transforme une irrégularité administrative en infraction pénale, sans lui ajouter aucun autre élément constitutif<sup>139</sup> ; la peine privative de liberté prononcée sur cette base découle donc exclusivement du statut de la personne étrangère et non de ses actes.

[54] Force est donc de constater qu'il existe des facteurs structurels et sociaux qui mènent à la prison, au-delà de la responsabilité individuelle du délinquant. Le profil particulier des personnes détenues met en lumière le fait que la prison est une réponse à une question sociale plus large que la violation du droit pénal : l'incarcération est le résultat d'interactions complexes entre le comportement illégal d'un individu et des dynamiques sociales de stigmatisation et d'exclusion. Ainsi, comme le remarque CHANTRAINE, « l'affirmation de l'égalité de tous devant la prison relève du mythe judiciaire ».<sup>140</sup> La privation de liberté pénale reste, dans une large mesure, un outil de gestion de la pauvreté et de la marginalité. Elle sert de plus, en partie, à la prise en charge de la population étrangère en situation irrégulière.<sup>141</sup>

---

<sup>136</sup> MARTIN KILLIAS/MARCELO F. AEBI/ANDRÉ KUHN, Précis de criminologie, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2019, p. 179 ss ; PHILIPPE MARY, enjeux contemporains de la prison, Bruxelles 2013, p. 119 ss ; GILLES CHANTRAINE, Prison, désaffiliation, stigmates : l'engrenage carcéral de l' « inutile au monde » contemporain, in : Déviance et Société 2003/4, vol. 27, pp. 363–387, p. 367 s.

<sup>137</sup> DEMARTINI/KOLLER (nbp 50), p. 205 ss et 215.

<sup>138</sup> Nous pensons ici notamment au risque de fuite, l'un des motifs permettant la mise en détention provisoire (art. 221 al. 1 let. a CPP), qui est plus facilement réalisé chez les personnes qui ont des liens avec l'étranger (MARC FORSTER, in : Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar. Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2014, N 5 ad art. 221 CPP), ou à la détention en vue d'une expulsion qui peut suivre la peine privative de liberté imposée à une personne étrangère (art. 66a CP et 68 s. LEI).

<sup>139</sup> ZÜND estime que toute irrégularité administrative ne devrait pas être suffisante à réaliser l'infraction pénale de l'art. 115 LEI (ANDREAS ZÜND, in : Marc Spescha (nbp 129), N 1 s. ad art. 115 LEI). La jurisprudence ne fait toutefois pas état d'une telle restriction de la portée du texte légal. Elle semble au contraire confirmer son large champ d'application : d'après le Tribunal fédéral, un bref passage en Suisse sans disposer de ressources financières (contrairement aux exigences de l'art. 5 al. 1 let. b LEI) permet de réaliser l'infraction (arrêt du TF 1B\_73/2019 du 1<sup>er</sup> mars 2019, consid. 2.5).

<sup>140</sup> CHANTRAINE (nbp 136), p. 363.

<sup>141</sup> FINK (nbp 81), p. 33 ; dans le même sens, voir PHILIPPE LAGRANGE, La pénalisation du phénomène migratoire en droit international, in : Pascal Mbongo (dir.) Migrants vulnérables et droits fondamentaux, Paris 2015, p. 23 ss, p. 29 ss.

[55] Par ailleurs, la stigmatisation sociale des personnes privées de liberté est un phénomène qui concerne aussi bien les détenus pénaux que les anciens internés administratifs. Dans les deux cas, des individus sont définis comme nuisibles à la société, que ce soit en raison de leur dangerosité ou de leur amoralité, et la privation de liberté se charge d'améliorer leur comportement social, voire de les neutraliser.<sup>142</sup> La classification juridique des privations de liberté en trois catégories distinctes (privation de liberté pénale, administrative et civile) constitue un obstacle pour les juristes à penser leur parenté et leurs aspirations communes. Or d'un point de vue historique, la privation de liberté pénale et les internements administratifs se sont construits, dès le début du 20<sup>ème</sup> siècle, avec le but commun de *protéger la société* contre ces « parasites [qui vivent] aux dépens d'autrui »<sup>143</sup>, dans une politique globale et complémentaire permettant de prendre en charge toutes les manifestations de la marginalité.<sup>144</sup>

[56] D'abord conçus comme le volet répressif de l'assistance sociale, les internements administratifs sont ensuite utilisés comme un instrument de contrôle social de plus en plus large dès le début du XX<sup>e</sup> siècle.<sup>145</sup> Au même moment, le droit pénal connaît une évolution parallèle : sous l'influence de la doctrine de la défense sociale, puis de la défense sociale nouvelle, il accorde une place de moins en moins importante à la répression, pour remplir une fonction davantage prospective et protectrice, visant à s'assurer de l'absence de récidive grâce à des mesures d'assistance, de correction du comportement et de rééducation des personnes délinquantes.<sup>146</sup> Une telle conception du droit pénal rend nécessaire de pouvoir prononcer contre ces personnes non seulement une peine, mais aussi une mesure. Cette évolution est entérinée dans le droit positif lors de l'adoption du Code pénal fédéral de 1937, qui instaure le système du dualisme des sanctions que nous connaissons encore aujourd'hui.<sup>147</sup> Lors de l'élaboration de cette réforme, la sécurité était perçue par les autorités politiques comme l'avantage principal de ce nouveau système des sanctions.<sup>148</sup>

[57] Ainsi, une approche historique permet de constater que l'utilisation du droit pénal à des fins principalement sécuritaires n'est pas une tendance nouvelle. La notion de dangerosité, l'évaluation préventive du risque que représente une personne, et la possibilité d'estimer qu'elle n'est pas

---

<sup>142</sup> BAPTISTE VIREDAZ/VANESSA THALMANN, Introduction au droit des sanctions, Genève/Zurich/Bâle 2013, p. 81.

<sup>143</sup> Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de code pénal suisse du 23 juillet 1918, FF 1918 IV 1, p. 18.

<sup>144</sup> BOSSART (nbp 24), p. 7 et 15 ss; les autorités administratives cantonales assuraient d'ailleurs la privation de liberté des auteurs d'infractions pénales qui étaient jugés irresponsables, d'abord en vertu des codes pénaux cantonaux (FF 1918 IV 1 (nbp 143), p. 102), puis en application du Code pénal fédéral (art. 17 aCP, RO 54 781).

<sup>145</sup> BOSSART (nbp 24), p. 10 ss; BERSIER (nbp 103), p. 94; GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 47 s.

<sup>146</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 51; JEAN DANET, Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine de la défense sociale nouvelle, in : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2010/1, p. 49 ss, p. 53 ss.

<sup>147</sup> ANDRÉ KUHN, Droit suisse des sanctions : de l'utopie à la dystopie, in : RPS 2017/135, p. 235 ss, p. 239 s.

<sup>148</sup> Dans son Message à l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral justifie à maintes reprises les mesures pénales par un souci de protéger la société contre des individus dangereux. Il estime notamment que « ce n'est pas assez d'acquitter le délinquant irresponsable, ou de le soustraire à la poursuite pénale. *La société reclame encore, le plus souvent, une protection positive de la part de l'Etat [...]. L'adoption d'un système de mesures de sûreté a, en outre, permis au législateur de tenir compte de l'état de responsabilité restreinte, et ce, tout d'abord, en atténuant sensiblement les peines. Mais de ces délinquants à responsabilité limitée, beaucoup – des sujets aux nerfs malades, pour la plupart – sont des éléments extrêmement dangereux pour la société, à la vie de laquelle ils peuvent s'adapter dans une certaine mesure et qu'ils savent exploiter pour la satisfaction de leurs instincts et de leurs penchants. La protection de la société exige donc, ici encore, des mesures de sûreté que le juge ordonnera, selon l'avis des experts, de la même manière qu'à l'égard d'irresponsables* » (FF 1918 IV 1 (nbp 143), p. 10; nous soulignons); l'intervention du Conseiller aux Etats BEGUIN lors des débats du 24 mars 1931 témoigne également de cet esprit : « Destinée à fortifier le lien national, cette unification tend également à procurer à tous les citoyens individuellement ainsi qu'au pays tout entier, une plus grande somme de sécurité » (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale du 24 mars 1931, vol. I, cahier 8, p. 93, p. 105; nous soulignons).

amendable étaient déjà présentes dans les anciens internements administratifs et dans les anciens codes pénaux cantonaux, avant d'être reprises par le Code pénal de 1937.<sup>149</sup> Si cette orientation sécuritaire présente quelques innovations qui lui proviennent des réalités sociales actuelles – notamment le fait d'ériger en infractions des actes préparatoires de plus en plus précoces, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme<sup>150</sup>, ou l'importance accordée aux données actuarielles et aux avis d'experts pour servir le principe de l'exécution de la peine orientée par les risques (*Risikoorientierter Strafvollzug*)<sup>151</sup> –, elle consiste en réalité en une actualisation de mécanismes de prévention préexistants, davantage qu'en une véritable nouveauté.<sup>152</sup>

#### 4. L'exécution des privations de liberté : mise à l'épreuve, normalisation et incapacité à resocialiser

[58] Les internements administratifs étaient prononcés pour une durée relativement voire totalement indéterminée, ce qui accentuait l'emprise institutionnelle sur les personnes internées, en les plaçant dans une situation d'incertitude et en faisant dépendre leur libération de leur « bonne conduite », c'est-à-dire d'un comportement conforme aux attentes de la direction de l'établissement, qui étaient elles-mêmes difficilement prévisibles. En ce sens, l'internement administratif était construit comme un dispositif de mise à l'épreuve permettant de contrôler à long terme le comportement de la personne concernée par un système d'incitations et de sanctions. S'inscrivant dans ce schéma, la libération conditionnelle et le patronage des personnes libérées permettaient à la surveillance de perdurer après la fin de l'internement.<sup>153</sup>

---

<sup>149</sup> De façon similaire à l'art. 75a CP entré en vigueur en 2007, l'art. 13 al. 3 du Code pénal de 1937 prévoyait, pour tous les inculpés dont la responsabilité pénale était douteuse : « Les experts feront rapport sur l'état de l'inculpé. Ils se prononceront aussi sur l'opportunité du placement dans un hôpital ou dans un hospice et sur *le danger qu'offre l'inculpé pour la sécurité ou l'ordre publics.* » (RO 54 781 ; nous soulignons). Les notions d'incurabilité et d'incorrigibilité, qui rappellent la situation du prévenu durablement non amendable décrite par l'art. 64 al. 1<sup>bis</sup> CP sur l'internement à vie, étaient des concepts largement utilisés pour légitimer aussi bien les internements administratifs que la privation de liberté pénale (GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 76 et 164 ; NOEMI DISSLER, *Fürsorge für « Heilbare » und Versorgung für « Unheilbaren » ? Der rechtliche Umgang mit « Alkoholkranken » im Kanton Luzern (Mitte des 20. Jahrhunderts)*, in : CIE (édit.), Publications de la CIE, vol. 3 (nbp 19), p. 161 ss ; RAHEL BÜHLER/SARA GALLE/FLAVIA GROSSMANN/MATTHIEU LAVOYER/MICHAEL MÜLLI/EMMANUEL NEUHAUS/NADJA RAMSAUER, in : CIE (édit.), Publications de la CIE, vol. 7, *Ordre, morale et contrainte. Internements administratifs et pratique des autorités*, Neuchâtel/Zurich/Bellinzone 2019, p. 47 s.).

<sup>150</sup> NATHALIE DONGOIS/KASTRIOT LUBISHTANI, *Un droit pénal « publicisé » dans le contexte de la sécurité nationale à l'épreuve de la menace terroriste*, in : Véronique Boillet/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (nbp 76), p. 167 ss, p. 181.

<sup>151</sup> FINK (nbp 81), p. 112 s. ; MARION VACHERET, *Gestion de la peine et maintien de l'ordre dans les institutions fédérales canadiennes. Contrôle, pouvoir et domination : les « réussites » de la prison*, in : *Déviante et société* 2006/3, vol. 30, p. 289 ss, p. 291 s. ; PHILIPPE DELACRAUSAZ, *L'exécution des peines et des mesures orientée vers les risques en Suisse romande, point de vue d'un psychiatre forensique*, in : *Revue suisse de criminologie* 2017/1, p. 50 ss, p. 51 ; ANDRÉ VALLOTTON, *Introduction au monde de l'exécution des peines. De la peine à son exécution*, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 274 ss.

<sup>152</sup> Nous souhaitons ici nuancer les propos tenus par certains auteurs qui lient cette tendance à des faits divers récents et estiment qu'elle serait due à des mouvances victimaires et à une intolérance croissante de l'opinion publique face au risque (cf. not. NICOLAS QUELOZ, *Les prisons suisses doivent-elles s'aligner sur « le tout sécuritaire » ?*, in : Nicolas Queloz/Ulrich Lüginbühl/Ariane Senn/Sara Magri, *Pressions publiques sur les prisons : la sécurité à tout prix ?*, Berne 2011, p. 1 ss ; PHILIPPE CURRAT, *Le criminel dangereux et l'émergence d'un « droit pénal de l'ennemi »*, disponible sous : <https://www.letemps.ch/opinions/criminel-dangereux-lemergence-dun-droit-penal-lennemi>, consulté le 9 octobre 2020).

<sup>153</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 61 ss et 204 ss.

[59] Sur ce point, la filiation historique entre l'internement administratif et la privation de liberté pénale est très claire.<sup>154</sup> Elle est particulièrement manifeste dans le droit des mesures pénales (art. 56 ss CP), qui reprend le régime de mise à l'épreuve d'abord expérimenté dans l'internement administratif<sup>155</sup>, avec des mécanismes quasiment identiques : les mesures pénales sont prononcées pour une durée relativement voire totalement indéterminée<sup>156</sup>, et leur fin est subordonnée à l'amélioration du comportement de la personne concernée.<sup>157</sup> Concernant les peines privatives de liberté, cette mise à l'épreuve est assurée par le régime progressif d'exécution des peines qui, comme les anciens internements administratifs, fait « alterner phases de redressement et phases d'évaluation »<sup>158</sup> en permettant à la personne détenue de bénéficier de certains élargissements au fil de l'exécution de la peine, à condition d'adopter un comportement conforme aux attentes des autorités.<sup>159</sup> En outre, le régime de la libération conditionnelle (art. 86 ss CP) est le mode d'exécution ordinaire de la fin de toute sanction privative de liberté.<sup>160</sup>

[60] Ce système a pour but de répondre aux deux principaux impératifs de l'exécution des sanctions privatives de liberté : resocialiser tout en garantissant la sécurité.<sup>161</sup> Mais tout comme les internements administratifs, ce dispositif renferme un processus de correction du comportement social fortement intrusif et normatif. En raison des fonctions prospectives et préventives attribuées à la sanction privative de liberté, les autorités pénales ont un droit de regard non seulement sur le passé criminel de l'auteur de l'infraction, mais également sur son avenir. Le comportement passé est sanctionné lors du prononcé de la sanction, puis le comportement futur est conditionné durant son exécution<sup>162</sup>, et parfois même encore par la suite, par le biais de l'assistance de probation, qui peut être étendue au-delà de la durée de la peine. La sanction privative de liberté entraîne donc un contrôle institutionnel qui s'étend à la vie entière de l'auteur : passée, présente et future.<sup>163</sup>

[61] Ce mécanisme de normalisation n'a pas seulement une large portée temporelle : il a également un impact matériel considérable, dans des domaines qui dépassent la seule activité criminelle. En effet, les possibilités de préparation à la vie libre sont nécessairement limitées pendant la détention, pour des raisons évidentes de logistique et de moyens financiers.<sup>164</sup> Ce sont donc les autorités qui décident des opportunités de formation et de travail qui sont offertes au sein

---

<sup>154</sup> Le vocabulaire légal est d'ailleurs marqué par l'idée de mise à l'épreuve. Ainsi, une personne libérée conditionnellement reçoit « l'occasion de faire ses preuves » (art. 62 al. 1 CP), mais pourra être réincarcérée jusqu'à la fin du « délai d'épreuve » (art. 44 s. et 62 ss CP), durant lequel elle sera supervisée par une « assistance de probation » (art. 93 ss CP).

<sup>155</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 63.

<sup>156</sup> VIREDAZ/THALMANN (nbp 142), p. 86 s.

<sup>157</sup> KUHN (nbp 147), p. 244.

<sup>158</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 205 ; le régime progressif d'exécution était d'ailleurs appliqué dans les internements administratifs avant de l'être en droit pénal (GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 206).

<sup>159</sup> VALLOTTON (nbp 151), p. 138 ss. et 169 ss ; BAPTISTE VIREDAZ, Exécution des sanctions privatives de liberté : les grands principes, in : André Kuhn/Laurent Moreillon/Baptiste Viredaz/Aude Bichovsky (édit.), La nouvelle partie générale du Code pénal suisse, Berne 2006, p. 329 ss, p. 346.

<sup>160</sup> ATF 133 IV 201, consid. 2.2 ; ANDREA BAECHTOLD, Die bedingte Entlassung ist und bleibt Regel, in : RSC 2008/2, p. 38 ss.

<sup>161</sup> BAECHTOLD (nbp 44), p. 32 ss.

<sup>162</sup> Dans le même sens, voir VIREDAZ/THALMANN (nbp 142), p. 15.

<sup>163</sup> VALLOTTON (nbp 151), p. 12 s. ; À ce propos, KUHN parle de « mode de penser totalement « détemporel » » (KUHN (nbp 147), p. 243).

<sup>164</sup> VALLOTTON (nbp 151), p. 336.



des établissements, ainsi que des possibilités de contact avec l'extérieur, posant ainsi les jalons de la réinsertion sociale des détenus en fonction d'une conception normative des rôles sociaux.<sup>165</sup> Ce phénomène de normalisation est patent dans la comparaison entre les régimes de détention applicables aux hommes et aux femmes. Tout comme à l'époque des internements administratifs<sup>166</sup>, la privation de liberté pénale reproduit et consolide la division sexuelle du travail en offrant aux hommes et aux femmes des conditions de réinsertion inégales : les femmes détenues sont employées quasiment exclusivement à des tâches domestiques, et leur rôle de mère est particulièrement valorisé, tandis que les hommes détenus bénéficient de possibilités de formation et de travail plus variées, mais de moins d'aménagements de peines leur permettant d'exercer une fonction parentale.<sup>167</sup>

[62] L'une des fonctions du droit pénal étant de corriger les comportements illicites des auteurs d'infractions, un certain degré de contrôle et d'influence sur la personne détenue sont nécessaires et font même partie du processus de resocialisation.<sup>168</sup> Mais les moyens financiers et les infrastructures consacrés à ce dernier ne sont pas suffisants : avec des budgets serrés, l'exécution des peines se fait prioritairement dans le but d'assurer la sécurité puis, dans les limites de cette sécurité seulement, et avec le budget restant, dans le but de resocialiser.<sup>169</sup> On peut voir un lien entre ce manque de moyens et la stigmatisation sociale des personnes détenues, qui implique une certaine inertie des politiques publiques en leur faveur. Au sujet des internements administratifs, qui étaient confrontés au même problème, la CIE relève que « Les autorités et les instances responsables n'étaient pas disposées à soutenir au-delà du minimum vital des personnes exclues et stigmatisées, ni à encourager leur épanouissement. [...] Le sous-financement des établissements et la maigre reconnaissance sociale des personnes internées allaient de pair »<sup>170</sup>. Dirigée avant tout par le souci de la protection de la société, et en l'absence d'une volonté politique d'améliorer les conditions de détention, la privation de liberté ne peut pas remplir une fonction de resocialisa-

---

<sup>165</sup> CHRISTIN ACHERMANN/UELI HOSTETTLER, Femmes et hommes en milieu pénitentiaire fermé en Suisse : réflexions sur les questions de genre et de migrations, in : Nouvelles questions féministes 2007/1, n° 26, p. 70 ss, p. 75 s.

<sup>166</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 201 et p. 212.

<sup>167</sup> ACHERMANN/HOSTETTLER (nbp 165), p. 75 s. ; VÉRONIQUE JAQUIER/JOËLLE VUILLE, Les femmes et la question criminelle. Délits commis, expériences de victimisation et professions judiciaires, Zurich/Genève 2017, p. 190 ss ; en matière de parentalité, la différence de traitement entre les hommes et les femmes est instaurée non seulement par les pratiques, mais aussi par l'art. 80 CP, qui prévoit que seules les femmes peuvent bénéficier d'un aménagement de peine leur permettant de vivre en détention avec leur enfant.

<sup>168</sup> Dans le même sens, voir BAECHTOLD (nbp 44), p. 32 ss.

<sup>169</sup> NICOLAS QUELOZ, Risques de mauvais traitements en raison de situations de vulnérabilité dans l'exécution des sanctions pénales, in : Nicolas Queloz/Thomas Noll/Laura von Mandach/Natalia Delgrande (édit.), Vulnérabilité et risques dans l'exécution des sanctions pénales, Berne 2015, p. 1 ss, p. 10 ss ; BENJAMIN F. BRÄGGER, Réflexions critiques sur un phénomène à la une de l'actualité : l'exécution moderne des peines en Suisse, in : Nicolas Queloz/Ulrich Lüginbühl/Ariane Senn/Sarra Magri (édit.), Pressions publiques sur les prisons : la sécurité à tout prix ?, Berne 2011, p. 73 ss, p. 82 s. ; ANNE-CATHERINE MENÉTRAY-SAVARY, La réinsertion victime du climat sécuritaire et du manque de moyens, in : Infoprison mars 2016, p. 1 ss, disponible sous : [http://infoprison.ch/bulletin\\_16/reinsertion-A.C.-M.S.\\_03.2016.pdf](http://infoprison.ch/bulletin_16/reinsertion-A.C.-M.S._03.2016.pdf), consulté le 9 octobre 2020.

<sup>170</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 181 s.

tion, bien qu'elle poursuive ce but.<sup>171</sup> Il semble en tout cas que ni les internements administratifs d'hier, ni la détention pénale d'aujourd'hui ne soient aptes à y parvenir.<sup>172</sup>

## 5. De mauvaises conditions de détention

[63] Les travaux de la CIE ont permis d'établir que les anciens internés administratifs subissaient de mauvaises conditions de détention. Ils étaient souvent placés dans des établissements pénaux qui les soumettaient à un régime de détention inapproprié à leur situation<sup>173</sup>, et faisaient régulièrement l'objet de violences, dans une relative indifférence des autorités.<sup>174</sup> Certaines maltraitances faisaient même partie intégrante des mesures prises à l'égard de ces personnes, par exemple dans le cas des essais médicamenteux, des stérilisations et avortements sous contrainte, de l'enlèvement d'enfants à leur famille (placés en institution, en famille d'accueil ou à l'adoption) ou encore du travail forcé.<sup>175</sup>

[64] Aujourd'hui, la question des conditions de détention fait l'objet de mécanismes de contrôle extra-judiciaires qui n'existaient pas à l'époque des internements administratifs, à savoir la surveillance exercée par les différents organes de prévention de la torture, principalement le CPT et la CNPT, qui font des visites régulières dans les établissements de privation de liberté et adressent des recommandations aux autorités. La problématique est donc davantage connue et prise en charge qu'à l'époque des internements administratifs. Il n'en reste pas moins que de mauvaises conditions de détention et des maltraitances structurelles subsistent. Pour les illustrer, nous nous limiterons ici à quelques exemples.<sup>176</sup>

---

<sup>171</sup> D'où les difficultés exprimées par les directeurs d'établissements pénitentiaires, qui se voient contraints d'arbitrer les contradictions du droit de l'exécution des peines pour pouvoir l'appliquer ; à ce sujet, voir JOE KEEL, *Wiedereingliederung und Nullrisiko – « Mission impossible »*, in : Nicolas Queloz/Ulrich Lüginbühl/Ariane Senn/Sarra Magri (édit.), p. 63 ss, p. 69 ss ; ZUMBINO ANA, *L'injonction paradoxale en matière d'exécution des peines et mesures*, in : Queloz/Lüginbühl/Senn/Magri (nbp 169), p. 107 ss, p. 118 ; FABRIZIO COMANDINI, *Hausser les murs pour plus de sécurité ?*, in : Queloz/Lüginbühl/Senn/Magri (nbp 169), p. 130 ss, p. 138. Sur les tensions inhérentes à la coexistence des principes de sécurité et de resocialisation, voir BAPTISTE VIREDAZ, *Les principes régissant l'exécution des peines privatives de liberté* (art. 74 et 75 al. 1 CP), thèse Lausanne, Genève/Bâle/Zurich 2009, p. 259 ss.

<sup>172</sup> La CIE estime ainsi que « Au lieu de favoriser l'intégration sociale, [l'internement administratif] n'a fait qu'aggraver la marginalisation » (GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 205). Le même reproche est adressé aujourd'hui à la détention pénale (FRANK PREISWERK/MYRIAM GAZUT/PATRICK MOUNOUD/PHILIPPE COMBES/RAPHAËLLE JEANMONOD, *Après la prison, la galère*, documentaire diffusé le 3 juin 2016 sur la Radio télévision suisse, disponible sous : <https://www.rts.ch/play/tv/temps-present/video/apres-la-prison-la-galere?id=7544046>, consulté le 9 octobre 2020 ; LAURENCE GEMPERLÉ/WALTER HUG/PATRICK PONCI/EMMANUELLE ERAERS, *Femmes après la prison*, documentaire diffusé le 24 octobre 2019 sur la Radio télévision suisse, disponible sous : <https://www.rts.ch/play/tv/temps-present/video/femmes-apres-la-prison?id=10811779#;{~}:text=Elles%20s'appellent%20Liliane%2C%20Florence,mois%20avant%20la%20grande%20sortie>, consulté le 9 octobre 2020). Ces critiques sont principalement le fait de journalistes, car il n'existe quasiment pas de données scientifiques permettant de se prononcer sur l'efficacité de la privation de liberté en Suisse (BAECHTOLD (nbp 44), p. 40), tout comme il n'existait pas suffisamment de données sur les internements administratifs (voir *supra*, titre III.2.B).

<sup>173</sup> BOSSART déplorait une exécution insatisfaisante des internements administratifs, évoquant notamment la pénurie de places de détention pour les femmes, ainsi que la détention des internés administratifs dans des établissements pénaux (BOSSART (nbp 24), p. 99).

<sup>174</sup> Voir *supra*, titre I.2.

<sup>175</sup> GERMANN/ODIER (nbp 15), p. 187 ss ; GENEVIÈVE HELLER/GILLES JEANMONOD/JACQUES GASSER, *Rejetées, rebelles, mal adaptées. Débats sur l'eugénisme, pratiques de la stérilisation non volontaire en Suisse romande au XXe siècle*, Chêne-Bourg 2002, p. 413 ss ; CARL-ALBERT LOOSLI, *L'extinction du paupérisme par la stérilisation*, in : Lerch/Marti (nbp 126), p. 299 ss.

<sup>176</sup> Pour plus d'informations, voir notamment les derniers rapports de la CNPT et du CPT, disponibles sous : <https://www.nkvf.admin.ch/nkvf/fr/home/publikationen/berichte-der-kontrollbesuche.html> et sous : <https://www.coe.int/fr/web/cpt/switzerland>, consulté le 9 octobre 2020.

[65] Tout d'abord, la détention dans des lieux inadéquats est encore très répandue, particulièrement en matière pénale et de détention administrative des personnes étrangères. On peut citer l'exemple des personnes faisant l'objet d'une mesure thérapeutique qui sont incarcérées dans des établissements pénitentiaires sans suivi médical régulier, en violation de l'art. 56 al. 5 CP.<sup>177</sup> On pense également aux détenus qui exécutent une peine dans la prison vaudoise du Bois-Mermet qui, en tant qu'établissement de détention avant jugement<sup>178</sup>, n'offre pas les conditions matérielles nécessaires au régime d'exécution de la peine<sup>179</sup>. En outre, les femmes sont souvent détenues dans des lieux qui ne sont pas prévus pour les accueillir et qui ne répondent pas à leurs besoins spécifiques au sens de l'art. 75 al. 5 CP.<sup>180</sup> Enfin, il est très fréquent que des personnes étrangères faisant l'objet d'une décision de détention administrative soient placées dans des établissements pénaux, qu'elles ne soient pas séparées des détenus pénaux et qu'elles subissent le même régime d'incarcération que ces derniers, contrairement à ce que prescrit l'art. 81 al. 2 LEI.<sup>181</sup> Cette carence de places dans des établissements appropriés à certaines catégories de détenus est contraire aux exigences du CP et de la LEI, et engendre des violations structurelles des droits des personnes privées de liberté. En outre, en mélangeant les différentes catégories de détenus, on impose à tous le régime de détention le plus restrictif et sécurisé. Pour les détenus pénaux, cela est contraire aux principes d'individualisation et de normalisation de la peine, et n'est pas bénéfique à la resocialisation. Cette uniformisation des régimes de détention sur un mode pénal et sécuritaire est encore plus contestable lorsqu'elle s'applique à des personnes étrangères faisant l'objet d'une détention administrative en vue d'un renvoi, dont la privation de liberté poursuit des objectifs de bon déroulement de la procédure, aucunement de sécurité.<sup>182</sup>

[66] En outre, des maltraitances et des violences structurelles subsistent, particulièrement à l'égard de certains groupes de personnes en situation de vulnérabilité. En tant que population largement minoritaire parmi les personnes détenues, les femmes manquent de places de détention appropriées et, même lorsqu'elles sont détenues dans des établissements qui respectent les exigences légales de non-mixité, leurs conditions de détention sont péjorées du fait de leur faible

---

<sup>177</sup> CPT, Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en Suisse par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 13 au 24 avril 2015, Strasbourg 23 juin 2016, p. 7 et 52, disponible sous : <https://www.coe.int/fr/web/cpt/switzerland>, consulté le 9 octobre 2020); pour une réflexion critique sur cette problématique, voir BENJAMIN F. BRÄGGER, Massnahmenvollzug an psychisch kranken Straftätern in der Schweiz : Eine kritische Auslegeordnung, in : RSC 2014/2, p. 36 ss, p. 43 s.

<sup>178</sup> Art. 8 du règlement de la prison du Bois-Mermet à Lausanne du 9 septembre 1977 (BLV 340.11.2).

<sup>179</sup> CNPT, Rapport au Conseil d'Etat du Canton de Vaud concernant la visite de la Commission nationale de prévention de la torture à la prison du Bois-Mermet les 3 et 4 juillet 2012 ainsi qu'à l'établissement du Simplon le 14 septembre 2012, Berne 4 mars 2013, p. 4, disponible sous : <https://www.nkvf.admin.ch/nkvf/fr/home/publikationen/berichte-der-kontrollbesuche/nach-kanton.html>, consulté le 9 octobre 2020.

<sup>180</sup> La prison de Sarnen détient les personnes de sexe masculin et féminin dans les mêmes secteurs, dans des conditions qui ne prennent pas en compte les besoins spécifiques des femmes détenues (CNPT, Bericht an den Regierungsrat des Kantons Obwalden betreffend den Besuch der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter im Gefängnis Sarnen vom 16. September 2019, p. 7, disponible sous : <https://www.nkvf.admin.ch/nkvf/fr/home/publikationen/berichte-der-kontrollbesuche/nach-kanton.html>, consulté le 9 octobre 2020); Selon un rapport datant de 2015, la prison de Champ-Dollon détient des femmes dans le même secteur que les hommes soumis au régime de sécurité renforcée (CNPT, Rapport au Conseil d'Etat du Canton de Genève concernant les visites de suivi à la prison de Champ-Dollon par la Commission nationale de prévention de la torture, Berne 13 janvier 2015, p. 8, disponible sous : <https://www.nkvf.admin.ch/nkvf/fr/home/publikationen/berichte-der-kontrollbesuche/nach-kanton.html>, consulté le 9 octobre 2020).

<sup>181</sup> FF 2018 7511 (nbp 55), p. 7552 s.; CPT (nbp 177), p. 6.

<sup>182</sup> KÜNZLI/EUGSTER/KIND/SPRING/STURM (nbp 43), p. 32.

proportion numérique parmi les personnes privées de liberté.<sup>183</sup> En outre, les personnes LGBTQIA+ sont particulièrement vulnérables aux mauvais traitements, et risquent davantage que les autres personnes détenues de faire l'objet de violences, notamment sexuelles.<sup>184</sup> Enfin, les personnes incapables de discernement placées à des fins d'assistance sont régulièrement la cible de maltraitances physiques et mentales de la part du personnel de surveillance et de soin, voire de leurs proches.<sup>185</sup>

[67] Par ailleurs, la Suisse est l'un des rares pays européens qui connaît encore l'astreinte au travail pour les détenus pénaux (art. 81 CP). L'astreinte au travail, contrairement au travail forcé des anciens internés administratifs, est conforme à la Convention de l'OIT concernant le travail forcé ou obligatoire<sup>186</sup> et à la CEDH, et vise principalement à favoriser la resocialisation du détenu grâce à l'acquisition ou au perfectionnement de compétences professionnelles.<sup>187</sup> Toutefois, elle rencontre des difficultés à réaliser ses objectifs : dans un contexte de détention avant tout sécuritaire, et avec des ressources limitées, la gamme de postes de travail offerte aux personnes détenues est passablement restreinte<sup>188</sup>, et il est fréquent que le travail en prison soit davantage occupational que formateur. En outre, les détenus astreints au travail sont très faiblement rémunérés et ne bénéficient pas des protections du droit du travail.<sup>189</sup>

[68] En somme, alors que les anciens internés administratifs faisaient l'objet de violences institutionnelles généralisées et souvent même licites, les maltraitances en prison aujourd'hui ne bénéficient pas du même degré d'institutionnalisation et d'impunité. Les droits fondamentaux des détenus ont acquis une certaine portée pratique de protection contre les mauvais traitements grâce, notamment, aux contrôles des organes de prévention de la torture. Mais les violences et les mauvaises conditions de détention font encore aujourd'hui partie intégrante de la privation de liberté, sous une autre forme, et avec un caractère plus insidieux : elles se manifestent souvent comme l'effet secondaire de différentes variables à la fois structurelles et individuelles qui se combinent, parmi lesquelles figurent les carences dans l'organisation carcérale, le rôle prédominant accordé à la sécurité, les stigmatisations sociales dues à d'autres facteurs que la détention elle-même, ou encore des situations de vulnérabilité particulières face aux mauvais traitements.<sup>190</sup>

---

<sup>183</sup> JAQUIER/VUILLE (nbp 167), p. 172 ss ; BOSSART déplorait déjà la même situation à propos des internements administratifs (BOSSART (nbp 24), p. 99).

<sup>184</sup> JEAN-SÉBASTIEN BLANC, Minorités sexuelles en détention : de l'invisibilité à la stigmatisation, in : Queloz/Nosch/von Mandach/Delgrande (nbp 169), p. 149 ss, p. 156 ss ; Association pour la prévention de la torture, Promouvoir la protection efficace des personnes LGBTI privées de liberté : *Guide de monitoring*, p. 23 s., disponible sous : <https://www.apr.ch/fr/resources/publications/promouvoir-la-protection-efficace-des-personnes-lgbti-privées-de-liberte>, consulté le 9 octobre 2020.

<sup>185</sup> MICHELLE COTTIER, La protection de la personnalité des résidents d'établissements médico-sociaux, in : FamPra 2015, p. 370 ss, p. 370 et réf. cit.

<sup>186</sup> RS 0.822.713.9.

<sup>187</sup> BAECHTOLD (nbp 44), p. 162 ss.

<sup>188</sup> Et n'est pas égale selon le sexe des personnes détenues (voir *supra*, titre III.4).

<sup>189</sup> NICOLAS QUELOZ, Astreinte ou droit au travail en prison, in : Jean-Baptiste Zufferey/Jacques Dubey/Adriano Previtali, L'Homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, p. 443 ss, p. 450 ss.

<sup>190</sup> Pour une énumération détaillée et une classification de ces différentes variables, voir QUELOZ (nbp 169), p. 9 ; sur les liens entre approche sécuritaire et violences en prison, voir ANTOINETTE CHAUVENET, Privation de liberté et violence : le despotisme ordinaire en prison, in : *Déviance et Société* 2006/3, vol. 30, p. 373 ss.

#### IV. Conclusion

[69] L'approche historique des travaux de la CIE offre un nouveau regard sur les privations de liberté en Suisse ; le temps écoulé depuis les internements administratifs permet une distance critique que nous n'avons pas avec les privations de liberté actuelles. Pourtant, lorsqu'on observe ces dernières à travers le même prisme, on constate qu'elles présentent, à maints égards, les mêmes caractéristiques.

[70] La présente contribution a permis d'établir que, dans le cadre des anciens internements administratifs tout comme dans celui des privations de liberté actuelles, il existe d'importantes difficultés de mise en œuvre des garanties fondamentales de l'État de droit dans les lieux de privation de liberté. Notre analyse a aussi mis en évidence que ce même constat ne mène pas aux mêmes conséquences, selon la privation de liberté à laquelle il s'applique. Ainsi, la Confédération présente aujourd'hui ses excuses aux personnes victimes d'internements administratifs, tout en fermant les yeux sur le lien qui les unit aux privations de liberté actuelles. Nous faisons l'hypothèse que ces différences dans la réponse institutionnelle à l'injustice est due à l'écoulement du temps ; parce que les internements administratifs appartiennent désormais au passé, il est plus aisé de les remettre en question, et de les considérer comme une erreur de l'histoire.<sup>191</sup>

[71] Cette délégitimation des internements administratifs est une construction *a posteriori* ; nous avons pu constater que du temps de leur existence, et même lorsqu'ils furent abolis, leur bien-fondé n'était pas contesté. Ce n'est qu'aujourd'hui que les autorités fédérales considèrent, dans leurs discours d'excuses, que l'abolition des internements administratifs était une nécessité, voire une évidence. Cependant, elles fondent ce propos sur des défauts des internements administratifs qui restent répandus dans toutes les formes de privation de liberté actuelles. Ce faisant, et sans s'en rendre compte, elles légitiment l'abolitionnisme carcéral et lui fournissent des arguments historiques, en démontrant que la privation de liberté, bien qu'elle s'adapte aux réalités sociales de chaque époque, reproduit systématiquement les mêmes impensés.<sup>192</sup>

[72] Il est vrai que depuis les internements administratifs, le champ législatif des privations de liberté a connu une évolution majeure : la garantie des droits fondamentaux des personnes détenues par différents textes de droit régional et international, qui fut initiée en Suisse par la Convention européenne des droits de l'homme. Ce mouvement a continué depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, si bien que de nombreux textes nationaux et internationaux offrent désormais toutes les garanties théoriques nécessaires à des conditions de privation de liberté respectueuses des droits des détenus.<sup>193</sup>

[73] Toutefois, même s'ils découlaient alors des droits cantonal et fédéral, les droits fondamentaux existaient aussi du temps de l'internement administratif ; quelques rares juristes critiquaient vivement cette institution parce qu'elle bafouait les principes de l'État de droit tels que la liberté personnelle, l'égalité de traitement et la séparation des pouvoirs.<sup>194</sup> Ces garanties juridiques n'ont

---

<sup>191</sup> Dans le même sens, la CIE affirme que « les travaux de la CIE montrent que les discours des autorités se situent, au cours du temps, dans une rhétorique permanente de progrès par rapport aux pratiques antérieures » (CIE (nbp 9), p. 42).

<sup>192</sup> À ce propos, voir GILLES CHANTRAINE/PHILIPPE MARY, Prisons et mutations pénales, nouvelles perspectives d'analyse, in : *Déviance et Société* 2006/3, vol. 30, p. 267 ss.

<sup>193</sup> Pour une liste et une analyse de ces textes, voir DAMIEN SCALIA, *Droit international de la détention. Des droits des prisonniers aux devoirs des États*, Bâle 2015, p. 14 ss.

<sup>194</sup> BERSIER (nbp 103), p. 119 ; BOSSART (nbp 24), p. 99 ss ; CARL-ALBERT LOOSLI (nbp 126), p. 294.

pourant pas été en mesure de jouer leur rôle de rempart face aux internements administratifs, parce que ces derniers bénéficiaient d'une forte légitimité politique, sociale et morale, tout comme les privations de liberté actuelles. De la même manière, aujourd'hui, hormis les quelques mécanismes de contrôle des lieux de privation de liberté auxquels les textes internationaux ont donné naissance, les droits fondamentaux des personnes détenues n'ont que peu de portée pratique. Les impératifs sécuritaires et logistiques priment systématiquement ces droits, à tel point que les restrictions aux droits fondamentaux en prison, qui devraient théoriquement être exceptionnelles, deviennent en réalité le principe.<sup>195</sup>

[74] Ainsi, aujourd'hui comme hier, on ne peut se satisfaire de la seule existence de protections juridiques des droits fondamentaux des personnes privées de liberté ; il faut également lever les obstacles institutionnels, politiques et sociaux qui empêchent leur mise en œuvre effective. Sans cela, « la mécanique de l'arbitraire »<sup>196</sup> en prison a encore de beaux jours devant elle.

---

LOUISE HAUPTMANN est assistante et doctorante en droit à l'Université de Lausanne. Titulaire d'un Master en droit en sciences criminelles de l'Université de Lausanne, elle mène actuellement des recherches relatives à la privation de liberté, ses rapports avec les droits fondamentaux et ses effets sur le cercle social des personnes détenues.

Contact : louise.hauptmann@unil.ch

---

<sup>195</sup> Dans le même sens, voir SCALIA (nbp 193), p. 488 s. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les restrictions aux droits fondamentaux des personnes détenues ne doivent pas dépasser ce qui est nécessaire à la réalisation du but de la privation de liberté (ATF 97 I 839, consid. 4, confirmé à de nombreuses reprises, notamment aux ATF 100 Ia 454, consid. IIIa ; ATF 103 Ia 293, consid. 4a ; ATF 113 Ia 325, consid. 4 ; ATF 118 Ia 64, consid. 2d, publ. in : JdT 2007 IV 42). Toutefois, le Tribunal fédéral tient compte de l'espace, du personnel et des ressources financières à disposition pour évaluer quelles restrictions aux droits fondamentaux peuvent être tolérées dans un établissement carcéral (ATF 118 Ia 64, consid. 2c *in fine* et réf. cit. et 3n bb, publ. in : JdT 2007 IV 42 ; ATF 99 Ia 262, consid. IV). Ainsi, alors que l'Etat a théoriquement l'obligation positive de mettre en place les infrastructures nécessaires au respect des droits des personnes détenues (CourEDH, arrêt Storck c. Allemagne du 16 juin 2005, par. 100 ss ; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 2, Les droits fondamentaux, Berne 2013, p. 679 ; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht des Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berne 2016, p. 142), en pratique, la situation est toute autre : non seulement les carences logistiques des prisons ne sont pas sanctionnées, mais elles permettent de justifier les situations contraires au droit auxquelles elles donnent naissance.

<sup>196</sup> Selon l'expression utilisée en titre du rapport final de la CIE (nbp 15).