

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

Le rôle et les pouvoirs du
juge suisse dans l'application
des sanctions pénales

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

DICK F. MARTY

TIPOGRAFIA LA COMMERCIALE SA LUGANO

1974

AVANT-PROPOS

Longtemps ignoré dans notre pays, le problème de l'intervention judiciaire dans l'application des sanctions pénales est désormais à l'ordre du jour: notre travail était achevé, lorsqu'une thèse sur le même sujet fut présentée à la Faculté de droit de Genève *). A la même époque, la question était l'objet d'un débat au sein de la société suisse de droit pénal lors de son assemblée de 1973: son rapporteur a ainsi pu largement utiliser la documentation que nous avons réunie à fin 1972 et qu'il avait eue à disposition.

Dans ces conditions, nous avons restreint notre étude à l'état de la question en Suisse, renonçant à exposer les solutions consacrées à l'étranger; nous ne les mentionnerons qu'incidemment.

Nous avons pris en considération la doctrine et la législation jusqu'à fin 1973, et même parfois jusqu'au début 1974. Nous le déplorons d'autant plus que tous les cantons n'ont pas encore mené à chef les réformes imposées par la revision du code pénal suisse du 18 mars 1971. De nombreux projets sont encore à l'étude: certaines dispositions, que nous avons citées, pourraient être modifiées avant même la parution de ces lignes.

* Ch.-N. ROBERT, La participation du juge à l'application des sanctions pénales (à paraître).

INTRODUCTION

I.

En matière pénale, la plupart des législations européennes ont subi l'influence des deux grands codes du début du XIXe siècle: le code français et le code bavarois.

C'est dire que la peine était conçue comme une réaction sociale contre le délinquant; elle avait autant pour but de le punir pour un acte qui se situait dans le passé que pour le mettre en garde contre des défaillances à venir; et la méthode utilisée était l'infliction d'un mal, d'une souffrance.

Il est bien vite apparu que cette méthode n'était pas la meilleure, et ce fut le mérite de l'Ecole positiviste italienne de montrer que tout délinquant ne devait pas être soumis nécessairement au même traitement, mais qu'il s'agissait de tenir compte de son état personnel.

Ce n'est pas le lieu de reprendre le postulat qui était à la base de cette théorie nouvelle. Sans opter pour les positions déterministes, le mouvement législatif qui se dessine à la fin du XIXe siècle n'hésite pas à reprendre les suggestions des positivistes italiens.

Typique à cet égard est le premier avant-projet du code pénal suisse: Carl STOOSS part de l'idée que la peine rétributive, calculée en fonction de la culpabilité personnelle de l'auteur, est généralement suffisante pour le remettre sur le droit chemin.

Ce n'est que si la peine se révèle d'emblée inefficace, en raison des tendances criminogènes du délinquant, qu'il faudra envisager un remède plus adéquat: la mesure de sûreté, dont la durée est indéterminée, au moins relativement.

Mais si, pour STOOSS, la peine demeure un châtement, un moyen de répression et implique un élément d'expiation, elle doit aussi — comme le soulignera le professeur LOGOZ à la séance du Conseil national du 27 juin 1928 — « dans notre intérêt à tous et autant que faire se peut, viser à atteindre certains buts de prévention... ».

C'est dire que la peine est aussi un moyen de traitement, et il est coutume de le démontrer en citant la formule de l'art. 37 ch. 1 al. 1 du code pénal: « La réclusion et l'emprisonnement seront exécutés de manière à exercer sur le détenu une action éducative et à préparer son retour à la vie libre ».

Si récemment, on a soutenu que ce texte n'avait pas le sens qui lui est traditionnellement donné¹⁾, il n'en demeure pas moins que le droit moderne proscriit la peine en tant que souffrance stérile, et lui assigne tout au contraire une finalité positive²⁾. Cette position nouvelle est parfois consacrée par la constitution: c'est le cas en Italie³⁾, voire dans certains Etats de l'Amérique latine⁴⁾.

Même si de telles dispositions ne dépassent pas le cadre d'une déclaration d'intention, elles sont significatives: la peine n'a plus pour fin de brimer le coupable, mais de lui rendre sa dignité d'homme et, si besoin est, de lui donner pour l'avenir les moyens de vivre harmonieusement avec ses semblables. C'est à bon droit qu'on a pu parler d'une réorientation éthique du droit pénal⁵⁾.

Cette évolution suscite deux remarques.

Tout d'abord, si la peine est conçue comme un traitement⁶⁾, celui-ci ne

¹⁾ Cf. F. CLERC, Chronique helvétique trimestrielle, RPS 89 (1973), p. 94.

²⁾ Cf. p. ex. F. NOWAKOWSKY, Freiheit, Schuld, Vergeltung, in: RITTLER-Festschrift, Aalen 1957, p. 84: « Man bemüht sich immer mehr, den Strafen einen positiven, aufbauenden Inhalt zu geben. Diese Entwicklung vollzieht sich mit stiller Selbstverständlichkeit und beinahe unabhängig vom Streit um die Strafzwecke ».

³⁾ L'art. 27 al. 3 de la Constitution italienne établit que « Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato ».

⁴⁾ Notamment en Argentine, à Cuba et à Panama; cf. M. ANCEL, La participation du Juge à l'exécution de la sentence pénale, op. cit., p. 7.

⁵⁾ Cf. E. NÄGELI, Das Böse und das Strafrecht, Munich 1966, p. 20 et 29.

⁶⁾ En Allemagne fédérale, le projet de loi sur l'application des peines (« Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Massregeln der Besserung und Sicherung ») du 5 juillet 1972, ne limite plus la notion de « traitement » à des cas particuliers, mais lui donne une portée générale; cf. p. ex. le § 2: « Ziel der Behandlung ».

peut être envisagé que si elle est d'une certaine durée, et il est indispensable de préparer le délinquant à la vie libre, tant il est évident que, sans ce secours, il serait voué à la récidive. Les propos du professeur LOGOZ, que nous venons de rapporter, font apparaître cette nuance importante⁷⁾.

Ensuite et surtout, la conception de l'exécution de la peine se trouve radicalement modifiée.

Jadis, le juge se bornait à fixer la peine dans le cadre de la loi, selon le démérite du délinquant. C'était conforme aussi bien à la vision hégélienne de la science pénale qu'à la théorie de la séparation des pouvoirs, qui habilite le juge à statuer, mais abandonne à l'administration le soin d'exécuter le jugement.

Aujourd'hui, imaginerait-on un médecin qui ordonnerait un traitement et n'en suivrait pas les effets? Le rôle du juge ne s'épuise pas dans le choix de la sanction. Son objectif est d'assurer la réinsertion sociale du condamné.

Du coup, la structure même du procès va se trouver modifiée: il ne prendra plus fin une fois le jugement déclaré juridiquement exécutoire.

La doctrine moderne l'a clairement exposé. Partant d'une vision nouvelle de la lutte contre la criminalité et de la fonction du droit pénal, on est conduit à regarder « l'exécution comme la phase essentielle de tout le procès de resocialisation »⁸⁾. La cloison dressée entre le jugement et l'exécution s'estompe au point que certains auteurs enseignent que le procès commence avec la poursuite et ne se termine qu'à l'expiration de la dernière mesure prise à l'égard du délinquant⁹⁾.

⁷⁾ Notons au passage que la loi modifiant le code pénal suisse du 18 mars 1971 ne soumet plus les courtes peines d'emprisonnement au système progressif, mais au régime des arrêts (art. 37 bis). Au sujet des questions nombreuses et complexes posées par les peines privatives de liberté de courte durée, cf. J. KNAUS, *Das Problem der kurzfristigen Freiheitsstrafe*, thèse Zurich 1973.

⁸⁾ F. GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, Paris 1964, p. 259.

⁹⁾ Cf. p. ex. M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Paris 1966, p. 255, S. JACOMELLA, *Il processo penale e l'esecuzione della pena*, RPS 64 (1949), p. 437 sv., J. GRAVEN, *Introduction à une procédure pénale rationnelle de prévention et de défense sociales*, RPS 65 (1950), p. 190 sv., A. MERGEN, *L'exécution (Rapport général de la 3ème section de la session préparatoire de St. Marin du IIe Congrès international de Défense sociale)*, *Rivista di difesa sociale* 1951, p. 172 sv. et F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma 1946, t. I, p. 15 et 107 sv.

Certes, le jugement demeure le point culminant du procès, mais la décision prise à ce stade doit pouvoir être adaptée ultérieurement à l'évolution et aux besoins du condamné.

Sans doute, nous objectera-t-on, cette préoccupation est déjà ancienne. Depuis longtemps sont apparus sursis, probation, semi-liberté, réhabilitation, grâce. Mais si l'on y prend garde, l'optique de la plupart de ces institutions a totalement changé. Conçues primitivement comme des mesures de clémence, destinées à encourager la bonne conduite, conditionnées souvent par la requête du condamné, elles sont aujourd'hui regardées comme des mesures de traitement, auxquelles l'autorité doit recourir sans même y être invitée. Typique est à ce point de vue la libération conditionnelle en droit suisse: il s'agit essentiellement d'une phase de la sanction subie en liberté.

On est ainsi amené à approuver von LISZT, lorsqu'il disait que l'exécution de la peine ne se réduisait pas à une simple opération mathématique (reine Mathematik) et, en conclusion, après le jugement, l'objectif principal est en définitive la préparation de la libération.

II.

Cette évolution implique une appréciation de la conduite du condamné. A qui la confier? D'aucuns ont songé au juge.

L'intervention du juge dans l'application des peines est incontestablement un phénomène nouveau intimement lié à la conception qu'on se fait de la peine. Ce n'est donc pas un hasard si le problème de la participation du juge à l'exécution a surgi au moment même où se manifestait la conception moderne de la peine.

Certes, autrefois, des dispositions légales imposaient déjà aux magistrats de visiter et de surveiller les établissements pénitentiaires¹⁰). Mais le fondement de ces règles était avant tout la protection de la liberté contre les séquestrations arbitraires, voire le respect de la dignité humaine. Il ne

¹⁰ Cf. M. ANCEL, La participation du Juge . . . , op. cit., p. 6 et G. VELOTTI, Appunti sul giudice di sorveglianza, Rassegna di studi penitenziari 1971, p. 403.

s'agissait pas d'une intervention du juge dans l'exécution, mais d'un contrôle de l'application correcte des peines.

En effet, lorsque criminalistes et législateurs ont saisi l'importance de la personnalité du délinquant, la prévention générale céda le pas à la prévention spéciale. Apparaissent alors des mesures taxées à l'époque de révolutionnaires, comme le sursis ou les mesures de sûreté. C'est précisément par le biais des mesures de sûreté et, plus généralement, des peines indéterminées que commença à se poser le problème de l'intervention du juge dans la phase postérieure au jugement.

Le débat allait mettre en cause différentes écoles, qui ne motivaient pas toutes cette nouvelle idée de façon identique. Il n'est pas question de dresser l'inventaire de ces positions, cette entreprise ayant fait l'objet de la thèse de celui qui devait devenir le professeur SLIWOWSKI¹¹⁾. Nous rappellerons néanmoins les étapes de cette évolution, non sans prêter attention à la doctrine suisse.

Répetons-le: l'apparition de nouvelles institutions qui impliquent, d'une façon ou d'une autre, le caractère relativement indéterminé de la sanction, provoque l'inquiétude au sein de l'école classique, notamment quant au principe de la légalité: en cours d'exécution, l'administration va prendre de plus en plus fréquemment des décisions importantes et il apparaît ainsi que la loi ne traite pas suffisamment de la phase postérieure au jugement. D'aucuns s'en prennent résolument au caractère fixe et préétabli des sanctions et posent en principe que la peine doit dépendre de l'amendement du condamné. De là à proclamer la nécessité d'une intervention judiciaire dans l'exécution, le pas s'impose et il est vite franchi¹²⁾.

Ces idées vont être reprises et développées par LISZT, pour qui une véritable détermination de la peine implique une connaissance approfondie de la personnalité du délinquant. Ce n'est donc qu'en cours d'exécution qu'il est possible de fixer définitivement la peine. LISZT préconise de confier cette mission à une commission, formée de cinq membres, comprenant le juge d'instruction, un officier du ministère public, le directeur

¹¹⁾ (Les pouvoirs du juge . . .), op. cit.

¹²⁾ Ces idées furent notamment soutenues par RÖDER qui, comme le souligne le professeur SLIWOWSKI, fut incontestablement un précurseur en ce domaine (K. D. A. RÖDER, *Besserungsstrafen und Besserungsstrafanstalten als Rechtsforderung*, Leipzig et Heidelberg, 1864).

de l'établissement pénitentiaire et deux autres membres, choisis de préférence dans les sociétés de patronage¹³). Ce système fera école notamment dans plusieurs cantons suisses, comme nous allons bientôt le constater.

Relevons que LISZT ne prévoit pas la participation du juge du siège, ce qu'expliquent peut-être certains scrupules constitutionnels. Alfred GAUTIER signale cette lacune. Il importe de le citer car il reflète la position suisse quant à la participation judiciaire à l'exécution¹⁴). Il relève tout d'abord que « tous ceux qui ont à coeur les réformes pénales (...) dénoncent sans cesse comme un des grands vices de la pénalité d'aujourd'hui la séparation entre le prononcé de la peine et son exécution ». Puis il se demande « pourquoi ne pas mettre un terme à ce bizarre état de choses dans lequel il est interdit au juge de s'intéresser désormais à celui qu'il vient de condamner? ».

Mais le professeur genevois va plus loin, et s'attaque au système de la commission, mettant en doute la valeur de l'institution. Quatre-vingt ans après, ses observations méritent d'être rappelées, car elles conservent un caractère étonnant d'actualité. Avec bon sens et perspicacité, Alfred GAUTIER perce au jour la faiblesse de ce nouvel organisme qu'il est question d'ajouter à la machine judiciaire. Lorsque nous examinerons le système des commissions en Suisse, nous reviendrons sur les considérations de GAUTIER et nous pourrons nous convaincre que ses critiques étaient justifiées.

Toujours en fonction du problème des peines indéterminées, alors fort discutées, GAUTIER se refuse à confier au tribunal le soin de décider de la cessation de la mesure, décision qui serait prise sur préavis de la commission. Ce ne serait, selon GAUTIER, « qu'apparence pure », que l'entérinement d'une décision prise par un organisme qui serait en définitive « rendu irresponsable ».

La position d'Alfred GAUTIER n'est pas sans rappeler une certaine position défendue de nos jours: tout en dénonçant l'absurdité d'une césure entre jugement et exécution et en se prononçant pour une participation

¹³) F. v. LISZT, *Kriminalpolitischen Aufgaben*, ZStW 9 (1889), p. 452 sv., particulièrement p. 484 sv.

¹⁴) A. GAUTIER, *Pour et contre les peines indéterminées*, RPS 6 (1893), p. 34 sv.

judiciaire dans l'application des peines, on ne saurait passer sous silence les difficultés et les dangers que cela comporte. Il est vrai qu'à l'époque l'institution d'une magistrature spécialisée ou la transformation radicale de l'exécution n'avaient pas encore été envisagées.

Ainsi, dans un premier temps, nous assistons à la prise de conscience du problème et à l'élaboration de propositions concrètes conçues dans la ligne du système en vigueur. La suggestion capitale est certainement la création de commissions mixtes.

De leur côté, les Positivistes contestent le caractère irrévocable du jugement et insistent sur la nécessité de le soumettre à des révisions périodiques, mais ils ne séparent pas les deux domaines du jugement et de son exécution. FERRI propose de confier l'application des mesures pénales à des organismes spéciaux qui, à la différence des commissions conçues par LISZT, doivent inclure également le juge et des experts en anthropologie criminelle ¹⁵⁾.

Dernière manifestation de cette tendance nouvelle: en 1911, la France rattache l'Administration pénitentiaire, qui dépendait jusqu'alors du Ministère de l'Intérieur, au Ministère de la Justice ¹⁶⁾. L'exemple sera suivi par la Prusse en 1918, par la Saxe et l'Italie ¹⁷⁾ en 1923, alors que la Bavière avait réalisé ce changement déjà en 1869 ¹⁸⁾.

Certes, cette réorganisation des services pénitentiaires n'affecte pas l'exécution, mais, comme l'observent Emile GARÇON et d'autres au cours d'une séance de la Société générale des prisons, cette réforme devrait inciter les magistrats à se préoccuper de ce qui se passe à l'intérieur des établissements pénitentiaires ¹⁹⁾.

¹⁵⁾ E. FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris 1905, p. 565.

¹⁶⁾ Décret du 13 mars 1911, *V. Rev. pénit.* 1911, p. 439.

¹⁷⁾ Cf. G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino 1942, p. 213.

¹⁸⁾ Cf. K. TIEDEMANN, *Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht*, Bonn 1963, p. 181.

¹⁹⁾ *Rev. pénit.* 1911, p. 641.

III.

Le problème de l'intervention judiciaire dans l'exécution ne s'est formellement posé qu'assez récemment. Envisagé jusqu'alors d'une façon indirecte, il va se poser pour lui-même à partir de 1930. Pour une fois, le législateur va précéder la doctrine. En effet, c'est en 1930 que l'Italie crée une institution tout à fait nouvelle: le « juge de surveillance »²⁰⁾. L'année suivante, l'Etat de Rio de Janeiro emboîte le pas en instituant le « Juiz das Execuções Criminais », et cet exemple sera suivi par d'autres Etats du Brésil²¹⁾.

Aussitôt ces nouveautés sont discutées dans des colloques scientifiques: fin 1931, à Paris, le rapport sur le « rôle des magistrats dans l'exécution des peines », présenté par le conseiller BARRIGUE de MONTVALON à la Société générale des prisons²²⁾, va donner lieu à un très vaste débat qui prendra rapidement des dimensions internationales. En 1934, l'Union belge de droit pénal apporte sa contribution à la discussion, par les rapports du Premier substitut MOMMAERT et de l'Inspecteur général BELYM²³⁾. La même année, deux thèses sont consacrées au rôle du juge dans l'exécution des peines²⁴⁾. La question est inscrite aussi à l'ordre du jour du XIe Congrès international pénal et pénitentiaire à Berlin, en 1935²⁵⁾, et du IVe Congrès international de droit pénal à Paris, en 1937²⁶⁾. En 1939, M. SLIWOWSKI publie l'important ouvrage, auquel nous avons déjà fait allusion et qui retrace l'évolution du problème et fait le bilan des réalisations législatives²⁷⁾. Nous disposons ainsi d'un tableau fort complet de la situa-

²⁰⁾ Cf. les art. 144 CP, 585 et 635 CPP et 4 du Régl. pour les établissements de prévention et de peine du 18 juin 1931. L'institution du juge de surveillance a fait l'objet d'un certain nombre d'études; cf. p. ex. R. MESSINI, Il giudice di sorveglianza nell'ordinamento giudiziario, Rivista di diritto penitenziario 1933, t. II, p. 865 sv.; V. CONTI, La vigilanza del giudice sull'esecuzione della pena, ibid. 1935, t. II, p. 1223 sv.; C. NOVELLI, L'intervento del giudice nell'esecuzione penale, ibid. 1936 t. II, p. 1059; G. DI GENNARO, Il giudice nell'esecuzione penitenziaria, Rassegna di studi penitenziari 1969, p. 3 sv. et G. TARTAGLIONE, Le funzioni del giudice di sorveglianza, ibid. 1972, p. 173 sv.

²¹⁾ Cf. le rapport présenté au Congrès de Rome de 1969 par A. BERGAMINI MIOTTO, Rev. int. de dr. pén. 1970, p. 444 sv.

²²⁾ Rev. pénit. 1932, p. 170 sv., 193 sv., 210 sv., 256 sv. et 286 sv.

²³⁾ Rev. de dr. pén. et de crim. 1934, p. 484 sv. et 488 sv.

²⁴⁾ R. SIMONNET, op. cit. et T. DE BEAUREGARD, op. cit.

²⁵⁾ Première question de la Section législation: « Quelle doit être la compétence du juge pénal dans l'exécution des peines? ». Cf. Actes du Congrès de Berlin, vol. I, p. 42 sv., 484 sv. et vol. II, p. 1 sv. Cf. aussi P. BOUZAT, Rev. int. de dr. pén. 1936, p. 38 sv.

²⁶⁾ Cinquième question: « De l'intervention de l'autorité judiciaire dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté ». Cf. Rev. int. de dr. pén. 1937, p. 541 sv.; 1938, p. 56 et 394 sv.

²⁷⁾ V. ci-dessus, note 11.

tion à la veille de la deuxième guerre mondiale, ce qui nous permettra de nous en tenir à quelques remarques générales.

Tout d'abord, la question de la participation du juge à l'exécution s'est posée un peu partout, comme en témoignent les rapports et discussions au sein de différentes réunions internationales. Une très large majorité se dégage en faveur de l'idée que le jugement ne doit pas impliquer le désaisissement de l'autorité judiciaire.

Mais les avis divergent dès qu'il s'agit d'organiser pratiquement l'intervention des magistrats dans la phase de l'exécution.

Ainsi, quand le conseiller de MONTVALON entend conférer à l'autorité judiciaire l'« entière et exclusive direction de l'exécution morale, juridique et sociale de la peine » et laisser à l'administration pénitentiaire « l'exécution matérielle et administrative »²⁸⁾, aussitôt le juriste s'interroge sur ces termes, susceptibles de diverses définitions et interprétations. Avec raison le professeur BOUZAT écrit qu'« entre le moral et le matériel les relations sont étroites et la séparation chimérique »²⁹⁾. Quant au professeur HUGUENEY, il craint les frictions et les querelles qui pourraient naître entre administration et magistrature. Avec malice, il compare le détenu à « un pauvre bébé flanqué d'une gouvernante et d'une bonne » et se demande si « au milieu de ces conflits qui doivent surgir entre la gouvernante et la bonne, cet enfant est plus heureux que s'il n'avait qu'une bonne? »³⁰⁾. En fait, c'est bien le noeud du problème: comment aménager la collaboration entre magistrats et fonctionnaires de l'administration?

La question ne peut se poser pour ceux qui regrettent l'extension des pouvoirs de l'autorité judiciaire, sous prétexte qu'elle serait susceptible d'engendrer des dangers pour l'intérêt de l'Etat. C'est ce qui fut soutenu, en 1935, au Congrès de Berlin: un délégué n'hésite pas à déclarer qu'il croit « avoir constaté que dans les pays où l'exécution des peines est mal organisée, l'appel en faveur du juge est plus pressant que là où elle est bien organisée »³¹⁾. Mais, sans le vote massif des délégués allemands, qui

²⁸⁾ Rev. pénit. 1932, p. 281.

²⁹⁾ Rev. int. de dr. pén. 1938, p. 416.

³⁰⁾ Rev. pénit. 1932, p. 281.

³¹⁾ Actes du Congrès de Berlin, vol. Ia, p. 82.

constituaient la majorité de l'assemblée, les résolutions se seraient probablement prononcées en faveur de l'intervention du juge dans l'exécution.

Tel est le cas deux ans plus tard: hors de l'atmosphère politique de Berlin, une motion adoptée à Paris est résolument favorable à la participation du juge après le jugement. Elle affirme le principe de légalité en matière pénitentiaire, ce qui implique le concours actif de l'autorité judiciaire, qui comprend à la fois une mission de surveillance, par la création d'un juge spécialisé ou de commissions comprenant des magistrats, et un certain pouvoir de décision. Il doit appartenir à l'autorité judiciaire de « statuer sur toute mesure devant modifier le terme préfixé des peines ou les modalités essentielles de leur régime », et de se prononcer « sur la suspension, l'ajournement, la modification ou la substitution des mesures de sûreté, ainsi que sur la prolongation de l'internement ou la libération des individus frappés d'une sentence indéterminée »³²).

C'était l'année même où la Suisse adoptait son code pénal. Avant d'examiner le rôle que le législateur a réservé au juge dans l'exécution, il convient d'examiner la doctrine suisse à l'époque, pour connaître sa réaction à l'égard du problème que nous évoquons.

Constatons que vers 1930 et avant même que soit engagée la discussion sur le plan international, deux articles paraissent sous le même titre dans la *Revue pénale suisse*, qui est à l'époque l'organe des partisans de l'unification du droit pénal.

La première étude, due à la plume du président du tribunal pénal de Bâle, le professeur Carl LUDWIG, est assez traditionneliste³³). Pour lui, les principes de la séparation des pouvoirs et de la chose jugée, le rôle du juge, qui est de déterminer la peine, sont autant d'arguments contre l'intervention du juge dans l'exécution. Mais la règle comporte des exceptions qui méritent d'être rappelées. D'une façon générale, LUDWIG admet l'intervention du juge dans les questions contentieuses, en particulier en matière de demandes d'ajournement ou d'interruption de l'exécution, d'imputation d'un séjour hospitalier sur la durée de la peine. En outre la compétence judiciaire doit être admise pour statuer sur certains effets provi-

³² Cf. le texte complet de la résolution, in: *Rev. int. de dr. pén.* 1938, p. 56 sv.

³³ C. LUDWIG, *Richter und Strafvollzug*, op. cit.

soires et indéterminés qui subsistent après le jugement. Enfin, le juge doit être associé aux décisions de révocation de la libération conditionnelle, à la fixation des règles de conduite imposées au condamné pendant le délai d'épreuve et à la procédure de réhabilitation. Cette intervention, poursuit LUDWIG, devrait être complétée par l'attribution aux tribunaux de la mission générale de contrôler l'exécution, ainsi que par la désignation de juges comme membres des autorités de surveillance des établissements pénitentiaires.

Le second article émane d'un praticien étranger³⁴⁾ et sa parution dans la Revue pénale suisse laisse deviner le point de vue de ses rédacteurs. Juge à la Cour d'appel de Hambourg, Georg KRÖNIG s'attache à démontrer que les principes de prévention spéciale et d'individualisation interdisent toute séparation rigoureuse entre le jugement et son exécution. Le procès doit être envisagé sous l'angle de la continuité.

Une seule contribution suisse est présentée au Congrès de Paris, alors qu'il n'y en avait point à Berlin. C'est un bref rapport du juge VEILLARD, qui résume en ces termes la réponse au problème posé: « l'évolution de la poenologie rend nécessaire une certaine collaboration entre le juge et l'autorité chargée de l'exécution des peines et des mesures de sûreté. Les modalités de cette collaboration dépendent dans chaque pays de son organisation judiciaire et pénitentiaire »³⁵⁾. Point de vue prudent, assez vague, qui traduit bien la position suisse de l'époque.

On peut s'étonner que le problème n'ait pas suscité davantage d'intérêt en Suisse. A cela, il y a peut-être une explication: non seulement il existait une grande incertitude quant au sort du code pénal, mais, constitutionnellement, l'administration de la justice devait demeurer l'apanage des cantons; et, l'organisation judiciaire étant sensiblement différente d'un canton à l'autre, il était difficile de proposer une solution valable pour tous.

³⁴⁾ G. KRÖNIG, *Richter und Strafvollzug*, op. cit.

³⁵⁾ *Rev. int. de dr. pén.* 1937, p. 692.

IV.

Après la seconde guerre mondiale, la réforme pénitentiaire est une préoccupation générale. Le débat sur le rôle du juge dans l'exécution est repris dans de nombreux pays et conduit à des réalisations pratiques. Cependant, les solutions proposées sont loin d'être identiques, bien qu'elles s'inspirent du même souci d'envisager l'exécution selon les nouveaux objectifs assignés à la peine.

Ainsi dans le monde anglo-saxon, une tendance très nette conduit à limiter le rôle du juge à statuer sur la culpabilité. Quant au choix du traitement et à son application, c'est l'affaire d'une équipe de spécialistes. La meilleure illustration nous est donnée par l'Etat de Californie: dès que le juge a admis la culpabilité du prévenu et qu'une peine privative de liberté s'impose, c'est l'« Adult Authority » — ou le « Youth Authority » pour les mineurs — qui en détermine la durée dans les limites de la loi. Cet organisme a le droit de modifier ses décisions, aussi bien quant aux modalités de l'exécution que quant à la durée de la peine³⁶). Il s'agit donc d'une fonction juridictionnelle, exercée par un organe administratif.

Cette division du travail est assez étrangère aux juristes continentaux, encore qu'elle compte des partisans même en Europe³⁷). D'ailleurs les idées anglo-saxonnes ont déjà pénétré le droit des mineurs dans de nombreux Etats. S'agissant des adultes, une quasi-unanimité semble acquise à l'intervention de l'autorité judiciaire dans la phase postérieure au jugement, encore que des divergences sensibles existent quant à la méthode à suivre³⁸).

Une première tendance consiste à attribuer l'exécution au juge. Plusieurs

³⁶) Au sujet du système californien, cf. p. ex., O. W. MÜLLER, in: *Wayne Law Review* 1969, vol. 15 n. 2, p. 644 sv., et traitant plus particulièrement de la situation dans l'Etat de l'Ohio, S. DINITZ, *Problemi penitenziari e riforme negli U.S.A.*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1973, p. 657 sv.

³⁷) La question de la division du procès pénal en deux phases a fait l'objet de nombreuses discussions: le système de la césure fut notamment préconisé lors du Cycle d'études organisé par les Nations Unies à Bruxelles en 1951, sur l'examen médico-psychologique des délinquants (cf. les conclusions du Cycle, in: *Rev. int. de Politique Criminelle* 1953, p. 137 sv.). L'idée de la division de la procédure entre la déclaration de culpabilité et le choix de la sanction ne semble cependant plus compter autant de partisans; le professeur P. CORNIL, qui fut un défenseur de la césure (cf. La césure entre la condamnation et le prononcé de la peine, *RPS* 70 (1955), p. 225 sv.), a récemment abandonné cette position (cf. Déclin de la césure dans le procès pénal, Coimbra 1965 et le rapport présenté au Congrès de Rome de 1969, in: *Rev. int. de dr. pén.* 1969, p. 461 sv.).

³⁸) Cf. M. ANCEL, *La participation du Juge . . .*, op. cit., p. 11.

solutions sont possibles. D'aucuns préconisent d'attribuer toutes les décisions importantes en matière d'exécution au tribunal qui a rendu le jugement. D'autres se prononcent pour l'institution d'une magistrature spécialisée: c'est la voie choisie par l'Italie et le Brésil, ainsi que par le Portugal dès 1944³⁹⁾.

La France introduit au lendemain de la guerre des juges, alors appelés « juges chargés de l'exécution des peines », auprès de certains établissements pénitentiaires⁴⁰⁾. Le code de procédure pénale de 1958 consacra le statut de ces magistrats, qui sont devenus les « juges de l'application des peines »⁴¹⁾.

Dans les pays de l'Europe orientale, la même tendance se dessine: la Pologne, par exemple, a adopté en 1969 un « code pénal exécutif », qui prévoit la création d'un tribunal et d'un juge pénitentiaires; c'est la confirmation de l'option prise en 1957 en faveur du contrôle judiciaire de l'exécution des peines⁴²⁾.

A son tour l'Allemagne fédérale s'est acheminée vers un système qui confère des attributions de plus en plus importantes à l'autorité judiciaire.

³⁹⁾ Cf. ci-dessus, notes 20 et 21. Au Portugal, ce fut le professeur J. BELEZA DOS SANTOS qui fut le principal artisan de la loi n. 2000 du 16 mai 1944 instituant les tribunaux d'exécution; cf. J. BELEZA DOS SANTOS, Le juge de l'exécution des peines au Portugal, *Rev. int. de dr. comp.* 1952, p. 404 sv.

⁴⁰⁾ La réforme pénitentiaire de 1945 avait admis la nécessité d'une participation du juge, non sans envisager les difficultés théoriques et pratiques que cela souleverait. Il importe de relever que c'est l'Administration qui a pris cette initiative et qu'elle a confié à des magistrats, par délégation, des pouvoirs qui lui appartenaient. C'est donc tout d'abord en tant qu'organe de l'Administration pénitentiaire et à titre expérimental que le juge français est intervenu dans l'application des sanctions pénales.

Cf. P. CANNAT, La genèse du juge de l'application des peines, *Rev. pénit.* 1967, p. 21 sv.

⁴¹⁾ Art. 721 CPP; pour le droit français, cf., en plus des ouvrages indiqués dans la bibliographie, J. LÉAUTÉ, Le juge de l'application des peines et le nouveau Code de procédure pénale français, *RPS* 75 (1959), p. 337 sv.; J. MALHERBE, Le juge de l'application des peines, *Rev. sc. crim.* 1959, p. 635 sv.; L. PONS, Le rôle du juge dans l'application des peines, *Rev. sc. crim.* 1962, p. 574 sv.; X. HOURCADE, L'action du juge de l'application des peines, thèse Bordeaux 1968 (dactyl.) et B. DUTHEILLET - LAMONTHEZIE, Les problèmes actuels de l'application des peines, *L'information psychiatrique* 49 (1973) n. 1, p. 43 sv.

⁴²⁾ Cf. S. WALCZAC, Le nouveau Code pénal exécutif polonais (introduction au texte français du Code pénal exécutif de la République populaire de Pologne), Varsovie 1970, p. 3 sv. En ce domaine, la Pologne a une longue tradition: l'idée d'un code de l'exécution fut préconisée par le professeur RAPPAPORT déjà en 1930. Dès lors, le principe de l'intervention du juge dans la phase postérieure au jugement s'est imposée tant en doctrine que dans la pratique pénitentiaire. Le code pénal exécutif du 19 avril 1969 est l'expression législative la plus récente de cette évolution. Cf. G. SLIWOWOSKI, Il nuovo codice dell'esecuzione penale in Polonia, *Rassegna di studi penitenziari* 1970, p. 201 sv. et S. PLAWSKI, Le Code de procédure pénale et le Code d'exécution des peines de Pologne, *Rev. sc. crim.* 1970, p. 324 sv. L'expression de « code pénal exécutif » ne paraît pas très heureuse; le professeur RAPPAPORT parlait plus justement du « code d'exécution des peines ».

C'est d'autant plus frappant que l'Allemagne fut très opposée à l'intervention du juge dans l'exécution. Cependant, en 1953, le législateur allemand fait de la libération conditionnelle une institution judiciaire, qui ressortit au tribunal de jugement⁴³⁾, alors qu'en France ou en Italie, par exemple, cette décision était prise, à l'époque par le Ministère de la Justice⁴⁴⁾. Les réformes actuellement à l'étude iront vraisemblablement plus loin; elles aboutiront peut-être à la création de véritables « tribunaux de l'application des peines », qui prendront toutes les décisions importantes en cours d'exécution⁴⁵⁾. L'Autriche suit une évolution pareille: depuis 1960, c'est une autorité composée de trois juges qui statue la libération anticipée⁴⁶⁾.

D'autres Etats demeurent fidèles au principe de la compétence administrative en matière d'exécution. Toutefois, la crainte de voir les pouvoirs de l'administration s'enfler de plus en plus a incité des législateurs à créer des organes de surveillance comprenant des magistrats de l'ordre judiciaire. Ce système de commission constitue l'une des formes les plus anciennes de surveillance de l'exécution, et aujourd'hui encore il jouit d'une grande

⁴³⁾ § 26 CP. C'est la motion votée au XIIème Congrès pénal et pénitentiaire qui incita l'Allemagne fédérale à modifier sa législation et à conférer plus de pouvoirs à l'autorité judiciaire dans l'application des peines. La résolution mise au point à La Haye en 1950 préconisait que « le pouvoir de libérer et de choisir les conditions soit confié à une autorité impartiale, compétente et complètement éclairée sur tous les aspects des cas individuels qui lui sont soumis » (Douzième Congrès pénal et pénitentiaire international, P. V. des séances, La Haye 1950, vol. I, p. 468). Cf. Regierungsvorschlag zum 3. Strafrechtsänderungsgesetz, du 4 août 1953, p. 31.

⁴⁴⁾ En Italie, le juge qui a rendu le jugement est toutefois compétent pour ordonner la réintégration. L'attribution de l'ensemble des compétences en matière de libération conditionnelle à l'autorité judiciaire, et plus particulièrement au juge de surveillance, n'est, selon l'avis d'un magistrat du Ministère de la Justice, « qu'une question de temps »; cf. G. CAMERINI, La grazia, la liberazione condizionale e la revoca anticipata delle misure di sicurezza, Padoue 1967, p. 99.

En France, la loi n. 72-1226 du 29 décembre 1972 a confié au juge de l'application des peines le pouvoir d'accorder la libération conditionnelle, si la peine à subir n'excède pas trois ans à compter de l'incarcération (art. 730 CPP nouveau).

⁴⁵⁾ L'institution d'un tribunal spécial est un postulat de tous les plans de réforme: le juge de l'exécution a fait l'objet d'un large débat lors de la 43ème assemblée des juristes allemands en 1960 (cf. notamment l'intervention du professeur JESCHECK, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentags, Munich 1960, t. II — Sitzungsberichte —, p. 7); le projet gouvernemental de 1962 (cf. Entwurf eines Strafgesetzbuches, E 1962, mit Begründung, in: Bundesratsvorlage, Drucksache, 200-62, p. 206) et le projet « alternatif » (cf. § 48 et 73 du Alternativ-Entwurf) en admettent le principe, et les deux rapporteurs allemands au Congrès de Rome de 1969 en ont défendu l'idée avec vigueur (cf. K. PETERS, Rev. int. de dr. pén. 1970, p. 385 sv. et H. TRÖNDLE, ibid., p. 409 sv.).

Ces prises de position ont porté leurs fruits: la « deuxième loi portant révision au code pénal » (Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts du 4 juillet 1969), dont l'entrée en vigueur est imminente, prévoit la création d'un tribunal de l'exécution des peines. Cf. R. THOMANN, Das Vollstreckungs- und Vollzugsgericht, Stuttgart 1973.

⁴⁶⁾ Cf. § 16 Gesetz über die bedingte Verurteilung und die bedingte Entlassung de 1949, révisé par la Strafrechtsänderungsgesetz de 1960.

faveur. Cependant, cette solution paraît résulter de tendances contradictoires et n'est en définitive qu'un compromis. Les pays nordiques paraissent témoigner de l'intérêt pour les organismes spécialisés formés de techniciens et inspirés du système américain⁴⁷⁾. Il en va autrement en Belgique, aux Pays-Bas et même en Suisse, où la tendance est à l'augmentation du nombre des magistrats dans les commissions de surveillance⁴⁸⁾. En tous les cas, ces organismes sont dotés d'une compétence toujours plus large, au point qu'ils assument des fonctions quasi-juridictionnelles, dont il n'est pas toujours aisé de définir la véritable nature juridique.

En résumé, la période qui suit la seconde guerre mondiale a vu la réalisation de quelques réformes législatives en faveur de l'intervention judiciaire dans l'exécution. Le débat doctrinal n'en est pas pour autant épuisé. Il n'est même pas possible de mentionner toutes les contributions qui ont abordé le problème. Tout au plus convient-il de souligner l'apport des pénalistes belges, français et luxembourgeois en 1951⁴⁹⁾: vingt ans après la réunion de la Société générale des prisons, ce fut l'occasion d'entendre les mêmes arguments et les mêmes réserves pour ou contre la participation du juge à l'exécution. Mais ces années de réflexions et d'expériences dans un certain nombre d'Etats ont donné une consistance plus solide au débat. La thèse de l'intervention judiciaire semble de plus en plus s'imposer.

En 1969, le Xe Congrès de l'Association internationale de droit pénal se déroule à Rome. A nouveau la question du rôle du juge dans l'application des peines est à l'ordre du jour⁵⁰⁾. En termes très généraux, les conclusions adoptées à Rome insistent sur la nécessité d'une intervention judiciaire dans la phase postérieure au jugement. La présence du magistrat doit être assurée notamment lorsque « les modifications des modalités de l'exécution de la peine et de la mesure de sûreté (...) affectent la décision du juge »⁵¹⁾.

Il est certainement très malaisé de vouloir condenser en quelques phrases

⁴⁷⁾ Cf. p. ex. XIèmes Journées Franco-Suédoises de défense sociale, Discussion sur le système pénitentiaire suédois, Rev. sc. crim. 1969, p. 469 sv.

⁴⁸⁾ Cf. M. ANCEL, La participation du Juge . . . , op. cit., p. 12 et C. DE BRIEY, op. cit. p. 73 sv.; v. en outre ci-après Première partie, chapitre III, section II.

⁴⁹⁾ Cf. Journées franco-belgo-luxembourgeoises de science pénale, Paris 1951, op. cit.

⁵⁰⁾ Troisième question: « Le rôle du tribunal dans la détermination et l'application des peines », cf. Rev. int. de dr. pén. 1970, 51 sv. et 319 sv.

⁵¹⁾ Ibid. p. 11.

un problème aussi vaste. La résolution de Rome nous paraît néanmoins par trop laconique, et si on la rapproche de celle votée à Paris, lors du IVe Congrès de l'Association internationale de droit pénal, on a de la peine à croire que plus de trente ans les séparent.

V.

Le bref tableau que nous venons de brosser nous permet d'affirmer que le problème de la participation du juge à l'exécution est très actuel. Depuis la fin du siècle passé, un vaste débat scientifique s'est amorcé, qui s'est concrétisé par certaines réformes législatives importantes, signe d'une profonde transformation qui conduira nécessairement à une révision des conceptions de la répression.

Ce qui nous intéresse ici, c'est de connaître la position suisse. Et d'emblée, il faut confesser qu'il n'est pas facile de l'exposer. Nous savons que la constitution fédérale opère une dichotomie très particulière: s'il appartient à l'Etat central d'établir la législation pénale, les Etats fédérés assument l'administration de la justice et pourvoient en particulier à l'exécution.

Et aussitôt surgit un premier problème: l'intervention du juge dans l'exécution ressortit-elle au droit de fond, c'est-à-dire au droit fédéral, ou à la législation cantonale?

Il est évident que si la Confédération établit les sanctions, elle ne peut pas s'en remettre totalement aux cantons quant à l'exécution, car le risque serait trop grand de provoquer des inégalités de traitement propres à nuire à l'objectif commun: la lutte contre la criminalité.

Comme nous le verrons, le droit fédéral impose l'intervention judiciaire essentiellement lorsqu'une décision concernant l'exécution implique la constatation préalable de faits, et, pour le surplus, la Confédération abandonne aux cantons le soin de désigner l'autorité compétente en matière d'exécution.

Les cantons ont-ils profité de cette liberté pour suivre le courant constaté à l'étranger?

Apparemment ils ne lui ont consacré qu'une attention distraite. Des problèmes importants ont été ainsi réglés par voie d'ordonnance, voire de façon pragmatique.

Disons-le franchement: en Suisse, il ne semble pas que les législateurs — tant celui de la Confédération que celui de chacun des cantons — aient eu une vue d'ensemble du problème qui nous préoccupe ici.

Pour apprécier la situation, il conviendra de nous pencher tout d'abord sur le problème des attributions respectives de la Confédération et des cantons, qui n'a peut-être pas été examiné jusqu'ici, par la doctrine, avec une attention suffisante, avant d'examiner la place réservée à l'intervention judiciaire aux différents stades de l'exécution (Première partie).

Nous pourrons ensuite tenter d'esquisser les solutions souhaitables, non sans avoir fait allusion à l'expérience du droit des mineurs (Seconde partie).

PREMIERE PARTIE

LE PROBLEME DE L'INTERVENTION JUDICIAIRE
« DE LEGE LATA »

CHAPITRE PREMIER

L'ENSEIGNEMENT DE L'HISTOIRE

Les difficultés que l'on rencontre en voulant donner un visage un peu plus précis à l'exécution et l'intégrer dans un système cohérent, viennent, à notre avis, d'une dysharmonie dans l'évolution des notions et des règles avec lesquelles nous opérons dans ce domaine. Les nouvelles situations qui se sont créées grâce au progrès de la connaissance et des idées n'ont en effet pas entraîné les réformes souhaitables des structures et de certains principes fondamentaux.

Cette dysharmonie est particulièrement évidente lorsque l'on considère l'évolution de l'exécution des peines par rapport à celle de la politique criminelle et des autres sciences sociales ¹⁾.

Pour bien comprendre la situation actuelle il est donc indispensable de remonter à ses principes de base: on rappellera la politique de STOOSS dans son premier avant-projet, avalisée par la 1ère Commission d'experts, et la modification constitutionnelle de 1898 qu'elle inspira.

SECTION I: *La position de CARL STOOSS et des premiers avant-projets de code pénal suisse*

Le but poursuivi par STOOSS était à la fois simple et ambitieux: définir une lutte rationnelle et efficace contre la criminalité ²⁾. Les moyens suggérés pour la réalisation de cette politique sont connus: l'introduction, à côté de la peine classique, des mesures de sûreté.

¹⁾ Cf. p. ex. H. MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht und Strafvollzugsreform*, *Monatsschrift für Kriminologie* 1972, p. 19 sv.

²⁾ Cf. C. STOOSS, *Der Kampf gegen das Verbrechen*, Berne 1894.

Dans la mise en oeuvre de ces moyens, le juge va prendre une place considérable, en raison surtout de l'importance grandissante de la doctrine de l'individualisation de la sanction.

Mais le problème de l'intervention du juge dans l'exécution ne se pose pas.

A l'époque de l'avant-projet, on n'a pas encore fait l'expérience du système préconisé de réaction sociale, dont on n'est pas à même de mesurer toutes les conséquences. La doctrine n'a d'ailleurs pas encore envisagé l'intervention du juge dans le domaine de l'exécution.

Le problème alors en discussion est de savoir si le code pénal devrait préciser le mode d'exécution, ce qui sera finalement résolu par l'affirmative, pour éviter une trop grande hétérogénéité entre les cantons, et surtout pour bien différencier la réclusion, l'emprisonnement et les différentes mesures.

Pour le juriste de ce temps il ne fait aucun doute que l'exécution est l'affaire exclusive de l'administration. Le prononcé du jugement implique le désaisissement de l'autorité judiciaire et le condamné est remis au bras séculier pour subir la sanction infligée. Le principe de la séparation des pouvoirs ne prescrit-il pas que « le législateur fixe la peine, le juge la prononce et l'administration la fait exécuter »³⁾?

Ainsi, pour STOOSS, la libération conditionnelle, l'une des décisions les plus importantes de cette phase d'exécution, sera généralement accordée par l'autorité de surveillance de l'établissement, soit, selon les cantons, par le Conseil d'Etat, le département de justice ou une commission spéciale⁴⁾. Du juge il n'en est pas question. Le juge fédéral CORNAZ en fait, il est vrai, une brève mention, mais c'est pour l'exclure d'emblée, son souci étant d'« éviter au condamné une nouvelle comparution devant un tribunal »⁵⁾.

³⁾ Cette formule est reprise par J. PINATEL, *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale*, Paris 1950, p. 90. Cet auteur semble cependant donner un sens très restrictif à la notion d'exécution: il dénonce comme une « anomalie flagrante » et une violation du principe de la séparation des pouvoirs, les compétences reconnues au Ministre de la Justice en matière de libération conditionnelle (Journées franco-belgo-luxembourgeoises, 1951, p. 92) et affirme que « la direction de l'exécution appartient à un juge » (La société criminogène, Paris 1971, p. 269).

⁴⁾ Cf. P. V. 1ère Comm. d'experts, vol. I, p. 159.

⁵⁾ *Ibid.*, p. 160.

STOOSS n'avait en fait pas une confiance absolue dans le juge. Il avait ainsi envisagé la création d'une commission centrale, formée de spécialistes, qui examinerait le problème des multirécidivistes: il estimait que les juges ne connaissaient pas suffisamment l'homme et qu'ils se montreraient un peu trop hésitants à prescrire ce traitement de neutralisation⁶⁾.

Il convient de rappeler que le juge n'était à l'époque qu'un « milicien »: la charge avait un caractère honorifique et était exercée en marge d'autres occupations professionnelles⁷⁾.

L'idée d'associer le juge à l'exécution, et plus particulièrement à l'application des sanctions, est beaucoup plus tardive. Elle sera surtout défendue par le professeur LUDWIG. La position de ce dernier reste cependant classique et il ne s'agit pas pour lui d'inscrire ce principe dans le code pénal. Les raisons invoquées sont d'un autre ordre; M. LUDWIG estime que c'est un devoir du juge de suivre le condamné⁸⁾ et, en un sens, on peut y voir une préoccupation sociale.

On constate donc que le premier avant-projet de code pénal ne prévoit pas l'intervention du juge pénal dans l'application des sanctions. Il y a plusieurs raisons à cela: cette intervention paraît contraire au principe de la séparation des pouvoirs, d'autre part, STOOSS est, comme on l'a vu, sceptique quant à la qualification du juge, en outre on est très sensible, surtout en Suisse allemande, à une certaine philosophie kantienne qui attribue à la peine une fonction d'expiation. A cela il faut ajouter des considérations d'ordre constitutionnel.

SECTION II: *Les données du droit constitutionnel*

Le partage des compétences entre la Confédération et les cantons est réglé, pour le domaine qui nous concerne, dans les deux premiers alinéas de l'art. 64 bis de la Constitution fédérale: « la Confédération a le droit de légiférer en matière de droit pénal » (al. 1), tandis que « l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé » (al. 2). L'abondante litté-

⁶⁾ Ibid., p. 174 et 185.

⁷⁾ Cf. F. CLERC, *Le procès pénal en Suisse romande*, op. cit., p. 26.

⁸⁾ Cf. RPS 44 (1930), p. 278.

rature, les multiples exceptions qui ont été apportées à cette règle, témoignent de l'embarras que suscite toute tentative d'établir des compétences différentes selon qu'il s'agit de droit matériel ou de forme.

En fait, si l'on tente de définir plus clairement cette ligne de partage, on est bien obligé de conclure que cette disposition constitutionnelle est fort mal rédigée et qu'elle est la source d'interprétations souvent très différentes.

Pour le constituant de 1898 il s'agissait avant tout d'atteindre un objectif fondamental, qu'un parlementaire a d'ailleurs fort bien résumé: disposer d'un code pénal qui ne coûte que les frais d'impression. En clair cela voulait dire que la Confédération faisait la loi fédérale, mais son application, et surtout les frais que cela comportait, étaient à la charge des cantons. Les conséquences de ce principe ont cependant échappé en partie aux rédacteurs du texte constitutionnel.

La règle de partage que nous venons de rappeler ne mentionne nullement l'exécution des peines. Seul le troisième alinéa de l'art. 64 bis de la Constitution y fait allusion: « la Confédération a le droit d'accorder des subventions pour la construction d'établissements pénitentiaires, de maisons de travail et de correction, ainsi que pour les réformes à réaliser dans l'exécution des peines ».

Nous savons que le droit d'allouer des subventions ne peut constituer une assise suffisante pour une compétence propre de la Confédération⁹⁾. Faut-il conclure à une lacune ou admettre tout simplement qu'en vertu de la règle fondamentale de l'art. 3 de la Constitution l'exécution est du ressort des cantons? L'absence d'une règle expresse pourrait cependant avoir aussi une autre justification: l'exécution est une partie intégrante de l'un des domaines mentionnés au premier ou au deuxième alinéa de l'art. 64 bis de la Constitution.

Il paraît maintenant évident qu'une réponse définitive à cette question n'est possible que si l'on précise auparavant le sens et la nature de l'exécution.

⁹⁾ Cf. FLEINER-GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1965, p. 71.

Le terme d'exécution des peines fait l'objet de nombreux malentendus et est souvent employé pour exprimer des idées fort différentes.

Ainsi, au Congrès de Rome de 1969, les rapporteurs de la troisième question, qui avaient à traiter de l'intervention du juge dans l'application des peines, ont souvent confondu cette notion avec l'exécution du jugement ou avec la fixation de la peine¹⁰⁾. Le problème s'est posé aussi en France en 1958, où on a préféré la dénomination de « juge de l'application des peines » à celle de « juge de l'exécution » pour bien indiquer que le juge n'exerçait pas les fonctions exécutives dévolues au parquet¹¹⁾.

Le jugement définitif étant rendu, il s'agit de l'exécuter; la notion d'« exécution » recouvre en fait plusieurs sens, qu'il importe d'inventorier et de bien distinguer.

Nous avons tout d'abord un ensemble de mesures qui règlent la « mise en oeuvre du jugement »: libérer le prévenu acquitté ou le remettre aux autorités pénitentiaires s'il a été condamné, recouvrer une amende, retirer le permis de conduire, bref, tous ces actes qui contribuent à traduire dans les faits la décision du tribunal et qui entrent incontestablement dans le cadre de l'administration de la justice (art. 64 bis al. 2 Cst. féd.).

La peine n'est cependant plus conçue comme une simple rétribution et le jugement ne représente plus véritablement la fin du procès: le choix d'une sanction a cessé d'être une fin en soi et à la notion de punition s'est ajoutée une finalité thérapeutique, dont l'objectif essentiel est d'éviter la récidive et, dans certains cas, de réintégrer le délinquant dans la société.

Le code pénal suisse a donné au juge la possibilité d'intervenir pour adapter, compléter ou modifier sa décision, en fonction de la situation nouvelle qui peut se créer: il s'agira ainsi d'établir si les conditions légales sont données pour ordonner la mise à exécution d'une peine suspendue, la conversion en arrêts d'une amende fautive impayée, la suspension à titre d'essai de l'expulsion ou la cessation des effets de la condamnation.

¹⁰⁾ Cf. Rev. int. de dr. pén. 1970, p. 321.

¹¹⁾ Cf. Rev. pénit. 1970, p. 227.

Ce sont des décisions de nature contentieuse, qui impliquent l'examen d'un problème de droit de fond et qui ont leur place dans le code pénal. C'est ce que nous appellerons l'« exécution des jugements ».

Le législateur fédéral ne pouvait entreprendre une lutte efficace contre la criminalité qu'à la condition d'en préciser les moyens et de donner un sens concret à la réaction sociale que l'on entendait promouvoir: c'était définir le régime d'application des peines et des mesures, préciser les modalités du régime progressif, bref, donner un contenu tangible au traitement ordonné par le juge. Cette tâche ressortissait à la loi pénale au sens de l'art. 64 bis al. 1 Cst. féd. et ce n'est que dans la mesure où le législateur fédéral ne réglait pas tout le domaine que les cantons pouvaient établir des dispositions portant sur l'« application des sanctions »¹²⁾.

Il appartenait en revanche aux cantons de mettre sur pied les équipements nécessaires à l'application des sanctions, de supporter en particulier les frais des établissements, de leur gestion et de leur personnel, et de désigner les autorités compétentes pour la mise en oeuvre du régime d'application des peines et des mesures. Tout cela entre dans le cadre de l'administration de la justice (art. 64 bis al. 2 Cst. féd.), la Confédération ayant uniquement le droit d'accorder des subventions pour l'aménagement de ces institutions.

¹²⁾ La doctrine allemande fait la distinction entre « Strafvollstreckung », notion qui recouvre l'ensemble des prescriptions qui règlent la mise à exécution des sentences pénales, et « Strafvollzug », qui comprend en revanche l'exécution des peines et des mesures qui sous-entendent une idée de traitement (cf. K. PETERS, Staatslexikon, Fribourg-en-Brigau 1962, vol. VII, p. 779). En Allemagne le terme de « Strafvollzug » ne se réfère qu'à l'exécution des sanctions privatives de liberté (cf. p. ex. H. H. JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 2ème éd., Berlin 1972, p. 12), ce qui correspondrait, en français, au régime pénitentiaire. Nous pensons cependant qu'au stade de leur exécution les peines pécuniaires posent aussi des problèmes particuliers d'individualisation, qui ont une certaine analogie avec ceux de l'exécution des peines privatives de liberté (cf. ci-après, chapitre III, Section I). La notion d'« application des sanctions pénales », telle que nous l'entendons, a donc un sens un peu plus large que le terme allemand de « Strafvollzug ».

La distinction entre « Strafvollstreckung » et « Strafvollzug » est le plus souvent ignorée en Suisse (cf. A. HAÜSLER, Die Strafvollstreckung im Kanton Bern, th. Berne 1939, p. 9, et P. THORMANN - A. v. OVERBECK, Das schweizerische Strafgesetzbuch, vol. II, p. 552 sv. au sujet du titre marginal de l'art. 374).

Les décisions prises par le juge après le prononcé du jugement, et que nous avons groupées sous la dénomination d'« exécution des jugements », pourraient être traduites en allemand par « Urteilsvollstreckung »; avec la terminologie allemande on distinguerait ainsi très précisément les différents sens que recouvre la notion d'« exécution » et que nous avons tenté de préciser. Le terme de « Urteilsvollstreckung » n'est cependant pas employé en ce sens par le législateur et par la doctrine, mais désigne généralement la « mise à exécution du jugement ».

Ces distinctions étant faites, le texte constitutionnel et même l'économie du code pénal suisse n'apparaissent plus aussi incohérents que d'aucuns veulent bien le prétendre ¹³⁾.

Le système adopté se basait sur une conception claire, alors guère discutée, de la division du travail entre la justice, qui juge, et l'administration, qui exécute. L'idée de l'intervention judiciaire dans l'application des sanctions n'était pas encore à la mode à l'époque, et elle n'est apparue que postérieurement au dépôt du projet de code pénal suisse. S'il s'était avisé de l'imposer, le législateur fédéral se serait d'ailleurs mis en contradiction avec l'art. 64 bis Cst. féd.: l'organisation nécessaire à l'application des sanctions est constitutionnellement l'affaire des cantons, même si, comme nous le pensons, cette matière est de droit fédéral.

¹³⁾ Le code semble toutefois faire une certaine confusion entre les différents sens du terme exécution: le titre huitième, consacré à l'« exécution des peines » et au « patronage », traite en réalité aussi bien de la « mise à exécution des jugements » (art. 374 obligation d'exécuter les jugements, art. 375 imputation de la détention préventive, art. 380 et 381 exécution des jugements infligeant une peine pécuniaire, des frais, des confiscations, des dévolutions à l'Etat et attribution du produit) que de l'« application des sanctions » (art. 376 à 378 réglementation du pécule et art. 379 patronage).

CHAPITRE II

L'INTERVENTION DU JUGE DANS L'EXECUTION DU JUGEMENT

Nous savons que le code pénal a pour mission de lutter contre la criminalité par des moyens que seul un jugement peut mettre en oeuvre. Cependant, l'impossibilité de tout établir et tout envisager au moment même de la sentence a amené progressivement le législateur à prévoir toute une série de mécanismes qui permettent de mieux adapter la réaction sociale à la finalité ainsi définie.

Le code a donc confié au juge les décisions qui concernent l'exécution des jugements, dans la mesure où la lutte contre la criminalité est en jeu. C'est le juge qui est habilité à révoquer le sursis (art. 41 ch. 3 al. 1 et 2), à décider dans quelle mesure la peine suspendue au profit d'une mesure thérapeutique doit être exécutée (art. 43 ch. 3, 44 ch. 5), à ordonner la conversion en arrêts d'une amende (art. 49 ch. 3) et à mettre fin à certains effets du jugement (art. 77-80).

En d'autres termes, le code pénal charge le juge de s'occuper du contentieux que suscite le jugement, et on observera que les décisions prises en l'espèce sont toujours susceptibles de recours judiciaires, en dernier lieu au Tribunal fédéral par pourvoi en nullité.

Nous verrons en revanche que le code pénal ne fait aucune place au juge dans l'application des sanctions, notamment dans la mise en oeuvre du traitement et sa modification en cours d'exécution.

SECTION I: *Les attributions du juge dans l'exécution du jugement*

En ce domaine, les attributions du juge touchent aux peines et mesures privatives de liberté (1.), aux peines pécuniaires (2.), aux peines accessoires (3.) ainsi qu'aux effets du jugement (4.).

1. Nous venons de relever à quel point il peut être difficile de tout dire et tout prévoir dans les étroites limites d'un verdict. Dans certaines situations particulières il est ainsi apparu de bonne politique criminelle de laisser au tribunal la possibilité de prononcer une condamnation, tout en faisant abstraction de l'exécution de la peine, quitte à y revenir plus tard si le condamné se montre indigne de la confiance qu'on lui a témoignée: nous faisons allusion à l'institution du sursis (art. 41).

Si pour la plupart de ceux qui sont ainsi mis au bénéfice de la suspension conditionnelle de la peine l'expérience se termine sans encombre¹⁾, certaines interventions peuvent toutefois se révéler souhaitables, voire nécessaires, pendant le délai d'épreuve: les règles de conduite pourront alors être précisées ou modifiées, un avertissement formel pourra être adressé au sursitaire récalcitrant et, dans les cas les plus graves, la révocation pure et simple du sursis devra être décidée.

En raison de la personnalité particulière du délinquant, il peut aussi paraître au tribunal plus urgent d'ordonner des mesures spécifiquement thérapeutiques et d'attendre leur résultat avant même d'examiner si et dans quelle mesure il convient d'ordonner l'exécution de la peine prononcée. C'est le principe qui a été retenu par le législateur, dans certaines circonstances bien déterminées, pour les délinquants à responsabilité restreinte (art. 43) ainsi que pour les buveurs invétérés et les toxicomanes dont l'état justifie que l'on sursoie à l'exécution de la peine (art. 44).

Ces décisions ne mettent pas en cause le principe de la condamnation tel qu'il a été établi par la juridiction de jugement. Elles portent néanmoins sur des modalités essentielles du jugement, en ce sens qu'elles le complètent, et ne sont en définitive qu'une partie différée de celui-ci²⁾. Les nou-

¹⁾ Cf. PH. GRAVEN, *La réforme pénale européenne et la revision partielle du code pénal suisse*, RPS 85 (1969), p. 234.

²⁾ ALFRED GAUTIER s'opposa en ces termes à une proposition de la Commission pénitentiaire, tendant à faire de la révocation du sursis une attribution de l'« autorité compétente »: « L'octroi du sursis est inscrit dans un jugement; s'il doit être révoqué ce ne peut être que par un jugement » (P. V. 2ème Comm. d'experts, vol. IX, p. 127).

velles dispositions concernant le placement dans une maison d'éducation au travail des jeunes adultes sont à cet égard encore plus significatives: en cas d'échec, le juge peut non seulement ordonner l'exécution des peines précédentes suspendues par le prononcé de cette mesure (art. 100 ter ch. 3)³⁾, mais aussi décider une nouvelle peine ou une nouvelle mesure (art. 100 ter ch. 4). Cette décision ressemble à l'évidence à un nouveau jugement⁴⁾.

Cette action prolongée au-delà du jugement, devait constituer l'un des traits essentiels du système mis en oeuvre par le code pénal suisse. Seul le juge pouvait être désigné pour trancher ces questions⁵⁾.

La récente revision du code a apporté certaines précisions et a conféré une plus grande souplesse à l'intervention du juge dans ce domaine.

Le juge peut ainsi modifier les règles de conduite imposées au moment de l'octroi du sursis (art. 41 ch. 2 al. 2), et il a la possibilité, si l'application d'une mesure de sûreté se révèle inconcluante, d'ordonner une autre mesure au lieu de l'exécution de la peine (art. 43 ch. 3 al. 3 et 44 ch. 3 al. 2).

Les décisions du juge au cours de cette phase sont très délicates: une peine de prison exécutée longtemps après la commission de l'infraction peut compromettre définitivement les résultats — aussi minces soient-ils — obtenu grâce à une mesure thérapeutique, et par la même la possibilité de réintégrer le délinquant dans la société. Il faut par conséquent approuver le législateur de 1971 d'avoir imposé au juge l'obligation de prendre l'avis

³⁾ Contrairement à ce qui vaut pour les autres mesures de sûreté, la juridiction de jugement peut ordonner le placement en maison d'éducation au travail à titre de sanction principale, sans prononcer de peine (art. 100 bis ch. 1). L'application de cette mesure suspend l'exécution de la peine devenu exécutoire à la suite de la nouvelle infraction (art. 38 ch. 4 al. 5 et 41 ch. 3 al. 4).

⁴⁾ La loi ne dit pas sur la base de quels principes doit être prononcée cette peine ou cette mesure subséquente: le législateur de 1971 n'a peut-être pas vu tous les problèmes que pouvait soulever l'introduction du système moniste. En ce sens, cf. H. SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Berne 1973, vol. II, p. 137.

⁵⁾ L'intervention judiciaire dans le cadre de la révocation du sursis est une idée relativement moderne: le projet STOOSS ne l'avait nullement envisagée et prévoyait uniquement un système de révocation automatique en raison d'un nouveau délit (art. 46 de l'Avant-projet de 1893). Le projet du Conseil fédéral de 1918 laissait encore certaines prérogatives aux autorités de patronage, notamment pour adresser l'avertissement formel au condamné qui ne respecterait pas les règles de conduites imposées par le juge (art. 39 du Projet de 1918). La pleine compétence du juge ne fut admise que lors des débats parlementaires (Cf. Bulletin sténographique de l'Ass. féd., Conseil national, 1928, p. 665).

d'un médecin avant de se prononcer. Cette disposition n'est toutefois valable que pour les condamnés anormaux (art. 43 ch. 5 al. 1); pour les alcooliques et les toxicomanes seul l'avis de l'« autorité compétente », voire celui de la direction de l'établissement, a été jugé nécessaire (art. 44 ch. 3 al. 1 et ch. 5).

Le juge doit-il imputer la durée de la privation de liberté consécutive à l'exécution d'une mesure de sûreté sur la peine suspendue? Le problème a été résolu par l'affirmative (art. 43 ch. 5 al. 2 et 44 ch. 5): le juge ne peut donc plus décider tout à fait librement dans quelle mesure la peine doit encore être exécutée; en ce sens on peut parler d'une certaine restriction de ses pouvoirs. Cette disposition est cependant justifiée: la mesure de sûreté est ressentie comme une peine par le condamné et ce serait gravement ignorer les principes fondamentaux d'un Etat fondé sur le droit que d'ordonner l'exécution de la peine sans tenir compte du temps passé dans un établissement spécialisé.

Telle qu'elle est rédigée, la loi ne semble toutefois prévoir l'imputation que dans les cas où l'application de la mesure a été couronnée de succès. S'agit-il d'une inadvertance du législateur? Ou faut-il penser, comme le professeur SCHULTZ ⁶⁾, que l'on a voulu tout simplement rejeter la responsabilité de l'échec sur le condamné, le punir en quelque sorte de ne pas avoir profité du traitement que l'on avait choisi pour lui? Le texte de l'art. 100 ter ch. 4 semble corroborer cette dernière interprétation: aucune indication n'est fournie au juge sur une imputation éventuelle du temps passé dans une maison d'éducation au travail, lorsqu'il s'agit, par suite de l'échec de cette mesure, de prononcer la peine subséquente.

Nous ne pouvons croire que le législateur ait voulu un tel résultat. Ainsi que l'expérience le prouve, l'insuccès des mesures thérapeutiques n'est le plus souvent que la conséquence d'une faute de l'autorité de jugement ou d'exécution dans le choix et dans l'application du traitement ainsi que de l'insuffisance des moyens à disposition. Il est peu digne d'un Etat social moderne de se dérober ainsi à ses obligations, et d'imputer la responsabilité d'un échec à l'un de ses membres, fût-il un condamné.

2. Longtemps considérée comme une sanction d'intérêt secondaire,

⁶⁾ H. SCHULTZ, *Dreissig Jahre schweizerisches Strafgesetzbuch*, RPS 88 (1972), p. 39 sv.

l'amende semble devoir jouer un rôle grandissant, non seulement dans la lutte contre les infractions de moindre importance — comme cela était admis déjà depuis un certain temps — mais aussi pour combattre certaines formes plus graves de la criminalité⁷⁾.

Profitant des critiques de plus en plus virulentes dont la prison est l'objet, la peine pécuniaire tend à se substituer progressivement à la peine privative de liberté⁸⁾. Moins corruptrice qu'une peine de détention — surtout de courte durée — elle peut être aussi plus intimidante, car l'accoutumance à l'amende paraît plus rare que l'accoutumance à la prison, et il est ainsi possible qu'elle exerce une véritable action « resocialisante »⁹⁾: l'amende a été appelée, par conséquent, à avoir une place d'une certaine importance dans le code pénal suisse¹⁰⁾.

De par sa nature et à cause des aléas de la vie économique, la peine pécuniaire présente cependant des difficultés particulières, aussi bien au stade de sa détermination que de son application. Ainsi, en dépit des différentes possibilités prévues par le code pour faciliter le recouvrement de l'amende — et que nous examinerons dans le chapitre suivant — il est assez fréquent que le jugement infligeant une peine pécuniaire ne puisse être exécuté. Le problème a été résolu chez nous par le principe de la conversion de l'amende en arrêts, à moins que le condamné n'apporte la preuve qu'il est, sans faute de sa part, dans l'impossibilité de payer (art. 49 ch. 3). L'exécution de la peine privative de liberté ainsi prononcée peut être suspendue, conformément aux dispositions concernant le sursis (art. 49 ch. 3 al. 3)¹¹⁾. Les décisions concernant la conversion portent sur des problèmes de droit de fond et de nature contentieuse; elles exigent donc l'intervention du juge (art. 49 ch. 3).

⁷⁾ Cf. p. ex. le compte rendu des travaux de l'assemblée de 1973 de la Société allemande de droit comparé (Section de droit pénal), in: *Juristenzeitung* 1973, p. 747 sv et, sur l'évolution de ces dernières années en Allemagne fédérale et en Autriche, H.H. JESCHECK, *Die Kriminalpolitik der deutschen Strafrechtsreformgesetze im Vergleich mit der österreichischen Regierungsvorlage 1971*, in: *Festschrift für WILHELM GALLAS zum 70. Geburtstag*, Berlin 1973, p. 40 sv.

⁸⁾ Considérée même par certains comme la « Hauptstrafe der Zukunft » (H. ZIPF, *Die Geldstrafe in ihrer Funktion zur Eindämmung der kurzen Freiheitsstrafe*, Berlin 1966, p. 47).

⁹⁾ Cf. H. SCHULTZ, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts*, op. cit., vol. I, p. 43.

¹⁰⁾ Cf. M. ALI HASSAN, *L'amende pénale dans les droits modernes et spécialement dans le code pénal suisse*, Paris 1959.

¹¹⁾ Cf. E. TANNENBLATT, *Die Umwandlung einer Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe*, th. Berne 1945.

3. Nous savons que la doctrine distingue les peines accessoires des peines principales et que cette distinction a été reprise par le code pénal. Certaines peines accessoires sont en réalité des mesures de sûreté¹²⁾ et peuvent atteindre le condamné beaucoup plus durement. En dépit de toutes les critiques que l'on peut faire à son adresse¹³⁾, il est incontestable qu'en l'état actuel des choses l'expulsion constitue un instrument nécessaire à la lutte contre la criminalité. La situation particulière de notre pays en fait d'ailleurs une mesure à la fois importante et délicate.

STOOSS ne voulait pas de l'expulsion dans son avant-projet, parce qu'il la considérait comme une mesure essentiellement policière. Et s'il se rallia finalement à l'admission de ce « corps étranger », c'est tout simplement parce que l'expulsion administrative était en ce temps encore insuffisamment organisée¹⁴⁾.

La mise au point de l'art. 55 fut assez laborieuse. Ce qu'il nous faut retenir, c'est la faculté laissée au juge de révoquer l'expulsion prononcée, si le condamné se conduit bien pendant le délai d'épreuve de la libération anticipée.

Mais, dans la forme où elle fut votée en 1937, la disposition de l'art. 55 n'était pas très claire et elle pouvait prêter à confusion, notamment sur le point de savoir si la révocation de la décision d'expulsion devait avoir lieu avant que celle-ci soit mise à exécution ou si elle pouvait aussi intervenir quand le condamné avait déjà quitté le pays¹⁵⁾.

La première révision partielle de 1950 fut l'occasion de remettre l'art. 55 sur le métier et de lui donner la formulation que nous lui connaissons aujourd'hui. La décision de suspendre conditionnellement la mesure d'expulsion est désormais prise conjointement avec la décision portant sur l'octroi de la libération anticipée. C'est probablement cette connexité entre les deux institutions qui a induit le législateur à retirer au juge la com-

¹²⁾ En ce sens, cf. H. SCHULTZ, Einführung . . . , op. cit., vol. II, p. 26.

¹³⁾ Cf. en particulier les paroles de P. LOGOZ, citées par G. FOEX, A propos de l'expulsion des étrangers, RPS 73, 1958), p. 140.

¹⁴⁾ Cf. P. V. Ière Comm. d'experts, vol. 1, p. 207 sv.

¹⁵⁾ Cf. V. KURT, Auslegungsrägen zum schweizerischen Strafgesetzbuch, RPS 63 (1948), p. 234 sv. et P. M. TRAUTVETTER, Die Ausweisung von Ausländern durch den Richter im schweizerischen Recht, Winterthur 1957, p. 29.

pétence de suspendre l'expulsion et à en faire une attribution de l'« autorité compétente »¹⁶).

Cette solution présente peut-être certains avantages pratiques, mais elle nous paraît être en contradiction avec le système même du code pénal: la décision qui porte sur la suspension de l'expulsion ordonnée par la juridiction de jugement concerne l'exécution même du jugement et devrait par ce fait relever de la compétence du juge. Sur ce point, le texte primitif de l'art. 55 était donc correct. La libération conditionnelle constitue en revanche un problème de traitement, qui ressortit à l'application des sanctions. Cette distinction a probablement échappé au législateur de 1950.

4. Même après avoir subi intégralement la peine, le condamné ne se retrouve pas dans la situation qui était la sienne avant le jugement: les effets des peines accessoires et la publicité du casier judiciaire se prolongent parfois bien au-delà de l'exécution de la sanction principale et peuvent constituer ainsi un obstacle sérieux à sa réinsertion dans la vie normale. Les difficultés sont telles, que certains y voient non sans raison une cause importante de la récidive et une faillite de la fonction éducative qu'est censée avoir la peine. Ces arguments ont d'ailleurs poussé le législateur à décider l'abolition de l'une des peines accessoires les plus graves, la privation des droits civiques (art. 52 ancien), dont les effets pouvaient frapper durement le condamné longtemps encore après sa libération.

Le code pénal donne la possibilité au condamné qui a subi la peine ou la mesure principale, de s'adresser au juge et de recouvrer la situation légale qu'il a perdue du fait du jugement: la réhabilitation permet de mettre fin de façon anticipée à certaines peines accessoires (art. 77-79) et d'effacer la condamnation inscrite au casier judiciaire (art. 80 et 99).

Une fois encore, nous constatons que le code est cohérent: la réhabilitation touche au jugement même et est par conséquent une attribution du juge. En raison de son objet et des limites rigides qui lui sont imposées, la réhabilitation reste une institution aux dimensions somme toute assez modestes

¹⁶ Aucune mention ne fut faite de ce changement dans le message du Conseil fédéral du 20 juin 1949 ou lors de débats parlementaires.

et le rôle conféré au juge dans cette phase du procès n'est finalement pas très important.

SECTION II: *Les dispositions d'exécution*

Le code pénal a fait appel au juge pour trancher certaines questions importantes qui touchent à l'exécution du jugement ou à ses conséquences, et qui mettent en oeuvre la politique qu'il a définie.

La détermination du juge compétent est en principe l'affaire des cantons.

a) La solution générale

La plupart des législateurs ont désigné le magistrat ou le tribunal qui a rendu le jugement définitif¹⁷⁾. Plusieurs cantons ont eu cependant la sagesse de préciser que, l'orsqu'il s'agit de verdicts de cours d'assises, il appartient aux seuls juges professionnels, voire à l'un d'eux seulement, d'intervenir¹⁸⁾. La participation d'un collège de juges et de jurés ne paraît en effet pas très indiquée pour trancher ce genre de problèmes. Nous estimons parfaitement justifié le régime simplifié que nombre de cantons ont adopté pour le cas où il faut adresser au sursitaire récalcitrant l'avertissement formel prévu par la loi (art. 41 ch. 3 al. 1): en ce cas seul le président de l'autorité de jugement intervient¹⁹⁾.

b) Les exceptions

Le système adopté par ces cantons présente un certain nombre d'inconvénients.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'affaires qui ont été jugées en deuxième instance,

¹⁷⁾ Cf. B. PEIER, *Der Widerruf des bedingten Strafvollzuges*, th. (dactyl.) Bâle 1969, p. 150; F. CLERC, *Le procès pénal en Suisse romande*, op. cit., p. 171 et E. TANNENBLATT, op. cit., p. 37.

¹⁸⁾ C'est le cas p. ex. dans les cantons de Berne, Tessin (Chambre criminelle), Genève (Cour correctionnelle sans jury), Vaud (président du tribunal qui a jugé) et Zurich (Obergericht).

¹⁹⁾ Cf. B. PEIER, op. cit., p. 71 sv. En Thurgovie cette fonction de mise en garde est confiée au juge d'instruction qui s'est occupé de l'affaire (§ 36 al. 3 CPP). Sous l'ancien droit — jusqu'en 1971 — cette tâche incombait au préfet de district (§ 4 LICPS, ancien), ce qui pouvait paraître assez curieux, si l'on considère que le préfet est avant tout un agent de l'exécutif. Il connaissait cependant de quelques infractions et cela a semblé suffire au Tribunal fédéral pour qu'on lui attribue des compétences que le législateur fédéral a entendu confier à un juge (ATF 72 IV 3, JdT 1946 IV 107).

la révocation du sursis, l'exécution de la peine suspendue à la suite de l'application d'une mesure de sûreté et la conversion de l'amende en arrêts doivent être prononcées par la cour d'appel: le Tribunal fédéral y voit un « système guère rationnel », car une telle décision « suppose une enquête qui n'est pas en principe l'affaire de la juridiction supérieure »²⁰). Le canton d'Argovie semble avoir entrevu cet inconvénient, puisqu'il a confié l'ensemble de ces décisions au tribunal qui s'est prononcé en première instance²¹). Cette solution aussi n'est pas pleinement satisfaisante: si le juge d'appel exprime un avis diamétralement opposé à celui contenu dans la sentence attaquée, le premier juge pourrait être appelé à se prononcer sur l'exécution d'une peine dont il ne partageait peut-être même pas le bien-fondé.

Le choix de la juridiction de jugement semble avoir été inspiré par l'idée que c'était elle qui connaissait le mieux le condamné et qui pouvait ainsi assurer une meilleure continuité dans la mise en oeuvre de l'action préconisée par le code pénal. Ce point de vue ne nous paraît pas pertinent: la composition des tribunaux change et le juge qui intervient dans la phase postérieure au jugement n'est pas nécessairement celui qui a rendu le jugement; d'autre part, même si on admet qu'il y ait identité de personne, le juge a pratiquement perdu tout contact avec le condamné et n'a guère pu suivre son évolution. Souvent même le condamné ne résidera plus dans le canton dont émane le jugement et le juge ne pourra ainsi se prononcer que sur la base de l'avis des autorités d'exécution: du fait de la concentration et de la spécialisation des établissements, cette situation peut se présenter assez fréquemment lorsqu'il s'agit de statuer sur l'exécution de la peine après l'application d'une mesure de sûreté.

La solution choisie par la majorité des cantons connaît un certain nombre d'exceptions.

L'une de celles-ci a été imposée par le droit fédéral: lorsqu'un délit est commis par un condamné au bénéfice d'un sursis, c'est le juge appelé à connaître de la nouvelle infraction qui décidera l'exécution de la peine suspendue (art. 41 ch. 3 al. 3) et non pas, comme c'était le cas dans la plupart des cantons jusqu'en 1971, la juridiction qui avait accordé le

²⁰) ATF 72 IV 4, JdT 1946 IV 107.

²¹) AG 200 CPP, règle qui figurait déjà au § 6 LICPS de 1941.

sursis²²⁾. Ce nouveau système est celui que préconisait déjà ZÜRCHER lors de travaux préparatoires du code²³⁾ et qu'avait adopté Bâle-Ville²⁴⁾. Cette solution est logique, elle permet une meilleure individualisation de la sanction pénale et contribue ainsi à la réalisation d'un but fondamental du code pénal; c'est pour cette raison que le législateur fédéral s'est décidé à l'imposer aux cantons et à ignorer les objections de droit constitutionnel qu'elle suscite.

Autre exception à la compétence générale de la juridiction qui a rendu le jugement: certains cantons ont confié à la cour de cassation ou au tribunal cantonal les décisions concernant la réhabilitation²⁵⁾.

Le travail et les implications financières qu'entraîne l'intervention d'un tribunal supérieur sont en fait trop considérables au regard des questions qu'il s'agit de trancher²⁶⁾. Les cantons qui ont opté pour ce système ont peut-être estimé que la réhabilitation mettait en cause le contenu même du jugement, faisant ainsi une confusion avec l'institution de la révision.

Signalons que le code pénal détermine le for aussi pour la radiation des inscriptions au casier judiciaire: le juge compétent pour ordonner la radiation de la dernière peine inscrite l'est aussi pour ordonner simultanément la radiation des autres inscriptions (art. 80 ch. 2 al. 4 et 99 ch. 4). De nombreuses démarches sont ainsi évitées au condamné, qui hésitera certainement moins à saisir le juge: l'institution retrouve son sens, l'intervention du législateur fédéral de 1971 était ici aussi justifiée.

²²⁾ Au sujet des nouvelles dispositions concernant le sursis, cf. H. SCHULTZ, *Der bedingte Strafvollzug nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1971*, RPS 89 (1973), p. 52 sv. et V. ROT-TENBERG, *Der bedingte Strafvollzug*, th. Zurich 1973.

²³⁾ Cf. P. V. 2ème Comm. d'experts, vol. I, p. 418.

²⁴⁾ BS 277 al. 2 CPP.

²⁵⁾ FR 29 LICPS (Tribunal cantonal), GE 469 CPP (Cour correctionnelle sans jury), NE 257 CPP (Cour de cassation), UR 150 CPP (Obergericht), VS 11 LI CPS (Tribunal cantonal), ZH 496 CPP (Obergericht).

Dans quelques cantons la compétence est déterminée en fonction de l'objet sur lequel porte la requête en réhabilitation: ainsi, à Lucerne, l'Obergericht décide de la réintégration du condamné dans le droit d'éligibilité à une fonction (il décidait auparavant également de la réintégration dans l'exercice des droits civiques), tandis que c'est le tribunal qui a rendu le jugement passé en force d'exécution qui statue sur les autres cas (art. 78-81 CPS); LU 320 CPP. Berne a connu le même système: avec la révision de 1973, l'ensemble des attributions en matière de réhabilitation a cependant été confié au juge qui a prononcé le jugement définitif (BE 27 LICPS, nouveau).

²⁶⁾ En ce sens, cf. F. CLERC, *Le procès pénal en Suisse romande*, op. cit., p. 156.

La suspension à titre d'essai de l'expulsion judiciaire est dans plusieurs cantons l'affaire du tribunal qui a jugé ou de son président²⁷⁾: il s'agit généralement des cantons dont la législation remonte à la période précédant la réforme du code pénal de 1950, les autres cantons, aux dispositions plus récentes, s'étant généralement empressés de revenir au principe de la compétence de l'autorité administrative²⁸⁾.

Nous avons déjà dit pourquoi nous pensons que cette décision devrait appartenir au juge. En vérité, nous croyons qu'il importe peu que l'expulsion judiciaire soit suspendue par le juge ou par un fonctionnaire anonyme, comme il importe finalement assez peu que le juge ordonne ou non l'expulsion.

L'art. 10 de la loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers a largement comblé la lacune qui avait fini par convaincre STOOSS de l'opportunité de prévoir une expulsion judiciaire: que le tribunal renonce à prononcer l'expulsion ou qu'il en suspende l'exécution, la décision n'a guère d'importance pratique puisque c'est dans les bureaux de la police des étrangers que la question sera véritablement tranchée²⁹⁾.

Lors de la récente révision partielle de la partie générale du code, la commission des experts s'est penchée sur cette étrange juxtaposition de deux institutions³⁰⁾, dont la puissance de l'une fait la faiblesse de l'autre. Les choses sont pourtant restées telles qu'elles étaient et il est permis de le regretter.

c) Les règles de procédure

Nous avons déterminé le juge appelé à se prononcer sur les différentes questions touchant à l'exécution du jugement et à ses effets. De quelle façon ce juge intervient-il?

²⁷⁾ BL 141 LICPS, GE 24 LICPS, GL 21 LICPS, NW 5 LICPS, SH 30 LICPS, TI 7 LICPS, UR 140 CPP, VS 10 LICPS, ZG 84 CPP, ZH 468 b CPP.

²⁸⁾ GR 190 CPP-1958 (Conseil d'Etat); LU 301 CPP-1957, SG 222 CPP-1954, OW 187 CPP-1972 (Département de justice); BE 24 LICPS-1973, SO 39 bis LICPS-1970 (Département de police); Vaud a attribué cette compétence à la commission de libération, VD 6 bis LICPS (disposition introduite en 1951).

²⁹⁾ La décision administrative peut faire échec à la décision judiciaire et annihiler l'action du juge, alors que l'inverse n'est jamais vrai. Cf. G. FOEX, op. cit., p. 134 sv. et P. M. TRAUTVETTER, op. cit., p. 97 sv.

³⁰⁾ Cf. P. V. Comm. d'experts (1957), A VIII p. 75, IX p. 85 et 95 sv., X p. 2 et 5 sv.

Une première observation s'impose: les cantons ont fait preuve d'une extrême parcimonie dans la législation d'exécution et il est pratiquement impossible de se faire une idée, sur la base des seuls textes, de la façon dont le juge prend ces décisions et des garanties et des droits qui sont reconnus au condamné à ce stade de la procédure³¹⁾.

Dans certains cantons la décision semble être prise au cours d'une séance orale avec débats³²⁾, tandis qu'ailleurs on recourt à une procédure écrite³³⁾. Il n'y a que quelques cantons qui ont prévu des dispositions sur la façon dont le juge doit être saisi³⁴⁾. Dans certaines législations enfin, aucune règle de forme ne semble avoir été fixée³⁵⁾. Nous avons pourtant vu qu'il s'agit de décisions importantes et que la situation juridique du justiciable est à chaque fois modifiée: dans une affaire valaisanne, où le juge s'était contenté de décider sur pièces de la révocation du sursis, le Tribunal fédéral n'a-t-il pas dû rappeler le principe fondamental du droit d'être entendu de l'art. 4 Cst. féd.³⁶⁾?

Dans une procédure aussi rudimentaire, l'existence et l'organisation des voies de recours peuvent revêtir une importance déterminante. Nous pouvons distinguer trois systèmes différents. Quelques cantons, conscients peut-être de l'importance de ces interventions judiciaires, ont laissé ouverte la voie ordinaire de l'appel, comme s'il s'agissait d'un véritable jugement³⁷⁾. D'autres semblent en revanche avoir exclu toute possibilité d'un recours cantonal³⁸⁾. Entre ces deux solutions extrêmes, nous trouvons

³¹⁾ Pour un tableau plus complet des dispositions de procédure, on consultera les ouvrages concernant les différentes interventions du juge après le jugement: B. PEIER, op. cit., p. 135 sv.; E. TANNENBLATT, op. cit., p. 40 sv.; F. CLERC, Le procès pénal en Suisse romande, op. cit., p. 156 et R. ACKERMANN, Die Rehabilitation im Schweiz. Strafrechtbuch, th. Berne 1948, p. 117 sv.

³²⁾ C'est le cas p. ex. en Argovie, § 203 al. 2 CPP.

³³⁾ Cf. p. ex. NE 275 CPP, OW 201 CPP et SG 239 CPP.

³⁴⁾ Cf. p. ex. AG 201 CPP, OW 199 CPP et SG 235 CPP.

³⁵⁾ Cela semble p. ex. être le cas dans les deux Appenzell, à Fribourg, Glaris, aux Grisons, Nidwald, Schwytz et Zurich. Certains cantons n'ont apparemment réglé que la procédure concernant la révocation du sursis et la réhabilitation: cf. p. ex. GE 413 sv. et 469 CPP. Souvent, cependant, les dispositions qui nous intéressent se trouvent dans une ordonnance ou dans un arrêté, qu'il n'est pas toujours facile de déceler. A Soleure, p. ex., la procédure en matière de révocation du sursis est précisée dans une circulaire du 7 février 1945. Seuls quelques cantons ont groupé les dispositions concernant les interventions du juge dans l'exécution du jugement dans un chapitre particulier du code de procédure, les séparant ainsi, à juste titre, des règles touchant à la mise en oeuvre du jugement ou à l'application des sanctions: cf. p. ex. AG 200 sv. CPP, OW 198 sv. CPP et SG 233 sv. CPP.

³⁶⁾ ATF 85 I 202.

³⁷⁾ Cf. p. ex. BE 305 al. 2 CPP et SG 240 bis CPP; selon B. PEIER (op. cit., p. 140 sv.) la pratique admet le principe de l'appel du moins pour la révocation du sursis, aussi dans les cantons d'Argovie, Appenzell Rhodes-Extérieures, Bâle-Campagne, Bâle-Ville et Fribourg.

³⁸⁾ P. ex. UR 140 al. 3 CPP; cf. en outre B. PEIER, *ibid.*

naturellement toute une variété de combinaisons: ce sont principalement les diverses formes de la voie étroite de la plainte à l'autorité supérieure³⁹⁾ et le pourvoi au tribunal cantonal⁴⁰⁾.

Il est évident que la pratique a créé et développé des institutions particulières, dont on ne trouve aucune trace dans les textes. Se heurtant continuellement aux silences de la loi, l'auteur d'une thèse récente consacrée à la révocation du sursis⁴¹⁾ n'a eu d'autres ressources que de s'adresser aux différentes chancelleries cantonales, dans l'espoir de trouver quelques éclaircissements sur la pratique: le résultat ne pouvait être que partiel. Il est vrai que d'une façon générale les lois de procédure pénale sont en Suisse beaucoup plus brèves et concises qu'à l'étranger et qu'il est très difficile de se faire une idée un peu concrète du procès pénal de nos cantons, sans connaître la jurisprudence et la pratique⁴²⁾. Dans le domaine qui nous occupe, le législateur semble cependant s'être limité dans la plupart des cas à désigner l'autorité compétente, sans prévoir aucune autre règle de forme.

Ce renvoi à la pratique et aux coutumes locales peut aboutir quelquefois à des solutions intéressantes et efficaces. C'est le cas par exemple pour la réhabilitation: dans certains cantons, les autorités ont pris l'initiative de mettre sur pied une véritable procédure secrète pour ne pas décourager les justiciables qui craignent par cette démarche de raviver le souvenir de leur passé⁴³⁾.

Nous pensons toutefois que le législateur cantonal n'a pas toujours saisi la juste importance des interventions judiciaires dans l'exécution du jugement. Il faut pourtant rappeler que la jurisprudence a assimilé ces décisions à des jugements, de sorte que celles-ci peuvent faire l'objet d'un pourvoi en nullité au Tribunal fédéral, conformément à l'art. 268 PPF⁴⁴⁾ et d'un pourvoi en revision, au sens de l'art. 397 CPS⁴⁵⁾.

³⁹⁾ SZ 208 CPP.

⁴⁰⁾ GL 156 CPP, ZH 428 CPP et VD 420 CPP où est prévu un recours en réforme séparé pour fausse application de la loi ou abus de pouvoir d'appréciation contre les décisions rendues après le jugement par le président du tribunal qui a statué.

⁴¹⁾ Il s'agit du travail de M. PEIER, déjà cité.

⁴²⁾ En ce sens, cf. P. NOLL, Zur Frage der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts der Schweiz, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von MAX GULDENER, Zurich 1973, p. 240.

⁴³⁾ Pratique signalée par le professeur CLERC; cf. P. V. Comm. d'experts (1957), A. IX p. 25.

⁴⁴⁾ ATF 68 IV 116, JdT 1943 I 217.

⁴⁵⁾ ATF 75 IV 181, JdT 1949 IV 117.

CHAPITRE III

L'INTERVENTION DU JUGE DANS L'APPLICATION DES SANCTIONS

Le code pénal a prévu la possibilité de revenir, dans certaines circonstances particulières, sur le jugement, de l'adapter à des situations nouvelles ou de le compléter sur des points laissés en suspens. Nous avons réuni ces différents « incidents » sous la dénomination d'« exécution des jugements ».

Les institutions et les décisions que nous nous proposons d'examiner dans ce chapitre ne concernent plus directement le jugement. Elles touchent en revanche au contenu et aux modalités des peines: c'est le domaine de l'« application des sanctions ».

Il convient peut-être de préciser cette notion d'« application des sanctions », et pour ce faire nous allons dresser un inventaire sommaire des mesures qu'elle embrasse (Section I). Il s'agira ensuite de déterminer si et dans quelle mesure le juge est appelé à intervenir dans cette phase (Section II). Nous pourrions tenter alors de donner une appréciation du système actuel, ce qui nous amènera nécessairement à vérifier la validité de certains principes avec lesquels nous avons l'habitude d'opérer (Section III).

SECTION I: *Le domaine de l'application des sanctions*

1. L'application des sanctions privatives de liberté

Nous rappellerons en premier lieu les dispositions concernant l'interruption de l'exécution de la peine, avant de passer à l'examen des modalités mêmes de l'application des sanctions privatives de liberté.

a) L'interruption de l'exécution.

L'interruption de l'exécution prévue à l'art. 40 CPS est une mesure exceptionnelle, car elle constitue une dérogation au principe qui veut que la peine privative de liberté soit subie d'une façon continue. Le législateur fédéral n'a toutefois pas indiqué quelles étaient les causes qui pouvaient entraîner une telle interruption, précisant seulement qu'il devait s'agir d'un « motif grave ». Il va de soi que cette notion de gravité peut donner lieu à des interprétations plus ou moins restrictives, selon que l'on se trouve dans un canton plutôt que dans un autre.

Quelques cantons ont établi un catalogue exemplaire des motifs d'interruption: il s'agit généralement de cas de force majeure, comme la maladie mentale, la maladie grave ou dangereuse et la grossesse¹⁾. Les conditions qui entraînent une interruption de l'exécution sont évidemment aussi valables pour un ajournement de celle-ci: nous sommes toujours dans le cadre de l'art. 40 CPS.

Cette impossibilité de mettre à exécution une peine ou de l'exécuter dans les formes prévues par le jugement ne touche pas vraiment au domaine de l'application des sanctions, du moins au sens où nous l'entendons ici. Pourtant, par le biais des dispositions sur l'interruption ou l'ajournement de l'exécution, l'autorité chargée de prendre ces décisions peut être amenée à trancher des questions qui touchent de près à l'application des sanctions. Nous pensons par exemple aux cas où l'incarcération immédiate peut être plus durement ressentie par le condamné et par ses proches que la peine elle-même, où l'exécution sans délai peut briser une situation économique et exposer une famille entière au besoin, alors qu'il suffirait souvent d'un renvoi de quelques jours ou de quelques semaines pour éviter ces conséquences pénibles. Dans de telles circonstances les effets de la condamnation peuvent aller au-delà de ce que la juridiction de jugement était à même de prévoir et de ce qu'elle a décidé. Certains législateurs ont expressément réservé ces situations²⁾.

¹⁾ Cf. p. ex. AR 143 CPP, BE 367 CPP, BS 275 CPP, NW 85 CPP, SH 256 CPP, SO 220 CPP, UR 138 CPP et ZH 467 CPP. Dans quelques cantons il est précisé qu'une procédure en cours au sujet d'un pourvoi en révision ou d'un recours en grâce peut être une cause d'interruption de l'exécution de la peine: c'est notamment le cas à BS, NW et UR pour la révision; quant à la grâce cf. F. CLERC, De l'exercice du droit de grâce, RPS 73 (1958), p. 104 note 24.

²⁾ Cf. OW 185 CPP et les dispositions précitées des cantons de AR, BS, SO, SH et UR. En ce qui concerne la pratique, cf. W. DÜBI, Handbuch über den Straf- und Massnahmen-vollzug, Berne 1971, p. 42 sv.

La décision d'ajournement n'est plus, dans ces cas, la simple constatation de l'impossibilité de mettre à exécution le jugement, mais devient, en quelque sorte, une phase de l'individualisation de la sanction, un choix qui peut être important pour le résultat du traitement pénitentiaire.

b) Les modalités de l'application. Le système progressif.

La peine doit exercer une action éducative sur le condamné et le préparer au retour à la vie libre (art. 37 ch. 1 al. 1). Le code pénal suisse a donné ainsi une finalité positive à la sanction pénale. Encore fallait-il que le législateur fédéral indique la méthode par laquelle ce but devait être atteint: il l'a fait en prescrivant le régime progressif³⁾, dont il a précisé les étapes essentielles dans le code (art. 37 ch. 3 al. 1 et 2, art. 38), laissant aux cantons le soin d'établir les modalités de détail (art. 37 ch. 3 al. 3), mais se réservant le droit d'édicter des dispositions par voie d'ordonnance (art. 397 bis) — ce qu'il vient d'ailleurs de faire (Ordonnance I, du 13 novembre 1973).

Notre propos n'est pas de passer en revue l'ensemble des mesures et des modalités du traitement pénitentiaire. Nous nous limiterons à certaines d'entre elles, à celles qui nous paraissent les plus caractéristiques et qui traduisent le mieux la nature de l'application des sanctions.

aa) Le congé pénitentiaire.

Le congé pénitentiaire peut avoir deux aspects différents. Le premier présente une certaine analogie avec l'interruption de l'exécution de la peine: de plus en plus souvent des permissions de sortir sont accordées aux condamnés, dans la mesure où ceux-ci ne représentent pas un danger pour la collectivité et où le risque de fuite n'est pas trop important, pour leur permettre l'accomplissement de formalités particulières, pour prendre part à des épreuves d'examens, pour visiter leurs futurs employeurs, ou à l'occasion de certaines circonstances de famille⁴⁾.

³⁾ Au sujet du système progressif, cf. p. ex. I. WEISS, Schweizerischer Straf- und Massnahmenvollzug der Gegenwart in der Perspektive moderner poenologischer Behandlungsmethoden, th. Zurich 1970, p. 36 sv., et A. WISMER, Le système progressif dans l'exécution des peines, Informations pénitentiaires suisses 1973 n. 83, p. 40 sv.

⁴⁾ Cf. p. ex. LU 9 Verordnung über den Strafvollzug (du 6 septembre 1968) et W. DÜBI, op. cit., p. 83 sv.

Mais le congé peut également être conçu comme un véritable instrument de la politique pénitentiaire. Il ne s'agit dès lors plus de parer à des circonstances extraordinaires, mais de décider la mise en œuvre d'une mesure qui fait partie du système progressif. Le congé est pour le condamné une véritable épreuve, un apprentissage de la vie en liberté, une étape de la réinsertion dans le monde extérieur. C'est ainsi que semblent l'avoir entendu les cantons de Vaud et du Valais⁵⁾.

Le législateur fédéral n'a pas édicté de dispositions sur le congé pénitentiaire. Cette institution risque fort de varier d'un établissement à l'autre et au gré des conceptions personnelles de l'autorité d'application. Le congé est encore trop souvent conçu comme une simple faveur accordée au détenu modèle⁶⁾. L'accentuation du caractère socio-thérapeutique de la sanction privative de liberté, le constat de l'impossibilité de concilier l'éducation à la vie libre avec la ségrégation absolue, font nécessairement du congé pénitentiaire une modalité du régime de l'application des sanctions. Certains exemples étrangers prouvent d'ailleurs que cette institution peut être appelée à jouer un rôle très important⁷⁾.

bb) La semi-liberté.

Nous savons par quelle voie la semi-liberté s'est imposée dans notre système pénitentiaire: apparemment en-dehors de tout cadre légal, il s'est trouvé un accord de bonnes volontés pour tenter de trouver des nouveaux moyens susceptibles d'apporter des solutions de rechange là où le régime en vigueur semblait insuffisant⁸⁾.

⁵⁾ VD 60 L. sur l'exécution des condamnations pénales et de la détention préventive (du 18 septembre 1973): « Pour contribuer à la rééducation et à la réadaptation du condamné digne de confiance... »; VS 103 Règl. pénit. (du 16 novembre 1950).

⁶⁾ Le problème du congé pénitentiaire a fait l'objet de trois brèves études dans les Informations pénitentiaires suisses 1974 n. 1, p. 24 sv. Cf. aussi I. WEISS, op. cit., p. 146 sv.

⁷⁾ En Suède, notamment, la pratique semble être assez libérale: pour une population pénale quotidienne de 5.000 détenus environ, 10.515 permissions de sorties ont été accordées en 1967; cf. Rev. sc. crim. 1969, p. 487.

En Allemagne fédérale le projet de loi sur l'exécution des peines prévoit jusqu'à 14 jours de congé par an pour les condamnés qui ont déjà subi le quart de la peine et en tout cas neuf mois de détention (§ 13 du projet d'octobre 1972); une règle analogue est aussi prévue par le projet « alternatif » de 1973 (§ 58). Sur la pratique actuelle en Allemagne fédérale, cf. L. ERNST, Der Verkehr der Strafgefangenen mit der Aussenwelt, Berlin 1972, p. 105 sv.

⁸⁾ Au sujet de l'expérience neuchâteloise de la semi-liberté, cf. F. BOURGQUIN, Le régime de liberté institué aux prisons de la Chaux-de-Fonds, RPS 81 (1965), p. 357 sv. et S. HUGUENIN, Le travail à l'extérieur de l'établissement en semi-liberté, Informations pénitentiaires suisses 1973 n. 84, p. 35 sv.

Les établissements ouverts sont désormais devenus des institutions à part entière de notre organisation pénale et pénitentiaire (art. 37 ch. 3 al. 2, 39 ch. 3, 42 ch. 3, 100 bis ch. 3 al. 2, 397 bis lit. f CPS, et art. 4 ordonnance I du 13 novembre 1973).

La semi-liberté est une étape essentielle du système progressif: pour l'autorité d'application elle est un moyen d'observation de tout premier choix, tandis que pour le condamné elle constitue, comme cela a été dit, « le meilleur test de volonté offert à des détenus désireux de se reclasser »⁹⁾. Le placement dans un établissement ouvert et les différentes décisions concernant l'application de cette mesure sont très délicates: elles exigent de l'autorité compétente une connaissance approfondie de la personnalité du détenu et l'établissement d'une prognose dont dépendra en partie le succès de l'action pénitentiaire.

cc) La libération conditionnelle.

Souvent considérée à tort comme une récompense ou une sorte de mesure de grâce¹⁰⁾, la libération conditionnelle est en réalité la dernière phase du système progressif et constitue l'une des décisions les plus significatives rendues au cours de l'application des sanctions¹¹⁾.

Le condamné qui a subi les deux tiers de sa peine peut être ainsi libéré conditionnellement si son comportement au cours de l'exécution a été satisfaisant et si l'on peut raisonnablement prévoir¹²⁾ qu'il se conduira bien en liberté (art. 38 ch. 1). Cette décision ne touche en rien au jugement et doit être prise uniquement en fonction du processus de réinsertion du détenu dans la vie sociale. Si le libéré commet une nouvelle infraction pendant le délai d'épreuve ou s'il trompe d'une autre manière la confiance mise en lui, l'autorité compétente peut être appelée à ordonner la réintégration dans l'établissement (art. 38 ch. 4).

⁹⁾ P. CANNAT, La semi-liberté, Rev. pénit. 1951, p. 492.

Il est vrai que l'on tend généralement à sous-estimer l'effort que ce système exige de la part du condamné.

¹⁰⁾ Cf. F. CLERC, Le projet de révision partielle du Code pénal suisse, Rev. de dr. pén. et de crim. 46 (1965-66), p. 36.

¹¹⁾ Cf. F. STEINBEISSER, Der Resozialisierungsgedanke. Begriff und Inhalt und seine Anwendung auf die Hauptprobleme der bedingten vorzeitigen Entlassung, th. Zurich 1973.

¹²⁾ Comme le TF l'a précisé dans un arrêt récent, l'autorité compétente ne doit pas être convaincue que le condamné se conduira bien en liberté, mais il suffit qu'elle puisse raisonnablement poser un pronostic favorable; ATF 98 (1972) I b 106.

Ces décisions montrent bien, nous semble-t-il, l'importance des pouvoirs et les responsabilités qui incombent à l'autorité d'application, dans la mise en oeuvre du régime pénitentiaire et dans la sauvegarde des libertés individuelles des condamnés.

dd) La cessation des mesures de sûreté.

En ce domaine les compétences de l'autorité d'application sont vraiment considérables: elle ordonne non seulement la libération conditionnelle et à l'essai des délinquants soumis à une mesure de sûreté (art. 45), mais elle met fin également à ces mesures « lorsque la cause en aura disparu » (art. 43 ch. 4 al. 1) ou lorsqu'elle « tiendra l'interné pour guéri » (art. 44 ch. 4 al. 1; v. aussi art. 42 ch. 4 et 100ter ch. 2).

Il est évident que ces décisions touchent directement aux droits de la personne et à la liberté du condamné.

2. L'application des peines pécuniaires

Comme nous l'avons vu, la notion d'« application des peines » sous-entend une certaine idée de traitement. Peut-on dès lors parler d'application au sujet des sanctions pécuniaires?

Les problèmes très délicats posés par l'amende ont amené le législateur non seulement à préciser les règles générales de l'art. 63 CPS concernant la détermination de la peine (art. 48 ch. 2), mais également à prévoir un système aussi souple que possible pour le recouvrement de l'amende¹³).

Ainsi, un certain nombre de facilités sont accordées au condamné pour s'acquitter de la somme fixée par le jugement: octroi d'un délai pouvant aller jusqu'à trois mois pour effectuer le versement, possibilité de payer par acomptes ou de racheter l'amende par une prestation de travail (art. 49 ch. 1). Ce n'est que si ces mesures n'ont apporté aucun résultat que l'autorité compétente ordonnera la poursuite pour dettes (art. 49 ch. 2) et demandera au juge, le cas échéant, d'ordonner la conversion de l'amende en arrêts (art. 49 ch. 3).

¹³ Cf. A. BRENN, Die Busse und ihr Vollzug nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, th. Berne 1945.

Le code pénal a ainsi prévu un véritable régime d'individualisation aussi au stade de l'exécution des peines pécuniaires: les décisions prises par l'autorité chargée du recouvrement de l'amende soulèvent de nombreuses questions d'appréciation, qui vont au-delà de la simple perception d'une somme d'argent.

SECTION II: *La place réservée au juge*

Le législateur fédéral n'a pas imposé l'intervention du juge dans l'application des sanctions. Nous en avons expliqué les raisons.

Rien ne s'oppose cependant à ce que les cantons, compétents pour l'organisation pratique de l'application des sanctions, fassent intervenir le juge dans cette phase du procès.

L'ont-ils fait?

Il convient de légèrement nuancer la réponse négative que les législations cantonales apportent à cette question.

Signalons en premier lieu qu'aucun canton n'a spécialisé un magistrat dans les fonctions d'un juge de l'application: les modèles italien, portugais, français et polonais n'ont eu aucune influence dans notre pays.

Il semble toutefois que dans certains cantons on ait voulu associer, du moins dans une certaine mesure, le juge pénal à l'activité de l'administration pénitentiaire.

Si nous essayons de classer les différentes règles cantonales qui ont trait à la désignation des autorités en matière d'application des sanctions, nous serions tenté de distinguer quatre solutions: la voie administrative ordinaire (1), les commissions spéciales (2), l'attribution de compétences propres au juge pénal (3) et la désignation d'autres autorités (4).

Nous verrons enfin que le pouvoir de haute surveillance de la Confédération en ce domaine permet désormais une certaine participation de l'autorité judiciaire à l'application des peines et des mesures (5).

1. La voie administrative ordinaire.

C'est la solution choisie par la plupart des cantons: les décisions essentielles concernant le régime d'application des sanctions sont prises par l'administration, soit par le Conseil d'Etat ou par l'un des départements.

L'administration, dont dépendent en particulier les établissements pénitentiaires, dispose de pouvoirs très importants même dans les quelques cantons qui ont désigné des organismes spéciaux pour prendre certaines décisions. On peut ainsi affirmer, d'une façon générale, qu'en Suisse c'est l'administration qui a la responsabilité de l'application des sanctions et qui dirige le traitement ordonné par la juridiction de jugement. Les solutions que nous allons examiner ci-dessous sont en fait des corrections, voire des atténuations du principe général, plutôt que de véritables alternatives.

2. Les commissions spéciales.

Le système des commissions spéciales, préconisé au siècle dernier, a trouvé la faveur de nombreux législateurs cantonaux. Les solutions adoptées sont évidemment très variées. Une première distinction s'impose: dans certains cantons ces organismes n'ont qu'une fonction consultative (a), tandis qu'ailleurs ils jouissent d'un pouvoir de décision (b).

a) Les commissions consultatives.

Le principe de la publicité en procédure pénale, conquête importante du vaste mouvement novateur d'inspiration libérale qui s'attaqua à l'iniquité du système judiciaire de l'ancien régime, est toujours considéré comme une garantie essentielle du prévenu contre l'arbitraire et comme une règle capitale de la justice pénale¹⁴). Le principe de la publicité des débats et du jugement a ainsi trouvé récemment une confirmation significative dans la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁴) Cf. G. STEFANI et G. LEVASSEUR, Procédure pénale, Paris 1972, p. 503: « La publicité représente une des plus solides garanties des droits de la défense »; et F. CLERC, Contribution à la bibliographie des travaux consacrés à la procédure pénale en Suisse, Neuchâtel 1966, p. 104: « Le principe de la publicité, conçu comme une garantie accordée au prévenu, mais qui permet surtout d'alimenter les chroniques judiciaires de la presse ».

Il est vrai qu'aux motivations profondes et sincères qui justifient l'adoption d'une procédure essentiellement publique se sont substitués aujourd'hui, du moins partiellement, des intérêts de toute autre nature¹⁵). Les cantons qui ont eu la sagesse d'apporter certaines restrictions au principe de la publicité dans l'intérêt même de l'accusé, ont ainsi induit le Conseil fédéral à proposer que la Suisse fasse une réserve au sujet de l'art. 6 de la Convention européenne, au moment de la signature de celle-ci¹⁶). On s'est d'ailleurs demandé « si la Convention elle-même ne devrait pas être revue sur ce point, en raison des effets néfastes de la presse et des télécommunications dans les affaires pénales »¹⁷).

Si l'on s'en tient à la signification première de la publicité en procédure pénale, on est obligé de constater qu'il existe, aussi en ce domaine, une rupture frappante entre le jugement et l'application de la sanction. Présumé innocent, le prévenu a droit à des égards, notamment au bénéfice des garanties d'une procédure codifiée, d'un procès public, de l'assistance d'un défenseur, garanties qui sont censées assurer la sauvegarde de ses droits fondamentaux et, d'une façon plus générale, l'administration d'une justice sereine et équitable. Reconnu coupable, le condamné disparaît subitement des yeux et de l'attention du public. Désormais, il n'est plus qu'un détenu subissant la peine infligée: sa position face au pouvoir étatique s'en trouve singulièrement affaiblie.

L'absence de publicité au stade de l'exécution épargne, certes, bien des humiliations au condamné, mais elle le prive en même temps d'une garantie importante et la société perd un moyen de contrôle sur l'application des sanctions¹⁸).

La question de la surveillance de l'application des sanctions et, plus particulièrement, des établissements pénitentiaires se pose dès lors en des termes très délicats. Les excès de toute sorte qui jalonnent l'histoire pénitentiaire et les révoltes sanglantes qui, récemment encore, ont ébranlé les

¹⁵ Cf. F. CLERC, *Réflexions sur la publicité des débats*, RPS 77 (1961), p. 247: « derrière la sacro-sainte liberté de presse se dissimule un des aspects sordides d'une autre liberté, celle du commerce et de l'industrie ».

¹⁶ Cf. Message du Conseil fédéral du 4 mars 1974, FF 1974 I, p. 1033 sv. Cette réserve, il est vrai, se réfère avant tout aux procédures qui se déroulent devant une autorité administrative.

¹⁷ F. CLERC, *Chronique trimestrielle*, RPS 88 (1972), p. 168.

¹⁸ Cf. en ce sens H. F. PFENNINGER, *Die Aufsicht über den Strafvollzug in den schweizerischen Kantonen*, RPS 70 (1955), p. 282.

prisons un peu partout dans le monde nous rappellent l'existence et l'importance du problème des relations particulières qui unissent le condamné à l'Etat et à ses agents.

Certains législateurs cantonaux ont ainsi jugé utile d'instituer des commissions spécialement affectées au contrôle de l'application des sanctions ou à la surveillance d'un établissement déterminé. Une telle solution a été notamment adoptée par les cantons d'Appenzell Rhodes-Extérieures, Argovie, Berne, Fribourg, Lucerne, Saint-Gall, Turgovie, Vaud, Zoug et Zurich¹⁹⁾.

Ces commissions, comme nous l'avons dit, ont des fonctions essentiellement consultatives et ne détiennent qu'exceptionnellement des pouvoirs réels. Généralement présidées par le chef du Département de justice, elles se composent de membres désignés par l'administration. Leur rôle consiste à visiter et à inspecter périodiquement les établissements pénitentiaires, à contrôler leur exploitation et à présenter des rapports à l'intention du Département ou du Conseil d'Etat.

Souvent des magistrats de l'ordre judiciaire sont appelés à faire partie de ces commissions.

La fonction essentielle de ces organismes est ainsi d'assister l'administration dans la tâche de surveillance sur un domaine particulier relevant de sa compétence, en l'occurrence sur l'application des sanctions pénales.

b) Les commissions jouissant d'un pouvoir de décision.

Il ne s'est trouvé que quatre cantons pour confier à une commission spéciale certains pouvoirs dans l'application des sanctions: il s'agit de trois cantons latins, Genève, Tessin et Vaud, ainsi que de Bâle-Ville. La dénomination, la composition et les compétences de ces organismes varient d'une législation à l'autre, sans qu'il en résulte toutefois une conception de base fondamentalement différente.

¹⁹⁾ Cf. H. F. PFENNINGER, op. cit., p. 290 sv.; C. GILLERON, Le rôle du juge... op. cit., p. 272 et K. MUEHLEBACH, Der Strafvollzug an gerichtlich verurteilten Erwachsenen nach aargauischen Strafprozessrecht, th. Zurich 1971, p. 90 sv. Cf. également les récentes ordonnances appenzelloise (concernant l'établissement de « Gmünden », du 1er décembre 1969, § 3 sv.) et bernoise (concernant la commission de surveillance sur les établissements pénitentiaires, du 12 décembre 1973).

Ce sont avant tout des commissions de libération: elles accordent la libération conditionnelle et se prononcent sur les cas de réintégration. Nous verrons pourtant que dans quelques cantons l'administration s'est réservé le droit de trancher les cas les plus importants.

Par le biais de ce système des commissions de libération, une certaine association du juge aux responsabilités de l'application des sanctions est réalisée.

Dans la composition de ces organismes on constate en effet le souci du législateur de réunir des représentants de différentes disciplines et de différents horizons, susceptibles d'éclairer tous les aspects du problème à résoudre. Ainsi, se justifie la présence obligatoire d'un membre d'une société de patronage (Bâle-Ville, Genève), d'un médecin (Bâle-Ville, Genève) ou d'une femme (Bâle-Ville).

Dans toutes les commissions nous trouvons des magistrats de l'ordre judiciaire. Au Tessin, outre le chef du Département, le « conseil de vigilance » comprend deux représentants du ministère public et le président de la Chambre criminelle²⁰⁾.

La présence judiciaire au sein de la commission vaudoise, forte de sept membres, est assurée par un juge désigné par le Tribunal cantonal²¹⁾. A Bâle-Ville, sur les six membres qui forment la commission, deux sont des juges appartenant au Tribunal pénal ou à la Cour d'Appel; à ceux-ci se joint, en qualité de membre extraordinaire, le président du tribunal qui a prononcé la sanction à l'égard du condamné dont il y a lieu maintenant de décider la libération²²⁾.

Le système genevois est assez complexe, et nous serions même tenté de dire inutilement compliqué. Ce sont trois commissions différentes qui se partagent les compétences en matière de libération: la « commission de libération conditionnelle », le « conseil de surveillance psychiatrique » et la « commission de surveillance des buveurs condamnés ». Ces deux der-

²⁰⁾ Art. 64 legge organica giudiziaria civile e penale (du 24 novembre 1910).

²¹⁾ Art. 38 loi sur l'exécution des condamnations pénales.

²²⁾ La même règle vaut d'ailleurs pour le directeur de l'établissement concerné; § 4 Gesetz über Strafvollzug und Begnadigung (du 30 octobre 1941).

nières institutions ne remplissent pas uniquement des fonctions pénales et ont un caractère technique et spécialisé plus prononcé.

On remarquera ainsi que le chef du Département de Justice n'en fait pas partie, alors qu'il préside la « commission de libération conditionnelle ». L'élément judiciaire est en revanche présent et il est même plus représenté dans ces deux organes que dans la commission de libération, où l'on ne compte qu'un seul juge parmi neuf membres²³⁾: la commission de surveillance des buveurs condamnés est formée par un juge, qui la préside, par le directeur de la clinique psychiatrique et par une personne désignée par le Conseil d'Etat²⁴⁾; l'exécutif cantonal nomme également les membres du conseil de surveillance psychiatrique, qui doit comprendre deux magistrats de l'ordre judiciaire et trois médecins psychiatres²⁵⁾.

Comme nous l'avons déjà signalé, les compétences de ces commissions cantonales touchent avant tout au domaine de la libération conditionnelle. C'est particulièrement le cas pour les commissions vaudoise et genevoise: leur dénomination l'indique d'ailleurs très clairement.

On relèvera pourtant, non sans intérêt, qu'une conception un peu différente semble être à la base des deux systèmes auxquels nous venons de faire allusion.

Nous ne citerons qu'un exemple.

Dans le deux cantons les commissions sont habilitées à accorder la libération conditionnelle des délinquants d'habitude (art. 42), mais il ne leur appartient pas d'en ordonner la réintégration dans l'établissement, qui, rappelons-le, entraîne en règle générale un nouvel internement d'une durée de cinq ans au moins (art. 42 ch. 4 al. 3). Les législateurs vaudois et genevois paraissent avoir évalué fort différemment la portée d'une telle décision: dans le canton de Vaud c'est l'autorité administrative ordinaire qui tranche²⁶⁾, à Genève c'est le juge et lui seul qui doit se prononcer²⁷⁾.

²³⁾ Art. 5 loi sur l'exécution des peines, la libération conditionnelle et le patronage des détenus libérés (du 22 novembre 1941).

²⁴⁾ Art. 12 loi sur le relèvement des alcooliques (du 18 juin 1927).

²⁵⁾ Art. 15 loi sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales (du 14 mars 1936).

²⁶⁾ Art. 42 loi sur l'exécution des condamnations pénales.

²⁷⁾ GE 15 LICPS.

La « commission pénitentiaire » bâloise, au sein de laquelle siègent deux juges, est, selon la définition même du législateur, une commission départementale²⁸). Organe consultatif, elle donne son préavis sur les propositions de la direction de l'établissement, en particulier pour ce qui a trait au règlement intérieur, à la nomination de nouveaux fonctionnaires et à la gestion financière. De même elle donne son avis sur les plaintes des détenus contre les mesures disciplinaires ordonnées par le Département de justice. Organe de décision, elle statue sur les plaintes des détenus au sujet de l'application du règlement intérieur. Elle accorde enfin la libération conditionnelle et décide la cessation des mesures de sûreté: c'est en ce domaine que la commission bâloise exerce son activité principale²⁹).

C'est le « conseil de vigilance » tessinois qui paraît disposer des pouvoirs les plus importants. Il prend ainsi toutes les décisions concernant la libération conditionnelle, la réintégration éventuelle du condamné et la cessation des mesures de sûreté³⁰). Le conseil exerce d'autre part la surveillance directe sur l'application des sanctions et sur l'organisation intérieure de l'établissement³¹).

3. L'attribution au juge pénal de compétences en matière d'application.

Il ne s'est trouvé qu'un seul canton pour confier au juge de véritables compétences dans l'application des sanctions pénales: en Thurgovie, les décisions relatives à la libération conditionnelle, à sa révocation et à la cessation des mesures de sûreté relèvent en effet de la juridiction de jugement³²). Signalons que cette disposition existait déjà sous l'ancien droit³³), et qu'elle remonte ainsi à une période où aucun de nos pays voisins n'avait encore songé à faire de la libération conditionnelle une attribution judiciaire³⁴).

Le législateur argovien n'a pas exclu pour sa part la possibilité d'une intervention du juge dans l'application: le Grand Conseil a la possibilité de

²⁸) § 4 Gesetz über Strafvollzug.

²⁹) Cf. A. SCHMID, Die Baselstädtische Strafvollzugskommission, RPS 89 (1973), p. 385 sv.

³⁰) TI 5 LICPS.

³¹) Art. 64 bis legge organica et art. 15 legge sull'esecuzione delle pene e le misure di sicurezza (du 10 juin 1941); cf. nouvelle loi du 2 juillet 1974.

³²) TG 36 al. 1 lit. a et b CPP.

³³) TG 6 et 17 LICPS.

³⁴) Cf. Introduction p. 22.

confier aux tribunaux ou à d'autres autorités des tâches particulières dans le domaine de l'application des sanctions ³⁵⁾.

Dans quelques cantons le législateur a reconnu au juge le droit de visiter en tout temps les établissements pénitentiaires et de faire part à l'autorité administrative des observations qu'il pourrait être amené à faire lors de ces inspections ³⁶⁾: s'agit-il d'une participation judiciaire à l'application des sanctions? Il faut croire que non, car la portée pratique de ces dispositions, dont l'origine est très ancienne, est insignifiante ³⁷⁾.

A Bâle-Ville, enfin, le juge intervient au lieu de l'autorité administrative lorsque l'interruption de l'exécution de la peine prend certaines proportions: le président du tribunal qui a jugé l'affaire peut seul autoriser une interruption ou un ajournement dépassant les trente jours, tandis que c'est au tribunal même qu'il incombe de décider, après avoir entendu le médecin légiste, la cessation de l'exécution, lorsque la poursuite de celle-ci paraît très difficile, voire impossible ³⁸⁾. Cette intervention judiciaire est tout à fait conforme au système adopté dans notre pays pour la répartition des tâches entre le juge et l'autorité administrative: une interruption importante de l'exécution met en cause directement le jugement et il appartient par conséquent au juge de prendre les mesures nécessaires pour adapter sa décision à la nouvelle situation de fait. Nous sommes dans le domaine de l'exécution des jugements.

4. Les autres autorités.

La solution la plus inattendue est certainement celle que nous trouvons à Appenzell Rhodes-Intérieures, où c'est le parlement cantonal qui accorde la libération conditionnelle ³⁹⁾. Une telle réglementation n'est guère compatible avec la nature et la finalité de la libération conditionnelle, telles qu'elles sont définies dans le code pénal. En fait, les autres attributions en matière d'application relèvent de l'autorité administrative ordinaire et il y a ainsi lieu de penser que le législateur appenzellois a fait une confusion avec l'institution de la grâce.

³⁵⁾ AG 18 CPP.

³⁶⁾ Des dispositions semblables existent p. ex. à Neuchâtel, art. 6 règl. gén. des prisons (du 9 novembre 1945), et à Genève, art. 4 loi sur l'exécution des peines.

³⁷⁾ Cf. C. GILLERON, op. cit., p. 274.

³⁸⁾ BS 284 CPP.

³⁹⁾ AI 15 CPP.

5. La juridiction administrative.

C'est finalement grâce au développement de la juridiction administrative que le juge a pu être associé effectivement à l'application des sanctions.

Cette évolution est récente.

Avant l'adoption de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, c'était le Conseil fédéral qui, en sa qualité d'autorité administrative suprême, tranchait en dernière instance les plaintes des condamnés contre les autorités d'application⁴⁰⁾. Cette compétence appartient désormais au Tribunal fédéral, et c'est plus précisément la Cour de cassation pénale qui connaît des recours de droit administratif en cette matière⁴¹⁾. Ce même tribunal statue également sur les recours de droit public pour violation des droits constitutionnels des condamnés, fonction qui était auparavant dévolue au Conseil fédéral en vertu du principe de l'attraction des compétences.

Le juge a la possibilité désormais de contrôler l'interprétation des dispositions et de préciser certains principes essentiels de l'application des sanctions pénales. C'est un premier pas vers une véritable surveillance judiciaire.

Cette tendance est réjouissante. Il importe pourtant de souligner qu'elle est le fait de l'évolution récente du droit administratif et qu'elle ne traduit nullement une nouvelle orientation de notre politique pénale et pénitentiaire, dans le sens par exemple de l'introduction d'un juge de l'application à la française.

SECTION III: *Critiques*

En Suisse, l'application des sanctions pénales est l'affaire de l'administration. Celle-ci n'est pas seulement responsable de l'entretien des équipements et de l'exploitation des établissements, mais elle prend également

⁴⁰⁾ Cf. V. KURT, Die Aufgaben des Bundes im Strafvollzug, RPS 70 (1955), p. 325 sv.

⁴¹⁾ Art. 100 lit. f OJ et 7 bis ch. 2 règl. du TF.

toutes les décisions nécessaires à l'application et à l'individualisation du traitement pénitentiaire.

Rares sont les cantons qui disposent d'un service spécialisé pour les questions pénales et pénitentiaires. Le plus souvent l'autorité d'exécution, le Conseil d'Etat ou le département, se borne à entérimer la décision préparée par un fonctionnaire subalterne et suggérée par la direction de l'établissement.

Nous avons signalé l'importance des mesures que l'autorité d'application est appelée à mettre en oeuvre et les conséquences que celles-ci entraînent pour le détenu. Avant même de résoudre la question de la légitimité de la compétence administrative en ce domaine, on peut dès lors se demander si le système actuel est vraiment à même d'assurer une protection adéquate des libertés individuelles. Nous avons rappelé que le condamné se trouvait dans une situation exceptionnelle et que sa position face à l'administration était très faible.

Le statut juridique du détenu n'a pas encore fait dans notre pays l'objet d'une analyse théorique complète⁴²). On constate que dans la majorité des cantons l'application des sanctions est régie, dans la mesure du moins où elle touche de très près le détenu, dans les ordonnances ou dans les règlements intérieurs des établissements⁴³). Cette entorse au principe de la légalité a été longtemps justifiée par la célèbre théorie des rapports dits de « sujétion spéciale » (« besondere Gewaltverhältnis »), qui a donné un fondement doctrinal à la relation particulière existant entre l'Etat et le détenu et à la restriction des droits constitutionnels de ce dernier⁴⁴).

Aujourd'hui cette doctrine est mise en cause dans le pays même où elle a été développée.

⁴² En ce sens, cf. aussi I. WEISS, *op. cit.*, p. 153.

⁴³ Il n'y a guère que quelques cantons qui ont édicté une loi, au sens formel, sur l'application des peines et des mesures: Bâle-Ville, Genève, Vaud et Tessin, lois déjà citées. Ces textes, cependant, ne donnent pas une vue d'ensemble de la matière et ne contiennent généralement que la liste des établissements et des autorités compétentes. Il est peut-être intéressant de signaler que ces premières ébauches de codification ont lieu justement dans les cantons qui ont confié à des commissions spéciales certaines attributions dans l'application des sanctions. Zurich vient d'adopter (votation populaire du 30 juin 1974) une « loi sur le droit pénal cantonal et l'application des peines ».

⁴⁴ Cf. A. GRISEL, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel 1970, p. 166; au sujet de cette théorie cf. aussi K. TIEDEMANN, *La protection des droits du détenu*, *Rev. sc. crim.* 1962, p. 489, et du même auteur, *Die Rechtsstellung des Strafgefangenen...*, *op. cit.*, p. 91 sv.

En République fédérale d'Allemagne, la Cour constitutionnelle a ainsi établi, dans un arrêt très important du 14 mars 1972, que toute restriction des droit constitutionnels du détenu doit être précisée dans une loi et qu'une telle restriction n'est légitime que dans la mesure où elle est indispensable à une exécution normale des sanctions pénales⁴⁵). Les juges constitutionnels ne se sont pas bornés à invalider la théorie des rapports dits de « sujétion spéciale »⁴⁶): ils ont enjoint au législateur de promulguer une loi sur l'application des peines et ils lui ont même fixé à cet effet un délai⁴⁷).

La position du Tribunal fédéral suisse au sujet des conditions auxquelles doivent satisfaire les atteintes à la liberté personnelle du détenu reste en revanche assez fidèle à la doctrine traditionnelle. Dans un important arrêt du 4 avril 1973, il précise ainsi que seuls les principes essentiels de l'application des peines doivent avoir leur fondement dans une loi et que le législateur peut très bien déléguer au pouvoir exécutif la compétence de régler le régime pénitentiaire dans ses aspects concrets⁴⁸). Or, c'est certainement au stade de sa matérialisation que l'application de la peine ou de la mesure trouve son véritable visage et qu'elle donne la mesure exacte des atteintes aux libertés et aux droits constitutionnels du condamné.

⁴⁵) Au sujet de cet arrêt cf. R. RUPPRECHT, *Grundrechtseingriffe im Strafvollzug*, *Neue Juristische Wochenschrift* 1972, p. 1345 sv. et très critique, K. PETERS, *Freiheit und Gebundenheit des Strafgefangenen*, *Juristische Rundschau* 1972, p. 489 sv. La décision est publiée dans le recueil officiel de la Cour: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 33, p. 1 sv. Des extraits importants sont également publiés dans un certain nombre de revues; cf. notamment: *Juristenzeitung* 1972, p. 357 sv. et *Neue Juristische Wochenschrift* 1972, p. 811 sv.

⁴⁶) La commission d'experts chargée d'élaborer un projet de loi sur l'application des peines et mesures privatives de liberté était déjà arrivée à la conclusion que la théorie du « *besonderes Gewaltverhältnis* » était impropre à définir la situation juridique du détenu et que sa compatibilité avec le principe de la légalité était pour le moins problématique. Cf. H. MÜLLER-DIETZ, *Mit welchem Hauptinhalt empfiehlt es sich, ein Strafvollzugsgesetz zu erlassen?* (*Gutachten zum 48. Deutschen Juristentag*), Munich 1970, p. 10.

Le Ministre fédéral de la justice (qui devint par la suite président de la République) déclarait quant à lui: « *es gehört zu den grotesksten Dingen dieser Zeit, dass der Strafvollzug nicht gesetzlich geregelt ist* »; cité par RUPPRECHT, op. cit. Les arguments contre la théorie des rapports dits de « *sujétion spéciale* » ont été surtout développés dans un ouvrage important paru assez récemment: H. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang*, Göttingen 1969.

⁴⁷) Ce délai devait expirer avec la fin de la 6^{ème} législature, soit en automne 1973. Les élections anticipées ont cependant bouleversé les différentes échéances. Le projet de loi sur l'application des peines est actuellement en discussion au parlement; il est pourtant peu probable que la loi puisse entrer en vigueur au 1^{er} janvier 1975, comme cela était prévu: le régime pénitentiaire proposé se heurte, surtout à cause des conséquences financières qu'il entraînerait, à une vive opposition. Le projet de 1972 risque ainsi fort d'être amputé de ses nouveautés les plus significatives.

⁴⁸) Arrêt Minelli, ATF 99 I 262.

Les principes élémentaires de l'Etat fondé sur le droit n'exigent-ils pas alors que des restrictions aussi importantes de la liberté aient une légitimation claire et nette dans une loi et seulement dans une loi⁴⁹⁾?

Le Tribunal fédéral a certes précisé que les mesures restrictives de liberté ne devaient pas aller au-delà des limites fixées par le but de l'exécution pénale. Encore faudrait-il que ce but et que les moyens choisis pour le réaliser soient clairement définis. En réalité dans de nombreux cantons ces règles n'ont d'autre fondement que la pratique et il n'est dès lors pas rare qu'elles diffèrent, dans le même canton, d'un établissement à l'autre⁵⁰⁾. Cette situation est déplorable et nous pensons que la position prise par la Cour constitutionnelle allemande et approuvée par une large partie de la doctrine est la seule qui soit compatible avec les exigences nouvelles de l'application des sanctions pénales et avec les principes fondamentaux d'un Etat garant des libertés et des droits de tous les citoyens.

La transformation de la sanction pénale a entraîné une transformation des relations entre l'Etat et le condamné. Jadis la peine n'était que rétribution et le prononcé de la sentence mettait véritablement fin au procès. L'autorité judiciaire avait accompli sa tâche et le condamné pouvait être remis au bras séculier pour l'exécution de la peine infligée. Désormais, la sanction pénale n'est plus une simple privation de liberté; elle a certes toujours un caractère rétributif, mais cet aspect s'exprime surtout au moment du jugement, alors que tout au long de son application la peine détentive ne peut avoir sa raison d'être que si elle est comprise en tant qu'instrument de politique sociale, comme manifestation de solidarité humaine⁵¹⁾.

Progressivement le législateur a été ainsi amené à adopter toute une série de mesures et d'institutions qui permettaient de mieux moduler la sanction en fonction du traitement individuel.

L'administration était la seule organisation existante qui était à même d'assurer ces nouvelles tâches. Ses pouvoirs sont devenus ainsi toujours plus importants, tandis que les structures restaient les mêmes.

⁴⁹⁾ En ce sens, cf. notamment T. WÜRTEMBERGER, *Reform des Strafvollzuges im sozialen Rechtsstaat*, *Juristenzeitung* 1967, p. 233 sv.

⁵⁰⁾ Cf. P. NOLL, *Gewaltenteilung und Unabhängigkeit des Richters im Strafrecht*, *RPS* 75 (1959, *Mélanges GERMANN*), p. 305.

⁵¹⁾ Cf. p. ex., en ce sens, P. NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen 1962.

La nature particulière de l'application des sanctions et le caractère délicat des problèmes qui se posent n'ont apparemment pas apporté de grandes modifications dans l'appareil administratif. La matière est ainsi soumise aux règles générales sur l'activité de l'administration.

Dans l'établissement c'est le directeur qui est responsable de l'application du traitement pénitentiaire, notamment en ce qui touche la restriction des droits essentiels des condamnés; l'isolement de ces derniers ainsi que l'absence d'un contrôle public placent le directeur dans une incontestable position de force⁵²⁾. Dans la plupart des cantons c'est le Conseil d'Etat qui supervise l'activité des établissements pénitentiaires, soit directement, soit par l'entremise de l'un des départements⁵³⁾; c'est le principe général du contrôle hiérarchique.

Dans quelques cantons, la surveillance du parlement sur l'administration a pris une forme particulière pour l'exécution des peines. C'est le cas par exemple à Genève, où la très ancienne « commission des visiteurs officiels des prisons », qui est formée de membres du Grand Conseil, a pour mission d'inspecter les établissements pénitentiaires et de présenter un rapport annuel qui est transmis au gouvernement et au procureur général⁵⁴⁾. Au Valais, ces tâches incomberaient à la commission des recours en grâce⁵⁵⁾. La haute surveillance du parlement sur l'administration ne peut porter cependant que sur les problèmes fondamentaux et elle a ainsi un caractère nécessairement intermittent et relativement peu incisif⁵⁶⁾.

La Confédération, pour sa part, est appelée à exercer une haute surveillance: le Conseil fédéral doit veiller en effet « à l'observation de la constitution, des lois et des arrêtés de la Confédération » et doit prendre, « de son chef ou sur plainte, les mesures nécessaires pour les faire observer », dans la mesure du moins où un recours au Tribunal fédéral n'est pas possible (art. 102 ch. 2 Cst. féd.). C'est ce même principe qui est rappelé

⁵²⁾ Cf. H. F. PFENNINGER, *op. cit.*, p. 279.

⁵³⁾ Cf. p. ex. AI 9 et 74 CPP, AR 2 LICPS, BL 241 CPP, GL 18 LICPS, NE 278 CPP, NW 6 LICPS, SG 3 Verord. über den Strafvollzug (du 31 juillet 1967), SH 9 Verord. betr. das kantonale Gefängnis (du 13 avril 1966), TG 24 CPP, VS 9 LICPS.

⁵⁴⁾ GE 3 loi sur l'exécution des peines.

⁵⁵⁾ Cf. C. GILLERON, *op. cit.*, p. 276.

⁵⁶⁾ Cf. A. GRISEL, *op. cit.*, p. 76.

dans le code pénal (art. 392)⁵⁷⁾. Comme nous l'avons signalé, les plaintes en matière d'application des peines et des mesures sont désormais adressées en dernière instance au Tribunal fédéral, par la voie du recours de droit administratif, et non plus au Conseil fédéral.

La Confédération peut d'autre part exercer un certain contrôle, notamment dans le domaine des constructions pénitentiaires et de la formation du personnel, par le biais de la politique des subventions (art. 64 bis al. 3 Cst. féd.).

Mais la surveillance de la Confédération, qu'elle soit le fait du Conseil fédéral ou du Tribunal fédéral, reste, ne serait-ce qu'à cause de notre structure fédéraliste, contenue dans des limites assez modestes. Elle relève bien plus de la supervision au niveau des principes édictés par la loi pénale et par la constitution, que de la surveillance de l'ensemble de l'application des sanctions pénales.

Nous pensons que la Confédération n'a pas épuisé tous les moyens qui sont à sa disposition pour exercer son pouvoir de surveillance sur l'application des peines et des mesures, comme elle n'a d'ailleurs pas épuisé toutes ses compétences législatives en ce domaine. Un engagement plus déclaré de la Confédération sous-entendrait une volonté politique claire et bien définie, ce qui ne manquerait pas, certes, d'entraîner certaines réactions de la part des cantons. Apparemment on ne veut pas en prendre le risque.

Dans un certain nombre de cantons, le législateur semble avoir estimé que la complexité des problèmes soulevés par l'exécution pénale et l'application du régime pénitentiaire nécessitait quelques aménagements dans l'organisation administrative. Nous faisons allusion au système des commissions.

⁵⁷⁾ Cette répétition, apparemment inutile, s'explique probablement, si on a à l'esprit la genèse de l'art. 392 CPS: l'art. 415 du projet de 1918 envisageait, de la part de la Confédération, « une surveillance générale sur tous les établissements destinés à l'exécution des peines ainsi qu'à l'exécution des mesures de sûreté », formule qui sous-entendait une intervention de l'Etat central à la fois plus intensive et plus restreinte dans son champ d'action, puisqu'elle ne mentionnait que les établissements pénitentiaires. La commission du Conseil national estima peu convaincantes les bases constitutionnelles de cette disposition et opta finalement pour une forme de surveillance tout à fait traditionnelle, celle prévue par le constituant lui-même. On comprend dès lors le pourquoi de l'existence de l'art. 392 et les raisons qui ont fait qu'il se trouve dans le chapitre concernant les établissements. Cf. P. THORMANN et A. v. OVERBECK, op. cit., t. II, p. 570 sv.

Le statut de ces organismes indique cependant que l'on ne s'est pas éloigné de la solution traditionnelle. Dépourvues d'une véritable assise institutionnelle, de pouvoirs réels de décision et d'une indépendance suffisante face à l'administration, les commissions ne peuvent assumer ni le rôle de l'autorité d'application, ni celui d'une autorité de surveillance.

Seul le conseil de vigilance tessinois nous a semblé jouir d'une certaine autonomie. La loi sur l'organisation judiciaire le mentionne parmi les autorités qui, comme le ministère public, le juge d'instruction et le président de la Chambre criminelle, coopèrent à l'administration de la justice⁵⁸⁾. Le département de justice n'y est point mentionné, ce qui pourrait laisser supposer que le législateur a entendu faire une distinction entre les organes participant à l'administration de la justice et appelés à cet effet à prendre des décisions prévues par la loi, et les autorités investies de simples tâches exécutives. Au reste, dans le système tessinois de la libération conditionnelle, le département de justice a une position de demandeur devant le conseil de vigilance⁵⁹⁾ et ne dispose pratiquement d'aucun pouvoir de décision. Le caractère quasi-judiciaire de ce conseil nous semble encore être accentué par la présence en son sein du président de la Chambre criminelle et des deux procureurs⁶⁰⁾. Le Tessin a d'ailleurs une certaine tradition en ce domaine: sous l'empire du code pénal de 1873, c'était le tribunal supérieur qui se prononçait en dernière instance sur la libération conditionnelle⁶¹⁾.

Comme nous l'avons déjà rappelé, en plus de ses prérogatives en matière de libération, le conseil de vigilance est également appelé par la loi à exercer « la surveillance directe sur l'exécution des peines et sur l'organisation intérieure de l'établissement »⁶²⁾.

Le rôle que joue cette institution dans la pratique reste pourtant assez modeste: le conseil se réunit cinq ou six fois par année pour examiner une centaine de cas, presque tous relatifs à des demandes de libération

⁵⁸⁾ TI 1 Legge organica.

⁵⁹⁾ TI 4 et 5 LJCPs.

⁶⁰⁾ Au Tessin le magistrat de l'accusation jouit de très vastes compétences et on peut dire qu'il constitue le pivot central du procès pénal. Comme les juges au Tribunal cantonal, il est élu par le parlement.

⁶¹⁾ Art. 21 du code pénal tessinois du 25 janvier 1873. Cf. C. STOOSS, Les codes pénaux suisses, Bâle et Genève 1890, p. 137.

⁶²⁾ Cf. ci-dessus, note 31.

conditionnelle⁶³). Comme dans les autres cantons, c'est finalement l'administration même qui conserve la haute main sur l'application des sanctions pénales. Le législateur a pris d'ailleurs le soin de le préciser: le département de justice « préside à tous les organes directeurs, exécutifs et de surveillance sur l'exécution des peines et sur les établissements pénitentiaires »⁶⁴).

Les appréhensions manifestées par GAUTIER à la fin du siècle dernier au sujet du système des commissions et de leur fonctionnement semblent ainsi avoir gardé un étonnant caractère d'actualité: « j'ai grande peur que la tâche ne demeure écrasante et fastidieuse. Ces hommes de confiance, qui ne sont point des hommes de loisir, ces magistrats dont la carrière est déjà lourde, où trouveront-ils le temps matériel, où puiseront-ils le courage d'exercer, à côté de leurs occupations professionnelles, une surveillance qui, pour être efficace, devrait être de tous les instants? (...) le premier élan d'enthousiasme passé avec le charme de ce qui est nouveau », les commissaires s'en remettront toujours plus « à celui qui est le mieux placé pour ce genre de recherche, à celui qui est payé pour cela en somme, au directeur de la prison. (...) En résumé, danger de voir les membres de la commission se faire un oreiller de paresse de l'opinion du directeur; danger de voir cette opinion elle-même n'être que l'écho des renseignements tirés d'en bas; voilà la double éventualité mauvaise contre laquelle ni la présence du juge pénal au sein de la commission, ni les assurances optimistes des partisans du système ne sont de taille à rassurer les indécis »⁶⁵).

L'organisation actuelle de l'exécution des peines et de l'application du régime pénitentiaire apparaît logique, si on la considère à la lumière des données historiques. Solidement organisée, l'administration était tout naturellement désignée pour prendre en charge les obligations que le progrès des idées et une conception renouvelée de la sanction pénale allaient graduellement imposer dans ce domaine; la fonction judiciaire, le plus souvent honorifique, ne pouvait en fait offrir une véritable alternative.

⁶³ Cf. p. ex. le compte-rendu du département de justice, in: Rendiconto del Consiglio di Stato 1968, p. 158 et 1973, 3 p. 24.

⁶⁴ TI 6 legge sull'esecuzione delle pene (ancien; cf. ci-dessus, p. 63 note 31).

⁶⁵ A. GAUTIER, Pour et contre les peines indéterminées, op. cit., p. 36 sv.
Cf. aussi les critiques de A. SCHMID, Die baselstädtische Strafvollzugskommission, op. cit., p. 409.

Une question paraît cependant devoir se poser: n'y a-t-il pas eu, au fur et à mesure de cette évolution, des initiatives tendant à une redéfinition des rôles et des responsabilités respectives du juge et de l'administration? N'a-t-on pas exprimé des craintes de voir l'autorité administrative intervenir de plus en plus profondément dans la sphère des libertés individuelles?

La doctrine suisse ne semble pas s'être beaucoup préoccupée de ces problèmes. C'est M. DUBS, à notre avis, qui a analysé le plus clairement les rapports entre l'administration et le juge dans l'optique d'un système étatique fondé sur le droit; la conclusion de son étude va à l'encontre de l'évolution observée dans notre pays: « Es gehört zur Wahrung der Struktur unseres Rechtsstaates, dass wir bei der weitem Entwicklung des Strafrechts (und insbesondere des Massnahmenrechts) die Funktion des Gerichts nicht durch Übertragung wichtiger Befugnisse an administrative Instanzen allmählich aushöhlen, sondern gerade in diesem Sektor schwieriger Entscheidungen Aufgabenbereich und Stellung des Richters ausbauen und stärken »⁶⁶).

La revision de la partie générale du code pénal, et plus particulièrement des dispositions touchant à l'application des sanctions pénales donnait l'occasion au législateur fédéral de revoir l'ensemble du problème. Le débat a pourtant été évité. Les propositions des professeurs CLERC et FREY tendant à transférer au juge les pouvoirs actuellement détenus par l'autorité administrative, notamment en matière de libération conditionnelle, sont ainsi restées isolées et se sont heurtées à l'opposition de la majorité des praticiens et des politiques⁶⁷). La nécessité de respecter l'autonomie des cantons, l'opinion que l'autorité administrative était mieux placée que le juge pour traiter de questions pénitentiaires et la constatation enfin que le système avait fait ses preuves depuis 1942 ont été autant d'arguments qui ont coupé court à toute discussion sur une association plus étroite du juge à l'application des sanctions⁶⁸). Sous cet aspect aussi, donc, une revision assez décevante.

⁶⁶ Op. cit., p. 336.

⁶⁷ Cf. P. V. Comm. d'experts (1957) A IX, p. 60 sv.

⁶⁸ Les pouvoirs du juge ont été légèrement renforcés dans le domaine de l'« exécution des jugements »: le juge peut désormais modifier ultérieurement les règles de conduite imposées au condamné au bénéfice d'un sursis avec mise à l'épreuve (Art. 41 ch. 2 al. 2) et, dans certains cas très particuliers, mettre fin à l'internement d'un délinquant d'habitude avant l'expiration de sa durée minimum (art. 42 ch. 5).

Nous pensons, pour conclure, que le système actuel de l'application des sanctions pénales n'assure pas une protection suffisante aux personnes condamnées, en particulier à celles subissant une peine ou une mesure privative de liberté. La compatibilité de l'organisation de notre système pénitentiaire avec les principes fondamentaux d'un Etat fondé sur le droit nous paraît douteuse.

Il est en tout cas paradoxal, comme le fait remarquer fort pertinemment le professeur DUBS ⁶⁹⁾, que même les peines de moindre importance doivent être prononcées par un tribunal, statuant selon les règles de la procédure pénale, tandis qu'il appartient à l'autorité administrative de prendre toutes les décisions concernant l'application du régime pénitentiaire, de trancher par conséquent des problèmes qui touchent directement à la liberté personnelle de la personne.

Le travail et l'intégrité de l'administration pénitentiaire ne sont nullement en cause. Avec les moyens à disposition, les responsables de l'exécution ont au contraire accompli une oeuvre remarquable et ont même souvent fait preuve de plus d'imagination et d'un sens plus aïgu des responsabilités que le législateur.

La répartition des tâches entre l'administration et le juge ne correspond cependant plus aux réalités actuelles et aux exigences d'un Etat fondé, comme le nôtre, sur le principe de la primauté du droit.

Ce principe postule une protection particulière des personnes dont la liberté est gravement restreinte par la captivité. Cette tâche ne peut incomber qu'à un juge. Ce n'est pourtant que tout récemment que cette règle a été consacrée en Suisse: l'extension de la juridiction administrative du Tribunal fédéral a eu pour effet d'instaurer un contrôle judiciaire sur l'application des sanctions, les attributions du Conseil fédéral en l'espèce étant désormais dévolues au Tribunal fédéral.

Réjouissante à plus d'un titre, cette solution ne nous paraît pas très heureuse pour le domaine qui nous occupe: en prévoyant le recours à un tribunal administratif contre les décisions prises au cours de l'exécution, y

⁶⁹⁾ Op. cit., p. 332 sv.

compris celles qui ont trait aux modalités essentielles du régime pénitentiaire, on reconnaît le caractère administratif de l'exécution et, par conséquent, la compétence primaire de l'autorité administrative dans tout le domaine de l'application des peines et des mesures. Que ce soit la Cour de cassation, non la Chambre de droit administratif, qui ait pouvoir de connaître des recours en matière d'exécution ne change rien au fond du problème. C'est en tant que tribunal administratif, non en tant qu'organe de la justice pénale, que la Cour de cassation intervient. Le dossier ne lui parvient qu'après avoir passé par les différents échelons de l'administration. Sa mission consiste à s'assurer que l'autorité administrative a respecté, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, les dispositions du droit fédéral⁷⁰). La décision est prise par des magistrats étrangers à l'exécution et qui n'ont guère la possibilité de se rendre compte par eux-mêmes des conditions réelles dans les établissements.

Les limites entre le judiciaire et l'administratif, entre le droit pénal et l'exécution, doivent être repensées, la nature de l'application des sanctions pénales, reconsidérée.

⁷⁰) Le Tribunal fédéral, il est vrai, a déjà eu l'occasion de rendre un certain nombre d'arrêts très importants, dont la portée semble aller bien au-delà de la jurisprudence antérieure du Conseil fédéral (Cf. p. ex. ATF 98 I b 106, 167, 172 et 194, ainsi que 99 Ib 45, 348 et 351). Le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral est en fait plus large que ne l'était celui du Conseil fédéral.

SECONDE PARTIE

LE PROBLÈME DE L'INTERVENTION JUDICIAIRE

« DE LEGE FERENDA »

CHAPITRE PREMIER

LA SOLUTION DESIRABLE

Préconisé déjà au siècle dernier, le principe de la participation judiciaire à l'application des sanctions a connu depuis lors un développement considérable. Si la majorité de la doctrine, du moins sur ce continent, s'est relativement vite convaincue de la nécessité de ne pas abandonner le domaine de l'exécution à l'administration, il faut bien reconnaître que l'intervention du juge dans ce domaine s'est heurtée à des obstacles, sans cependant que le bienfondé du principe soit mis en cause. Tout au plus ces difficultés ont-elles montré l'urgence d'une solution pour réaliser l'association du pouvoir judiciaire à l'application de la sanction.

La Suisse est restée en dehors de ce mouvement, comme si ce problème ne la concernait pas. En fait, l'examen des dispositions sur l'application des peines et des mesures de sûreté nous a clairement montré que les législateurs fédéraux, comme les législateurs cantonaux, n'ont guère été sensibles à la doctrine qui postule que le juge suive le traitement décidé et l'adapte aux circonstances, ni aux expériences faites à l'étranger.

La véritable réalisation des buts et de la finalité de la sanction pénale est laissée à l'appareil administratif, qui se voit ainsi investi d'attributions et de pouvoirs toujours plus importants, à mesure que la peine rétributive s'efface au profit de l'oeuvre de resocialisation. A la prolixité et à la minutieuse précision des dispositions définissant les procédures d'instruction et de jugement, correspond, pour la phase de l'exécution, une réglementation extrêmement sommaire et impénétrable. Le rôle du juge, qui n'est donc plus seulement de sanctionner mais aussi, et surtout, de choisir et de promouvoir un traitement, se trouve ainsi considérablement restreint par rapport à celui de l'administration.

La récente revision du code pénal, par la loi du 18 mars 1971, et les dispositions cantonales d'application conservent le système traditionnel, sauf dans le domaine des mineurs où il semble que le problème se soit posé.

Ainsi, comme auparavant, une fois le jugement prononcé, le juge est dessaisi. Il ne sera appelé à intervenir que s'il s'agit d'apporter une modification ou un complément au jugement même. L'attribution au juge d'une compétence en matière d'application des peines a paru incompatible avec le principe de la séparation des pouvoirs ¹⁾.

Aujourd'hui il ne paraît plus possible de soutenir cette thèse. C'est mal comprendre le principe de la séparation des pouvoirs que d'exiger qu'une peine de quelques mois soit prononcée par un collège de juges, et de réserver à l'administration le pouvoir de déterminer l'intensité de la privation de la liberté, en particulier le pouvoir d'accorder ou de refuser la libération anticipée et de décider la cessation des mesures de sûreté: reconnaître la compétence naturelle du juge en cette matière est simplement consacrer un des principes fondamentaux de l'Etat de droit.

SECTION I: *Esquisse d'une solution*

Il y a plusieurs moyens d'associer le juge à l'exécution; ils peuvent conduire à des résultats très différents.

A notre sens, il ne saurait être question de faire du juge un fonctionnaire supérieur de l'administration pénitentiaire. Cela engendrerait très certainement un état de tension entre lui et le personnel de l'établissement, ce qui compromettrait le succès du traitement pénitentiaire.

¹⁾ Encore tout récemment, le législateur bernois a jugé nécessaire d'édicter une disposition constitutionnelle qui permette expressément de confier au juge des mineurs la responsabilité de l'application des sanctions qu'il prononce. Cf. W. LOOSLI, Die neue Ordnung der bernischen Jugendrechtspflege, Rev. de la société des juristes bernois 108 (1972), p. 396.

« Revendiquer la conception de MONTESQUIEU, observe justement le professeur BEKAERT, est une vue de l'esprit. L'éminent penseur, trop peu averti des causes de la criminalité, de ses origines, de l'influence du milieu ou de l'hérédité n'a pu ni envisager ni apercevoir les dangers de la césure entre le jugement et son exécution; il n'a pu songer à étendre le principe de l'intervention successive de deux pouvoirs, qui sont et doivent demeurer totalement étrangers l'un à l'autre, à un domaine où la loi morale et psychologique proclame la continuité de la personnalité » (in: DE BRIEY, op. cit., p. 10).

Il faut que chacun retrouve sa juste place: direction, personnel spécialisé et juge ont chacun une mission bien déterminée à l'intérieur de l'établissement. L'évolution des structures a été plus lente dans le domaine des sciences pénales, ce qui a permis à l'autorité administrative de s'approprier, grâce à sa solide organisation, de nouveaux secteurs qui, par leur nature, auraient dû relever du pouvoir judiciaire.

Les cartes ont été ainsi brouillées et il s'agit maintenant de les redistribuer, en adaptant, au besoin, les structures aux nouvelles exigences du droit pénal moderne. Les directeurs d'établissements redoutent parfois l'intervention du juge dans les matières qu'ils estiment leur être réservées. Un directeur doit être avant tout un administrateur: en tant que chef du personnel il doit veiller à la bonne marche de l'établissement et assurer le bon fonctionnement de l'organisation technique et administrative.

Le personnel spécialisé (médecin, psychiatre, psychologue, assistante sociale, etc.) doit être au bénéfice d'un statut qui lui assure une suffisante liberté d'action. Sa mission doit s'accomplir avec la collaboration de la direction, mais dans une totale indépendance. Les nouvelles techniques pénitentiaires font de plus en plus appel à des experts et il serait souhaitable que leur position et la forme de leur intervention reposent sur des bases juridiques, comme le législateur l'a fait pour les parties au procès pénal.

Le rôle du juge présente au moins deux aspects différents.

Il comprend, en premier lieu, la direction du processus de resocialisation: continuant l'oeuvre amorcée par la juridiction de jugement, le juge doit décider les modalités essentielles du traitement. Cette affirmation du caractère judiciaire du régime pénitentiaire devrait, selon nous, amener le législateur fédéral d'une part à renoncer à laisser aux cantons la liberté de désigner l'« autorité compétente », d'autre part à leur imposer l'intervention du « juge ». C'est à lui que doit revenir la compétence en matière de libération conditionnelle, de révocation des mesures de sûreté, de semi-liberté, de congé, de changement d'établissement, décisions qui sont actuellement prises, dans la plupart des cantons, par un organe administratif.

A cette mission spécifiquement sociale et relativement nouvelle du juge

dans l'application des sanctions, il faut ajouter une vocation plus traditionnelle: celle de garant des libertés individuelles. La possibilité de s'adresser à un juge pour faire respecter ses droits n'a cependant été reconnue au détenu que tout récemment. L'extension de la juridiction administrative au domaine qui nous occupe soulève à notre avis des objections de deux ordres: la présence du juge administratif constitue, en premier lieu, une négation inadmissible de la nature foncièrement judiciaire de l'application de la sanction pénale; d'autre part, une intervention du tribunal administratif, limitée aux litiges entre détenus et autorités au sujet de questions ne relevant pas directement du traitement pénitentiaire, ne nous paraît pas souhaitable. Le recours de droit administratif ne nous semble pas être un moyen de surveillance efficace dans un domaine où la liberté et les droits fondamentaux de la personne sont aussi restreints: un contrôle judiciaire de l'activité des établissements et des conditions générales de détention doit être dévolu à la juridiction qui sera appelée à décider les modalités essentielles du traitement.

En fait, la doctrine traditionnelle a toujours considéré le domaine de l'application des sanctions pénales comme faisant partie du droit administratif et comme une tâche ordinaire de l'administration²⁾. Droit pénal et application sont ainsi allés chacun par leur chemin³⁾ et l'on est arrivé

²⁾ Le problème de la nature juridique de l'exécution pénale a fait l'objet de nombreuses discussions en Italie, où la thèse administrative paraît encore avoir la faveur de la majorité de la doctrine; cf. BAROSIO, *Esecuzione penale*, in: *Enciclopedia del diritto*, vol. XV 1966, p. 489 sv. En Allemagne la thèse judiciaire a eu des défenseurs aussi insignes que MITTERMAIER et GOLDSCHMIDT. Aujourd'hui, cependant, on considère généralement l'exécution des peines comme une activité particulière de l'administration (« Sonderbereich der praktischen Verwaltung »), encore que certains voudraient y voir une discipline à part, de nature mixte; cf. J. DEPENBROCK, *Erwachsenen-Strafvollzug*, th. Münster 1960, W. RUPRECHT, *Die Rechtsstellung des Gefangenen*, in: *Tagungsberichte der Strafvollzugskommission*, Bd. II, Bonn 1968, p. 78 sv. et H. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Strafvollzug im Übergang*, op. cit., p. 39; pour une position plus judiciaire, cf. T. GRUNAU, *Rechtsstaatliche Kontrolle des Strafvollzuges*, ZStW 1958, p. 126 sv. Sur ce problème, cf. encore SLIWOWSKI, *Caractère judiciaire ou administratif de l'exécution au regard du problème de son contrôle*, *Rev. int. de dr. pén.* 1965, p. 79 sv. et S. PLAWSKI, *Le contrôle judiciaire de l'application des peines en droit comparé*, *Rev. int. de dr. comp.* 1973, p. 375 sv. La discussion apparaît souvent confuse, car les différents sens que recouvre la notion d'exécution pénale ne sont pas clairement précisés.

³⁾ Déjà Franz von LISZT avait dénoncé cet écartèlement: « Strafvollzug und Strafrechtspflege und mit ihnen beiden die kriminologische Wissenschaft haben gleichmässig unter der unnatürlichen Trennung gelitten » (op. cit. [ZStW 1889], p. 488).

à cette situation absurde, où le juge comprend la sanction d'une façon, les responsables de l'exécution d'une autre ⁴⁾.

Le législateur avait en vérité entrevu les difficultés que soulevait une séparation aussi rigoureuse entre droit pénal et application de la sanction. Dans le Message de 1918, le Conseil fédéral écrivait que la limite entre les deux domaines est « malaisée » à tracer, constatation qu'il reprend dans les mêmes termes dans le Message de 1965. La Confédération, qui ne voulait nullement assumer les charges de l'application des sanctions, était parfaitement consciente que l'unification du droit pénal serait illusoire, si chaque canton continuait à appliquer à sa guise les peines et les mesures de sûreté. On établit ainsi que « c'est à la loi pénale qu'il appartient de fixer le contenu de la peine et ses effets juridiques » ⁵⁾, opinion que le Conseil fédéral réitère en 1965: « le contenu des peines et leurs effets juridiques appartiennent sans aucun doute au droit pénal matériel bien que des prescriptions sur l'exécution des peines en résultent » ⁶⁾.

Nous pensons en fait que l'ensemble du régime de l'application des sanc-

⁴⁾ Le professeur Arthur KAUFMANN qualifie très pertinemment cette dichotomie de « schizophren Zustand » (Cf. *Strafrecht und Strafvollzug*, in: *Die Strafvollzugsreform*, Karlsruhe 1971, p. 39). Cet auteur fait d'ailleurs justement remarquer qu'une telle rupture entre droit pénal et application de la peine correspond à un certain jugement de valeur qui met au premier plan le droit de la peine et qui ne voit dans sa concrétisation qu'une question de simple technique. La situation en Allemagne fédérale est en effet assez significative. Plus de cent ans après l'adoption du code pénal, une loi fédérale sur l'application des peines va finalement être promulguée. Si l'on considère ces deux textes, on ne peut qu'être frappé par la cassure nette existant entre la loi pénale et l'exécution des peines. On en est ainsi arrivé à fixer aux deux domaines des buts différents, en distinguant entre but de la peine et but du traitement (cf. *Tagungsberichte der Strafvollzugskommission*, Bd. II, op. cit., p. 18 sv.). Le dogmatisme — pour lequel maints juristes allemands ont parfois une prédilection excessive — se prête sans aucun doute mieux au développement de l'entité juridique de la sanction, plutôt qu'aux réalités qu'elle sous-entend. Les professeurs du « projet alternatif » (AE) semblent avoir reconnu l'anomalie qui est à la base de cette conception. Ils ont ainsi proposé une solution qui tend à créer une véritable unité fonctionnelle entre droit pénal, au sens étroit, et application des sanctions: les principes fondamentaux de l'application sont, dans leur projet, inscrits dans le code pénal même (§§ 37-39 AE) et non pas seulement dans la loi spéciale appelée à régler ce domaine. Au sujet de la politique du « projet alternatif » concernant l'application des peines, cf. J. BAUMANN, *Der Alternativ-Entwurf zum Strafgesetzbuch und der Strafvollzug*, in: *Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform*, Bielefeld 1969, p. 149 sv.

⁵⁾ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de code pénal suisse, du 23 juillet 1918, p. 7.

⁶⁾ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi revisant partiellement le code pénal suisse, du 1er mars 1965, p. 44.

tions appartient au droit pénal matériel⁷⁾. La Confédération n'a donc pas épuisé toutes ses compétences en ce domaine⁸⁾: elle l'a fait dans la mesure nécessaire pour assurer une application homogène du code et pour limiter l'arbitraire des autorités cantonales. Ces prescriptions sur l'application des peines et des mesures de sûreté peuvent donc être comprises comme des « règles minima », et rien ne s'oppose, au demeurant, à ce que le législateur cantonal prenne l'initiative d'apporter des améliorations au régime d'application⁹⁾. La définition d'une politique pénitentiaire efficace exigera cependant un engagement accru de la part de la Confédé-

7) L'appartenance au droit pénal matériel des dispositions définissant l'application des peines a, d'une façon plus ou moins large et avec des conséquences parfois divergentes, déjà été affirmée par plusieurs auteurs suisses: ce fut le cas, en 1892, du juge fédéral CORNAZ (cf. F. CLERC, *Le code pénal doit-il contenir des dispositions relatives à l'exécution des peines et des mesures privatives de liberté?*, Informations pénitentiaires suisses 1963 n. 52, p. 5), de Werner KAISER, lors des délibérations de la deuxième commission d'experts (P. V., vol. IX, p. 83), de Gaston DELAQUIS, dans une thèse zurichoise (*Das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen im Vollzug der Freiheitsentziehungen gegenüber Erwachsenen gemäss Artikel 64 bis der Bundesverfassung*, Berne 1936) et cela semble être l'opinion du professeur CLERC (*Chron. trim.*, RPS 82 [1966], p. 63 sv.).

8) Les problèmes qui se posent en République fédérale d'Allemagne à ce sujet ne sont pas sans rappeler les nôtres, ne serait-ce qu'à cause de la structure fédérative des deux pays. D'après l'art. 74 de la Loi Fondamentale de Bonn, le « Bund » et les « Länder » jouissent d'une compétence concurrente en matière de droit pénal et d'exécution des peines. L'Etat central a aussitôt fait valoir ses attributions en droit pénal, laissant aux « Länder » le soin de régler l'application des peines et des mesures. La nécessité de disposer d'un système pénitentiaire unifié s'est rapidement fait sentir. On a assisté depuis lors à un processus d'unification qui se déroule en trois étapes. Il s'est trouvé, en un premier temps, un certain accord tacite entre les différentes provinces pour appliquer des principes uniformes dans l'exécution des peines (cf. H. H. JESCHECK, in: *Les grands systèmes pénitentiaires*, t. II, Paris 1955, p. 293). En 1961 les ministres de la justice des « Länder » poussent plus loin leur coopération; ils adoptent un système pénitentiaire uniforme et promulguent une ordonnance (*Dienst- und Vollzugsordnung*, du 1er décembre 1961) valable pour toutes les provinces (une espèce de concordat pour tous les Etats). Mais les voix réclamant une véritable loi fédérale sur l'exécution des peines se font de plus en plus nombreuses. Le principe est finalement admis et en 1967 est nommée une commission d'experts chargée d'élaborer un projet; celui-ci est publié au début de l'année 1971 (*Entwurf eines Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafen und der freiheitsentziehenden Massregeln der Besserung und Sicherung - Strafvollzugsgesetz - Karlsruhe*, février 1971). Le texte, légèrement modifié (*Regierungs-Entwurf*, octobre 1972) est actuellement en discussion au parlement (cf. ci-dessus, Première partie, ch. III, note 47). Il faut enfin remarquer que si l'Etat central fait maintenant usage de ses compétences en matière d'exécution, l'application de la future loi fédérale sur l'exécution des peines reste l'affaire des « Länder » (Art. 83 de la Loi Fondamentale).

Sur le problème du partage de compétences en matière d'application des peines en Allemagne fédérale, cf. H. MÜLLER-DIETZ, *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiet des Strafvollzuges*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1967, p. 90 sv.; du même auteur, cf. aussi: *Strafvollzugsgesetzgebung und Strafvollzugsreform*, Cologne 1970.

9) En ce sens, cf. F. CLERC, op. cit. RPS 82 (1966), p. 64.

ration¹⁰⁾. Même pour l'exécution matérielle, domaine qui relève incontestablement de la compétence des cantons¹¹⁾, une coordination de plus en plus étroite paraît inéluctable¹²⁾.

Ces principes doivent être rappelés au moment où l'on esquisse les bases d'une intervention du juge dans le domaine de l'application des sanctions pénales.

L'activité du juge ne peut plus se limiter au choix d'une peine et à la fixation de sa durée. Il y a tout un contenu particulier à donner à la sanction, contenu qui ne peut vraiment être précisé, adapté et corrigé qu'au cours de la phase qui suit le jugement. A ce stade, le rôle du juge

¹⁰⁾ Si nous pensons que l'application des peines fait partie intégrante du droit pénal matériel, nous ne croyons pas pour autant que toutes les dispositions qui s'y réfèrent doivent nécessairement être contenues dans le code pénal. Nous estimons même qu'une telle solution n'est pas souhaitable. Le code devrait fixer uniquement les principes fondamentaux de l'application, alors que la description du régime pénitentiaire dans les détails ferait l'objet d'une loi particulière. Cette position, soutenue entre autres par le Comité de la Société suisse de droit pénal ainsi que par l'Association suisse pour la réforme pénitentiaire et le patronage lors de la réforme de la partie générale du CPS (cf. F. CLERC, *Le code pénal doit-il...*, op. cit., p. 3 sv.), présente surtout des avantages pratiques, car elle permet une évolution beaucoup plus rapide et plus souple des dispositions réglant le régime pénitentiaire. Il est à peine besoin d'insister sur l'importance capitale que jouent, en ce domaine, la mobilité et la souplesse des institutions et des règlements. Les difficultés et la lenteur exaspérante qui semblent désormais accompagner les réformes du code pénal soulignent, d'une façon suffisamment éloquente, les côtés séduisants de cette proposition.

L'ensemble du droit pénal pourrait être en fait agencé en trois différents codes — code pénal, code de l'application des sanctions et code de procédure pénale — ce qui permettrait à la fois de distinguer ces trois domaines et de les assembler dans un système fonctionnellement unitaire. Cette idée a d'ailleurs été retenue — à la suite d'une intervention du professeur CLERC — par le VII^e Congrès international de droit pénal d'Athènes, en 1957. Cf. Actes du Congrès, Athènes 1961, p. 248 (intervention CLERC), p. 338 (résolution de la 3^{ème} question). Après avoir déjà fait l'objet d'un projet en 1932, cette formule a trouvé récemment une consécration législative en Pologne, où il existe désormais un Code pénal exécutif, du 19 avril 1969. Cf. ci-dessus, Introduction, note 42.

¹¹⁾ Le juge fédéral CORNAZ considérait que l'ensemble de l'exécution — et non pas seulement l'application des sanctions — faisait partie du droit pénal matériel: la Confédération aurait dû créer ainsi les établissements pénitentiaires nécessaires, les entretenir, pourvoir au recrutement et à la formation du personnel.

DELAQUIS, par contre, distingue entre « droit de l'application des sanctions » (« Strafvollzugsrecht »), qui est partie intégrante du droit pénal matériel, et « exécution matérielle » (« Strafvollzug »), qui relève de la compétence des cantons. L'auteur remarque cependant que des motivations d'ordre politique ont amené la Confédération à ne point épuiser toutes ses compétences, mais à se limiter à poser un certain nombre de règles essentielles — ce que DELAQUIS appelle la « partie générale » du droit de l'application; les détails du droit de l'application (la « partie spéciale ») restent en revanche du domaine des cantons, aussi longtemps que le législateur fédéral le jugera opportun (cf. op. cit., p. 37 sv.).

¹²⁾ Il est évident que dans le domaine des constructions pénitentiaires, pour ne prendre qu'un exemple, il y a tout un travail de planification à long terme qui est à entreprendre. Dans le cadre des concordats sur l'exécution, un certain effort de coordination a été fait. Nous pensons cependant que la Confédération serait bien inspirée de prendre elle-même des initiatives en ce sens, ne serait-ce qu'à cause des dépenses importantes qu'elle consent dans ce domaine.

ne saurait être celui d'un simple « observateur »¹³⁾, comme cela semble encore être le cas aujourd'hui¹⁴⁾. Tout ce domaine doit être restitué au pouvoir judiciaire: il faut « juridictionnaliser » l'application des sanctions pénales¹⁵⁾.

Le caractère juridictionnel de l'application des sanctions pénales nous paraît évident: si l'on entend par juridiction ce pouvoir particulier de l'Etat de maintenir et de réaliser l'ordre juridique, l'application des peines et des mesures — qui voit justement la véritable réalisation de la norme-sanction de la loi pénale — n'est autre que la phase culminante et décisive de la juridiction¹⁶⁾.

C'est dans cette perspective que doit être examinée la redéfinition des rôles respectifs des différents protagonistes de l'application des sanctions.

Les attributions judiciaires en matière d'application peuvent être confiées

¹³⁾ L'expression est de R. WARLOMONT, *Le contrôle juridictionnel de l'application de la peine. La giustizia penale 1952* (II^e partie), p. 258.

¹⁴⁾ Une véritable participation judiciaire à l'application des sanctions pénales n'est possible qu'à la condition de ne pas faire du juge un agent de l'administration, mais de lui reconnaître des pouvoirs réels. En France et en Italie, le juge de l'application est bien davantage un administrateur, voire un auxiliaire de la justice, qu'un juge. Des incidents récents ont fait d'ailleurs clairement ressortir l'impuissance de ce magistrat. A l'occasion des mutineries de la Maison centrale de Toul, d'aucuns ont parlé d'une « démission de la justice », allant jusqu'à conclure que l'« efficacité du juge est à la mesure de l'audience que les chefs d'établissements sont prêts à lui accorder et que celle-ci, dans le même temps, dépend de l'importance que le ministère de la justice accorde à ce magistrat » (Ph. BOUCHER, *Le Monde*, du 15 décembre 1971); le rôle du juge de l'application serait ainsi « subsidiaire », certains disent « vacataire », et le Syndicat de la magistrature a pu écrire qu'il est « la bonne conscience de la justice » (cf. J.-M. VARAUT, *La prison pour quoi faire?*, Paris 1972, p. 114 sv.). Quant aux difficultés que peut rencontrer un juge dans la prison, cf. le mémoire, daté de décembre 1970, de M. PETIT, juge de l'application des peines à la Maison centrale de Clairvaux, cité in: M. KUNSTLE et C. VINCENT, *Le crépuscule des prisons*, Paris 1972, p. 251 sv. Pour la même expérience vécue par le détenu, cf. N. GIRARD, *Sept ans de pénitence*, Paris 1972, p. 400.

¹⁵⁾ Cf., en ce sens, le rapport sur l'application des peines présenté au Congrès de l'Union fédérale des magistrats (français), publié in: *Le pouvoir judiciaire* n. 254, mai 1972. Le rapporteur français au Congrès de Rome, M. JAMBU-MERLIN, s'est prononcé en revanche contre une « juridictionnalisation » du juge de l'application des peines (cf. *Rev. int. de dr. pén.* 1970, p. 514).

Les récents événements dans les prisons françaises ont convaincu le législateur de la nécessité de renforcer les pouvoirs du « JAP » (au sujet de cette réforme, cf. B. DUTHELLET-LAMONTHEZIE, *Les modifications récentes du régime d'exécution des peines privatives de liberté*, *Rev. sc. crim.* 1973, p. 567 sv.); le ministre de la justice a reconnu en effet qu'il importait « d'assurer une meilleure intégration de l'administration pénitentiaire dans le monde judiciaire » (*Le Monde*, du 5 février 1972). Son collègue italien, quant à lui, s'est prononcé très clairement pour une « juridictionnalisation » de l'application des sanctions et a indiqué que le nouveau régime pénitentiaire actuellement à l'étude irait en ce sens (cf. *Rassegna di studi penitenziari* 1974, p. 268).

¹⁶⁾ En ce sens, G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, op. cit., p. 206 sv.

soit au tribunal qui a rendu la sentence, soit à une juridiction spéciale qui s'occuperait exclusivement de ces problèmes.

En faveur de la première solution on pourrait faire valoir la meilleure connaissance que le juge du fond a du condamné, de sa personnalité et de son histoire pénale, ainsi que la continuité que l'on obtiendrait entre la phase du choix des mesures et celle de leur application.

Ces avantages ne sont pourtant qu'apparents. L'identité du juge qui a statué avec celui qui doit prendre les décisions nécessaires à l'adaptation du traitement en fonction des résultats obtenus n'est pas garantie, surtout si la privation de la liberté atteint plusieurs années. La distribution géographique des établissements et leur spécialisation toujours plus poussée font que, souvent, les décisions seraient rendues par un tribunal siégeant loin du lieu de détention du condamné. Dans ces conditions, l'intervention du juge dans l'application des peines ne se réduirait qu'à un échange de correspondance et à l'entérinement des propositions des autorités pénitentiaires. Enfin, comme l'ont montré les expériences faites en Allemagne en matière de libération conditionnelle, ce système conduit à des pratiques différentes au sein d'un même établissement, ce qui provoque parmi les détenus un état de mécontentement¹⁷⁾.

Ces désavantages nous semblent autant d'arguments en faveur de la création d'un organisme judiciaire spécial, qui ne s'occuperait que des questions relatives à l'application des sanctions. Toutefois, d'aucuns observent que ce serait une nouvelle et inutile charge pour le Trésor. La même objection pourrait être également faite à la première solution envisagée, si les magistrats du siège devaient voir leur besogne à tel point s'accroître par leurs nouvelles fonctions qu'il faudrait en augmenter le nombre.

Certes, comparé avec la solution administrative actuellement en vigueur, le système judiciaire préconisé serait probablement plus coûteux. A cela il convient de répondre que toute dépense en faveur de l'administration de la justice et des institutions pénitentiaires finit toujours par constituer un investissement productif, même si cette vérité n'est pas toujours comprise dans les milieux politiques.

¹⁷⁾ Cf. G. BLAU, op. cit., p. 98.

La juridiction spécialisée que nous préconisons pourrait constituer une section (chambre ou tribunal de l'application des sanctions pénales) instituée au sein du tribunal cantonal. Si le nombre des établissements et des condamnés l'exigeait, l'un des magistrats se consacrerait uniquement à cette tâche, assurant le contact direct avec les condamnés, les autorités pénitentiaires, le personnel spécialisé opérant en institutions ou en milieu ouvert. Entre ce magistrat et le tribunal de l'application, un partage des attributions pourrait exister en fonction de la nature et de l'importance des cas, quitte à prévoir un recours au tribunal contre les décisions du juge unique.

Une attention particulière devrait également être portée sur la procédure. Il est évident que le succès de l'institution dépendra dans une large mesure de l'indépendance et de la liberté d'action accordées au juge, ainsi que de la possibilité pour le condamné de s'adresser effectivement au juge, sans qu'il en résulte pour lui des conséquences désagréables. Il s'agit de faire de l'application de la sanction le prolongement du procès pénal¹⁸).

SECTION II: *Le mode de réalisation*

Il est peut-être encore trop tôt pour décrire dans le détail l'institution du juge de l'application, telle qu'elle nous paraît souhaitable en Suisse. Il importe de nous demander auparavant si une telle innovation est concevable dans les circonstances présentes et dans quelles conditions.

La question est importante, les réponses très incertaines.

La première qui vient à l'esprit est simple: le législateur fédéral attribuerait au juge les fonctions actuellement réservées à l'« autorité compétente », de telle sorte que ce dernier assumerait à la fois l'exécution et l'application du jugement.

Ce mode de faire est séduisant, mais il se heurte à bien des obstacles.

¹⁸ En ce sens, cf. notamment J. GRAVEN, Introduction à une procédure pénale de prévention et de défense sociale, RPS 65 (1950), p. 190 sv. et F. CLERC, Chron. trim. RPS 87 (1971), p. 288; de ce même auteur cf. également: Trente ans de procédure pénale en Suisse, RPS 88 (1972), p. 360.

Tout d'abord, au regard du texte constitutionnel de l'art. 64 bis, le législateur fédéral serait-il habilité à opérer une telle mutation? Certes, s'il s'avisait de l'opérer, nul ne pourrait mettre en cause la constitutionnalité du procédé.

A cela il faut ajouter que les esprits ne semblent pas disposés à un tel changement. La récente révision du code pénal, qui a abouti à la loi du 18 mars 1971, l'a clairement démontré: non seulement le principe de l'intervention judiciaire dans l'exécution ne figurait pas à l'ordre du jour des travaux, mais une certaine résistance s'est dessinée contre toute tentative tendant à associer un peu plus étroitement le juge à l'application des sanctions.

Dans ces conditions, pour réaliser le progrès que nous souhaitons, il faut envisager de l'opérer au plan cantonal. Aucun obstacle juridique ne s'y oppose et, récemment, il a été question à Neuchâtel de donner au juge des pouvoirs étendus dans le domaine de l'exécution des jugements¹⁹). Le projet est momentanément mis en veilleuse, mais s'il était réalisé, nul doute que l'exemple serait vite imité par d'autres cantons.

Il convient néanmoins de relever les inconvénients de l'institution du juge de l'application par le truchement du droit cantonal.

En effet, la diversité entre les législations cantonales ne manquera pas d'aboutir à ce résultat absurde que, dans un même établissement, les décisions de libération conditionnelle ou de placement anticipé en milieu ouvert émaneront de l'autorité administrative ou du juge, selon que le condamné dépend d'un canton ou d'un autre.

Sans doute en viendra-t-on alors à rechercher une solution uniforme au niveau régional, dans le cadre des concordats sur l'exécution des peines et des mesures de sûreté.

Mais ce ne seront toujours que des expédients. L'institution du juge de l'application des sanctions pénales ne pourra pas être pleinement réalisée sans l'intervention du législateur fédéral. N'est-ce pas à lui qu'incombe

¹⁹) Cf. F. CLERC, Chron. trim., RPS 88 (1972), p. 165. Cf. également ci-dessous Ch. II, note 21.

en définitive le devoir de définir une politique criminelle efficace et cohérente, dans le respect de la dignité de l'homme et de la finalité sociale de la réaction pénale, et d'en indiquer les moyens?

Et si des scrupules constitutionnels devaient empêcher l'introduction du juge de l'application, apport de l'expérience du droit pénal contemporain, peut-être faudrait-il envisager une révision de l'art. 64 bis de la Constitution fédérale. Après tout, les révisions constitutionnelles sont si nombreuses et fréquentes qu'une de plus ne constituerait pas une impossibilité majeure.

CHAPITRE II

LA LEÇON D'UNE EXPERIENCE

Même si le législateur n'en a peut-être pas été conscient au départ, l'intervention judiciaire dans le domaine de l'application des sanctions est un postulat du code pénal suisse.

Comment en faire une meilleure démonstration qu'en nous penchant un instant sur le droit applicable aux enfants et aux adolescents?

SECTION I: *L'évolution du droit des mineurs*

Chacun sait qu'au temps où Carl STOOSS travaillait aux avant-projets de code pénal suisse, la question des tribunaux d'enfants était à la mode.

L'idée était venue d'Amérique. Pour des raisons trop connues pour être rappelées ici, il convenait de soustraire les enfants aux institutions conçues pour les adultes. Non seulement il s'agissait de substituer aux peines vindicatives des mesures éducatives, tenant compte moins du délit que des besoins du jeune « étourdi », mais il importait de confier ce dernier à un magistrat qui ressemblerait davantage au « bon père de famille » qu'au magistrat traditionnel.

Ces idées nouvelles ne devaient pas tarder à gagner certains cantons suisses particulièrement évolués et exercer une influence dans l'élaboration du futur code pénal suisse.

Mais si le droit fédéral pouvait intervenir quant au droit de fond, il fallait respecter l'autonomie des cantons au plan de la procédure. Il ne

pouvait être question de leur imposer des tribunaux spéciaux pour enfants.

Pour s'en tirer, et pour ne pas mettre obstacle à la création désirable d'un « juge des mineurs », il fut convenu d'abandonner aux cantons le droit de désigner l'« autorité compétente ». Cette décision paraissait d'autant plus heureuse qu'en définitive, en matière de droit de fond, nous trouvons un système inverse de celui des adultes: la mesure éducative ou curative — qui est en principe de nature préventive, donc administrative — est la règle, la peine étant l'exception. Même si cette position ne paraît pas correspondre à la réalité, elle est juste si l'on considère les atteintes à l'ordre moral que protège le code.

Mais notre sujet n'est pas de discuter du droit des mineurs. Nous savons qu'il passe pour être la préfiguration du droit qui devrait régir les adultes, et nous avons laissé entendre plus haut qu'il impliquerait l'intervention du « juge », plus exactement de l'organe investi du droit de statuer en la cause, dans l'exécution.

Au passage, relevons que les premières lois suisses qui ont introduit un régime spécial pour les mineurs ont immédiatement aperçu la nécessité de l'adapter aux besoins du jeune délinquant.

Ainsi, la loi genevoise du 4 octobre 1913, sur la Chambre pénale de l'enfance¹⁾, autorise cette juridiction à « continuer les mesures prises, les substituer l'une à l'autre ou libérer complètement le mineur d'office » et la charge, directement ou par délégation, d'exercer le contrôle des mesures ordonnées (art. 15). Le président ou son délégué visite, « toutes les fois que cela lui paraît nécessaire, les mineurs placés par décision de la chambre dans un établissement ou une colonie pénitentiaire » (art. 19).

C'est vraiment en raison de la nature des choses qu'un droit, qui cesse d'être vindicatif pour mettre l'accent sur la prévention, en vient à mettre le « juge » dans la même situation que le médecin qui, après avoir posé le diagnostic et ordonné le traitement, se voit chargé de le suivre, avec le pouvoir de le modifier et d'y mettre fin, selon les effets constatés sur la personne du patient.

¹⁾ Recueil des lois t. 99, p. 741.

Ce faisant, les auteurs du code pénal n'ont rien fait d'autre que d'attribuer au « juge des mineurs » le rôle du juge de l'exécution, au sens que nous avons précisé au sujet des adultes: c'est à lui qu'il appartiendra de modifier le jugement, en substituant une mesure à une autre (art. 86 et 93 anciens) ou en décidant la renonciation à toute mesure (art. 88 et 98), pour ne citer que ces exemples.

Mais le code pénal confie également à l'« autorité compétente » le soin de prendre des décisions, qui entrent directement dans le domaine de l'application du jugement: libération conditionnelle (art. 94 ancien), transfert dans un établissement pénitentiaire (art. 93 al. 2 ancien), etc.

Le terme d'« autorité compétente » est ici fort ambigu. S'il désigne l'« autorité habilitée par le canton », il n'est pas toujours aisé de distinguer si l'attribution est faite à l'organe chargé du jugement des mineurs ou s'il s'agit de l'autorité administrative.

Cette ambiguïté n'est pas apparue immédiatement, et dans plusieurs cantons, qui avaient créé une magistrature pour les mineurs (Genève, Vaud, Tessin), la plupart des décisions réservées à l'autorité compétente par le code pénal ont été finalement confiées, en fait ou en droit, à cette magistrature spécialisée qui, pratiquement, a été investie de pouvoirs dans le domaine de l'application des sanctions.

Si, pour notre part, nous ne pouvons qu'applaudir, il faut avouer que, dans certains cantons, il pourrait en résulter des conflits et des confusions. C'est pourquoi, lors de la révision législative du 18 mars 1971, est apparu un souci de précision: alors que le code pénal, dans sa version primitive, ne faisait allusion qu'à l'« autorité compétente », expression maintenue encore dans plusieurs textes (art. 83, 90, 94 ch. 2, 95 ch. 3), le législateur a cru bon de distinguer ce qui ressortissait à l'« autorité de jugement », d'une part (art. 84-88, 91-93, 95 ch. 1, 96-99), et à l'« autorité d'exécution », d'autre part (art. 86 bis, 93 bis et ter, 94, 94 bis, 95 ch. 4 et 5).

Pour nous, ces précisions ne sont pas sans importance: elles prouvent tout d'abord que le problème de l'intervention du juge dans le domaine de l'application des sanctions commence à se poser et, d'autre part, que le code pénal n'interdit aucunement de mettre dans les mains d'une même

« autorité compétente » la fonction qui consiste à poursuivre, juger et exécuter.

Toutefois, est-ce chose possible en raison de l'hétérogénéité de nos institutions helvétiques?

C'est un problème auquel il n'est possible de répondre qu'après avoir brièvement rappelé les solutions choisies pour ce qu'on appellera conventionnellement la « juridiction de jugement », soit l'autorité habilitée à décider des sanctions à prendre à l'égard des mineurs.

SECTION II: *Les autorités de jugement*

En ce qui concerne l'autorité de jugement, il convient tout d'abord d'observer que l'accord est partout réalisé sur le fait que le juge des mineurs doit être « plus soucieux de généreuse équité que du droit pur et plus ouvert aux déterminantes psycho-physiologiques et sociales du comportement » et qu'il est souhaitable que « les magistrats de la jeunesse renoncent aux oripeaux de la justice, à ses rites et décors sacralisés, aux formes un peu magiques de la solemnité judiciaire »²⁾.

C'est sans doute pourquoi, en Suisse, ce « juge » n'appartient pas nécessairement au pouvoir judiciaire. Ceci se justifie tout d'abord par un motif juridique: comme il s'agit essentiellement de décider un traitement plutôt que d'infliger une peine, un organe administratif paraît en l'espèce tout aussi qualifié que l'autorité judiciaire³⁾. Il faut en outre tenir compte des contingences locales, notamment du nombre des causes et surtout des qualifications nécessaires pour assumer cette tâche. Cela a conduit à une diversité de solutions qui ont été inventoriées⁴⁾ et discutées⁵⁾, de sorte que nous nous contenterons de les rappeler rapidement:

²⁾ S. C. VERSELE, Quelques observations de sociologie judiciaire sur les magistrats de la jeunesse, *Rev. int. de crim. et de pol. tech.* 1970, p. 173.

³⁾ Sur ce problème, cf. p. ex. les travaux du Douzième Congrès pénal et pénitentiaire de la Haye de 1950 (P. V. des séances vol. I, p. 378 sv., 419 sv. et vol. VI, p. 113 sv.).

⁴⁾ Cf. M. v. MONAKOW, *Die Behördenorganisation des Jugendlichenstrafprozesses*, th. Zurich 1943.

⁵⁾ Cf. V. DEGOUMOIS, *Les principes de la procédure pénale applicable aux mineurs en Suisse*, th. Neuchâtel 1957, et, du même auteur, *L'écolier et le code pénal suisse*, RPS 82 (1966), p. 385 sv.

1° Il était concevable de confier le jugement des mineurs aux tribunaux ordinaires, c'est-à-dire à ceux qui jugent les adultes. Ceci s'explique aussi bien par le fait que l'ampleur de la délinquance juvénile ne peut pas toujours justifier une magistrature spéciale que parce que d'aucuns ne font pas de différence entre droit des adultes et droit des mineurs.

Nous nous contenterons de rappeler que depuis le début du siècle presque tous les cantons ont enlevé à la juridiction ordinaire la compétence quant aux mineurs. Berne vient d'en prendre le parti⁶⁾; et, quant à nous, nous déplorons que le Valais ait récemment maintenu le juge ordinaire comme juge des mineurs, même si en cette qualité ce dernier fonctionne toujours comme juge unique⁷⁾.

2° Plus nombreux sont les cantons qui ont désigné des organes administratifs, souvent choisis en fonction de leur vocation particulière: autorités scolaires ou de tutelle⁸⁾. L'avantage financier est évident. Du même coup, le reproche de confusion avec le droit des adultes est évité.

S'il est indéniable que l'école et les autorités tutélaires ont un rôle à jouer dans la lutte contre la criminalité, c'est avant tout au plan de la simple prévention. En revanche, il n'est pas certain que ces organes soient qualifiés pour résoudre les problèmes juridiques que pose une affaire pénale. En faveur de cette solution, il est possible de faire valoir que la délinquance juvénile est plus un phénomène d'inadaptation qu'une violation de normes juridiques⁹⁾.

3° L'institution d'une juridiction spécialisée est la solution qui, dans les circonstances actuelles, nous paraît la plus satisfaisante. C'est d'ailleurs la solution qui est en vigueur dans la plupart des pays.

Les cantons qui en ont adopté le principe ont suivi deux voies différentes selon qu'ils ont pris pour modèle les institutions des pays latins ou germaniques.

6) Loi sur l'organisation du régime applicable aux mineurs délinquants, adoptée en votation populaire du 24 septembre 1972.

7) Au Valais, le juge instructeur, qui est aussi juge ordinaire des contraventions et de certains délits en droit des adultes, fonctionne comme juge des mineurs (art. 6 LICPS, sans changement avec le CPP de 1962).

8) Cf. M. MONAKOW, op. cit., p. 172 sv. et V. DEGOUMOIS, Les principes . . . , op. cit., p. 19 sv.

9) Cf. en ce sens V. DEGOUMOIS, L'écolier . . . , op. cit., p. 388.

Au Tessin et dans les cantons romands, c'est un juge professionnel qui dirige toute la procédure — souvent avec le concours d'assesseurs qualifiés en raison de leurs connaissances en matière juvénile; ce juge dirige même parfois l'exécution¹⁰⁾.

En Suisse alémanique, retenus par des scrupules constitutionnels, les législateurs ont maintenu la distinction entre l'instruction et le jugement¹¹⁾: le procureur de la jeunesse (« Jugendanwalt »), rattaché dans certains cantons au ministère public, instruit la cause, propose la sanction et intervient lors de l'exécution. Le jugement lui-même est rendu par un tribunal des mineurs qui, souvent, n'est autre que le tribunal ordinaire siégeant à huis clos. Nous constatons ainsi que le magistrat qui connaît le mieux l'affaire ne participe pas au jugement. Cela présente un avantage au stade de l'exécution: le mineur ne tient pas le procureur pour « responsable » de la sanction prononcée. Voici l'inconvénient: cette absence est contraire au principe de l'unité de la procédure, il pourrait en résulter des divergences entre les deux autorités. Plusieurs cantons y ont remédié en associant le « Jugendanwalt » aux délibérations du tribunal¹²⁾.

SECTION III: *Les autorités d'exécution*

En raison de la nature des décisions prises à l'égard du jeune délinquant, la phase de l'application revêt une importance capitale. Les termes d'exécution et d'application ne paraissent peut-être plus très appropriés. Comme nous l'avons noté, après avoir ordonné le traitement, il faut en suivre le développement, et au besoin l'adapter. Le jugement n'est plus une conclusion de la procédure, mais le point de départ de l'opération de reclassement du mineur, le prélude à une série de décisions qui conduiront au succès ou à l'échec de l'entreprise.

Aussi la désignation de l'autorité chargée de l'application et de l'adaptation des sanctions est-elle essentielle. Ses tâches dépassent les attributions normales de l'organe ordinaire d'exécution.

¹⁰⁾ Cf. M. MONAKOW, *op. cit.*, p. 150 sv. et V. DEGOUMOIS, *Les principes . . .*, *op. cit.*, p. 24 sv.

¹¹⁾ Cf. M. MONAKOW, *op. cit.*, p. 50 sv. et V. DEGOUMOIS, *Les principes . . .*, *op. cit.*, p. 25 sv.

¹²⁾ « Ce qui arrive heureusement, même en dérogation de la loi » (V. DEGOUMOIS, *Les principes . . .*, *op. cit.*, p. 26).

A qui confier cette mission, dans la mesure où le code pénal n'en investit pas l'autorité de jugement?

Il y a sans doute plusieurs solutions:

a) La première consiste à ne pas s'écarter des chemins battus: dans maints cantons, l'exécutif assume ces tâches aussi pour les mineurs, et même c'est au gouvernement cantonal qu'il incombe d'octroyer la libération conditionnelle¹³⁾.

Là où aucun organe spécialisé n'existe pour juger les jeunes délinquants, le pouvoir exécutif a des prérogatives encore plus larges, puisque l'on a tout simplement transposé les règles valables pour les condamnés adultes. Ainsi, Nidwald et Zoug renvoient aux dispositions applicables aux adultes, de sorte que le Conseil d'Etat est responsable de l'application des peines et des mesures¹⁴⁾. De même, le Valais réserve pratiquement cette tâche au département de justice et au gouvernement¹⁵⁾.

Il n'y a donc pas d'intervention du « juge des mineurs ». Faut-il le déplorer? Le juge des mineurs est celui des adultes et n'a aucune qualification spéciale pour s'occuper de l'application des sanctions. Il est d'autre part fort douteux que l'administration soit à même d'établir la relation humaine indispensable à un traitement de resocialisation¹⁶⁾.

b) Dans plusieurs cantons, le législateur a prévu la collaboration d'organismes administratifs, dont la vocation éducative et d'assistance est plus spécifique. Il s'agit d'offices cantonaux de la jeunesse et des autorités scolaires¹⁷⁾. Organes de l'instruction, voire de jugement, ces autorités sont souvent chargées d'assurer dans une certaine mesure l'exécution: ainsi, les « Jugendämter » de Bâle-Ville et de Glaris ou jusqu'à tout récemment

¹³⁾ Cf. p. ex. AI 13 CPP, AR 145 CPP, GL 18 LICPS, OW 30 Veord. über Jugendstrafrechtspflege, SZ 245 CPP, VS 8 LICPS et ZG 90 CPP.

¹⁴⁾ NW 6 et 12 LICPS, ZG 63 et 83 CPP (l'exécution des mesures prises à l'encontre des enfants incombe au « Erziehungsrat », ZG 62 CPP).

¹⁵⁾ VS 6, 8 et 9 LICPS.

¹⁶⁾ Dans le canton de Nidwald, avant l'introduction du « Jugendanwalt » par la loi sur l'organisation judiciaire du 28 avril 1968, c'était le conseil communal qui était chargé de l'exécution des mesures prononcées à l'égard des enfants (art. 11 LICPS ancien). Aux Grisons ces mêmes compétences appartiennent également aux autorités communales; l'exécution a cependant lieu sous la surveillance du « Jugendanwalt » (art. 223 CPP).

¹⁷⁾ Cf. M. MONAKOW, op. cit., p. 175.

l'office cantonal des mineurs de Fribourg, « chargé de l'exécution des jugements rendus contre les mineurs »¹⁸⁾).

A Neuchâtel, l'autorité tutélaire dirige toute la procédure et pourvoit à l'application de ses décisions¹⁹⁾. Le système neuchâtelois a le mérite de réaliser un processus continu à l'égard des mineurs, sous une direction unique. Rappelons que le président de l'autorité tutélaire est un magistrat de l'ordre judiciaire²⁰⁾. Réserve faite du choix des autorités de tutelle comme autorités chargées de connaître des infractions commises par des mineurs, avec la confusion possible entre le droit civil et le droit pénal, on peut se demander si ce juge neuchâtelois dispose du temps et des lumières utiles pour faire face à ces obligations²¹⁾.

c) Comme nous le savons, certains cantons connaissent le système des procureurs de la jeunesse, qui sont généralement chargés de l'exécution. Ainsi, du début de la poursuite jusqu'à la fin des mesures, le mineur est suivi par le même magistrat. Et dans les cantons où le « Jugendanwalt » coopère au jugement, l'unité du traitement est encore plus accentuée. Si le « Jugendanwalt » dispose de pouvoirs et de moyens suffisants, et pour autant que ses rapports avec le tribunal des mineurs soient bons, la solution semble donner satisfaction.

Mais ces magistrats spécialisés n'ont pas partout les mêmes attributions. Ainsi, dans la mesure où certaines décisions importantes appartiennent au département de justice ou au Conseil d'Etat, il semble que le législateur éprouve quelques hésitations à enlever à l'administration certaines de ses prérogatives traditionnelles: nonobstant l'existence du « Jugendanwalt », plusieurs cantons donnent encore au gouvernement la compétence de dé-

¹⁸⁾ Art. 90 Loi sur la juridiction pénale des mineurs (du 28 avril 1950, abrogée par la loi, portant le même titre, du 27 novembre 1973).

¹⁹⁾ Art. 13 et 21 LICPS. Dans d'autres cantons, cette continuité est réalisée à l'égard des enfants: cf. notamment UR 153 et 161 CPP (« Schulrat »).

²⁰⁾ Art. 28 Loi sur l'organisation judiciaire (du 22 mars 1910).

²¹⁾ Cf. en ce sens les critiques de V. DEGOUMOIS, *Les principes...*, op. cit., p. 21. Dans ce canton la revision des dispositions concernant les mineurs est actuellement à l'étude. Aucune modification substantielle n'est prévue: l'autorité tutélaire demeure le juge des mineurs (art. 2 Projet de loi sur la procédure pénale applicable aux enfants et adolescents, du 14 mai 1974). Il faut cependant signaler que le législateur neuchâtelois envisage, « à moyen terme », « la création d'une institution judiciaire dont les fonctions seront, d'une part, l'exécution des peines et des mesures du droit pénal des adultes, et d'autre part, la juridiction complète des mineurs: instruction, jugement et exécution des décisions » (Rapport du 14 mai 1974 du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui du projet de loi précité).

cider de la libération conditionnelle²²). Egalement significatif est le fait que le « Jugendanwalt », en tant qu'autorité d'instruction ou de jugement, est contrôlé par un organe judiciaire, alors que dans ses fonctions d'exécution, il relève de la surveillance du Conseil d'Etat²³). C'est la stricte application du principe de la séparation des pouvoirs. Or, pour les mineurs, cela paraît contre-indiqué, pour des motifs que nous avons assez soulignés.

Sous l'angle pratique, comme pour les adultes, on peut se demander si l'autorité qui supporte les frais d'exécution est en mesure de prendre ces décisions objectivement, en fonction de l'intérêt du jeune délinquant. Dans les déclarations, chacun proclame la nécessité des dépenses pour la rééducation et la réintégration sociale, mais cela se traduit rarement dans l'ordre des priorités budgétaires.

d) Une continuité encore plus parfaite dans le processus de réintégration sociale semble être réalisée, lorsque le législateur institue une juridiction spéciale pour juger les mineurs. C'est la voie qu'ont suivie certains cantons latins, et aujourd'hui Berne: le juge des mineurs connaît de l'affaire dès son début et jusqu'à la fin de l'exécution des mesures.

Cependant, quelques cantons romands avaient confié l'exécution à un organe administratif, l'Office des mineurs, réservant au juge le droit, voire l'obligation, de se renseigner sur l'application de la mesure, de rendre visite au jeune délinquant²⁴), ainsi que de décider la libération conditionnelle²⁵).

²²) Ce n'est que dans quelques cantons que la loi reconnaît expressément au « Jugendanwalt » la compétence de décider de la libération conditionnelle: cf. p. ex. GR 224 (nouveau), 199 (ancien) CPP, SG 317 CPP, UR 163 CPP et ZH 57 LICPS. Aussi le projet de loi schaffousois sur la juridiction pénale des mineurs (du 19 juin 1973) confie au procureur de la jeunesse la compétence de libérer conditionnellement l'adolescent détenu dans un établissement (art. 40 al. 3 du projet); ce projet vient d'être adopté (22 avril 1974).

²³) Dans le canton d'Argovie, p. ex., c'est le tribunal cantonal qui décide des plaintes contre le procureur de la jeunesse quand ce dernier agit en sa qualité d'autorité de poursuite (§ 16 CPP), mais c'est le Conseil d'Etat qui tranche lorsque les décisions du même magistrat concernent l'application des mesures (§ 5 Verord. über die Jugendstrafrechtspflege, du 27 octobre 1959). Dans ce domaine aussi, l'évolution dans le canton de Schaffhouse nous paraît caractéristique. L'application des mesures, qui d'après le droit encore en vigueur est de nature administrative — le Conseil d'Etat prend les décisions les plus importantes et est l'autorité de recours dans les autres cas — aura désormais un caractère judiciaire: contre les décisions de l'autorité d'exécution, en l'occurrence le procureur de la jeunesse, la voie de la plainte au tribunal cantonal sera toujours ouverte (art. 41 Projet précité).

²⁴) Cf. FR 93 Loi sur la juridiction pénale des mineurs (ancien).

²⁵) C'était le système en vigueur dans le canton de Vaud (cf. P. ZWEIFEL, La procédure et le droit applicables aux mineurs dans le canton de Vaud, th. Lausanne 1960, p. 169).

Ce système risquait d'engendrer des conflits entre les différentes autorités. En fait, dans les cantons romands se dégageait une tendance à renforcer les attributions du juge dans l'exécution²⁶⁾. Cette tendance a trouvé sa confirmation dans les nouvelles lois de procédure qui viennent d'être promulguées²⁷⁾. C'est d'ailleurs la solution préconisée par Mme Valy DE-GOUMOIS, qui revendique au profit du juge des mineurs « l'entière compétence de l'exécution de la mesure qu'il prononce, sans qu'il ait besoin de passer par l'intermédiaire d'un organe administratif. Des assistantes sociales, directement attachées à son service, seraient chargées de suivre les cas dont elles auraient fait l'enquête sociale préalable, le juge des mineurs demeurant leur chef hiérarchique, mais travaillant avec elles dans un esprit d'équipe »²⁸⁾.

e) C'est le système consacré au Tessin, où le juge des mineurs intervient depuis longtemps à tous les stades du procès²⁹⁾, qui semble s'imposer peu à peu³⁰⁾.

Au législateur bernois l'intervention judiciaire dans la phase de l'exécution a paru une exception au principe de la séparation des pouvoirs, de sorte qu'il a fallu inscrire cette dérogation dans la constitution³¹⁾. Une fois encore, le problème ne nous paraît pas posé exactement: le sens de la réaction sociale, la nécessité de la fixer en fonction de la personnalité du délinquant et, par conséquent, l'impossibilité d'arrêter d'emblée et définitivement le traitement souhaitable, exigent l'intervention de l'autorité

²⁶⁾ Cf. p. ex. P. ZWEIFEL, op. cit., p. 145.

²⁷⁾ Dans le canton de Vaud c'est désormais le président du tribunal des mineurs qui est l'autorité d'exécution (art. 70 sv. Loi sur la juridiction pénale des mineurs, du 26 novembre 1973), à Genève c'est l'autorité de jugement (le directeur du service de protection de la jeunesse pour les enfants, art. 1 et 10, le tribunal pour les adolescents, art. 41 sv. Loi sur les juridictions pour enfants et adolescents, du 21 septembre 1973), et à Fribourg c'est le président de la chambre pénale des mineurs (art. 75 sv. Loi sur la juridiction pénale des mineurs, du 27 novembre 1973).

²⁸⁾ Les principes . . . , op. cit., p. 197.

²⁹⁾ L'institution spécialisée du juge des mineurs a été introduite au Tessin au lendemain de l'adoption du code pénale suisse (Legge sulla magistratura dei minorenni, du 9 juin 1941). Une nouvelle loi est actuellement à l'étude: le projet (du 12 mars 1974) confirme les options du législateur de 1941 et renforce même les pouvoirs du juge.

³⁰⁾ Nous avons indiqué que Berne, Genève et Fribourg ont déjà opté pour ce système. Tout en se tenant à la distinction entre avocat des mineurs et tribunal des mineurs, Lucerne a aussi modifié les dispositions applicables aux mineurs dans le sens d'une accentuation du principe de l'unité de la procédure: les pouvoirs du « Jugendanwalt » ont été renforcés (cf. la loi du 14 mai 1974 modifiant le CPP du 3 juin 1957). Le législateur lucernois reste pourtant fidèle à la conception classique de la nature de l'application des sanctions: signalons ainsi que c'est le Département de justice, et non pas le « Jugendanwalt », qui décide de la libération conditionnelle (§ 228 bis CPP, nouveau).

³¹⁾ Cf. ci-dessus, seconde partie, ch. premier, note 1.

judiciaire également au stade de l'application des peines et des mesures. En droit des mineurs, la sanction a désormais une finalité résolument éducative et seule une procédure conçue dans un esprit d'unité et de continuité est à même d'assurer une mise en oeuvre efficace des principes modernes consacrés par le code.

On confère ainsi au juge des mineurs une véritable mission sociale³²⁾. Encore faut-il que la reconnaissance du rôle social du juge soit assortie des moyens d'action nécessaires³³⁾.

Au terme de cet exposé, il apparaît nettement que le droit des mineurs, tel que l'a institué le code pénal, a obligé à revoir les conceptions traditionnelles et à effacer la césure entre le jugement et son exécution. L'exemple des législations cantonales analysées nous l'a montré. Et nous pensons que, sous peu, la même évolution se manifesterà dans le droit des adultes.

³²⁾ Le législateur tessinois de 1941 ne s'est pas limité à instituer une procédure aussi homogène que possible pour embrasser l'ensemble du phénomène de la délinquance juvénile. Il incombe en plus au juge de promouvoir, d'encourager et de surveiller les initiatives destinées à la sauvegarde des intérêts des mineurs; il peut aussi être appelé à donner son avis sur l'attribution des enfants lors de procédures de divorce ou de séparation de corps ainsi que dans les cas de retrait de puissance paternelle (art. 5 et 6 loi de 1941, art. 7 et 8 du projet de mars 1974).

³³⁾ La magistrature tessinoise des mineurs — pour ne prendre que l'exemple que nous connaissons le mieux — n'a pas toujours eu la place à laquelle elle aurait eu droit. La lecture des rapports d'activité du juge des mineurs prouve que l'institution a eu de nombreuses difficultés à s'imposer en sa qualité d'organe judiciaire. Ce fut surtout le cas au lendemain de sa création, le mauvais fonctionnement des autorités tutélaires ayant contraint le juge des mineurs à assumer des obligations qui n'étaient pas les siennes. Cette position défavorable se manifestait aussi extérieurement: le magistrat des mineurs était rélégué dans un bureau de l'administration cantonale, alors que les autres autorités judiciaires siégeaient hors des bâtiments gouvernementaux (cf. Rendiconto del Consiglio di Stato del Cantone Ticino, Dip. di giustizia, 1956, p. 25).

Il semble d'autre part que le juge des mineurs soit l'objet d'une certaine discrimination en matière de traitement: le magistrat des mineurs se trouve au dernier rang de l'échelle des traitements des magistrats (son traitement de base correspond à 98% du salaire maximum des fonctionnaires de la première classe; celui du juge d'instruction correspond au 103%, celui du procureur au 110% et celui des juges de la Cour d'appel au 112%. Cf. art. 1 Legge sugli onorari dei magistrati, du 14 mai 1973). La loi de 1941 posait pourtant les mêmes conditions d'éligibilité que pour les juges de la Cour d'appel; elle se montrait même plus exigeante, demandant aux candidats des connaissances particulières dans le domaine de la délinquance juvénile (art. 2). Curieusement ces conditions ne sont pas reprises par le projet du Conseil d'Etat (cf. art. 3). Nous estimons que cette discrimination relative — même si sur le plan matériel elle n'est pas très importante — est regrettable, car elle pourrait traduire un certain jugement de valeur du législateur sur l'institution.

Mais c'est dans le domaine de l'application des mesures qu'il faut relever les lacunes les plus graves. Faute d'établissements, les dispositions du code pénal n'ont pu être appliquées correctement (cf. p. ex. les propos du chef du département de justice, in: Verballi del Gran Consiglio, sess. prim. 1967, p. 254). Ce n'est qu'en 1968 que fut inauguré l'établissement cantonal pour adolescents, première étape d'un ensemble à l'avenir encore incertain.

Le Tessin, répondons-le, n'est qu'un exemple choisi parmi d'autres. Il nous amène à constater que la réalité ne coïncide pas nécessairement avec la loi. Cela n'empêche pas que les magistrats s'acquittent de leur tâche d'une façon tout à fait satisfaisante et que leur intervention dans le domaine de l'application a permis une coordination et une utilisation optimale des moyens à disposition.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AG	Argovie
AI	Appenzell Rhodes - Intérieures
AR	Appenzell Rhodes - Extérieures
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse (Recueil officiel)
BE	Berne
BL	Bâle - Campagne
BS	Bâle - Ville
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale *)
CPS	Code pénal suisse
Cst. féd.	Constitution fédérale
FF	Feuille fédérale suisse
FR	Fribourg
GE	Genève
GL	Glaris
GR	Grisons
LICPS	Loi d'introduction au Code pénal suisse *)
LU	Lucerne
NE	Neuchâtel
NW	Nidwald
OW	Obwald

Rev. de dr. pén et de crim.	Revue de droit pénal et de criminologie (Bruxelles)
Rev. int. de crim. et de pol. tech.	Revue internationale de criminologie et de police technique (Genève)
Rev. int. de droit comp.	Revue internationale de droit comparé (Paris)
Rev. int. de dr. pén.	Revue internationale de droit pénal (Paris)
Rev. pénit.	Revue pénitentiaire et de droit pénal (Paris)
RPS	Revue pénale suisse (Berne)
Rev sc. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé (Paris)
SG	Saint-Gall
SH	Schaffhouse
SO	Solcure
TF	Tribunal fédéral suisse
TG	Thurgovie
th.	thèse
TI	Tessin
UR	Uri
VD	Vaud
VS	Valais
ZG	Zoug
ZH	Zurich
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin)

*) On emploiera l'abréviation « CPP » pour désigner les lois de procédure pénale des différents cantons, et l'abréviation « LICPS » pour les lois cantonales d'introduction au code pénal suisse.

I. BIBLIOGRAPHIE PRINCIPALE

- ANCEL M.: La participation du Juge à l'exécution de la sentence pénale (Etudes pénitentiaires 1960 nr. 3, p. 5 sv.).
- BARRIGUE
de MONTVALON G.: Du rôle des magistrats dans l'exécution des peines (Revue pénitentiaire et de droit pénal 1932, p. 170 sv.).
- BLAU G.: Die Mitwirkung des Richters beim Vollzug (in: H. E. EHRHARDT et H. GOPPINGER, Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, t. 11, Stuttgart 1974, p. 94 sv.).
- BRIEY C. de: La participation judiciaire à l'exécution des sentences pénales, Namur / Bruxelles 1968.
- DUBS H.: Richter und Vollzug. Über die Kompetenzverteilung beim Vollzug freiheitsentziehender Massnahmen (Revue pénale suisse 75, Mélanges O. A. GERMANN, 1959, p. 317 sv.).
- GILLERON Ch.: Le rôle du juge dans l'exécution des peines (Revue pénale suisse 70 1955, p. 267 sv.).
- KRÖNIG G.: Richter und Strafvollzug (Revue pénale suisse 46 1932, p. 82 sv.).
- LUDWIG C.: Richter und Strafvollzug (Revue pénale suisse 44 1930, p. 269 sv.).
- ROBERT Ch.-N.: La participation du juge à l'application des sanctions pénales, Genève 1974 (à paraître).
- SIMONNET R.: Du rôle du juge dans l'exécution des peines, thèse Dijon 1934.
- SLIWOWSKI G.: Les pouvoirs du juge dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté privatives de liberté, Nancy 1939.
- THOMANN R.: Das Vollstreckungs- und Vollzugsgericht. Versuch einer Deutung, Stuttgart 1973.
- TURQUET
de BEAUREGARD J.: Du rôle des magistrats dans l'exécution des mesures de défense sociale, thèse Rennes 1934.

II. DOCUMENTS

XI^e Congrès pénal et pénitentiaire international (Berlin 1935). Actes du Congrès, Berne 1935-36.

Première question: Quelle doit être la compétence du juge pénal dans l'exécution des peines?

IV^e Congrès international de droit pénal (Paris 1937). Actes du Congrès, Paris 1939.

Quatrième question: Le juge dans l'exécution des peines et des mesures de sûreté.

Journées Franco-Belgo-Luxembourgeoises de science pénale (1951). Paris 1952.

Deuxième question: Le rôle du magistrat dans l'exécution des peines.

X^e Congrès international de droit pénal (Rome 1969). Revue internationale de droit pénal 1970.

Troisième question: Le rôle du juge dans la détermination et l'application des peines.

TABLES DES MATIERES

<i>Avant-propos</i>	7
<i>Introduction</i>	9

PREMIERE PARTIE

Le problème de l'intervention judiciaire « de lege lata »

<i>Chapitre premier:</i>	L'enseignement de l'histoire	29
Section I:	La position de Carl STOOSS et des premiers avant-projets de code pénal suisse	29
Section II:	Les données du droit constitutionnel	31
<i>Chapitre II:</i>	L'intervention du juge dans l'exécution du jugement	37
Section I:	Les attributions du juge dans l'exécution du jugement	38
Section II:	Les dispositions d'exécution	44
<i>Chapitre III:</i>	L'intervention du juge dans l'application des sanctions	51
Section I:	Le domaine de l'application des sanctions	51
Section II:	La place réservée au juge	57
Section III:	Critiques	65

SECONDE PARTIE

Le problème de l'intervention judiciaire « de lege ferenda »

<i>Chapitre premier:</i>	La solution désirable	79
Section I:	Esquisse d'une solution	80
Section II:	Le mode de réalisation	88
<i>Chapitre II:</i>	La leçon d'une expérience	91
Section I:	L'évolution du droit des mineurs	91
Section II:	Les autorités de jugement	94
Section III:	Les autorités d'exécution	96
<i>Principales abréviations</i>		103
<i>Bibliographie principale</i>		105
<i>Table des matières</i>		107