



COMMENTAIRE

# Art. 31 Cst.

Un commentaire de Ahmed Ajil / David Mühlemann

Edité par Stefan Schlegel / Odile Ammann

## PROPOSITION DE CITATION

Ahmed Ajil/David Mühlemann, Commentaire de l'art. 31 Cst., in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale

Citation abrégée: OK-Ajil/Mühlemann, art. 31 Cst. N. XXX.

### **Art. 31 Privation de liberté**

<sup>1</sup> Nul ne peut être privé de sa liberté si ce n'est dans les cas prévus par la loi et selon les formes qu'elle prescrit.

<sup>2</sup> Toute personne qui se voit privée de sa liberté a le droit d'être aussitôt informée, dans une langue qu'elle comprend, des raisons de cette privation et des droits qui sont les siens. Elle doit être mise en état de faire valoir ses droits. Elle a notamment le droit de faire informer ses proches.

<sup>3</sup> Toute personne qui est mise en détention préventive a le droit d'être aussitôt traduite devant un ou une juge, qui prononce le maintien de la détention ou la libération. Elle a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable.

<sup>4</sup> Toute personne qui se voit privée de sa liberté sans qu'un tribunal l'ait ordonné a le droit, en tout temps, de saisir le tribunal. Celui-ci statue dans les plus brefs délais sur la légalité de cette privation.

## TABLE DES MATIÈRES

I. Genèse de la norme	3
II. Contexte: la privation de liberté en Suisse en pratique	4
A. Statistiques relatives à la privation de liberté en Suisse	4
B. Groupes particulièrement concernés	5
C. Effets néfastes de la privation de liberté	6
D. Suicide et assistance au suicide	8
III. Champ d'application de l'art. 31 Cst.	8
A. Champ d'application personnel	8
B. Champ d'application matériel	9
IV. Art. 31 al. 1 Cst. : légalité et légitimité de la privation de liberté	11
A. Motifs justifiant une privation de liberté selon l'art. 5 § 1 CEDH	13
1. Détention post-sentencielle	13
2. Détention préventive non-pénale	14
3. Détention préventive pénale	15
4. Détention de personnes mineures	16
5. Détention de personnes particulièrement vulnérables	16
6. Détention administrative dans le domaine de la migration	18
B. Obligations positives	20
C. Absence d'arbitraire	21
V. Garanties procédurales de l'art. 31 Cst.	21
A. Importance des garanties procédurales	21
B. Art. 31 al. 2 Cst. : Droit à l'information et à faire valoir ses droits	22
1. Raisons de la privation de liberté	22
2. Droits à faire valoir	22
C. Art. 31 al. 3 Cst. : Détention provisoire	24
1. Contrôle de la légalité	25
2. Les Tribunaux des mesures de contrainte : un véritable contrepois ?cf. aussi CourEDH [GC], Aquilina c. Malte, no 25642/94, 29.4.1999, N 50.	
3. Durée maximale de la détention provisoire	26
D. Art. 31 al. 4 Cst. : Habeas corpus	27
1. Périodicité du contrôle	28
2. Exigence de célérité	28
3. Droit à la réparation	29
VI.	29
Perspectives	
Lectures complémentaires recommandées	30
Bibliographie	30
Matériaux	36

## I. GENÈSE DE LA NORME

- 1 « La privation de liberté doit toujours être une mesure de dernier recours, strictement nécessaire et proportionnée. Toute autre approche constitue une violation des droits de l'homme. » Voici les paroles de l'ancienne commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Dunja Mijatović, qui nous rappellent que les garanties en matière de privation de liberté jouissent d'une **protection particulière**.
- 2 En ce qui concerne les **conventions internationales**, l'art. 5 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH, ratifiée par la Suisse en 1974), qui protège le droit à la liberté et à la sûreté, ainsi que l'art. 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après : Pacte ONU II, ratifié par la Suisse en 1992) sont juridiquement contraignants pour les instances suisses. Pour toute question relative à la privation de liberté, il est donc indispensable de se référer aux obligations internationales, en particulier l'art. 5 CEDH.
- 3 Au niveau constitutionnel, l'art. 31 Cst. reflète essentiellement ces garanties conventionnelles. Il convient de préciser qu'à l'origine, la Constitution fédérale ne prévoyait pas de garanties en matière de privation de liberté, puisqu'il s'agissait d'un domaine relevant de l'autorité des cantons. De fait, le droit à la liberté personnelle, dont découle l'art. 31 Cst., était considéré comme un droit « inaliénable et imprescriptible »<sup>1</sup>, mais **non écrit** jusqu'à la révision totale de la Constitution fédérale, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000.
- 4 Les garanties en matière de privation de liberté doivent être mises dans un contexte plus large, à savoir celui de la **liberté de mouvement**. Le droit à la liberté de mouvement – dont la privation de liberté représente la restriction la plus extrême – est un droit fondamental essentiel dont dépend de fait l'exercice de la majorité des droits fondamentaux, tels que la liberté de circulation ou de communication, la protection de la sphère privée, la liberté de religion ou la liberté économique<sup>2</sup>. La concrétisation et la codification du droit à la liberté de mouvement ont évolué au travers de ses inscriptions notamment dans la *Magna Carta* de 1215 (interdiction de privation de liberté sans jugement par les pairs), la Charte des Nations Unies de 1945 (dignité humaine et libertés fondamentales) ou la CEDH de 1950 (not. l'art. 5 CEDH, cf. ci-après). La Constitution fédérale suisse s'y réfère à son art. 10 (art. 10 al. 2, protégeant le droit à la liberté de mouvement, cf. N. 25) et, bien évidemment, à l'art. 31 Cst. dont il est question dans ce commentaire.
- 5 L'art. 31 Cst. comporte quatre alinéas. Le premier alinéa a pour seul modèle l'article 5 § 1 CEDH, tandis que les alinéas 2 à 4 s'inspirent également de dispositions contenues dans différents avant-projets précédant la révision totale de la Constitution fédérale entrée en vigueur en 2000<sup>3</sup>. Le troisième alinéa est le seul qui concerne spécifiquement la détention avant jugement, tandis que les trois autres alinéas s'appliquent à toute forme de privation de liberté. La lettre de cette disposition n'a pas subi de modifications depuis son entrée en vigueur. Il convient de noter que le premier alinéa concerne les exigences relatives à la privation de liberté, tandis que les alinéas 2 à 4 garantissent certains droits aux personnes **déjà privées** de leur liberté.

---

1. Message 1997, p. 150.

2. Pour un commentaire de l'art. 10 Cst., voir Heri.

3. Art. 22 du modèle de 1985 (garanties accordées en cas de privation de liberté) et art. 15 du projet Kölz/Müller (garanties pour les détenus et les internés), lui-même inspiré du projet de 1977 (art. 21), cf. FF 1997 I 1, 187.

## II. CONTEXTE: LA PRIVATION DE LIBERTÉ EN SUISSE EN PRATIQUE

### A. Statistiques relatives à la privation de liberté en Suisse

- 6 Au 31 janvier 2025, 6'994 personnes étaient privées de liberté en Suisse.<sup>4</sup> Parmi ces personnes, 4'362 étaient détenues dans le cadre de l'exécution (y.c. anticipée) de peines et de mesures (art. 75 ss CP), 2'211 se trouvaient en détention provisoire ou pour des motifs de sûreté (art. 220 ss Code de procédure pénale, ci-après : CPP<sup>5</sup>), et 220 se trouvaient en détention administrative en matière de droit des étrangers (art. 75-78 LEI)<sup>6</sup>. En ce qui concerne l'« effectif » à une date de référence, la Suisse se trouve ainsi parmi les pays ayant un taux de détention particulièrement bas<sup>7</sup>. Or, le nombre total de personnes concernées par une privation de liberté sur l'année (le « flux ») est « très élevé » en comparaison européenne<sup>8</sup> : ainsi, en 2022, 37'127 personnes sont entrées en prison en Suisse, ce qui représente **un taux d'incarcération trois fois supérieur** au taux d'incarcération médian européen<sup>9</sup>. Ceci explique en partie la surpopulation carcérale dont souffrent plusieurs établissements, notamment en Suisse romande, depuis des années<sup>10</sup>.
- 7 Un autre facteur expliquant le taux d'incarcération élevé réside dans la fréquence des courtes peines privatives de liberté, c'est-à-dire inférieures à 6 mois, prononcées sans sursis. En 2024, sur un total de 4'997 peines privatives de liberté (PPL) sans sursis, 56,8 % (2'837) concernaient des PPL de moins de six mois. Ce chiffre était de 4'267 en 2023 – les courtes PPL ayant donc diminué de manière spectaculaire de 48%<sup>11</sup>. Cette chute pourrait être liée à la révision du CPP, notamment à l'introduction de l'art. 352a CPP, qui prévoit désormais l'audition de la personne poursuivie par l'autorité de poursuite pénale s'il est probable que l'ordonnance pénale débouchera sur une PPL à exécuter.
- 8 Une part importante des courtes PPL exécutées concerne cependant des peines privatives de liberté de substitution (PPLS), prononcées en remplacement d'une peine pécuniaire (art. 36 CP) ou d'une amende (art. 106 CP). La Suisse se distingue sur le plan international par une fréquence particulièrement élevée d'imposition des PPLS<sup>12</sup>, celles-ci représentant environ la moitié (4'964) des 9'297 incarcérations en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure en 2023<sup>13</sup>.

---

4. OFS, Privation de liberté, effectif de détenus au jour du relevé, 1988-2025, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees.assetdetail.34948241.html>, consulté le 23.5.2025.

5. Code de procédure pénale (CPP) du 5 octobre 2007, RS 312.0

6. Voir communiqué de l'OFS, Statistique des condamnations pénales des adultes – Communiqué de presse du 21.5.2024, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/actualites/communiques-presse.assetdetail.35348237.html>, consulté le 27.5.2025 ; et le tableau OFS, Adultes : Condamnations de personnes adultes pour un délit ou un crime du code pénal (CP), selon le type et la durée de la peine principale, Suisse et cantons [dès 2007], <https://dam-api.bfs.admin.ch/hub/api/dam/assets/35348248/master>, consulté le 28.5.2025.

7. Cf. Conseil de l'Europe, SPACE I 2023, p. 6.

8. Cf. Conseil de l'Europe, Annual Penal Statistics – SPACE I 2023, p. 99.

9. Le taux d'incarcération médian dans l'UE pour 100'000 habitants était de 137,7, alors qu'il atteignait 421,3 en Suisse, Conseil de l'Europe, Annual Penal Statistics – SPACE I 2023, p. 3, p. 99, p. 119.

10. CPT/Inf (2025), p. 4. Voir aussi le communiqué de presse du Canton de Vaud du 10.02.2025 à cet égard : Etat de Vaud, Détention et criminalité vaudoises : les mesures pour endiguer durablement la surpopulation carcérale, <https://www.vd.ch/actualites/communiques-de-presse-de-letat-de-vaud/detail/communiquel/canton-presente-ses-mesures-pour-endiguer-durablement-la-surpopulation-carcerale>, consulté le 2.6.2025.

11. Voir communiqué de l'OFS, Statistique des condamnations pénales des adultes – Communiqué de presse du 21.5.2024, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/actualites/communiques-presse.assetdetail.35348237.html>, consulté le 27.5.2025 ; et le tableau OFS, Adultes : Condamnations de personnes adultes pour un délit ou un crime du code pénal (CP), selon le type et la durée de la peine principale, Suisse et cantons [dès 2007], <https://dam-api.bfs.admin.ch/hub/api/dam/assets/35348248/master>, consulté le 28.5.2025.

12. Dünkel, p. 255

- 9 La courte durée de détention soulève des questions fondamentales au regard de l'objectif de réinsertion inscrit à l'art. 75 CP, car quelques jours ou semaines de privation de liberté ne permettent généralement ni la mise en œuvre de mesures d'accompagnement durables, ni une influence significative sur le parcours de vie de la personne condamnée. La peine privative de liberté de substitution est également critiquée sous l'angle des droits humains<sup>14</sup> et leur abolition est de plus en plus fréquemment réclamée<sup>15</sup>. Concernant la Suisse, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) a analysé la PPLS sous l'angle de l'art. 8 CEDH relatif à la protection de la vie privée. Elle a jugé qu'une PPLS de cinq jours pour une amende de 500 CHF imposée à une personne en situation de mendicité constituait une violation de cet article<sup>16</sup>.

## B. Groupes particulièrement concernés

- 10 En Suisse, **les personnes étrangères** sont particulièrement concernées par la privation de liberté<sup>17</sup>. Cela s'explique notamment par l'existence d'infractions spécifiques au droit des migrations, telles que le séjour illégal (art. 115 al. 1 let. b de la Loi sur les étrangers et l'intégration, ci-après : LEI), la violation d'une interdiction d'entrée (art. 119 al. 1 LEI), ou la non-coopération lors de procédures de renvoi (art. 115 al. 1 let. a LEI). À cela s'ajoutent des formes de privation de liberté qui relèvent du droit administratif, telles que la détention en vue du renvoi ou de l'expulsion (art. 76 ss LEI) ou la détention préparatoire (art. 75 LEI), qui peuvent s'ajouter à la détention pénale ou en prolonger les effets de manière cumulative. Un rapport publié en 2025 par l'Observatoire Suisse du droit d'asile et des étrangers (ODAE-Suisse) met en lumière des carences structurelles dans la détention administrative en Suisse<sup>18</sup>.
- 11 S'y ajoute le fait que les ressortissant-e-s étranger-ères sont, dans certains cas, d'emblée exclu-e-s des formes d'exécution alternatives telles que le travail d'intérêt général, la semi-détention ou la surveillance électronique<sup>19</sup>. De plus, la libération conditionnelle est également refusée aux personnes étrangères de manière anticipée ou appliquée avec une plus grande retenue, souvent en raison de considérations liées au statut de séjour plutôt qu'à la conduite ou à la réinsertion de la personne concernée. Ce traitement, fondé sur des critères migratoires plutôt que sur le pronostic individuel, est considéré par certains auteurs comme contraire au principe d'égalité (art. 8 Cst.) et à l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.)<sup>20</sup>. En résumé, les pratiques décrites ci-dessus contribuent à la surreprésentation des personnes étrangères dans la population carcérale et sont interprétées dans la littérature comme une forme de criminalisation de la migration<sup>21</sup>.
- 12 Également fortement touchées par la privation de liberté, cette fois au nom d'impératifs de sécurité, sont des **personnes souffrant de troubles psychiques**. Cette dynamique se reflète en partie dans l'augmentation significative du nombre moyen de personnes placées en internement ou dans une

---

13. Ce taux augmente continuellement depuis 2007, atteignant un niveau supérieur à 50% pour la première fois en 2017, OFS, Exécution des peines et des mesures : incarcérations selon la décision principale, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal/recidive.assetdetail.32809093.html>, consulté le 28.11.2024.

14. Galbraith et al., p. 427 ss.

15. Voir not. Bögelein, 270; Dünkel, 266; Löbbert, 355; Pollähne, 736.

16. CourEDH, *Lacatus v. Suisse*, no 14065/15, 19.04.2021, N 115.

17. Cf. Conseil de l'Europe, Annual Penal Statistics – SPACE I 2022, p. 4.; OFS, Effectif de détenus et taux de personnes incarcérées selon la nationalité, le sexe et le statut de séjour, 2023, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees.assetdetail.32809043.html>.

18. Observatoire du droit d'asile et des étrangers (ODAE-Suisse), *Enfermé-e. La détention fondée sur le droit des étrangers en Suisse*, Berne 2025, <https://asile.ch/2025/07/15/odae-suisse-rapport-sur-la-detention-administrative-des-etrange-eres/>, consulté le 10.9.2025.

19. Cette pratique a été discutée dans la doctrine comme une violation du droit international, vgl. Urwyler Thierry, p. 110.

20. Urwyler Christoph, p. 332.

21. Fink, p. 118 ; Gnaedinger, N 33.

mesure institutionnelle selon l'art. 59 CP (cf. aussi N. 42) en raison d'un risque de récidive jugé élevé : ce chiffre a augmenté d'environ 70 % depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit des sanctions en 2007<sup>22</sup>. Parallèlement, la durée moyenne de séjour dans l'exécution des peines s'est fortement accrue depuis 2007 : alors qu'elle s'élevait à 595 jours en 2007, elle atteignait 1'605 jours en 2023, soit une hausse d'environ 170 %. Ces données témoignent d'une évolution du droit pénal qui s'éloigne progressivement d'un modèle centré sur la sanction d'un acte passé (logique de la peine limitée dans le temps) pour se rapprocher d'un droit de la prévention, dont l'objectif prioritaire est **la neutralisation du danger** supposé que représenterait la personne (voir également N. 55). Ce tournant qu'Oberholzer décrit comme un passage « de la répression à la prévention »<sup>23</sup> soulève des questions fondamentales quant aux principes de proportionnalité, de prévisibilité et de légalité des mesures pénales dans un État de droit. En plus, l'utilité de telles mesures reste discutable<sup>24</sup>.

### C. Effets néfastes de la privation de liberté

- 13 Toute privation de liberté représente une expérience psychique et sociale extrêmement incisive pour les personnes concernées. La rupture de contacts sociaux, la perte d'autonomie corporelle et financière, l'impossibilité d'organiser sa vie librement, les dégâts émotionnels et sociaux pour la famille et l'entourage ainsi que les violences psychologiques ou physiques en détention constituent de multiples facteurs de stress<sup>25</sup>. La CourEDH reconnaît même que l'incarcération, par sa nature même, implique un certain degré d'humiliation pour les personnes détenues<sup>26</sup>.
- 14 La **détention provisoire** (cf. N. 39 et N. 63 ss) constitue une atteinte particulièrement brutale à la liberté personnelle, notamment en raison de l'absence de délai permettant à la personne concernée de se préparer à la privation de liberté – délai qui peut parfois exister après une condamnation définitive ou une décision administrative entrée en force. L'enfermement intervient de manière soudaine, sans transition, ce qui ne laisse ni le temps de se préparer psychiquement, ni d'anticiper les répercussions concrètes telles que la perte d'un emploi, la séparation des proches ou la désorganisation complète du quotidien. Ce bouleversement abrupt – souvent qualifié de « choc carcéral » – est associé à un risque de suicide accru, notamment durant les premiers jours de détention<sup>27</sup>. Ce risque est d'autant plus élevé que le régime de la détention provisoire est normalement plus strict que celui de l'exécution des peines, l'isolement complet y étant largement pratiqué, du moins au début de l'incarcération<sup>28</sup>.
- 15 Selon un rapport du Centre suisse de compétence pour les droits humains (ci-après : CSDH), les praticien-ne-s de l'exécution des sanctions pénales en Suisse considèrent « unanimement la détention provisoire comme la forme de privation de liberté la plus dure »<sup>29</sup>. Ainsi, bien que la détention provisoire ne revête *de iure* qu'un caractère préventif, force est de constater qu'elle a *de facto* inévitablement aussi un caractère punitif<sup>30</sup>. C'est entre autres la raison pour laquelle le troisième

---

22. OFS, Exécution des peines et des mesures : population carcérale moyenne selon la décision principale, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/criminalite-droit-penal.assetdetail.32809049.html>.

23. Oberholzer, p. 15.

24. Cf. Mazzucchelli, p. 1343.

25. Crewe, p. 511; De Viggiani, p. 115 ss.; Freeman/Seymour, p. 126 ss.; Huey/McNulty, p. 490 ss.; Johns, p. 27.

26. Van Zyl/Snacken, p. 355.

27. Crewe, p. 511; May/Applegate/Ruddell/Wood, p. 251.

28. CPT, 2012. Il faut noter qu'en raison de l'organisation fédéraliste en Suisse, les modalités concrètes de la privation de liberté varient souvent d'un canton et d'un établissement à l'autre. La mise à jour de l'étude du CSDH sur la détention provisoire montre certaines améliorations dans quelques cantons qui arrivent à respecter le principe de proportionnalité dans la détention provisoire, voir Künzli/Ostendarp/Stucki, p. 69.

29. Künzli/Frei/Schultheiss, p. 3.

30. Cf. Noll, p. 57 ss.

alinéa de l'art. 31 Cst. (cf. N. 63 ss.) est spécifiquement dédié à la détention provisoire, dont la mise en œuvre en Suisse fait l'objet de nombreuses critiques de la part du Comité européen pour la prévention de la torture (CPT)<sup>31</sup> et de la Commission nationale de prévention de la torture (CNPT)<sup>32</sup>. Plusieurs initiatives visant à améliorer les conditions de détention de ce régime sont actuellement en cours<sup>33</sup>. Fin 2023, la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP) a adopté une « orientation concernant la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté », allant dans le sens d'un meilleur respect du principe de proportionnalité dans les aménagements de la détention pré-sentencielle<sup>34</sup>.

- 16 La **pratique de l'isolement**, c'est-à-dire la détention individuelle d'une personne pendant au moins 22 heures par jour sans possibilité réelle d'entretenir des contacts avec d'autres personnes, est particulièrement nocive<sup>35</sup>. Selon un rapport de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), les répercussions médicales de l'isolement incluent des attaques de panique, la dépression, la colère, la rage, des troubles de la perception, voire une confusion totale, des troubles sensoriels, des hallucinations, la paranoïa, des psychoses, l'automutilation ainsi que le suicide<sup>36</sup>. En Suisse, les graves dommages causés à la santé par l'isolement sont connus depuis longtemps. Une revue de littérature du psychiatre zurichois Reto Volkart datant de 1983 offre à ce sujet un aperçu accablant<sup>37</sup>. La pratique de « l'isolement prolongé », c'est-à-dire pendant plus de 15 jours consécutifs, est considérée comme un traitement cruel, inhumain et dégradant ; elle est absolument interdite par les Règles Nelson Mandela<sup>38</sup>. Néanmoins, l'isolement prolongé continue d'être pratiqué en Suisse, notamment dans le cadre de l'exécution des peines sous la forme d'une mesure de sécurité au sens de l'art. 78 let. b CP, qui prévoit la possibilité d'une telle mesure de sécurité pour la protection de la personne détenue ou de tiers<sup>39</sup>. Certaines législations cantonales autorisent d'ailleurs des arrêts cellulaires en tant que sanction disciplinaire (en lien avec art. 78 let. c CP) d'une durée supérieure à 14 jours<sup>40</sup>.
- 17 L'isolement est particulièrement problématique quand il est appliqué aux personnes souffrant d'un handicap (y compris de troubles psychiques)<sup>41</sup> : le Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées (CRPD) souligne que l'isolement appliqué aux personnes handicapées peut être considéré comme une forme de torture<sup>42</sup>.

---

31. CPT/Inf (2025), p. 30–47.

32. Cf. notamment son rapport d'activité 2014 qui porte sur la détention provisoire : <https://backend.nkvf.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-nkvfadminch-files/files/2024/09/06/67b5925b-717e-4833-b113-f76b4a6f18d1.pdf>, consulté le 23.5.2025.

33. Cf. notamment: Direktion der Justiz und des Innern, Kanton Zürich, Untersuchungshaft, <https://www.zh.ch/de/direktionder-justiz-und-des-innern/schwerpunkt-u-haft.html>, consulté le 28.11.2024 ; Kanton Bern, Modellversuch Untersuchungshaft, <https://www.avj.sid.be.ch/de/start/themen/haft/modellversuch-u-haft.html>, consulté le 28.11.2024; SRF, In Bern und Zürich soll U-Haft erträglicher werden, <https://www.srf.ch/news/schweiz/pilotprojekt-im-justizvollzug-inbern-und-zuerich-soll-u-haft-ertraeglicher-werden>, 8.9.2023, consulté le 11.10.2023.

34. Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police (CCDJP), Orientation concernant la détention provisoire et la détention pour des motifs de sûreté, Berne, 2023, [https://www.kkjpgd.ch/?action=get\\_file&id=63&resource\\_link\\_id=db](https://www.kkjpgd.ch/?action=get_file&id=63&resource_link_id=db), consulté le 22.11.2024.

35. Dellazizzo/Luigi/Giguère/Goulet/Dumais, p. 6-7; Haney 286.

36. World Health Organization (WHO), Prisons and Health, 2014, <https://www.who.int/europe/publications/i/item/9789289050593>, consulté le 22.11.2024.

37. Cf. Volkart, 1983, p. 6–16.

38. Règles Nelson Mandela, Règle numéro 43, let. d, en relation avec la Règle numéro 44, qui interdisent de manière absolue l'isolement prolongé, défini comme tout isolement cellulaire de plus de 22 heures par jour sans contact humain significatif, lorsqu'il dépasse 15 jours. Concernant la signification du *soft law* en général, voir plus bas (N. 30).

39. Künzli/Frei/Spring, p. 40; Dans son arrêt ATF 1B\_52/2021, c. 3.8. le Tribunal fédéral a reconnu la légalité d'un isolement prolongé – d'une durée de deux ans et demi – en le considérant encore comme justifiable au vu des circonstances particulières du cas d'espèce et du risque que représentait la personne concernée, s'écartant de manière significative des 15 jours définis par les Règles Nelson Mandela.

## D. Suicide et assistance au suicide

- 18 En Suisse, en moyenne, 8 personnes par année se sont suicidées en détention entre 2003 et 2023<sup>43</sup>. **La Suisse se classe défavorablement, au niveau international, en ce qui concerne le taux de suicide en détention.** Selon les enquêtes annuelles du Conseil de l'Europe, elle figure régulièrement parmi les pays dont le taux est « **très élevé** », c'est-à-dire supérieur de plus de 25% à la médiane européenne<sup>44</sup>. Cette surmortalité par suicide constitue un indicateur préoccupant des conditions de détention et de la vulnérabilité des personnes incarcérées en Suisse<sup>45</sup>.
- 19 La question de l'**assistance au suicide** est étroitement liée à celle du suicide. L'aide au suicide connaît un régime juridique relativement libéral en Suisse, l'art. 115 CP punissant uniquement l'incitation et l'assistance au suicide pour un mobile égoïste. L'art. 10 al. 2 Cst. et l'art. 8 al. 1 CEDH protègent le droit à l'autodétermination de la personne, ce qui inclut son droit de décider quand et comment mettre fin à sa vie<sup>46</sup>. Ce droit est également protégé par la garantie constitutionnelle de la dignité humaine (art. 7 Cst.)<sup>47</sup>. Il n'en découle pas, cependant, un droit à l'assistance au suicide de la part de personnes tierces ni de la part des autorités étatiques<sup>48</sup>. Le Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions (CSCSP) a élaboré un guide à l'intention des établissements pénitentiaires, qui prévoit plusieurs conditions pour le traitement d'une demande d'assistance au suicide<sup>49</sup>.

## III. CHAMP D'APPLICATION DE L'ART. 31 CST.

### A. Champ d'application personnel

- 20 En raison des conséquences importantes d'une privation de liberté sur la vie et la santé d'une personne, l'art. 31 Cst. couvre un champ d'application personnel large, indiquant que « **nul ne peut être privé de sa liberté** ». La garantie constitutionnelle couvre tant les citoyen-ne-s ordinaires (y

---

40. Il s'agit notamment des cantons de Fribourg (20 jours); cf. art. 46 al. 1, let. e de la Loi sur l'exécution des peines et des mesures (LEPM), RSF 340.1; Neuchâtel (30 jours), art. 97 al. 1, let. e de la Loi sur l'exécution des peines et des mesures pour les personnes adultes (LPMPA), RSN 351.0; Schaffhouse (20 jours); § 64 lit. g. de la Justizvollzugsverordnung (JVV) des Kantons Schaffhausen, SHR 341.101; Thurgovie (20 jours), § 89 de la Verordnung des Regierungsrates über den Justizvollzug (Justizvollzugsverordnung, JVV) des Kantons Thurgau, RB 340.31, conjointement avec chiffre 3 lit. g des Richtlinien der Ostschweizerischen Strafvollzugskommission für das Disziplinarrecht in den Konkordatsanstalten vom 7. avril 2006; Vaud (30 jours), art. 44 al. 4 du Règlement sur le droit disciplinaire applicable aux personnes détenues avant jugement et condamnées (RDD), BLV 340.07.1, Valais (20 jours), art. 55 al. 2 de l'Ordonnance sur les droits et les devoirs de la personne détenue (ODDD), RS/VS 340.100.

41. Le Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées (CRPD) conçoit la notion d'handicap de manière large : « Les personnes handicapées comprennent celles qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres. » (Article premier de la Convention relative aux droits des personnes handicapées).

42. Cf. le rapport du Comité des Nations Unies pour les droits des personnes handicapées (CRPD) du 13 mai 2015, N 33.

43. Office fédéral de la statistique (OFS), Privation de liberté, décès et suicides, 2003-2023, 29.04.2024, <https://www.bfs.admin.ch/asset/fr/je-f-19.04.02.81>, consulté le 21.10.2025

44. Cf. Space I 2023, p. 3, 6, 112–113; 2022, p. 5, 6, p. 112–113; 2021, p. 3, 6, 117–118; 2020, p. 3, 6, 112–113; 2019, p. 3, 5, 108–109.

45. Mühlemann

46. ATF 133 I 58, c. 6.1 ; Tag, p. 73.

47. Tag, p. 73.

48. ATF 133 I 58, c. 6.2.2.

49. Centre suisse de compétences en matière d'exécution des sanctions pénales (CSCSP), Le suicide assisté en exécution des peines et mesures, Fribourg 2019, [https://www.skjv.ch/sites/default/files/documents/Document\\_cadre\\_suicide\\_assiste.pdf](https://www.skjv.ch/sites/default/files/documents/Document_cadre_suicide_assiste.pdf), consulté le 17.9.2025.

compris les mineur·e·s) que les personnes étrangères résidant sur le sol suisse, légalement ou non. La privation de liberté étant conçue de manière large, il n'y a pas besoin pour une personne d'être impliquée dans une procédure pénale pour bénéficier de la protection prévue par l'art. 31 Cst. De plus, toute forme de privation de liberté par l'État, qu'il s'agisse d'une peine ou d'une mesure pénale, d'une mesure administrative (domaines de l'asile, de la migration, de la sécurité intérieure) ou d'une mesure civile ou encore d'une sanction relevant du droit militaire, tombe sous le coup de la protection constitutionnelle et conventionnelle. Cette considération est particulièrement importante au regard de l'importance grandissante des mesures extra-pénales qui portent atteinte à la liberté personnelle<sup>50</sup>.

- 21 Sur le plan subjectif, conformément à la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, une privation de liberté suppose **l'absence d'un consentement libre et éclairé** de la personne concernée<sup>51</sup>. Concernant la question du consentement dans le cadre de mesures civiles privatives de liberté, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé – notamment dans l'arrêt *Stanev c. Bulgarie* – que la présence d'un tuteur ou d'une tutrice ou l'absence d'opposition expresse ne suffit pas à considérer qu'un placement est volontaire. Elle exige un consentement libre, éclairé et juridiquement valable de la part de la personne concernée<sup>52</sup>. Lorsqu'une personne accepte de rester dans un établissement dans lequel elle a été initialement transférée sans son consentement, la CourEDH considère qu'il n'y a plus lieu de constater une privation de liberté<sup>53</sup>. Cependant, le seul consentement ne saurait suffire pour mettre à mal le bénéfice de la protection prévue par les conventions internationales<sup>54</sup>.

## B. Champ d'application matériel

- 22 Pour déterminer si un individu se trouve privé de sa liberté et peut ainsi bénéficier des garanties conventionnelles et constitutionnelles y relatives, il sied de considérer sa situation concrète et de tenir compte d'un **ensemble de critères**, comme du type, de la durée et du contexte de détention, de ses effets ou encore des modalités d'exécution. Les effets des mesures doivent être examinés de manière « accumulée et combinée »<sup>55</sup>.
- 23 Un aspect central de cette évaluation de fond concerne la démarcation entre la privation de liberté et la « simple » **restriction de mouvement**, à laquelle s'appliquent les garanties relatives à la liberté personnelle prévues à l'art. 10 al. 2 Cst.<sup>56</sup> et à l'art. 12 al. 1 du Pacte ONU II<sup>57</sup>. La différence entre une privation et une restriction de liberté est une différence d'intensité et de degré, non de nature ni de substance<sup>58</sup>. Il faut que les mesures soient extraordinairement incisives, empêchant une personne

---

50. Ashworth/Zedner, p. 430 ss.; cf. [humanrights.ch](http://humanrights.ch) (2018).

51. Voir notamment CourEDH, *Storck c. Allemagne*, 16 juin 2005, n° 61603/00, §§ 74–75 ; H.L. c. Royaume-Uni, 5 octobre 2004, n° 45508/99, § 90 ; De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, 18 juin 1971, série A n° 12, §§ 64–65.

52. CourEDH [GC], *Stanev c. Bulgarie*, no 36760/06, 17.1.2012, N 130-132 : le requérant n'avait ni demandé à être placé dans le foyer, ni exprimé un consentement libre et éclairé, et n'avait aucun moyen de contester son maintien. La Cour a conclu qu'ils s'agissait bel et bien d'une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention.

53. CourEDH, H.M. c. Suisse, no 39187/98, 26.2.2002, N 40 ss.

54. CourEDH, H.L. c. Royaume-Uni, no 45508/99, § 90 ; CourEDH, *Stanev c. Bulgarie* [GC], 17.1.2012, no 36760/06, 2012, N. 119 ; voir aussi l'affaire CourEDH, N. c. Roumanie, no 59152/08, 18.11.2017, N 165–167, où la Cour a considéré contraire à la Convention le maintien en détention du requérant alors qu'il avait consenti à rester détenu jusqu'à ce que les services sociaux trouvent une solution adéquate.

55. CourEDH, *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 39692/09, 40713/09, 41008/09, 15.3.2012, N 57, 59 ; [GC], no 43395/09, N 80-81, 23.2.2017.

56. Cf. à cet égard : Heri.

57. ATF 137 I 31 c. 6.2, p. 45; ATF 1C\_176/2013; 1C\_684/2013, c. 11.

58. CourEDH, *Austin et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 39692/09, 40713/09, 41008/09, 15.3.2012, N. 57 ; *Stanev c. Bulgarie* [GC], 17.1.2012, no 36760/06, 2012, N 115 ; *Medvedyev et autres c. France*, no 3394/03, 29.03.2010, N. 73; *Guzzardi c. Italie*, no 7367/76, 6.11.1980, N 92-93.

d'aller et de vivre là où elle le souhaite<sup>59</sup>. La privation de liberté implique cependant des garanties plus larges que la restriction de la liberté de mouvement. Si cette restriction doit certes respecter les principes de la légalité et de la proportionnalité, le recours à un examen de la légalité de la mesure par un tribunal, tel qu'il est prévu pour une privation de liberté, n'est pas requis. Contrairement à l'art. 5 CEDH, qui énumère de manière exhaustive les situations dans lesquelles une privation de liberté est admissible au regard des droits humains (cf. N. 36 ss), aucune liste comparable ne régit les restrictions de liberté. De plus, la Suisse n'ayant pas ratifié le 4<sup>ème</sup> protocole additionnel à la CEDH, une mesure seulement restrictive (et non privative) de la liberté personnelle ne jouit pas de la protection de conventionnalité spécifique de la CEDH.<sup>60</sup>

- 24 Quant au critère temporel, **huit minutes** peuvent déjà suffire pour qu'il y ait privation de liberté<sup>61</sup>. En principe, plus la restriction spatiale est importante, moins la durée de la privation entre en ligne de compte. Un enfermement dans une cellule pendant seulement quelques minutes constitue une privation de liberté. Une assignation à résidence (cf. ci-dessous, N. 26) doit quant à elle durer plus longtemps pour atteindre le seuil nécessaire pour être considérée comme une privation de liberté<sup>62</sup>.
- 25 En ce qui concerne les conditions concrètes de mise en œuvre, les **mesures de coercition** ne constituent pas une condition nécessaire à la qualification d'une privation de liberté. La personne concernée ne doit pas nécessairement être maîtrisée physiquement pendant sa détention<sup>63</sup>. Selon certains auteurs, les placements en unités fermées de foyers ou d'établissements médico-sociaux pour personnes âgées ou atteintes de démence doivent également être qualifiés de privation de liberté au sens de l'art. 31 Cst. et de l'art. 5 CEDH<sup>64</sup>.
- 26 Les juges jouissent également d'une large marge d'appréciation pour ce qui est du critère de **l'espace**. Selon le TF et la CourEDH, une interdiction de quitter l'aéroport pendant plusieurs jours constitue une privation de liberté. Une assignation à résidence constitue aussi une privation de liberté, même si certaines exceptions, notamment les visites médicales ou les services religieux, sont accordées<sup>65</sup>. Un confinement général qui s'applique à toute la population, notamment lors d'une pandémie, ne constitue pas une privation de liberté<sup>66</sup>. Un exil forcé sur une île peut constituer une privation de liberté si la surveillance policière est telle que la personne ne peut sortir de sa résidence sans autorisation préalable, si l'espace effectivement utilisable est limité (en l'espèce, 90 % de la surface de l'île était occupé par une prison), et si les possibilités de nouer des contacts sociaux sont quasi inexistantes<sup>67</sup>. Toutefois, l'impossibilité factuelle de quitter une enclave de 1.6 km<sup>2</sup>, provoquée par une interdiction d'entrée du pays limitrophe, ne constitue pas une privation de liberté au sens de l'art. 5 CEDH, tant que la personne bénéficie théoriquement de la possibilité de déménager dans une autre partie du pays pour se soustraire *de facto* à la restriction géographique<sup>68</sup>.
- 27 A noter ensuite que les art. 31 Cst. et 5 CEDH ne s'appliquent en principe pas aux **conditions de détention** en soi. Celles-ci sont traitées sous l'angle d'autres normes, notamment l'art. 3 CEDH (traitement dégradant)<sup>69</sup> ou l'art. 7 Cst. (dignité humaine), l'art. 8 CEDH (droit à la vie privée)<sup>70</sup>

---

59. ATF 113 IV 118 c. 2d ; cf. aussi ATF 120 IV 176 c. 2 ; Heri, N 47 ss.

60. Heri, N 64.

61. CourEDH, Brega et autres c. Moldovie, no 61485/08, 24.1.2012, N 19, N 44.

62. Hottelier, N 26.

63. CourEDH, M.A. c. Chypre, no 41872/10, 23.7.2013, N 193.

64. Künzli/Bertoni/Stucki, N 55-64.

65. ATF 134 I 140 c. 3.2, JdT 2009 I 303; ATF 123 II 193 c. 3c.; CourEDH, Amuur c. France, no 19776/92, 25.6.1996, N 43-49. Cf.

66. CourEDH, Terheş c. Roumanie, no 49933/20, 13.4.2021, N 45.

67. CourEDH, Guzzardi c. Italie, no 7367/76, 6.11.1980, N 90. A noter que la décision n'était pas unanime (11:7).

68. CourEDH, S.F. c. Suisse, no 16360/90, 2.3.1994, N 2 ; Nada c. Suisse, no 10593/08, 12.9.2012, N 229-34 ; cf. aussi ATF 133 II

69. ATF 140 I 125 (1B\_369/2013) du 26 février 2014.

respectivement l'art. 13 Cst. (protection de la sphère privée), ou encore l'art. 14 CEDH (discrimination)<sup>71</sup>, respectivement l'art. 8 Cst. (égalité). Les modalités et les conditions de détention doivent en tout cas respecter la dignité humaine (art. 7 Cst.)<sup>72</sup> et éviter de soumettre les personnes détenues à « une à une détresse ou à une rigueur d'une intensité dépassant le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention »<sup>73</sup>. Ce principe est également inscrit dans l'art. 75 CP qui statue que la peine privative de liberté « doit correspondre autant que possible à des conditions de vie ordinaires, assurer au détenu l'assistance nécessaire, combattre les effets nocifs de la privation de liberté et tenir compte de manière adéquate du besoin de protection de la collectivité, du personnel et des codétenus. »

- 28 Ces conditions comprennent notamment l'hygiène<sup>74</sup>, l'air et la lumière<sup>75</sup>, l'alimentation<sup>76</sup>, les rapports sociaux, les droits de procédure ou l'exercice des droits politiques<sup>77</sup>. **L'isolement carcéral**, notamment lorsqu'il est prolongé ou appliqué à des personnes vulnérables, peut **constituer une violation de l'art. 3 CEDH**<sup>78</sup>. Le placement d'un patient toxicodépendant en chambre sécurisée dans le cadre de l'exécution d'un placement à des fins d'assistance (PAFA)<sup>79</sup> a été jugé par le TF comme constituant « une restriction supplémentaire de la liberté personnelle » au sens de l'art. 10 al. 2 Cst. et par-là nécessitant une base légale<sup>80</sup>. Au niveau du *soft law*, les conditions de détention font l'objet des Règles pénitentiaires européennes (RPE)<sup>81</sup> et des Règles Nelson Mandela<sup>82</sup> ainsi que d'autres directives sur la privation de liberté<sup>83</sup>.

#### IV. ART. 31 AL. 1 CST. : LÉGALITÉ ET LÉGITIMITÉ DE LA PRIVATION DE LIBERTÉ

- 29 Le premier alinéa de l'art. 31 Cst. consacre le principe de la légalité, en écho à l'art. 5 § 1 CEDH<sup>84</sup>. Il dispose que « nul ne peut être privé de liberté si ce n'est dans les *cas prévus* par la loi et *selon les formes* qu'elle prescrit ». Cette formule renvoie, d'une part, à l'exigence d'une **base légale** explicite en droit interne pour toute mesure privative de liberté (*cas prévus par la loi*), et d'autre part, au respect des **procédures formelles prévues par cette même législation** (*formes qu'elle prescrit*)<sup>85</sup>.

---

70. CourEDH, Piechowicz et Horych c. Pologne, nos 20071/07 et 13621/08, 17.4.2012, N 1 ss.

71. CourEDH, X. c. Turquie, no 24626/09, 9.10.2012, N 1 ss.

72. Concernant dignité humaine dans la privation de liberté en tant que principe de la CEDH, cf. Ronc, 193 ff.

73. CourEDH, Dzieziak vs. Pologne, no 77766/01, 9.3.2009, N 91.

74. CourEDH, Podeschi c. San Marino, 66357/14, N. 111; Ananyev c. Russie, 42525/07, N. 156.

75. Rec(2006)2, Règles pénitentiaires européennes, § 18.1; CourEDH, Kalashnikov v. Russie, 47095/99, N. 97; Vlasov c. Russie, 78146, N. 84.

76. Rec(2006)2, Règles pénitentiaires européennes, § 22.1 ss.

77. Message Cst. 1997, p. 142.

78. **CourEDH [GC], Ilascu et autres c. Moldova et Russie, no 48787/99, 8.7.2004 ; mais pas dans le cas de Ramirez Sanchez (« le Chacal »), CourEDH [GC], Ramirez Sanchez c. France, 59450/00, 4.7.2006.**

79. Art. 426 ss Code civil suisse (CC) du 1er janvier 1912, RS 210.

80. ATF 134 I 209 c. 2.3.1, ATF 134 I 221.

81. Conseil de l'Europe, Règles pénitentiaires européennes, Rec(2006)2.

82. Assemblée Générale des Nations Unies, Règles Nelson Mandela, A/RES/70/175.

83. En tant que *soft law*, elles ne sont pas directement contraignantes sur le plan juridique (cf. N. 11). Elles tirent cependant leur force normative du principe de la confiance, cf. Kälın/Epiney/Caroni/Pirker, p. 81–82. Les autorités sont tenues d'examiner les principes énoncés dans les principes et directives internationales constituant du « *soft law* » et de ne s'en écarter qu'avec une justification appropriée, cf. ATF 141 I 141 c. 6.3.3; ATF 118 Ia 64 c. 2, p. 70. Un aperçu d'autres directives de *soft law* en rapport avec la privation de liberté se trouve sous <https://www.skjv.ch/fr/execution-des-sanctions-penales/vue-densemble-de-la-soft-law-en-matiere-penitentiaire>, consulté 23.5.2025.

84. Voir aussi l'analyse du champ d'application de l'art. 5 CEDH dans un sens large, y compris sous l'angle de la légalité et des exigences procédurales : CourEDH, Winterwerp c. Pays-Bas, 6301/73, N. 39.

85. CourEDH, Winterwerp c. Pays-Bas, 6301/73, N. 39 : « Au sujet de la conformité au droit interne, la Cour souligne que l'adjectif « régulier » englobe à la fois la procédure et le fond. »

Autrement dit, une privation de liberté doit non seulement être fondée sur une base légale, mais également être appliquée dans le respect des garanties procédurales établies par cette norme, ces exigences constituant des garde-fous essentiels contre l'arbitraire<sup>86</sup>.

- 30 Dans le cas où une affaire est soumise au contrôle de conventionnalité, la CourEDH se retient en principe de remettre en question la loi interne<sup>87</sup>. Toutefois, et puisqu'il s'agit d'une grave restriction d'un droit fondamental, la Cour exige que la loi soit « de qualité », c'est-à-dire **accessible, prévisible et précise**, autrement dit caractérisée par une densité normative élevée<sup>88</sup>. Elle doit en outre être conforme au but de l'art. 5 CEDH, qui est de protéger tout individu contre l'arbitraire<sup>89</sup>. Comme la privation de liberté est appréhendée dans sa définition la plus large par l'art. 31 Cst., toutes les bases légales applicables – y compris celles issues du droit administratif (asile, migration, PAFA, etc.) ou du droit civil (placement à des fins d'assistance, protection de l'adulte, etc.), et non uniquement celles issues du droit pénal et de procédure pénale, doivent être prises en considération et sont soumises aux garanties prévues par la norme.
- 31 Pour qu'une privation de liberté soit régulière, il faut qu'elle ne soit pas en contradiction avec les motifs énumérés de manière exhaustive dans l'art. 5 § 1 CEDH. Ceux-ci permettent de concrétiser, comme l'indique la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>90</sup>, les garanties prévues par l'art. 31 Cst. par rapport aux motifs de détention permmissibles. Trois grands principes découlent de la jurisprudence de la CourEDH quant à l'art. 5 § 1 CEDH : l'interprétation étroite des exceptions, qui sont listées de manière **exhaustive**, la régularité de la privation de liberté sur laquelle l'accent est mis tant du point de vue de la procédure que du fond, et l'importance de la célérité des contrôles juridictionnels requis<sup>91</sup>. En parallèle, les principes de proportionnalité et l'inviolabilité de l'essence des droits fondamentaux évoqués par l'art. 36 al. 2 à 4 Cst. doivent également être respectés.
- 32 Le principe de proportionnalité et la protection de l'art. 5 CEDH impliquent que la liberté soit la norme et que toute mesure y portant atteinte doive rester l'**ultima ratio**. Au moins dans le discours officiel, il existe un consensus au niveau international selon lequel la privation de liberté ne devrait être utilisée qu'en dernier recours<sup>92</sup>. Les normes du CPT ainsi que de nombreuses recommandations récentes du Conseil de l'Europe affirment explicitement que l'incarcération ne devrait être envisagée qu'en dernier recours, et soutiennent une politique pénale orientée vers la réduction du recours à la détention<sup>93</sup>. Ce principe ne se répercute pas de manière explicite dans la jurisprudence de la CourEDH relative à l'art. 5 CEDH, mais les arguments de la Cour dans des cas portant sur des

---

86. BK-Schürmann, Art. 31, N 16a.

87. CourEDH, *Wloch c. Pologne*, no 33475/08, 10.05.2011, N 114–116 ; CourEDH, *Winterwerp c. Pays-Bas*, no 6301/73, 24.10.1979, N 48-50. Cela dit, en principe, la Cour fait preuve de retenue lorsqu'il s'agit de remettre en question les lois internes, pour éviter de se substituer aux autorités nationales (CourEDH, *El Masri c. l'ex-République yougoslave de Macédoine*, no 39630/09, 13.12.2012, N 155).

88. CourEDH, *J.N. c. Royaume-Uni*, no 37289/12, N 77 ; CourEDH, *Medvedyev et autres c. France*, no 3394/03, 29.3.2010, N 80 ; CourEDH, *Del Río Prada c. Espagne*, no 42750/09, 10.7.2012, N 125 ; CourEDH, *Amuur c. France*, no 19776/92, 25.6.1996, N 50.

89. Cf. parmi d'autres, l'arrêt CourEDH, *Kemmache c. France* (no 3), no 17621/91, 24.11.1994, N 42.

90. Dans sa jurisprudence, le TF procède habituellement à un examen de la compatibilité de la privation de liberté avec l'art. 5

91. CourEDH, *S., V. et A. c. Danemark*, no 35553/12, 36678/12, 36711/12, 22.10.2018, N 73 ; CourEDH [GC] *Buzadji c.*

92. *Van Zyl/Snacken*, p. 363 ; cf. la Position commune des Nations Unies sur l'incarcération, disponible sous [https://www.unodc.org/res/justice-and-prison-reform/nelsonmandelarules/UN\\_System\\_Common\\_Position\\_on\\_Incarceration\\_09-06-2021.pdf](https://www.unodc.org/res/justice-and-prison-reform/nelsonmandelarules/UN_System_Common_Position_on_Incarceration_09-06-2021.pdf), consulté le 2.6.2025.

93. Cf. Conseil de l'Europe, Règles pénitentiaires européennes, Rec(2006)2, préambule et commentaire introductif, où il est affirmé que l'incarcération doit constituer une mesure de dernier recours, aussi brève que possible; voir également CPT, Rapport sur la visite périodique en Italie en 2022, publié le 10 mars 2023, § 12, appelant à une stratégie cohérente visant à garantir que la détention soit véritablement une mesure de dernier ressort ; enfin, cf. Recommandation n° R(99)22 du Comité des Ministres sur la surpopulation carcérale, soulignant que « la peine privative de liberté ne devrait être appliquée qu'en dernier ressort et seulement lorsque la gravité de l'infraction le justifie ».

violations des art. 8 à 11 CEDH<sup>94</sup> fournissent des analogies pertinentes<sup>95</sup>. Dans l'affaire *Hatton et autres c. le Royaume-Uni*, la Cour a jugé que les États sont tenus de minimiser autant que possible l'ingérence dans l'exercice des droits humains en recherchant des alternatives moins incisives et en s'efforçant « d'atteindre leurs buts de la manière la plus respectueuse de ces droits »<sup>96</sup>. Elle a en outre retenu, en se référant à l'arrêt *Dudgeon v. United Kingdom*, que « lorsqu'une politique du gouvernement se traduisant par des lois pénales porte atteinte à un aspect des plus intimes de la vie privée d'une personne, l'étendue de la marge d'appréciation laissée à l'État est réduite »<sup>97</sup>. L'État doit notamment démontrer de manière scientifique que l'ingérence dans les droits fondamentaux est nécessaire<sup>98</sup>.

- 33 Transposées à la liberté personnelle, les déclarations susmentionnées de la CourEDH impliquent une obligation pour les autorités nationales de **prouver l'efficacité** des mesures imposées pour atteindre leur objectif et de trouver des solutions alternatives. Concrètement, les autorités (notamment le législateur et les juges) doivent examiner de manière systématique, voire au cas par cas, si des mesures alternatives ou, à défaut, des privations de liberté plus courtes permettent de **réaliser les finalités poursuivies**, telles que la réinsertion sociale (art. 75 CP) ou le rétablissement de la paix sociale<sup>99</sup>. Les résultats de recherches sur les impacts de différentes mesures – notamment sur les enfants et les proches des personnes détenues<sup>100</sup> – doivent ainsi être pris en considération<sup>101</sup>.

## A. Motifs justifiant une privation de liberté selon l'art. 5 § 1 CEDH

- 34 Une privation de liberté est admissible uniquement si un ou plusieurs des motifs énumérés à l'art. 5 § 1 CEDH s'appliquent. Comme statué dans le texte de la disposition, « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, *sauf dans les cas suivants et selon les voies légales* » (nous mettons en évidence). La CEDH revêt une **importance primordiale** pour toute atteinte aux droits fondamentaux entraînée par une privation de liberté : dans sa pratique, le Tribunal fédéral prend en considération la jurisprudence de la CourEDH et tant les jugements impliquant la Suisse que ceux portant sur des griefs formulés envers d'autres États<sup>102</sup>.

### 1. Détention post-sentencielle

- 35 L'art. 5 § 1 let. a) CEDH se réfère à la détention régulière après une condamnation (« détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent »), typiquement une peine privative de liberté ordonnée par un tribunal comme prévu aux art. 40 CP, 36 CP (peine privative de liberté de substitution) ou 41 CP (peine privative de liberté à la place d'une peine pécuniaire). Il convient de noter que les juges doivent expressément motiver le choix d'une peine privative de liberté (art. 41 al. 2

---

94. Cf. p. ex. CourEDH *Handyside c. Royaume-Uni*, No 5493/72, 7.12.1976, N 49, où la Cour a noté, relativement à la liberté d'expression (art. 10 CEDH), qu'il doit être prêté une attention particulière non seulement à la légalité d'une restriction ou d'une sanction, mais aussi à leur « nécessité ». Une société ne serait pas démocratique sans ces garanties.

95. Pour une élaboration de cet argument, cf. van Zyl/Sonja Snacken, p. 362 ss. Les auteurs soutiennent que la raison pour laquelle la protection par la CourEDH des garanties prévues aux art. 8 à 11 paraît plus importante que celle de l'art. 5 CEDH semble être l'idée reçue selon laquelle la privation de liberté constitue une manière reconnue et acceptable de punir des auteur-e-s d'infractions. Cette idée est remise en question par le principe proposé par la Cour selon lequel la privation de liberté constitue l'*ultima ratio*.

96. CourEDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8.7.2003, 36022/97, N 86.

97. CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22.10.1981, série A no 45, N 52.

98. Van Zyl/Snacken, p. 363.

99. Pour une discussion des théories pénales, des objectifs de la condamnation et du principe de l'*ultima ratio* dans le contexte de la privation de liberté, cf. De Castro Rodrigues/Sacau/Quintas de Oliveira/Abrunhosa Gonçalves, p. 172 ss.

100. Pour la mise en œuvre du droit au respect de la vie familiale en droit international et suisse, voir Hauptmann, § 1412 ss.

101. Van Zyl/Snacken, p. 363.

102. Hottelier, *Comm. Cst.*, N 9.

CP), qui doit sembler **être le seul moyen** pour empêcher un·e auteur·e de commettre de nouvelles infractions. En outre, les garanties prévues à l'art. 6 CEDH s'appliquent quant au procès équitable. Dans le contexte suisse, l'internement (art. 64 CP), qui constitue une mesure purement sécuritaire, rentre également dans le champ d'application de l'art. 5 § 1 let. a) CEDH. Enfin, la notion d'« après » implique non seulement une succession temporelle, mais également un lien de causalité entre les motifs évoqués dans la condamnation et le prononcé de la détention. Ce lien s'estompe toutefois au fur et à mesure que le temps passe<sup>103</sup>.

## 2. Détention préventive non-pénale

- 36 L'art. 5 § 1 let. b) CEDH<sup>104</sup> prévoit la possibilité d'une détention pour insoumission à un ordre émanant d'un tribunal ou pour garantir l'exécution d'une obligation légale, par exemple en cas de non-paiement d'une amende ou de violation des conditions d'une libération conditionnelle<sup>105</sup>. Les mesures en question ne doivent pas revêtir de caractère punitif<sup>106</sup>. Il faut que la personne concernée ait reçu un **ordre contraignant**, qu'elle ait eu la possibilité de s'y soumettre et qu'elle ne l'ait pas fait<sup>107</sup>. Il faut également que la privation de liberté serve exclusivement à garantir l'exécution de l'obligation qui ne pourrait pas l'être avec des mesures moins sévères. Cette obligation doit être spécifique et concrète<sup>108</sup>.
- 37 Concernant la nature de l'obligation légale, il peut s'agir d'une obligation négative, notamment celle de s'abstenir de commettre des infractions, ce qui ouvre la porte à la **détention préventive extra-pénale**, qui a été traitée par la CourEDH tant sous l'angle de l'art. 5 § 1 let. b) CEDH que sous celui de l'art. 5 § 1 let. c) CEDH<sup>109</sup>. Il faut cependant que l'auteur·e « potentielle » sache quel acte précis il ou elle aurait dû ou devrait s'abstenir de commettre et qu'il y ait eu des indices concrets laissant présumer qu'il ou elle n'avait pas la volonté de s'en abstenir<sup>110</sup>. Pour que l'obligation soit suffisamment concrète et spécifique, le lieu et la date de l'infraction ainsi que les victimes potentielles doivent être précisés<sup>111</sup>. Une détention préventive qui ne remplit pas cette exigence de précision ne saurait donc entrer en ligne de compte. C'est une des raisons pour lesquelles le projet d'une détention préventive pour des « terroristes potentiels » a dû être abandonné dans le cadre de l'adoption de la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme (LMPT) en Suisse en 2020<sup>112</sup>. L'assignation à résidence a quant à elle été maintenue et fait désormais partie de l'arsenal préventif de la Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI)<sup>113</sup>. Cela malgré le fait qu'une

---

103. CourEDH, M. c. Allemagne, no 19359/04, 17.12.2009, N 89 (et réf. y cit.).

104. Texte de l'art. 5 § 1 let. b) CEDH: « s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ».

105. Andriantsimbazovina, p. 33.

106. CourEDH [GC], S., V. et A. c. Danemark, no 35553/12, 36678/12, 36711/12, 22.10.2018, N 80 (et références citées). Si l'on pouvait englober dans l'alinéa b) de véritables peines, celles-ci se trouveraient soustraites aux garanties fondamentales de l'alinéa a) (CourEDH, Engel et autres c. Pays-Bas, no 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8.6.1976, N 69).

107. CourEDH, Beiere c. Lettonie, no 30954/05, 29.11.2011, N 49–50.

108. CourEDH, Ciulla c. Italie, no 11152/84, 22.2.1989, N 36.

109. La CourEDH a eu à traiter la détention préventive dans le contexte de l'hooliganisme, mais l'a fait dans un premier temps en vérifiant la compatibilité avec la let. b) de l'art. 5 § 1 CEDH, écartant d'emblée la let. c) car la jurisprudence de la Cour se serait développée de façon telle que la let. c) requière un acte criminel déjà commis (not. Ciulla c. Italie, no 11152/84, 22.2.1989, N 38 ; Epple c. Allemagne, no 77909/01, 24.03.2005, N 35. Dans l'affaire S., V. et A. c. Danemark, no 35553/12, 17.01.2018, N 137, la Grande Chambre a choisi de corriger la jurisprudence de la Cour relative à la let. c) et d'admettre que le second volet de celle-ci peut être considéré comme un motif distinct de privation de liberté.

110. CourEDH, Kurt c. Autriche [GC], 62903/15, 15.6.2021, N 185 ; Ostendorf c. Allemagne.

111. S., V. et A. c. Danemark, N 83, N 91-92; CourEDH, M. c. Allemagne, no 19359/04, 17.12.2009, N 89, 102; Ostendorf c. Allemagne, no 15598/08, N 66; ATF 137 I 31 c. 7.4; ATF 142 I 121 c. 3.6.4.

112. Cf. documentation sur les débats en lien avec l'objet 19.032 (Mesures policières de lutte contre le terrorisme), à l'occasion du vote populaire du 13.06.2021, p. IV : <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/verhandlungen-19-032-2021-06-13.pdf#search=gesicherte%20unterbringung%20für%20gefährder>, consulté le 21.11.2024.

application conforme à l'art. 5 CEDH semble impossible, notamment parce que les motifs énoncés à l'art. 230 LMSI et dans le Message relatif aux MPT<sup>114</sup> ne sont pas suffisamment précis pour justifier une détention préventive au sens ni de l'art. 5 § 1 let. b) CEDH, ni de l'art. 5 § 1 let. c) CEDH (cf. ci-dessous, N. 39 ss)<sup>115</sup>.

- 38 La CourEDH considère que l'art. 5 § 1 CEDH n'est pas violé tant que la détention respecte le principe de proportionnalité et que la privation de liberté est levée **dès que le risque concret disparaît**. Ceci requiert une évaluation continue de la situation et ne saurait en principe justifier une détention excédant quelques heures<sup>116</sup>. En accord avec cette jurisprudence, le TF considère quant à lui que le maintien de manifestants dans un cordon policier (« kettling ») pendant 2.5 heures, suivi d'une rétention à des fins de contrôles sécuritaires de 3.5 heures, constitue une privation de liberté admissible, et cela tant sous l'angle de la lettre b) – pour empêcher les personnes concernées de commettre une infraction, en l'occurrence des actes violents lors d'une manifestation prohibée – que de la lettre c) (cf. ci-après) – pour endiguer des soupçons relatifs à la commission de nouvelles infractions<sup>117</sup>.

### 3. Détention préventive pénale

- 39 L'art. 5 § 1 let. c) CEDH<sup>118</sup> fait référence aux formes de privation de liberté qui s'appliquent aux personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction pénale. Cette lettre couvre les arrestations provisoires par la police pour amener une personne au poste (art. 217 CPP)<sup>119</sup> ainsi que la garde à vue<sup>120</sup>. Une simple appréhension par la police (art. 215 CPP) peut également entrer en ligne de compte, l'existence d'un **élément de coercition** dans l'exercice de pouvoirs policiers d'interpellation et de fouille indiquant une privation de liberté, nonobstant la brièveté de ces mesures<sup>121</sup>. La durée de l'appréhension précédant une arrestation par la police est déduite du délai de 24 heures durant lequel la personne doit être libérée ou amenée devant le Ministère public (cf. art. 219 al. 4 CPP).
- 40 La matérialisation la plus typique de l'art. 5 § 1 let. c) CEDH est la **détention avant jugement** telle que prévue par l'art. 220 CPP, comprenant la détention provisoire jusqu'au dépôt de l'acte d'accusation devant le tribunal et la détention pour motifs de sûreté entre ce moment et l'entrée en force du jugement<sup>122</sup>. Pour ordonner la mise en détention provisoire, il faut un soupçon « fort » et, cumulativement, la présence d'au moins un des quatre motifs de détention spécifiques, à savoir le risque de collusion, le risque de fuite, le risque de passage à l'acte et le risque de récidive (art. 221 CPP)<sup>123</sup>. Ce faisant, le CPP va plus loin que la CEDH, laquelle ne mentionne qu'un soupçon «

---

113. Loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI) du 16.07.2012 (RS 120).

114. Message MPT ; cf. aussi Coninx, p. 204.

115. Cf. Müller, p. 245.

116. S., V. et A. c. Danemark, N 80-81, 170–171 ; CourEDH, Vasileva c. Danemark, no 52792/99, 25.9.2003, N 36.

117. ATF 142 I 121 c. 3.1, 3.6, JdT 2016 I 103. La justification de la rétention, voire détention préventive sur la base de la let. c) de l'art. 5 § 1 CEDH reflète l'approche de la CourEDH dans l'affaire S., V. et A. c. Danemark (op. cit.).

118. Le texte de l'art. 5 § 1 let. c) CEDH dit: « s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci »

119. Cf. aussi ATF 126 I 153 c. 2.a, p. 156.

120. ATF 136 I 87 c. 6.5.3., p. 108 ss.; cf. aussi Mohler, N 1516, 1518 ss.

121. CourEDH, Krupko et autres c. Russie, no 26587/07, 26.06.2014, N 36 ; Foka c. Turquie, no 28940/95, 14.6.2008, N 78 ; Gillan et Quinton c. Royaume-Uni, no 4158/05, 12.1.2010, N 57 ; Shimovolos c. Russie, no 30194/09, 21.6.2011, N 50 ; Brega et autres c. Moldovie, no 61485/08, 24.1.2012, N 43.

122. La jurisprudence de la CourEDH est quasi univoque sur le fait que la légalité de la détention au titre de l'art. 5 § 1 let. c) de la Convention prend fin avec l'acquiescement de l'intéressé, même par un tribunal de première instance.

123. Ces motifs s'appliquent également à la détention pour des motifs de sûreté.

suffisant»<sup>124</sup>. L'existence d'un des quatre motifs doit être fondée sur des indices concrets, l'unique présomption ne suffisant pas<sup>125</sup>. La détention provisoire doit en principe être une mesure de dernier recours<sup>126</sup>, pour respecter le principe de proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.)<sup>127</sup>. Force est de constater que cela n'est souvent pas le cas en pratique, la vaste palette de mesures de substitution envisageables (art. 237 CPP) restant sous-exploitée<sup>128</sup>. Du point de vue de l'État de droit, cela est problématique, vu le caractère contraignant du principe de proportionnalité<sup>129</sup>.

#### 4. Détention de personnes mineures

- 41 L'art. 5 § 1 let. d) CEDH<sup>130</sup> fait référence à la détention d'une **personne mineure**, telle que la prévoit le Droit pénal des mineurs (DPmin, 311.1) via le placement (art. 15 DPmin) et, dépendamment des modalités d'exécution, l'interdiction géographique (art. 16a DPmin). Entre également en ligne de compte la procédure pénale applicable aux mineurs, telle que prévue à l'art. 27 de la Loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPmin, 312.1) (détention provisoire et détention pour des motifs de sûreté). Il découle des principes en matière de droit pénal des mineurs évoqués à l'art. 2 DPmin et à l'art. 4 PPmin que les mesures de contrainte impliquant une privation de liberté restent une *ultima ratio* et sont soumises à des délais de prolongation plus stricts (cf. art. 26 ss. DPmin)<sup>131</sup>. L'art. 5 § 1 let. d) CEDH inclut également les mesures de placement à des fins d'assistance dans le cas de personnes mineures (art. 314b CC)<sup>132</sup>. La Suisse fait régulièrement l'objet de critiques de la part d'instances tant nationales qu'internationales à cause de la privation de liberté de personnes mineures, notamment dans le domaine de la migration<sup>133</sup>.

#### 5. Détention de personnes particulièrement vulnérables

- 42 L'art. 5 § 1 let. e) CEDH<sup>134</sup> concerne la privation de liberté des personnes souffrant de troubles psychiques ou de toxicodépendance, ou des personnes qualifiées de « vagabonds »<sup>135</sup>. La privation de liberté prononcée à des fins d'endiguement d'une maladie contagieuse relève aussi de l'art. 5 § 1 let. e)

---

124. Cf. Grabenwarter/Pabel, § 21, N 30 ss.; Meyer-Ladewig, Art. 5, N 38; Müller/Schefer, N 104.

125. ATF 132 I 21 c. 3.2, 23; ATF 107 Ia 3 c. 5, 6.

126. CourEDH, Rezmiveş et autres c. Roumanie, et trois autres, nos. 61467/12, 25.4.2017, N 86–87: les États doivent utiliser la détention avant jugement en dernier recours.

127. StPO-Frei/Zuberbühler Elsässer, Art. 221, N 7; BSK-Härri, Art. 237 StPO, N 1.

128. Cf. ATF 137 IV 122 c. 6, 131 ss.; ATF 133 I 27 c. 3.2 s., 28 ss.; SGK-Vest, N 16; Manfrin, p. 65 ff.

129. Künzli/Kälin, p. 14.

130. Le texte de l'art. 5 § 1 let. d) CEDH dit : « s'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ».

131. Cf. aussi ATF 142 IV 389 c. 4.

132. Grabenwarter/Pabel, § 21, N 36 ss.

133. Par exemple: CPT/Inf (2022) 9, II.C.; Organisation des Nations Unies, CCPR/C/CHE/CO/4, N 34-35; cf. aussi Tagesanzeiger (23.02.2017), Die Elfjährigen im Erwachsenengefängnis, <https://www.tagesanzeiger.ch/die-elfjaehrigen-im-erwachsenengefaengnis-699348494202>, consulté le 2.6.2025; Netzwerk Kinderrechte Schweiz (10.08.2020), Nationale Kommission zur Verhütung von Folter beanstandet die administrative Inhaftierung von Minderjährigen im Migrationsbereich, <https://www.netzwerk-kinderrechte.ch/aktuell/2020/nationale-kommission-zur-verhuetung-von-folter-beanstandet-die-administrative-inhaftierung-von-minderjaehrigen-im-migrationsbereich>, consulté le 2.6.2025; Vuillemier Marie pour Swissinfo (06.11.2019), Critiqué, la Suisse continue d'emprisonner des enfants, <https://www.swissinfo.ch/fre/societe/la-suisse-continue-d-emprisonner-des-enfants-prison-detention-renvoi-asile/45320110>, consulté le 2.6.2025.

134. Le texte de l'art. 5 § 1 let. e) CEDH dit : « s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ».

135. Le terme « vagabond » figure littéralement dans la version originale de l'article 5 § 1 let. e) CEDH. Il renvoie à une catégorie juridique historiquement utilisée dans certains États membres pour désigner des personnes sans domicile fixe ou perçues comme « oisives ». Cette notion est aujourd'hui largement désuète et n'est plus mobilisée activement dans la jurisprudence de la CourEDH. Voir toutefois CourEDH, De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique, numéros 2832/66, 2835/66, 2899/66, où la Cour examine les conditions de légalité de la détention de personnes qualifiées de « vagabonds » au titre d'une législation nationale datant de 1891.

CEDH. Dans le Code pénal suisse, cela correspond à des formes de privation de liberté qui sont **stricto sensu non-punitives**, à savoir les mesures thérapeutiques institutionnelles (art. 59 CP pour le traitement des troubles mentaux, art. 60 CP pour le traitement des addictions et art. 61 CP pour les infractions commises par des jeunes adultes)<sup>136</sup>. Dans le cas des mineurs, le DPmin prévoit le placement en vue du traitement de troubles psychiques (art. 15, al. 2, let. a DPmin). En ce qui concerne l'astreinte de personnes atteintes de troubles mentaux à des mesures institutionnelles au sens de l'art. 59 CP, la Suisse a été réprimandée au niveau tant national qu'international.

- 43 Selon le CSDH, les établissements d'exécution des mesures et les divisions de psychiatrie médico-légale des établissements pénitentiaires existants « ne peuvent être qualifiés que partiellement d'institutions soustraites à l'exécution des peines et rattachées au secteur de la santé, même dans le cadre d'une interprétation généreuse »<sup>137</sup>. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a également critiqué le traitement inadéquat qui résulte d'un placement inapproprié. Il indique que la détention des personnes atteintes de troubles mentaux ne doit être utilisée qu'en dernier recours et que des alternatives à la privation de liberté en institution doivent être trouvées et appliquées. En outre, il juge que l'art. 59 CP n'est pas compatible avec le Pacte ONU II. Le Comité recommande à la Suisse d'adapter ses dispositions légales afin de se conformer à ses obligations internationales<sup>138</sup>. La situation des personnes atteintes de graves troubles mentaux a fait aussi l'objet d'un dialogue de longue date entre le CPT et les autorités suisses<sup>139</sup>. Dans son rapport sur la visite de 2021, le CPT recommande aux autorités suisses d'abroger les sanctions disciplinaires pour les personnes soumises à une mesure de traitement institutionnel et souffrant de troubles mentaux<sup>140</sup>. Au vu de ces critiques, l'augmentation constante du nombre de personnes souffrant de troubles mentaux soumises à la privation de liberté dans le cadre du droit des mesures est source de préoccupation<sup>141</sup>.
- 44 Le Code civil (CC, 210) prévoit le placement à des fins d'assistance (art. 426 et 427 CC). L'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) doit statuer sans délai sur une demande de remise en liberté (art. 385 CC, art. 426 al. 4 CC) et procéder à un examen de la légalité du placement après six mois au plus tard (art. 431 al. 1 CC). Comme pour l'art. 5 § 1 let. a) CEDH, la détention pénale d'une personne qualifiée d'« aliénée »<sup>142</sup> doit s'inscrire dans un lien causal avec les motifs de la condamnation. Dans le cas où la personne ne réside pas dans un établissement approprié, la mesure doit être levée (art. 62c CP)<sup>143</sup>. Le 30 avril 2019, la CourEDH a condamné la Suisse pour avoir placé à des fins d'assistance une personne atteinte de maladie psychique. Dans son arrêt, la Cour a précisé qu'une privation de liberté à des fins d'assistance pour le seul motif de **mise en danger d'autres personnes** n'était pas prévue par l'art. 426 CC. La privation de liberté du requérant n'avait donc pas de base légale selon la législation nationale et violait l'article 5 § 1 let. e) CEDH (droit à la liberté et à la sécurité).<sup>144</sup> En d'autres termes, l'utilisation des mesures issues du droit civil à des fins exclusivement sécuritaires préventives, tendances que l'on constate en Suisse également<sup>145</sup>, est inadmissible du point de vue des exigences constitutionnelles et conventionnelles. La pratique de l'internement à des fins

---

136. Cf. Besse, p. 1 ss.

137. Künzli/Bertoni/Stucki, N 4.

138. ONU, CCPR/C/CHE/CO/4, N. 38, 39.

139. CPT/Inf (2025), N 125 s.; CPT/Inf (2022) 9, N 165 ss.; CPT/Inf (2016) 18, N 91 ss.

140. CPT/Inf (2022) 9, N 229 ; Voir aussi CourEDH, I.L. c. Suisse, n° 72939/16, 21.3.2023, N 88, N 99 : La Cour s'y réfère à la

141. Cf. Oberholzer, 17 ff.; Bernard, 141 ss.

142. Le terme « aliéné » est issu du texte original de l'article 5 § 1 let. e) CEDH. Il s'agit d'une notion historique, aujourd'hui désuète et perçue comme stigmatisante. La jurisprudence récente de la CourEDH lui préfère des formulations telles que « personne souffrant de troubles mentaux » ou « troubles psychiatriques ». Voir, par exemple, CourEDH [GC], Stanev c. Bulgarie, no 36760/06, 17.1.2012, N 145 ss.

143. Cf. CourEDH, Kadusic c. Suisse, no 43977/13, 9.1.2018, N 57-58.

144. Cf. CourEDH, T.B. c. Suisse, no 1760/15, 30.4.2019.

145. Cf. Droz-Sauthier/Zermatten, p. 441; Ajil/Jendly, p. 645.

d'assistance continue à soulever d'importantes préoccupations au regard des obligations découlant de l'art. 5 CEDH et de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH)<sup>146</sup>. A cet égard, la problématique particulière des personnes placées dans des établissements fermés sans véritable contrôle judiciaire, souvent uniquement sur la base de contrats conclus avec des proches, est à souligner également<sup>147</sup>.

## 6. Détention administrative dans le domaine de la migration

- 45 Comme dernière exception, l'art. 5 § 1 let. f) CEDH<sup>148</sup> prévoit des modes de privation de liberté légitimes dans le contexte de l'interdiction d'entrée, de la gestion de la présence et de l'éloignement de personnes étrangères sur le territoire d'un État membre. L'existence de cette exception peut surprendre de prime abord, mais au vu du statocentrisme<sup>149</sup> inhérent au droit international, il n'existe pas de droit fondamental garantissant **l'accès à ou le séjour dans le territoire d'un État membre** de la CEDH sans en être citoyen ou résident légal<sup>150</sup>. En principe, un État membre ne viole pas la Convention lorsqu'il empêche par le biais d'une détention temporaire l'entrée non-autorisée d'une personne sur son territoire. En Suisse, ces formes de détention existent notamment dans les aéroports de Zurich-Kloten et de Genève-Cointrin. Il s'agit des « zones de transit » dans lesquelles les personnes sans autorisation d'entrée peuvent se retrouver arrêtées. Ces zones ont été qualifiées de privation de liberté par le TF, le Conseil fédéral et la CPT<sup>151</sup>.
- 46 S'agissant des requérants d'asile qui, aussitôt arrivés sur le territoire, déposent une demande d'asile, leur rétention dans les zones de transit ne doit pas excéder 60 jours, selon l'art. 22 al. 5 de la Loi sur l'asile (LAsi)<sup>152</sup>. Si le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) ne statue pas sur l'admissibilité de la **demande d'asile** dans les 20 jours, la personne doit être transférée dans un canton ou dans un centre de la Confédération (art. 23 LAsi). En principe, une fois que la personne passe la frontière, elle se trouve sur le territoire et ne peut factuellement plus être empêchée d'y *accéder*. La détention au titre de l'art. 5 § 1 let. f.) devient par-là inadmissible.<sup>153</sup> Enfin, l'art. 73 LEI<sup>154</sup> prévoit la rétention de personnes dépourvues d'autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement afin de leur notifier une décision relative à leur statut de séjour (art. 73 al. 1 let. a LEI) ou pour établir leur identité et leur nationalité (art. 73 al. 1 let. b LEI). Cette rétention ne saurait excéder trois jours (art. 73 al. 2 LEI).
- 47 Une fois que le ou la ressortissant•e étranger•e sans titre de séjour se trouve *sur* le territoire et qu'il ou elle **menace l'ordre public** ou risque de se soustraire à une décision de renvoi ou d'expulsion, il ou elle peut être assigné•e à résidence ou interdit•e de pénétrer dans une région déterminée (art. 74 LEI). Cependant, si les modalités d'exécution sont telles qu'une privation de liberté semble avoir lieu, ce n'est pas l'art. 5 § 1 let. f) CEDH, mais l'art. 5 § 1 let. b) CEDH qui s'applique<sup>155</sup>. Dans ce cas-là, la

---

146. Künzli/Bertoni/Stucki, N 130.

147. *ibid*, N 4.

148. Le texte de l'art. 5 § 1 let. f) CEDH dit : « s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »

149. Le statocentrisme (ou « nationalisme méthodologique », selon Dumitru, p. 9) dénote une idéologie prônant la prééminence ontologique de l'État-Nation dans l'analyse des relations sociales, cf. De Brabandere, p. 197.

150. CourEDH, Nada c. Suisse, no 10593/08, 12.9.2012, N 164; CourEDH [GC], Maslov c. Austria [GC], no 1638/03, 6.2.2008, N 68; Üner v. the Netherlands [GC], no 46410/99, 18.10.2006, N 54.

151. ATF 129 I 139 c. 4.4, ATF 123 II 193 c. 3.b), 3.c) et 4.c); CPT/Inf (2008) 33, N 93; CPT/Inf (2004) 38, N 32 ss.; cf. aussi Künzli/

152. Loi sur l'asile (LAsi) du 26 juin 1998, RS 142.31.

153. Künzli/Frei/Krummen, p. 21 ; sachant qu'une partie de la doctrine et le TAF (cf. jugement D-6502/2010 du 16.9.2010) sont d'avis que la notion d'empêchement peut être étendue temporellement et spatialement au-delà du passage du contrôle douanier.

154. Loi sur les étrangers et l'intégration (LEI) du 1 janvier 2008, RS 142.20.

privation de liberté ne peut pas avoir de caractère punitif et doit être levée dès que l'obligation en question (notamment celle de ne pas menacer l'ordre public) est respectée.

- 48 Le droit concernant les personnes étrangères prévoit différentes **mesures de contrainte** qui impliquent une privation de liberté (art. 75-78 LEI). L'art. 81 LEI impose certaines garanties, soit le droit de contact avec la défense, les membres de la famille et les autorités consulaires (art. 81 al. 1 LEI), l'obligation de détenir les personnes concernées dans des établissements spécifiquement prévus à cet effet ou, à défaut, de les séparer des personnes placées en détention préventive ou exécutant une peine pénale (art. 81 al. 2 LEI), et le respect des besoins spécifiques des personnes vulnérables, des personnes mineures non accompagnées et des familles accompagnées d'enfants (art. 81 al. 3 LEI). À l'heure actuelle, seuls quelques cantons disposent d'établissements spécifiquement conçus pour l'exécution de la détention administrative.<sup>156</sup> Mis à part l'établissement de Frambois (GE), les régimes de détention administrative ont été, pour la plupart, aménagés dans d'anciens établissements pénitentiaires. Or, ces bâtiments se révèlent souvent inadaptés à la nature non pénale de la détention administrative.<sup>157</sup> Parallèlement, il existe en Suisse de nombreuses structures de plus petite taille, qui accueillent des personnes en détention administrative aux côtés de détenus placés en détention provisoire, en détention pour des motifs de sûreté, ou encore en exécution de peines ou de mesures<sup>158</sup>. En conséquence, les personnes étrangères concernées sont très souvent placées dans des établissements pénitentiaires ou dans des structures à caractère carcéral, peu adaptées à l'accueil et aux besoins spécifiques de cette population<sup>159</sup>. Cette situation perdure malgré l'exigence du Tribunal fédéral selon laquelle la privation de liberté ne peut être justifiée que dans la mesure strictement nécessaire à l'exécution du renvoi, et que les conditions d'exécution doivent refléter la nature administrative – et strictement non punitive – de la détention.<sup>160</sup>
- 49 Enfin, une personne étrangère peut se voir mise en détention dans le cas d'une expulsion, d'un renvoi, d'une expulsion exécutoire de première instance (art. 76 LEI) ou alors dans l'attente d'une décision sur le renvoi ou l'expulsion, et ce pour une durée maximale de six mois (art. 75 LEI). Pour qu'une détention soit compatible avec les exigences constitutionnelles et conventionnelles, il faut que l'exécution de l'expulsion ou du renvoi soit **prévisible**<sup>161</sup> et que les autorités respectent le principe de célérité, notamment dans la procuration des papiers d'identité<sup>162</sup>. La CourEDH a en outre précisé qu'une privation de liberté cesse d'être conforme à l'art. 5 CEDH lorsque la procédure de renvoi n'est pas conduite avec la diligence requise<sup>163</sup>. Un récent rapport souligne qu'en Suisse, ces exigences ne sont pas toujours respectées, en particulier s'agissant du respect du principe de proportionnalité, des garanties procédurales et des conditions de détention<sup>164</sup>. En 2016, le TF a ordonné la libération d'un ressortissant irakien, condamné pour des infractions en lien avec le terrorisme, de la détention en vue de l'expulsion<sup>165</sup>, parce que la décision d'expulsion de première instance, ordonnée par fedpol, n'avait pas examiné le principe de non-refoulement qui s'applique aux réfugiés (art. 25 al. 2 Cst., art. 5 LAsi) ni le non-refoulement en cas de risque de torture (art. 25 al. 3 Cst., art. 3 CEDH)<sup>166</sup>. L'expulsion n'était

---

155. Künzli/Frei/Krummen, p. 22.

156. Künzli/Kelly, p. 7.

157. Künzli/Kelly, p. 4.

158. Künzli/Kelly, p. 7.

159. Künzli/Kelly, p. 21–22; CAT/C/CHE/CO/8, para. 27.

160. ATF 149 II 6, c. 4.2.3., p. 11–12.

161. ATF 130 II 56 c. 1, p. 58: « **noch nicht möglich, jedoch absehbar** ».

162. ATF 124 II 49 c. 3, p. 51 ss.

163. CourEDH, Chahal c. Royaume-Uni, no 22414/93, N 112 ss.

164. Observatoire du droit d'asile et des étrangers (ODAE-Suisse), op. cit.

165. TF 2C\_712/2016 du 6.9.2016, c. 1.2 et 1.3.

166. ATF 139 II 65, c. 5 et 6, p. 71 ss. et 74 ss.

donc factuellement pas possible. Ce cas de figure constitue une des raisons pour lesquelles la LMPT (cf. N. 39) a introduit le motif de « menace pour la sécurité intérieure ou extérieure », tant pour la détention en phase préparatoire que pour la détention visant à assurer l'exécution du renvoi ou de l'expulsion (art. 75 al. 1 let. i LEI), ainsi que pour la possibilité de l'isolement d'une personne étrangère détenue (art. 81 al. 6 LEI), renforçant ainsi l'approche sécuritaire dans le domaine de l'asile.

## B. Obligations positives

- 50 La jurisprudence de la CourEDH relative à l'art. 5 CEDH **ne se limite pas à des obligations négatives**, c'est-à-dire à l'exigence de s'abstenir de traitements contraires aux principes de la Convention. Dans la jurisprudence, des obligations positives ont également été mises en avant: les États membres doivent prendre des mesures appropriées pour protéger l'ensemble des personnes tombant sous leur juridiction. Cela concerne les cas d'extradition pénale, lorsqu'il est à craindre que l'État, vers lequel l'extradition est planifiée, ne respecte pas les garanties prévues à l'art. 5 CEDH.
- 51 Par exemple, la **détention « incommunicado »** (c'est-à-dire sans aucune possibilité de contact avec le monde extérieur) constitue une violation fondamentale des garanties de base en matière de privation de liberté. Un État membre doit enregistrer des données quant à la date, l'heure, l'endroit de la détention, le nom de la personne détenue, les motifs de détention et l'autorité responsable de la détention<sup>167</sup>. Si une personne risque de se retrouver dans un régime de détention « incommunicado » (pratique étasunienne courante dans le contexte de la lutte contre le terrorisme<sup>168</sup>) aux mains d'un autre État, l'État membre viole la Convention sur le fond s'il transfère cette personne aux autorités étrangères en vue d'une détention, et sous son volet procédural s'il omet d'examiner la légalité de la détention à l'étranger<sup>169</sup>. En l'occurrence, l'ex-République yougoslave de Macédoine était responsable non seulement de la détention du plaignant dans un hôtel pendant 23 jours, mais également de son transfert en Afghanistan et de sa détention pendant quatre mois dans un centre de détention extrajudiciaire opéré par la CIA. Dans un tel cas de figure, lorsque l'État membre a placé une personne sous son autorité, ne serait-ce que pour une brève période, il peut être exigé de ce dernier qu'il apporte des preuves de sa méconnaissance des violations des droits humains par un autre État (selon le principe *affirmanti incumbit probatio*)<sup>170</sup>.
- 52 Enfin, le statocentrisme qui continue à prévaloir quant à l'applicabilité et l'application des droits humains<sup>171</sup> tend à occulter le fait que les États ne sont pas les seuls acteurs à porter atteinte auxdits droits et libertés. Les obligations positives doivent être respectées également lorsque des agents étatiques ont connaissance de privations de liberté diligentées par des acteurs privés, qu'ils s'en accommodent, voire coopèrent avec eux<sup>172</sup>. Dans ce contexte, le rôle des entreprises de sécurité privées, qui exécutent des tâches régaliennes et font usage de la force, comme c'est le cas des agents de sécurité dans les Centres fédéraux d'asile (CFA)<sup>173</sup>, reste à examiner.

---

167. CourEDH, Kurt c. Turquie, no 15/1997/799/1002, 25.5.1998, N 125.

168. Ces pratiques étasuniennes ont occupé la CourEDH à plusieurs reprises, cf. arrêt de la CourEDH, Al-Hawsawi v. Lithuanie, no 6383/17, 16 janvier 2024, N (y.c. arrêts et références cités).

169. CourEDH, El-Masri c. l'« ex-République yougoslave de Macédoine », no 39630/09, 13.12.2012, N 230 ss.

170. CourEDH, El-Masri c. l'« ex-République yougoslave de Macédoine », no 39630/09, 13.12.2012, N 152–153 (y.c. références citées).

171. De Brabandere, p. 192.

172. CourEDH, Riera Blume et autres c. Espagne, no 37680/97, 14. 10. 1999, N 29 ; Storck c. Allemagne, 61603/00, 16. 6. 2005, N 91 ; Rantsev c. Chypre et Russie, no 25965/04, 7.1.2010, N 319 ss.

173. Cf. CPT/Inf (2022) 9 ainsi que le rapport d'Amnesty International, « Je demande que les requérants d'asile soient traités comme des êtres humains ». Mai 2021, <https://www.amnesty.ch/fr/pays/europe-asie-centrale/suisse/docs/2021/violationsdes-droits-humains-dans-les-centres-federaux-d-asile>, consulté 27.5.2025.

## C. Absence d'arbitraire

- 53 En amont des garanties procédurales plus concrètes décrites aux alinéas 2, 3 et 4 de l'art. 31 Cst., la deuxième partie de l'alinéa 1 (« selon les formes que la loi prescrit ») évoque une garantie de procédure générale. Celle-ci sert à mitiger les risques d'abus découlant de lois domestiques utilisées à mauvais escient, pour protéger toute personne contre l'arbitraire. Une privation de liberté peut ainsi être considérée comme arbitraire en présence d'un élément de **mauvaise foi, de ruse ou de tromperie** de la part des autorités<sup>174</sup>. Elle peut également le devenir lorsqu'il n'existe pas de cohérence entre le motif invoqué, le lieu et les modalités concrètes de la détention, par exemple lorsque des personnes sont détenues dans un régime pénitentiaire strict sans justification liée à leur situation. De même, la détention peut être jugée arbitraire en l'absence de proportionnalité entre le but poursuivi et les moyens de contrainte choisis, ou encore lorsque le délai entre l'annulation d'une mesure de détention et l'adoption d'une nouvelle décision juridiquement valide est excessif<sup>175</sup>.
- 54 Selon certains auteurs, ce mécanisme de protection contre l'arbitraire serait de plus en plus mis à l'épreuve dans la pratique<sup>176</sup>. Sous prétexte de prévenir diverses formes de violences, **le recours à la notion de dangerosité** tend à devenir un instrument d'arbitraire<sup>177</sup>. L'approche « préventiviste »<sup>178</sup> se concentre sur des mesures qui ne visent pas des infractions commises, mais une « dangerosité » pronostiquée. Cela concerne aussi bien le domaine de la sécurité intérieure<sup>179</sup>, notamment dans le domaine du contre-terrorisme, par exemple à travers les pouvoirs d'investigation préventive des services de renseignement<sup>180</sup>, que le système pénitentiaire, où de plus en plus de personnes sont incarcérées à titre provisoire dans le cadre de mesures institutionnelles et d'internement<sup>181</sup>.

## V. GARANTIES PROCÉDURALES DE L'ART. 31 CST.

### A. Importance des garanties procédurales

- 55 Une privation de liberté représente une ingérence particulièrement incisive dans les droits fondamentaux d'une personne. Il en découle ainsi une importance primordiale à ce que la personne puisse bénéficier d'une procédure équitable lorsqu'elle voit son droit à la liberté de mouvement atteint (voir ci-dessus, N. 4). Le droit de bénéficier d'une position de sujet de procédure (Prozesssubjektstellung) est étroitement lié à la dignité humaine : pour une privation de liberté respectueuse des droits humains, les personnes concernées doivent être prises en compte en tant que sujets de droit aptes à participer à et à influencer sur la procédure (et non réduites à des objets de droit)<sup>182</sup>. A cette fin, l'art. 31 Cst. prévoit des garanties procédurales concrètes allant au-delà des garanties générales de procédure (art. 29 Cst.) et de la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.), en les concrétisant pour la privation de liberté. L'art. 31 Cst. garantit le droit à l'information et le droit de faire valoir ses droits de manière effective (art. 31 al. 2 Cst.), le contrôle de la légalité de la détention

---

174. CourEDH, Conka c. Belgique, no 51564/99, 5.2.2002, N 39 ss.

175. CourEDH, James, Wells et Lee c. Royaume-Uni, no 25119/09, 5775/09 et 57877/09, 18.9.2012, N 191-195 ; CourEDH [GC], Saadi c. Royaume-Uni, no 37201/06, 29. 1. 2008, N 68-74; sur l'aspect temporel : Mooren c. Allemagne [GC], no 11364/03, 9.7.2009, N 80 ; Khoudoïorov c. Russie, no 6847/02, 8.11.2005, N 136-137 ; Minjat c. Suisse, no 38223/97, 28.10.2003, N 46 et 48.

176. Kuhn, p. 143.

177. Kuhn, p. 143.

178. Schmid/Lubishtani/Boillet/Ajil/Capus, p. 602 ; Ajil/Fischmeister/Venezia/Jendly/Scalia, N 2.

179. Kuhn, p. 143.

180. Biemann/Caneppele, p. 198 ; Constantin, p. 60.

181. Voir N. 12 ci-dessus.

182. Cf. Ronc, 272.

provisoire (art. 31 al. 3 Cst.) et la possibilité pour des personnes détenues de faire appel à un tribunal à tout moment pour contrôler la légalité de la détention (art. 31 al. 4 Cst.).

## B. Art. 31 al. 2 Cst. : Droit à l'information et à faire valoir ses droits

56 L'art. 31 al. 2 Cst. renvoie au droit à l'information, droit couvert par l'art. 5 § 2 CEDH également. L'information est indispensable pour que la personne privée de sa liberté puisse faire valoir l'ensemble de ses droits garantis par la norme constitutionnelle (voir not. art. 31 al. 3 et 4 Cst.)<sup>183</sup>. Cette garantie reflète le droit constitutionnel **d'être entendu** (art. 29 al. 2 Cst.)<sup>184</sup>. Le droit à l'information ne s'applique qu'à partir du moment où la privation de liberté devient effective, c'est-à-dire lorsque la personne est arrêtée ou placée en détention. La seule existence d'un mandat d'arrêt ne suffit pas à faire naître cette obligation d'information : ce droit prend effet dès que la personne est privée de sa liberté de manière concrète<sup>185</sup>. Il s'agit d'une garantie procédurale applicable à tous les types de détention.

### 1. Raisons de la privation de liberté

57 L'art. 31 al. 2 Cst. contient plusieurs garanties quant aux modalités et aux objets de la notification. Les deux objets concernent les raisons de la privation de liberté, d'un côté, et les droits de la personne concernée, de l'autre. En ce qui concerne les raisons, le texte de l'art. 5 § 2 CEDH va légèrement plus loin que l'art. 31 al. 2 Cst. en ajoutant que la personne doit également être informée de « **toute accusation portée contre elle** ». En matière de procédure pénale, les art. 158 al. 1 let. a CPP et 219 CPP exigent que la personne prévenue soit informée des infractions qui lui sont reprochées. Pour davantage de précisions sur les critères relatifs à la communication des motifs de détention, il sied de se référer au CPP et à la jurisprudence de la CourEDH et du TF.

58 La qualité de l'information doit être évaluée à la lumière des circonstances concrètes<sup>186</sup>. Les motifs de détention doivent être **suffisamment explicites**, juridiquement et factuellement parlant, pour que la personne puisse demander un examen de la légalité de sa détention selon l'art. 31 al. 4 Cst.<sup>187</sup>. Il ne suffit pas de mentionner uniquement la ou les dispositions légales présumément violées<sup>188</sup>. En revanche, les autorités ne sont pas tenues de présenter les accusations et les preuves de manière exhaustive<sup>189</sup>, ni d'octroyer l'accès au dossier d'enquête tant que la première audition n'a pas eu lieu (cf. art. 101 CPP)<sup>190</sup>.

### 2. Droits à faire valoir

59 Parmi les droits de la personne détenue figure le droit de **ne pas s'auto-incriminer** (*nemo tenetur*, cf. art. 158 al. 1 let. b CPP pour les procédures pénales). Ce principe peut être déduit de l'art. 6 § 1 CEDH et il est explicitement garanti par l'art. 14 ch. 3 let. g du Pacte ONU II<sup>191</sup>. Il sied de noter que ce droit constitutionnel est mis à mal par les obligations d'auteurs présumés d'infractions à la Loi fédérale sur

---

183. CourEDH, Van der Leer c. Pays-Bas, no 11509/85, 21.2.1990, N 27 ss.

184. Hottelier, N 44.

185. CourEDH, Keus c. Pays-Bas, no 12228/86, 25.10.1990, N 22.

186. CourEDH, Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, no 12244/86 ; 12245/86 ; 12383/86, 30.8.1990, N 40.

187. CourEDH, Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie, no 36378/02, 12.4.2004, N 427 ; Conka c. Belgique, no 51564/99, 5.2.2002, N 50 ; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 1P.97/2004 du 3.6.2004 c. 3.2.1., arrêt du TF 1P.182/2004 du 8.4.2004 c. 2 ; cf. SGK-Vest, N 21 : l'information doit porter sur le lieu, l'heure et les circonstances de l'acte en question, ainsi que sur la qualité de participation (complice, auteur, etc.).

188. CourEDH [GC], Murray c. Royaume-Uni, no 14310/88, 28.10.1994, N 76.

189. CourEDH, Bordovskiy c. Russie, no 49491/99, 8.2.2005, N 56.

190. CourEDH, Chamaïev et autres c. Géorgie et Russie, no 36378/02, 12.4.2004, N 427.

191. cf. ATF 130 I 126 c. 2.1.

la circulation routière (LCR)<sup>192</sup>, notamment l'obligation de participer à la constatation de l'incapacité à conduire (art. 91a LCR en lien avec l'art. 51 LCR)<sup>193</sup>. Enfin, il est important de relever que l'obligation d'informer la personne de son droit de refuser de déposer est un acquis de la nouvelle Constitution fédérale de 1999. En effet, tant l'art. 31 al. 2 Cst. que l'art. 32 al. 2 Cst. (pour la procédure pénale), érigent ce droit de refuser de déposer au rang de droit fondamental directement applicable<sup>194</sup>. La personne concernée doit également être informée de son droit à une défense juridique gratuite (cf. art. 29 al. 3 Cst.)<sup>195</sup> et de son droit à demander l'examen de sa liberté en tout temps (art. 226 al. 3 CPP). L'assistance juridique en détention est aussi reconnue par les Règles pénitentiaires européennes (paragraphe 23.1)<sup>196</sup> et les Règles Nelson Mandela (Règle 61)<sup>197</sup>.

- 60 Au-delà de l'obligation d'informer la personne de ses droits, obligation sans laquelle les preuves deviennent inexploitable (art. 158 al. 2 CPP en lien avec l'art. 141 al. 1 CPP pour les auditions)<sup>198</sup>, il est indispensable que la personne soit **mise en état de les faire valoir**<sup>199</sup>. Quand une personne demande une défense juridique, les autorités sont ainsi tenues de réagir de manière rapide et effective<sup>200</sup>. Selon une partie de la doctrine, la défense obligatoire prévue pour la détention provisoire (art. 130 let. a CPP) devrait s'appliquer de manière analogue à l'exécution de peines et de mesures<sup>201</sup>. En effet, l'exécution d'une sanction est caractérisée par une récurrence de décisions dont chacune mériterait une défense adéquate, en particulier parce que la détention implique des vulnérabilités et un besoin de soutien accru<sup>202</sup>. Au-delà de sa fonction purement défensive, le droit de faire valoir ses droits comporte également une dimension positive – à savoir la capacité et la possibilité effective de présenter des demandes ou des requêtes aux autorités<sup>203</sup>. Ainsi, une personne se trouvant en exécution d'une peine ou d'une mesure doit pouvoir invoquer le principe de réinsertion consacré à l'art. 75 CP.
- 61 Sur le plan des modalités de la notification, l'art. 31 al. 2 Cst. prévoit deux critères. Le premier est de nature temporelle (« aussitôt »). La formulation de l'art. 5 § 2 CEDH (« dans le plus court délai ») équivaut à ce que prévoit le texte constitutionnel. *In concreto*, ce critère temporel n'implique pas de délai fixe quelconque, mais signifie que l'information doit parvenir à la personne **suffisamment tôt** pour que celle-ci puisse faire valoir ses droits de manière effective<sup>204</sup>. L'information doit dans tous les cas parvenir à la personne avant une première audition et avant qu'elle ne fasse de dépositions potentiellement auto-incriminantes<sup>205</sup>. Un délai de plusieurs jours est inadmissible dans tous les cas<sup>206</sup>.

---

192. RS 741.01.

193. ATF 131 IV 36 c. 3.5, p. 45–46.

194. SGK-Vest, N 24, « selbstständig anrufbares Grundrecht » ; Flachsmann/Wehrenberg, Informationspflicht, N 316 ss. ; Seiler, Schweigerecht, N 11 ; Wyss, p. 138 ss. ; Zimmerlin, p. 318 s.

195. ATF 131 I 350 c. 3.2, 356 ss., c. 4.1, 360 ss. ; Zimmerlin, 318 ss.

196. Cf. N. 26.

197. Voir aussi : United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems, New York 2013, [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN\\_principles\\_and\\_guidelines\\_on\\_access\\_to\\_legal\\_aid.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf).

198. ATF 130 I 126 c. 2.1; Message CPP, p. 1172 ss.

199. **Schlegel, p. 36 ss.**

200. CourEDH [GC], Salduz c. Turquie, 36391/08, 27.11.2008, N 51, 56, avec commentaires de Wohlers/Schlegel, FP 2009, 75 ;

201. 4. Cf. Robert, p. 339 ss. ; Biro (2019), p. 343 ss. contra l'opinion du TF et une partie de la doctrine (ATF 128 I 222, 228 c. 2.4.2 s. ; Arn, p. 217 ; Haefelin, p. 108 ; Palumbo, p. 100 ss.).

202. Biro (2019), p. 343 ss.

203. Cité dans van Zyl/Snacken, p. 72.

204. Biaggini, Komm. BV, Art. 31, N 6.

205. Cf. Wyss, p. 141 ss. ; Zimmerlin, p. 321 ss.

206. CourEDH, Khlaifia et autres c. Italie, no 16483/12, 15.12.2016, N 115 ss.

- 62 Le deuxième critère concerne la langue de communication. La personne détenue doit être en mesure de comprendre la langue utilisée, sans que celle-ci soit nécessairement sa langue maternelle<sup>207</sup>. Cela requiert potentiellement une traduction<sup>208</sup>. En ce qui concerne la procédure pénale, l'art. 219 al. 1 CPP prévoit l'information « dans une langue que [la personne arrêtée] comprend ». Les informations doivent parvenir à la personne dans un **langage accessible et non-technique**<sup>209</sup>. Une attention particulière doit être portée aux personnes dont la capacité de compréhension est limitée – que ce soit en raison de troubles psychiques, de déficience intellectuelle, d'un état de confusion temporaire (par exemple en cas d'alcoolisation massive) ou pour toute autre raison. Dans de tels cas, il convient de s'assurer que les informations soient délivrées de manière adaptée, notamment à l'aide de personnel formé ou spécialisé<sup>210</sup>. Il incombe en tout cas aux autorités de s'assurer que la personne comprenne pleinement les motifs de sa détention ainsi que ses droits<sup>211</sup>. Il est possible d'informer un·e représentant·e juridique s'il peut être raisonnablement présumé que l'information parviendra ensuite directement à la personne concernée<sup>212</sup>. Enfin, l'information ne doit pas forcément être transmise sous forme écrite ; elle peut être transmise oralement<sup>213</sup>. Il est toutefois raisonnable de garder une trace écrite, par exemple sous forme de procès-verbal établi ultérieurement<sup>214</sup>.
- 63 Enfin, l'art. 31 al. 2 Cst. garantit également le droit de **faire informer ses proches**. La formulation implique la participation d'un·e intermédiaire : ni la Constitution, ni la CEDH ne garantissent un droit d'informer *soi-même* ses proches ou des représentants juridiques<sup>215</sup>. La notion de personne proche ne se limite pas au cercle familial, mais s'étend à « [t]oute personne liée par une forme d'intérêt de nature privée, professionnelle, associative ou autre à celle qui se trouve privée de sa liberté »<sup>216</sup>. Dans le cadre de la procédure pénale, l'art. 214 al. 1 CPP reflète ce droit constitutionnel, obligeant l'autorité pénale compétente à informer « immédiatement » les proches de la personne arrêtée et, sur demande de cette dernière, son employeur ou, cas échéant, l'ambassade de son pays. Toutefois, l'exception prévue à l'art. 214 al. 2 CPP introduit une restriction procédurale à ce droit fondamental, en permettant à l'autorité de différer l'information afin de préserver l'efficacité de l'instruction. Cette faculté d'ajournement soulève des questions quant à la compatibilité des exigences de l'enquête avec les garanties constitutionnelles<sup>217</sup>.

### C. Art. 31 al. 3 Cst. : Détention provisoire

- 64 Le troisième alinéa de l'art. 31 Cst. se distingue des autres en ce qu'il vise exclusivement une forme particulière de privation de liberté : la détention provisoire (également appelée détention préventive ou détention avant jugement). En droit suisse, cette catégorie comprend la détention provisoire au sens strict (art. 220 al. 1 CPP) ainsi que la détention pour des motifs de sûreté (art. 220 al. 2 CPP). L'art.

---

207. CourEDH, Parlanti c. Allemagne, no 45097/04, 26.5.2005, N 2.

208. CourEDH, Conka c. Belgique, no 51564/99, 5.2.2002, N 52.

**209. CourEDH, Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, nos 12244/86, 12245/86, 12383/86, 30.8.1990 N 40 ; CourEDH, H. B. c. Suisse, no 26899/95, 5.4.2001, N 47.**

210. CourEDH, X. c. Royaume-Uni, no 6998/75, 16.7.1980, N 107.

211. CourEDH, Z. H. c. Hongrie, no 28973/11, 8.11.2012 N 42 s. : il s'agissait d'une personne souffrant de surdité qui ne comprenait pas le langage des signes officiel. Dans la procédure pénale, il sied de se référer à l'art. 219 al. 1 CPP.

212. Cf. CourEDH [GC], Saadi c. Royaume-Uni, no 37201/06, 29.1.2008, N 84; CourEDH, Malofeya c. Russie, no 36673/04, 30.5.2013, N 70.

213. Hottelier, Comm. Cst., N 48; SGK-Vest, N 22.

214. Wyss, p. 141 ss.; Zimmerlin, p. 321 ss.

215. CourEDH, X. c. Danemark, no 8828/79, 5.10.1982.

216. Hottelier, Comm. Cst., N 51.

217. Cf. SGK-Vest, N 28.

31 al. 3 Cst. concerne deux aspects : le contrôle initial de la détention préventive et sa durée<sup>218</sup>. Cette disposition doit être lue à la lumière de la **présomption d'innocence** énoncée à l'art. 32 al. 1 Cst.

## 1. Contrôle de la légalité

- 65 Concernant le contrôle de la légalité de la détention provisoire, il s'agit d'une garantie spécifique et **automatique**, contrairement à la garantie générale de contrôle judiciaire évoquée à l'art. 31 al. 4 Cst. (cf. N. 71 ci-dessous), qui doit faire l'objet d'une demande expresse de la part de la personne privée de liberté<sup>219</sup>. L'art. 31 al. 3 Cst. garantit un premier contrôle lors de la mise en détention mais n'offre pas de garanties pour des contrôles subséquents, qui eux doivent répondre aux critères précisés à l'art. 31 al. 4 Cst. En ce qui concerne le délai dans lequel ce premier contrôle doit avoir lieu, nous retrouvons ici l'adverbe « aussitôt », évoqué déjà à l'art. 31 al. 2 Cst. Selon la CourEDH, un délai maximum de 48 heures ne devrait en principe pas être dépassé<sup>220</sup>. La Cour considère qu'une période dépassant quatre jours pour statuer sur la légalité est *prima facie* trop longue<sup>221</sup>, y compris dans un contexte de lutte contre le terrorisme<sup>222</sup>. Dans certaines circonstances, une durée plus courte peut également être contraire au principe de célérité, notamment dans le cas de personnes mineures et/ou en présence de délits non violents<sup>223</sup>.
- 66 En Suisse, le Ministère public doit formuler une **demande de détention** pour trois mois au plus auprès d'un Tribunal des mesures de contrainte (ci-après : TMC ; art. 13 let. a CPP ; art. 18 al. 1 CPP). Cette demande doit être effectuée « sans retard » et dans un délai de 48 heures maximum après l'appréhension par la police (art. 224 al. 2 CPP). Le TMC statue immédiatement, mais dispose également d'un délai maximal de 48 heures (art. 226 al. 1 CPP) pour ordonner soit la détention ou une mesure de contrainte, soit la (re)mise en liberté immédiate (art. 226 al. 3-5 CPP). Le TMC entend la personne prévenue *in persona*, sauf exceptions (art. 225 CPP).

## 2. Les Tribunaux des mesures de contrainte : un véritable contrepoids ?<sup>224</sup>

- 67 Les TMC ont été créés avec la révision du CPP de 2007 pour constituer « un indispensable contrepoids aux pouvoirs de la police et du ministère public »<sup>225</sup>. Le développement des TMC visait à répondre à un **manque d'impartialité des juges d'instruction**, comme expliqué dans le Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du Code de procédure pénale<sup>226</sup>. La jurisprudence de la CourEDH semblait imposer que, *de facto*, seul-e-s des magistrat-e-s non impliqué-e-s dans une affaire puissent non seulement statuer sur la légalité de la détention (art. 31 al. 4 Cst.) mais également ordonner la détention (art. 31 al. 3 Cst.)<sup>227</sup>. En effet, le texte de l'art. 5 § 3 CEDH<sup>228</sup> laisse une certaine marge d'interprétation en indiquant que la personne doit être traduite devant un juge « ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » (« officer » en anglais). La jurisprudence

---

218. BK-Schürmann, Art. 31, N 29.

219. CourEDH [GC], McKay v. the United Kingdom, no 543/03, 3.10.2006, N 34 ; Varga c. Roumanie, no 73957/01, 1.4.2008, N 52 ; Viorel Burzo c. Roumanie, no 75109/01, 30.6.2009, N 107.

220. CourEDH [GC], Aquilina c. Malte, no 25642/94, 29.4.1999, N 51 ; CourEDH, Grauzinis c. Lithanie, no 37975/97, 10.10.2000, N 25.

221. CourEDH, Oral et Atabay c. Turquie, no 39686/02, 23.6.2009, N 43.

222. CourEDH, Brogan c. Royaume-Uni, no. 14672/89, N. 62.

223. CourEDH, Magee et autres c. Royaume-Uni, no. 26289/12, 12.05.2015, N 78 ; CourEDH, Kandjov c. Bulgarie, no 68294/01, 6.11.2008, N 66-67 (3 jours et 23 heures ne constituaient pas une durée suffisamment courte étant donné qu'il s'agissait d'un mineur et d'une infraction non-violente) ; CourEDH, İpek et autres c. Turquie, nos 17019/02 et 30070/02, 3.2.2009, N 36-37 (3 jours et 9 heures ne pouvaient être considérés comme étant en conformité avec l'obligation de célérité dans le cas de mineurs).

224. cf. aussi CourEDH [GC], Aquilina c. Malte, no 25642/94, 29.4.1999, N 50.

225. Message CPP, p. 1108 ss.

226. Message CPP, p. 1082.

a clarifié qu'un magistrat ne doit pas nécessairement être un-e juge, mais doit néanmoins revêtir des attributs propres à cette fonction, notamment l'indépendance<sup>229</sup>. Au contraire, selon le texte de la Constitution, la compétence *d'ordonner* la détention provisoire doit *impérativement* revenir à un-e juge<sup>230</sup>.

- 68 Si la présence des TMC est aujourd'hui un acquis à saluer, force est de constater qu'un véritable contrepoids aux autorités de poursuite pénale fait toujours défaut. Les TMC ne refusent quasiment jamais les demandes de mise en détention provisoire formulées par les Ministères publics<sup>231</sup>. Cela est d'autant plus problématique dans les cas (prépondérants, depuis l'entrée en vigueur du nouveau CPP<sup>232</sup>) où l'affaire se solde par une **ordonnance pénale** susceptible de prononcer une peine privative de liberté allant jusqu'à six mois (art. 352 al. 1 let. d CPP).<sup>233</sup> Pour qu'un tribunal statue sur la validité d'une ordonnance (art. 356 al. 2 CPP), il faut qu'une opposition soit notifiée. Sans opposition, l'ordonnance est assimilée à un jugement entré en force (art. 354 al. 3 CPP). A la différence des cas dans lesquels un tribunal statue sur la sanction définitive, la détention échappe dans ces cas *in fine* au contrôle judiciaire requis tant constitutionnellement que conventionnellement. Si l'introduction de l'art. 352a CPP, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2024 (cf. N. 7 ci-dessus), qui prévoit désormais l'audition par le Ministère public « s'il est probable que l'ordonnance pénale débouchera sur une peine privative de liberté à exécuter » est à saluer, elle ne remédie toujours pas à l'absence de contrôle judiciaire.

### 3. Durée maximale de la détention provisoire

- 69 L'art. 31 al. 3 Cst. codifie le principe de célérité<sup>234</sup>, la personne concernée ayant droit à « être jugée dans un délai raisonnable ». Ce principe est également inclus dans l'art. 5 § 3 CEDH et rappelle le principe de célérité dans les procédures judiciaires et administratives (art. 29 al. 1 Cst.). Cependant, il ne s'agit pas « d'une garantie au sens strict du terme »<sup>235</sup>. En pratique, deux critères s'avèrent déterminants pour évaluer le caractère « raisonnable » du délai : la complexité de l'affaire d'un côté<sup>236</sup> et la sévérité de la sanction attendue de l'autre. Ce second critère se retrouve aussi à l'art. 212 al. 3 CPP. Selon le TF, le caractère raisonnable doit tenir compte du comportement du ou de la prévenu-e et des enjeux que présente la procédure<sup>237</sup>. Il n'y a pas de **durée maximale prescrite**, comme dans

---

227. 4. CourEDH, Huber c. Suisse, no 12794/87, 23.10.1990 (Procureur de district ZH) ; H. B. c. Suisse, no 26899/95, 5. 4. 2001 ( Juge d'instruction SO). Cf. également arrêt I.O. c. Suisse, no 21529/93, 8.3.2001 ( Juge d'instruction BE, arrangement à l'amiable).

228. Le texte de l'art. 5 § 3 CEDH: « Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience. »

229. CourEDH, Schiesser c. Suisse, no 7710/76, 4.12.1979, N 31; Huber c. Suisse, no 12794/87, 23.10.1990, N 43; Brincat c. Italie, no 13867/88, 26.11.1992, N 20. Cf. également ATF 131 I 36 concernant l' « Amtstatthalter » lucernois.

230. ATF 131 I 36 c. 2.4 : la Constitution exige que la personne détenue soit traduite sans délai devant un ou une juge (cf. aussi ATF 126 I 172 c. 3b, p. 173).

231. SRF, Die Dunkelkammer der Justiz, 22.8.2018: <https://www.srf.ch/news/schweiz/kontrolle-von-staatsanwaelten-die-dunkelkammer-der-justiz>, consulté le 27.2.2023; SRF, Aargauer Strafverfolger werden am häufigsten zurückgepfiffen, 22.8.2018: <https://www.srf.ch/news/schweiz/bewilligung-von-u-haft-aargauer-straefverfolger-werden-am-haeufigsten-zurueckgepfiffen>, consulté le 11.10.2023; Thommen, p. 52; Markwalder/Binswanger, p. 384 ss.

232. Wenger, p. 34–35.

233. Cette pratique, dans laquelle les TMC fonctionnent comme des chambres d'enregistrement des réquisitions du Ministère public, se retrouve dans tous les domaines où une privation de liberté est en jeu – y compris dans des affaires sensibles, comme en matière de contre-terrorisme, cf. Ajil/Lubishtani, p. 39–40.

234. ATF 128 I 149 c. 2, 151 ss. ; arrêt du Tribunal fédéral 1P.88/2003 du 4.3.2003, c. 2.

235. Message Cst. 1997, p. 188.

236. CourEDH, Vasileva c. Danemark, no 52792/99, 25.9.2003, N 41.

237. ATF 124 I 139 c. 2c, p. 142; ATF 119 Ib 311 c. 5b, p. 325; ATF 117 Ib 193 c. 1c, p. 197.

d'autres pays<sup>238</sup>. Par exemple, le Code de procédure pénale autrichien prévoit six mois pour les délits et un an pour les crimes, cette durée pouvant aller jusqu'à deux ans au maximum dans les cas exceptionnellement graves. Il fixe également des délais différents en fonction du motif de la détention provisoire : le seul risque de collusion ne permet pas de retenir une personne en détention pendant plus de deux mois<sup>239</sup>.

- 70 Une délimitation avec de tels délais serait souhaitable en Suisse, où la **détention provisoire peut être très longue**<sup>240</sup>. Le TF a jugé que la détention avant jugement ne doit pas dépasser les trois quarts de la sanction finale prononcée – ce qui est déjà plus long que les deux tiers de la peine après lesquels une libération conditionnelle est accordée en l'absence de pronostic défavorable (art. 86 CP)<sup>241</sup>. Quand la détention avant jugement dépasse les deux tiers de la peine attendue, une décision (ou à tout le moins une évaluation) concernant l'octroi de la libération conditionnelle s'impose<sup>242</sup>.
- 71 L'absence de délai fixe peut se traduire par une moindre pression sur les autorités de poursuite quant au principe de célérité. Étant donné que la période de la détention provisoire peut être déduite de la peine prononcée selon l'art. 51 CP, les juges peuvent être tentés d'en tenir compte lors de la fixation de la peine<sup>243</sup>. S'ajoute à cela qu'une libération entre uniquement en jeu quand il existe une violation « grave » du principe de célérité et que les autorités n'apparaissent ni capables, ni disposées à faire avancer et à clore l'affaire. Dans des cas moins graves, c'est au tribunal qu'il incombe de déterminer comment tenir compte d'une violation du principe de célérité, par exemple via une réduction de la quotité de la peine<sup>244</sup>. Comme un serpent qui se mord la queue, une potentielle violation du principe de célérité risque donc souvent d'être **absorbée par la peine finalement prononcée**, ce qui n'est pas conforme à la protection constitutionnelle et conventionnelle prévue. Une solution serait de considérer qu'un jour de détention provisoire équivaut à deux jours de détention en exécution de peine<sup>245</sup>.

#### D. Art. 31 al. 4 Cst. : *Habeas corpus*

- 72 L'art. 31 al. 4 Cst. est modelé d'après l'art. 5 § 4 CEDH et incarne le principe d'*habeas corpus*, à savoir le droit d'introduire « **en tout temps** » un **recours pour faire examiner la légalité** de la privation de liberté quant au respect de ses exigences de fond et de procédure. Ce principe s'applique à toutes les formes de détention. A la différence de l'ordre de mise en détention (« Haftanordnung ») (al. 3), le contrôle de la légalité de la détention en cours doit être effectué par un tribunal. La formule «<sup>246</sup> sans qu'un tribunal l'ait ordonné » n'exclut pas un contrôle ultérieur<sup>247</sup>, notamment quand les circonstances ayant justifié la détention initiale sont susceptibles de changer, par exemple le risque de collusion (pour la détention provisoire), l'administration et l'effet du traitement (pour le PAFA ou les mesures thérapeutiques) ou la dangerosité (pour l'internement).

---

238. Gialuz/Spagnolo, p. 221.

239. § 178 Österreichische StPO.

240. **Künzli/Ostendarp/Stucki, p. 1; cf. aussi CourEDH, W. C. Suisse, no 14379/88, 26.1.1993, opinion dissidente du juge Pettiti.**

241. Arrêt du Tribunal Fédéral 1B\_173/2007 du 28.8.2008 c. 4.5.

242. Arrêt du Tribunal Fédéral 1P.18/2005 du 31.1.2005 c. 2.

243. ATF 133 I 168 c. 4.1.

244. ATF 128 I 149 c. 2.2, p. 151-2.

245. Thommen, p. 55.

246. CourEDH, Derungs c. Suisse, 10.5.2016, no 52089/09, N 69.

247. X c. Royaume-Uni, 5 novembre 1981, no 7215/75, § 52, Série A no 46.

## 1. Périodicité du contrôle

- 73 Cet examen de la légalité de la détention doit pouvoir être sollicité à intervalles raisonnables<sup>248</sup>. La fréquence de ces contrôles dépend de la nature et de la durée de la privation de liberté, ainsi que du stade de la procédure. Aux phases précoces de la procédure pénale – notamment en cas de détention provisoire – ou en présence d’une situation probatoire incertaine, des contrôles plus rapprochés s’imposent. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé que le délai d’irrecevabilité d’un mois prévu à l’art. 228 al. 5 CPP pour le dépôt d’une nouvelle demande de mise en liberté n’est pas contraire à l’art. 5 § 4 CEDH, alors qu’un délai de deux mois a été considéré comme excessif<sup>249</sup>. Le principe de réexamen périodique s’applique également aux situations dans lesquelles la privation de liberté dure longtemps, notamment dans le cadre de mesures thérapeutiques institutionnelles (art. 59 CP) ou de l’internement (art. 64 CP). Dans ces cas, le Code pénal prévoit un contrôle judiciaire annuel (art. 62d et 64b CP, respectivement). Un contrôle peut également être sollicité en dehors des intervalles annuels, sur requête de la personne concernée<sup>250</sup>. Le principe du réexamen périodique garanti à l’art. 5 § 4 CEDH **entre en tension manifeste avec le régime de l’internement** à vie prévu à l’art. 64 al. 1<sup>bis</sup> CP, combiné à l’art. 123a Cst., qui ne prévoit aucun mécanisme de contrôle judiciaire lorsque la personne est considérée comme « non amendable de manière irréversible ». Cette absence de contrôle soulève de sérieuses interrogations quant à la compatibilité de ce régime avec les garanties fondamentales de la CEDH. Le Tribunal fédéral a souligné, dans un cas précis, qu’une non-amendabilité durable ne saurait être démontrée de manière scientifiquement fiable<sup>251</sup>.
- 74 Le contrôle de la légalité inclut un contrôle de la **conventionnalité**, notamment pour vérifier que les garanties du contrôle judiciaire de l’art. 30 Cst. et de l’art. 6 CEDH – indépendance, impartialité et traitement équitable – ainsi que le but général de la Convention (art. 1 CEDH : obligation de respecter les droits humains) soient respectés<sup>252</sup>. La procédure doit être contradictoire et respecter « l’égalité des armes » entre les parties<sup>253</sup>, ce qui semble imposer un respect des garanties générales de procédure de l’art. 29 Cst.

## 2. Exigence de célérité

- 75 En ce qui concerne l’exigence de célérité, il convient de noter que la CourEDH a critiqué la Suisse à trois reprises pour violation de l’art. 5 § 4 CEDH, à cause de la longue durée de la procédure résultant des responsabilités administratives complexes dans le cadre de l’exécution des peines et des mesures<sup>254</sup>. Dans l’affaire I.L. c. Suisse, plus d’une année s’était écoulée entre la demande de libération du requérant et les décisions rendues successivement par la juridiction supérieure cantonale et le Tribunal fédéral<sup>255</sup>. La Cour a considéré qu’un tel délai ne constituait pas un examen « dans un bref délai » au sens de l’article 5 § 4 CEDH. Comme déjà dans l’affaire *Derungs c. Suisse*<sup>256</sup>, elle a souligné que la lenteur de la procédure ne saurait s’expliquer par la complexité particulière de l’affaire. La cause principale du retard résidait plutôt dans le fait que le recours devait d’abord être adressé à une

---

248. CourEDH, *Derungs c. Suisse*, 10.5.2016, no 52089/09, N 70; CourEDH, *Rakevitch c. Russie*, no 58973/00, 28.10.2003, N 43 ss.

249. ATF 123 I 31 c. 4e, p. 39 s.

250. Brägger, p. 409.

251. ATF 140 IV 1, c. 3.3, p. 10.

252. CourEDH, *Derungs c. Suisse*, 10.5.2016, no 52089/09, N 69.

253. CourEDH, *Sanchez-Reisse c. Suisse*, no 9862/82, 21.10.1986, N 51; *Toth c. Autriche*, no 11894/85, 12.12.1991, N 84.

254. Dans le cas *Fuchser c. Suisse*, 13.7.2006, la CourEDH a considéré un délai de quatre mois comme trop long. Dans le cas *Derungs c. Suisse*, 10.5.2016, la CourEDH a critiqué un délai de 11 mois entre la demande de libération conditionnelle de l’internement et le jugement final du tribunal administratif ; voir aussi *I.L. c. Suisse*, 2002.2024, no 36609/16, N 160 – 172.

255. *I.L. c. Suisse*, 20.2.2024, no 36609/16, 167.

256. *Derungs c. Suisse*, 10.5.2016, no. 52089/09, 48-56.

autorité administrative, qui ne constitue pas un tribunal au sens de la Convention, avant d'accéder à une instance judiciaire<sup>257</sup>. Afin d'éviter de futures condamnations par la Cour de Strasbourg, la Suisse devrait envisager d'introduire **une voie de recours judiciaire directe** dans tous les cantons, au moins pour les décisions entrant dans le champ d'application matériel de l'article 5 § 4 CEDH<sup>258</sup>.

- 76 Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a pas suivi les **signaux univoques** venant depuis Strasbourg : il considère que le principe de célérité de l'art. 5 § 4 CEDH est respecté si « les circonstances ne rendaient pas raisonnablement possible une décision plus rapide »<sup>259</sup>.

### 3. Droit à la réparation

- 77 L'art. 5 § 5 CEDH prévoit un **droit à la réparation** en cas de privation de liberté contraire à la Convention. Il s'agit de la seule garantie qui n'a pas été reprise dans le texte de l'art. 31 Cst. Selon la jurisprudence de la CourEDH, les États doivent traiter les demandes de réparation dans l'esprit de l'art. 5 § 5 CEDH<sup>260</sup>. Durant la procédure pénale, des indemnisations et des réparations pour tort moral peuvent être versées (art. 431 al. 1 CPP), y compris en cas d'acquiescement total ou partiel ou en cas de classement de l'affaire (art. 429 CPP). Il est possible d'en tenir compte lors de la fixation de la peine<sup>261</sup>. Enfin, le TF est d'avis qu'il revient à la juge de décider de la meilleure manière de réparer les torts subis par une personne<sup>262</sup>.

## VI. PERSPECTIVES

- 78 En définitive, l'art. 31 Cst. s'affirme comme une pierre angulaire de la protection des droits fondamentaux en matière de privation de liberté, garantissant un cadre légal strict et des garanties procédurales essentielles. Si la norme, étant étroitement liée à l'art. 5 CEDH, reflète fidèlement les standards internationaux, son application concrète en Suisse révèle encore des tensions, notamment s'agissant de la détention avant jugement, en raison de l'isolement qui y est pratiqué et de l'absence de durée maximale, ainsi que du contrepoids encore très faible des Tribunaux de mesures de contrainte. Le recours de plus en plus extensif aux mesures pénales, et le temps de détention de plus en plus long dans ce régime, sont également sources de préoccupation pour le respect des droits fondamentaux et humains.
- 79 Les évolutions récentes dans le domaine des politiques criminelles et dans le système pénal – notamment la tendance à privilégier des logiques sécuritaires et préventives – invitent à une vigilance accrue afin que la privation de liberté soit véritablement une mesure d'*ultima ratio*, proportionnée et respectueuse de la dignité humaine. Un engagement renforcé en faveur des mesures alternatives, une meilleure prise en compte des besoins des personnes vulnérables et une harmonisation des pratiques cantonales constituent, entre autres, des leviers essentiels pour améliorer l'effectivité de cette garantie constitutionnelle.

### *à propos des auteurs*

*Dr Ahmed Ajil est actuellement chercheur post-doctoral à l'Université de Lucerne et chercheur associé à la Faculté de Droit, de sciences criminelles et d'administration publique (FDCA) de l'Université de*

---

257. I.L. c. Suisse, 20.02.2024, no 36609/16, 169.

258. Biro (2020), p. 221. Actuellement, ce n'est le cas que pour les quatre cantons romands disposant d'une autorité judiciaire en matière d'exécution des sanctions pénales (VD, GE, JU, TI) ; voir à ce sujet Biro (2019), p. 299 ss).

259. ATF 115 Ia 56 c. 2 ; cf. aussi Biro (2020), p. 229.

260. CourEDH, Fernandes Pedrosa c. Portugal, no 59133/11, 12.9.2018, N 137 ; Shulgin c. Ukraine, no 29912/05, 8.12.2011, N 65 ; Houtman et Meeus c. Belgique, no 22945/07, 2009, N 46.

261. ATF 141 IV 349 c. 2.1 p. 352 et les arrêts cités ; ATF 140 I 125 c. 2.1 p. 128.

262. ATF 142 IV 245 c. 4.1., p. 248.

*Lausanne. Ses travaux portent sur les mobilisations politico-idéologiques, la lutte contre le terrorisme, les politiques criminelles, la migration, la police et les prisons. Jusqu'en 2022, il était collaborateur scientifique au Centre suisse de compétence en matière d'exécution des sanctions pénales, où il a rédigé le Manuel sur la sécurité dynamique dans le domaine de la privation de liberté. Il est joignable à l'adresse suivante : [ahmed.ajil@unil.ch](mailto:ahmed.ajil@unil.ch).*

*David Mühlemann, MLaw, est actuellement doctorant à l'Institut de droit pénal et de criminologie de l'Université de Berne. Ses recherches portent sur l'exécution des peines et mesures en Suisse. Entre 2014 et 2022, il a participé à la création et assumé la direction du premier centre de conseil juridique en Suisse pour les personnes privées de liberté au sein de l'ONG [humanrights.ch](http://humanrights.ch). David Mühlemann peut être contacté à l'adresse suivante : [david.muehlemann@unibe.ch](mailto:david.muehlemann@unibe.ch).*

## LECTURES COMPLÉMENTAIRES RECOMMANDÉES

Albertini Michele, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren des modernen Staates, Berne 2000.

Besse Marie, La prise en charge des personnes soumises à un traitement institutionnel des troubles mentaux. Quelle conformité de la pratique suisse avec la Convention européenne des droits de l'homme?, Lausanne 2018.

Bigler Olivier, Commentaire de l'art. 5 CEDH, in : Gonin Luc/Bigler Olivier (éds.), Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne 2018.

Biro Noemi, Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug, Zurich 2019.

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), diverses publications concernant la privation de liberté : <https://skmr.ch/fr/th%C3%A8mes/polizei-und-justiz>, dernière consultation le 2.6.2025.

Cliquennois Gaëtan, The Evolving Protection of Prisoners' Rights in Europe, London 2023.

Hohl-Chirazi Catherine, La privation de liberté en procédure pénale suisse: buts et limites, Genève, Zurich 2016.

humanrights.ch, diverses publications concernant la privation de liberté : <https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/detention/>, dernière consultation le 2.6.2025.

Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (éds.), EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Kommentar, 3<sup>ème</sup> éd., Munich 2022.

Kunz, Karl-Ludwig/Singelstein Tobias, Kriminologie, Zurich 2021.

Van Zyl Smit Dirk/Snacken Sonja, Principles of European prison law and policy, Penology and human rights, Oxford 2011.

Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Schweizer Fällen, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2020.

## BIBLIOGRAPHIE

Ajil Ahmed/Fischmeister Julien/Venezia Marine/Jendly Manon/Scalia Damien, Résister, naviguer, perpétuer ? Analyse des logiques préventionnistes « molles » à l'œuvre en Suisse et en Belgique face

aux violences politico-idéologiquement motivées, *Champ Pénal/Penal field*, 34 (2025), <https://journals.openedition.org/champpenal/16818>.

Ajil Ahmed/Jendly Manon, Fabriquer un „dangereux ennemi terroriste“: une étude de cas suisse sur les implications d’une prophétie, *Déviance et Société*, 44, 4 (2020), p. 633-663.

Ajil Ahmed/Lubishtani Kastriot, Le terrorisme djihadiste devant le Tribunal Pénal Fédéral, *Jusletter*, 31 mai 2021, p. 1–41.

Andriantsimbazovina Joël, Le droit à la liberté et à la sûreté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, Titre VII, numéro 7, La liberté individuelle, octobre 2021, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-droit-a-la-liberte-et-a-la-surete-dans-la-jurisprudence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l->, consulté le 15.8.2025.

Arn Raphaël, Les effets de l’entrée en vigueur de la nouvelle partie générale du Code pénal sur la pratique des tribunaux et des avocats, *Revue jurassienne de jurisprudence*, Porrentruy 2006, p. 187–218.

Ashworth Andrew/Zedner Lucia, The rise and restraint of the preventive state, *Annual Review of Criminology* 2 (2019), p. 429–50.

Bernard Stephan, Freiheitsentziehendes Massnahmenrecht oder freiheitsentziehende Massnahmen jenseits des Rechts?, in : André Kuhn/Christian Schwarzenegger/Joëlle Vuille (édit.), *Groupe suisse de criminologie, Justice pénale - Individus - Opinion publique, Diversité des perceptions*, Berne 2017, p. 139–165.

Besse Marie, La prise en charge des personnes soumises à un traitement institutionnel des troubles mentaux. Quelle conformité de la pratique suisse avec la Convention européenne des droits de l’homme?, Lausanne 2018, p. 1–66.

Biaggini Giovanni, *Kommentar zur Bundesverfassung*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2017 (cit. Komm. BV).

Bielmann Florent/Caneppele Stefano, La réponse étatique au terrorisme en Suisse à partir des années 1980, in : Fink Daniel/Kuhn André/Vuille Joëlle (édit.), *Criminologie en Suisse – Histoire, état, avenir*, Helbing Lichtenhahn, Berne 2024, p. 191–204.

Biro Noemi, Kritische Überlegungen zu den administrativen Zuständigkeiten im Straf- und Massnahmenvollzug, *recht* 4 (2020), p. 221–234.

Biro Noemi, *Notwendige Verteidigung im Straf- und Massnahmenvollzug*, Zurich 2019.

Bögelein Nicole, Disziplinierung von Menschen in Armut - Ein kritischer Blick auf die Reformpläne zur Ersatzfreiheitsstrafe, *Kritische Justiz* 2 (2023), p. 258–270.

Bombay Anne/Heynen Pieterjan, The ECtHR’s Ilias and Ahmed and the CJEU’s FMS-case: a difficult reconciliation?, *sui generis* 2021, p. 255–260.

Brägger Benjamin F., Die revidierten Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zum Straf- und Massnahmenvollzug: Das Neue scheint nicht gut, und das Gute ist nicht wirklich neu!, *Revue pénale suisse*, 4 (2018), p. 391–410.

Coninx Anna, Neue Terrorismusbekämpfung in der Schweiz – Grundlagen und Kritik, *ZStrR* 2 (2021) II, p. 183–208.

Constantin Tamara, Des règles aux pratiques: L’encadrement juridique du renseignement intérieur en Suisse, *Criminologie*, 58(1), p. 53–74.

- Crewe Ben, Depth, weight, tightness: Revisiting the pains of imprisonment, *Punishment & Society* 13 (2011) V, p. 509–529.
- De Brabandere Eric, Non-state Actors, State-Centrism and Human Rights Obligations, *Leiden Journal of International Law* 22 (2009) I, p. 191–209.
- De Castro Rodrigues Andreia, Sacau Ana, Quintas de Oliveira Jorge & Abrunhosa Gonçalves Rui, Prison sentences: last resort or the default sanction?, *Psychology, Crime & Law*, 25 (2018) II, p. 171-194.
- De Viggiani Nick (2007), Unhealthy prisons: exploring structural determinants of prison health, *Sociology of health & illness* 29 1 (2007), p. 115–135.
- Dellazizzo Laura/Mimosa Luigi/Giguère Charles-Édouard/Goulet Marie-Hélène/Dumais Alexandre, Shedding Light on “the Hole”: A Systematic Review and Meta-Analysis on Adverse Psychological Effects and Mortality Following Solitary Confinement in Correctional Settings, *Frontiers in Psychiatry*, 2020.
- Donatsch Andreas, Dispositions légales et pratiques relatives aux personnes dangereuses, Solutions législatives possibles aux niveaux fédéral et cantonal, Avis de droit sur mandat de la Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et de police (CCJPD), Zurich 2019, <https://www.kkjpd.ch/newsreader-fr/dispositions-légales-et-pratiques-relatives-aux-personnes-dangereuses.html>, consulté le 21.11.2024).
- Droz-Sauthier Gaëlle/Zermatten Aimée, Personnes malades et/ou dangereuses : interactions licites entre placements pénaux et civils ?, *Revue de droit suisse*, Band 143 (2024) I, Heft 4, p. 441– 453.
- Dumitru Speranta, Qu'est-ce que le nationalisme méthodologique?, *Raisons politiques* 54 (2014) II, p. 9–22.
- Dünkel Frieder, Abschaffung oder Reform der Ersatzfreiheitsstrafe?, *Neue Kriminalpolitik* 3 (2022), p. 253–269.
- Fink Daniel, *La prison en Suisse : un état des lieux*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne 2017.
- Flachsmann Stefan/Wehrenberg Stefan, Aussageverweigerung und Informationspflicht, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 97 (2001), p. 313–321.
- Freeman Sinead/Seymour Mairead, Just waiting: The nature and effect of uncertainty on young people in remand custody in Ireland, *Youth Justice* 10 (2010) II, p. 126–142.
- Frei Mirjam/Zuberbühler Elsässer Simone, Kommentar zu Art. 221 StPO, in : Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlens Wolfgang (éds.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, Zurich 2020 (cit. Comm. StPO).
- Gialuz Mitja/Spagnolo Paola, Reasonable length of pre-trial detention: rigid or flexible time limits? A study on Italy from a European perspective, *European Criminal Law Review* 3 (2013) II, p. 220– 231.
- Gnaedinger Luca, Le paradoxe suisse : entre mansuétude pénale et criminalisation de l'immigration, *Champ pénal*, 32 (2024), <https://journals.openedition.org/champpenal/15692>.
- Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Vienne 2021.
- Haefelin Walter, *Die amtliche Verteidigung im schweizerischen Strafprozess*, Zurich 2010.

Haney Craig, Restricting the use of solitary confinement, Annual review of Criminology 1 (2018), p. 285– 310.

Härri Matthias, Kommentar zu Art. 237 StPO, in : Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (édit.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Bâle 2010 (cit. BSK-Härri).

Hauptmann Louise, La relation parent-enfant à l'épreuve de la privation de liberté, Mise en œuvre du droit au respect de la vie familiale dans l'ordre juridique international, fédéral et vaudois, Bâle 2024.

Heri Corina, Commentaire de l'art. 10 Cst., in : Schlegel Stefan/Ammann Odile (édit.), Commentaire en ligne de la Constitution fédérale – Version : 16.03.2023.

Hottelier Michel, Commentaire de l' Art. 31 Cst., in : Vincent Martenet, Jacques Dubey (édit.), Constitution fédérale, 2021 (cit. Comm. Cst.),

Huey Meredith P./McNulty Thomas L., Institutional conditions and prison suicide: Conditional effects of deprivation and overcrowding, The Prison Journal 85 (2005) IV, p. 490–514.

humanrights.ch, Gewaltprävention – ein Übungsfeld für den Überwachungsstaat, 13.09.2018, <https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/innere-sicherheit/gewaltpraevention-ueberwachungsstaat>, consulté le 10.10.2023.

humanrights.ch, Le droit à la vie pour les personnes en détention, 30.05.2022, <https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/detention/detention-droit-vie>, consulté le 10.10.2023.

humanrights.ch, U-Haft: Das Verhältnismässigkeitsprinzip muss Rechtswirklichkeit werden, 6.5.2020, <https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/freiheitsentzug/u-haft-verhaeltnismaessigkeit-rechtswirklichkeit>, consulté le 10.10.2023.

Johns Diana, Confronting the Disabling Effects of Imprisonment: Toward Prehabilitation. Social Justice/Global Options 45 (2021) I, p. 27– 56.

Kälin Walter/Epiney Astrid/Caroni Martina/Pirker Benedikt, Völkerrecht – Eine Einführung, 3<sup>ème</sup> éd., Berne et al. 2021.

Kälin Walter/Künzli Jörg, The law of International Human Rights Protection, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Kölz Alfred/Jörg Paul Müller, Entwurf für eine neue Bundesverfassung vom 16. Mai 1984, Helbing & Lichtenhahn, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle, 1990.

Kuhn André, 1974-2024 : Cinquante ans d'évolution de la politique criminelle en Suisse, in : Daniel Fink/André Kuhn/Joëlle Vuille (édit.), Criminologie en Suisse – Histoire, état, avenir, Bâle 2024.

Kunz Karl-Ludwig/Singelstein Tobias, Kriminologie, Zurich, 2021.

Künzli Jörg/Bishop Kelly, Ausländerrechtliche Administrativhaft in der Schweiz, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Bern 2020. Résumé français: Künzli Jörg/Bishop Kelly, La détention administrative en application du droit des étrangers (résumé), Centre suisse de compétence pour les droits humains, Berne 2020.

Künzli Jörg/Büchler Alexandra/Weber Florian, Nelson-Mandela-Regeln, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2020.

Künzli Jörg/Frei Nula/Krummen David, Freiheitsentzug und Freiheitsbeschränkung bei ausländischen Staatsangehörigen – Dargestellt am Beispiel der Unterbringung von Asylsuchenden in der Schweiz, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2017.

Künzli Jörg/Frei Nula/Schultheiss Maria, Menschenrechtliche Standards der Haftbedingungen in der Untersuchungshaft und ihre Umsetzung in der Schweiz, Jusletter du 5 octobre 2015.

Künzli Jörg/Frei Nula/Spring Alexander, Einzelhaft in Hochsicherheitsabteilungen, Menschenrechtliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, Gutachten zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, Berne 2014.

Künzli Jörg/Kälin Walter, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Bestandteil des zwingenden Völkerrechts?, Jusletter du 23 juin 2014.

Künzli Jörg/Ostendarp Samuel/Stucki Noel, Untersuchungshaft : Menschenrechtliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, Aktualisierung 2022, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2022.

Künzli Jörg/Bertoni Daniel/Stucki Noël, Die Unterbringung urteilsunfähiger Personen in geschlossenen Abteilungen von Alters- und Pflegeheimen – eine freiheitsentziehende Maßnahme?, Jusletter, 18 août 2025, p. 1–43.

Löbber Markus, Unterbleiben der Ersatzfreiheitsstrafenvollstreckung bei wohnungs- und obdachlosen Personen?, Neue Kriminalpolitik 3 (2023), p. 353–373.

Manfrin Fabio, Ersatzmassnahmen für Untersuchungshaft – Bedeutungsloses Verhältnismässigkeitsprinzip in der Haftpraxis?, in : Mona Martino/Riklin Franz (édit.), Documents du Groupe d'experts Réformes en matière pénale, Rechtswidrige Zustände? – Untersuchungshaft in der Kritik, Vol. 10, Berne 2018.

Markwalder Nora/Binswanger Janine, Die Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft: Eine empirische Analyse, Forumpenale 5 (2020), p. 384–391.

May David/Applegate Brandon/Ruddell Rick/Wood Peter, Going to jail sucks (and it really doesn't matter who you ask), American Journal of Criminal Justice 39 (2014), p. 250–266.

Mazzucchelli Goran, Öffentliches Sicherheitsbedürfnis, Kriminalität und die Funktion der strafrechtlichen Sanktion aus kriminologischer Sicht, PJA 2000, p. 1337–1344.

Meyer-Ladewig Jens, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 3<sup>ème</sup> ed., Baden-Baden 2011 (cit. Handkomm. EMRK). Mohler Markus, Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Bâle, 2012.

Mühlemann David, Das Recht auf Leben im Freiheitsentzug, <https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/freiheitsentzug/recht-leben-freiheitsentzug>, consulté le 13.10.2025.

Müller Joel, Terroristische Gefährder in der Schweiz, Berne 2022.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz, 4<sup>ème</sup> ed., Berne 2008 (cit. Grundrechte).

Noll Thomas, Optimierung der Untersuchungshaft im Kanton Zürich, Revue suisse de criminologie, 20 Jahre Amt für Justizvollzug – eine Festschrift 2019, p. 29–77.

Oberholzer Niklaus, Von der Repression zur Prävention – Oder von den strafrechtlichen Massnahmen zum fürsorglichen Freiheitsentzug., in : Mona Martino/Riklin Franz (édit.), Documents du Groupe

d'experts Réformes en matière pénale, Fürsorge oder Präventivhaft? – Zum Zusammenwirken von strafrechtlichen Massnahmen und Erwachsenenschutz, Vol.11, Berne 2018.

Pollähne Helmut, Wider den (Kriminal-)Schuldturm für Arme nebst neun Thesen gegen die Ersatzfreiheitsstrafe, in : Brunhöber Beatrice et al. (édit.), Strafrecht als Risiko, Festschrift für Cornelius Prittwitz zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2023.

Robert Christian-Nils, La défense continue, ZStr (4) 2007, p. 339–350. Ronc Pacal, Die Menschenwürde als Prinzip der EMRK, Berlin 2020.

Schlegel Stephan, Anwalt der ersten Stunde: Entscheidend ist die Umsetzung, plädoyer 2011 I, p. 36 ss.

Schlegel Stephan, Nr. 19 EGMR, First Section, Pishchalnikov v. Russia, Urteil vom 24. September 2009 – Application no. 7025/04, forumpoenale (2) 2010, p. 86–92.

Schmid Evelyne/Lubishtani Kastriot/Boillet Véronique/Ajil Ahmed/Capus Nadja, Les activités terroristes : une définition terrorisante ?, dans : Camille Perrier Depeursinge/Nathalie Dongois/Andrew Garbarski, Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon, Lausanne 2022, p. 591–602.

Seiler Hansjörg, Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005, p. 11–13.

Snacken Sonja/Devynck Caroline/Distelmans Willem/Gutwirth Serge/Lemmens Christophe, Demandes d'euthanasie dans les prisons belges. Entre souffrance psychique, dignité humaine et peine de mort. Criminologie 48/1 (2015), p. 101–122.

Schürmann Thomas, Art. 31 BV, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (édit.), Basler Kommentar, Strafrecht, 5ème éd., Basel 2025, p. 760-792 (cit. BK-Schürmann).

Tag Brigitte, Strafrecht am Ende des Lebens – Sterbehilfe und Hilfe zum Suizid in der Schweiz. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 128/1 (2016), p. 73–88.

Thommen Marc, Weshalb die Haftanrechnung (Art. 51 StGB) abgeschafft werden sollte. ContraLegem 2 (2019), p. 47–60, [https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/182224/1/ontralegem\\_2%2C\\_2019\\_-\\_Thommen.pdf](https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/182224/1/ontralegem_2%2C_2019_-_Thommen.pdf).

Urwyler Christoph, Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug, Berne 2020.

Urwyler Thierry, (Ir)relevanz von Aufenthaltsrecht und Landesverweis für die Zulassung zur gemeinnützigen Arbeit (Art. 79a StGB), recht 2 (2024), p. 102–111.

Van Zyl Smit Dirk/Snacken Sonja, Principles of European prison law and policy, Penology and human rights, Oxford 2011.

Vest Hans, Kommentierung zu Art. 31, in : Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (édit.), Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4<sup>ème</sup> éd., Saint-Gall 2023 (cit. SGK-Vest).

Volkart Reto, Einzelhaft: Eine Literaturübersicht, Revue Suisse de Psychologie Pure et Appliquée 42/1 (1983), p. 1–24, [https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/2020/200421\\_Einzelhaft\\_Dr\\_Volkart\\_Eine\\_Literaturu776bersicht.pdf](https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/2020/200421_Einzelhaft_Dr_Volkart_Eine_Literaturu776bersicht.pdf), consulté le 15.8.2025.

Wenger Susanne, « Quand la justice ne s'encombre plus d'un procès », Horizons 124 (2020), p. 34–35, <https://www.revue-horizons.ch/2020/03/05/quand-la-justice-ne-sencombre-plus-dun-proces/>, consulté le 27.2.2023.

Wohlers Stephan/Schlegel Stephan, Nr. 13 EGMR, Grand Chamber, Case of Salduz v. Turkey, Urteil vom 27. November 2008 - Application no. 36391/02, *forum* 2 (2009), p. 71–76.

Wyss Martin Philipp, Miranda Warnings im schweizerischen Verfassungsrecht? Inhalt und Tragweite von Art. 31 Abs. 2 BV, *recht* 2001, p. 132–147.

Zedner Lucia, Ends and Means: Why Effective Counter-Terrorism Requires Respect for Proportionality and Rights, in : Emmanouil Billis, Nandor Knust, Jon Petter Rui (édit.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford 2021, p. 125–142.

Zermatten Aimée H./Freytag Thomas, Libération conditionnelle : au conditionnel selon le canton ?, in : Queloz Nicolas/Noll Thomas/von Mandach Laura/Delgrande Natalia, *Surveiller et punir : nouvelles évolutions dans l'exécution des sanctions pénales*, Berne 2018, p. 157–168.

Zimmerlin Sven, Miranda-Warning und andere Unterrichtungen nach Art. 31 Abs. 2, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 121 (2003), p. 311–335.

## MATÉRIAUX

Assemblée Générale des Nations Unies, Ensemble de règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (Règles Nelson Mandela), A/RES/70/175, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/443/42/PDF/N1544342.pdf?OpenElement>.

Comité contre la torture (CAT) des Nations Unies, Observations finales concernant le septième rapport périodique de la Suisse, CAT/C/CHE/CO/8, 11.12.2023, par. 27, <https://www.ohchr.org/fr/documents/concluding-observations/catccheco8-concluding-observations-eighth-periodic-report>.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT), Rapport au Conseil fédéral suisse relatif à la visite effectuée en par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 20. au 24.10.2003, CPT/Inf (2004) 38, <https://rm.coe.int/1680697fa9>.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (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 24.9. au 5.10.2007, CPT/Inf (2008) 33, <https://rm.coe.int/1680697fb3>.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (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 10.10. au 20.10.2011, CPT/Inf (2012), 7, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/menschenrechte/folterpraevention/ber-cpt-besuch11.pdf>.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (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 13.4. au 24.4.2015, CPT/Inf (2016) 18, 2016, <https://rm.coe.int/1680697fb9>.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (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 22.3. au 1.4.2021, CPT/Inf (2022) 9, 2022, <https://rm.coe.int/1680a6d051>.

Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (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 19.3. au 28.3.2024, CPT/Inf (2025) 01, 2025, <https://rm.coe.int/1680b35522>.

Comité national de prévention de la torture (CNPT), Rapport d'activité de la CNPT 2014, <https://backend.nkvf.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-nkvfadminch-files/files/2024/09/06/67b5925b-717e-4833-b113-f76b4a6f18d1.pdf>.

Conseil des droits de l'homme de l'ONU, Les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, adopté par consensus (rés. 21/11, sept. 2012), [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/OHCHR\\_ExtremePovertyandHumanRights\\_FR.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/OHCHR_ExtremePovertyandHumanRights_FR.pdf).

Conseil de l'Europe, Annual Penal Statistics – SPACE I 2023, Lausanne, [https://wp.unil.ch/space/files/2025/04/space\\_i\\_2023\\_report.pdf](https://wp.unil.ch/space/files/2025/04/space_i_2023_report.pdf).

Conseil de l'Europe, Principes européens relatifs à l'exécution des sanctions pénales, Recommandation Rec(2006)2, 2006, <https://rm.coe.int/16806ab9b6>.

Message concernant la Loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme, FF 2019 4541, FF 2019 4541 - [Message concernant la loi fédérale sur les mesures policières de lutte contre le terrorisme \(admin.ch\)](#) (cit. Message MPT).

Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, CPP, FF 2006 1057 ; <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/124/fr>, (cit. Message CPP).

Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20.11.1996 (96.091), FF 1997 I 1, p. 1 ss., [https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1\\_1\\_1\\_1/fr](https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1997/1_1_1_1/fr) (cit. Message Cst.).

Office fédéral de la statistique, Réformes du Code pénal suisse : l'impact sur les courtes peines privatives de liberté, Neuchâtel 2023, <https://www.bfs.admin.ch/bfsstatic/dam/assets/28225348/master>, consulté le 28.5.2025.

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits de l'homme, Observations finales concernant le quatrième rapport périodique de la Suisse, CCPR/C/CHE/CO/4, 30.8.2017, <https://docs.un.org/fr/CCPR/C/CHE/CO/4>.

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits des personnes handicapées, Observations finales concernant le rapport initial de l'Allemagne, 13.5.2015, CRPD/C/DEU/CO/1, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FDEU%2FCO%2F1&Lang=fr](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FDEU%2FCO%2F1&Lang=fr).

Organisation des Nations Unies (ONU), Comité des droits des personnes handicapées, Convention relative aux droits des personnes handicapées, 12.12.2006, <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>.