

La libération conditionnelle a l'épreuve du fédéralisme : code pénal, jurisprudence fédérale et pratique dans les différents cantons romands

Autor(en): **Graber, Michel Alexandre**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Kriminologisches Bulletin = Bulletin de criminologie**

Band (Jahr): **13 (1987)**

Heft 1

PDF erstellt am: **12.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-1046899>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

LA LIBERATION CONDITIONNELLE A L'EPREUVE DU FEDERALISME:

Code pénal, jurisprudence fédérale et pratique dans
les différents cantons romands. (1)

Michel Alexandre Graber

I) INTRODUCTION

La présente étude ne prétend pas mettre en relief tous les aspects de la libération conditionnelle, tant il est vrai que cela serait impossible dans le cadre qu'elle s'est fixée, mais elle se propose simplement de souligner brièvement les différentes étapes de son historique helvétique, de donner ensuite une image du système tel qu'il existe actuellement dans notre pays, et enfin, par une approche pratique, de déterminer comment ce système est appliqué dans les différents cantons romands. Ensuite, et avant de conclure, la question de l'opportunité d'une éventuelle judiciarisation des prises de décision en matière de libération conditionnelle, ainsi que celle de savoir si l'existence de la libération conditionnelle peut avoir une influence sur la fixation de la peine (anticipation judiciaire), seront encore succinctement débattues.

Il n'est toutefois pas possible, dans les limites de cette recherche, d'examiner en détail toutes les dispositions ayant trait à la libération conditionnelle ou à l'essai. En conséquence, les développements ultérieurs se concentreront sur les art. 42 et 38 CPS, avec effort principal marqué sur ce dernier.

II) HISTORIQUE HELVETIQUE: LE CHEMINEMENT DE LA LIBERATION
CONDITIONNELLE DES CODES PENAUX CANTONAUX A LA REVISION DU
CPS DU 18 MARS 1971

A) Les codes pénaux cantonaux:

La première apparition de la libération conditionnelle en Suisse remonte à 1868, date à laquelle fut adoptée la loi d'organisation du pénitencier de Lenzburg. Argovie devenait donc ainsi non seulement le premier canton suisse, mais également le premier Etat du continent européen à insérer le principe de la libération conditionnelle dans le système progressif de l'exécution des peines, à l'image de l'Irlande et de l'Angleterre (2). Cette loi prévoyait qu'un prisonnier pouvait se voir octroyer la libération conditionnelle pour bonne conduite si trois conditions cumulatives étaient remplies: il devait avoir déjà purgé les 2/3 de sa peine, s'être bien comporté durant sa détention, de sorte que l'on puisse en tirer la conclusion qu'il s'était amendé et, enfin, il devait posséder la volonté et la capacité de rechercher sa subsistance honnêtement. Une libération conditionnelle ne pouvait toutefois être envisagée en règle générale, que pour les peines supérieures à trois ans. Après son élargissement, le libéré devait en outre respecter les prescriptions de conduite qui lui étaient imposées, ne point commettre d'infraction et ne pas adopter un comportement rendant l'hypothèse qu'il s'était amendé invraisemblable, sous peine de se voir réintégré dans l'établissement de détention (3).

Les codes cantonaux ultérieurs reprendront en grande partie la substance de la loi argovienne de 1868, en y apportant cependant quelques modifications notamment quant aux conditions d'octroi de la libération conditionnelle. Ainsi, en 1890, dix cantons connaissent le système de la libération sous condition (Vaud, Neuchâtel, Argovie,

Lucerne, Zurich, Tessin, Zug, Schwyz, St. Gall et Soleure), deux cantons connaissent un système que l'on peut qualifier d'analogue (Berne et Obwald, où elle est exercée sous la forme de grâce conditionnelle) et, dans deux cantons, un projet est à l'étude (Schaffouse et Neuchâtel; pour ce dernier, il s'agit d'un projet de modification du décret de 22 octobre 1873 sur la libération provisoire) (4).

B) Le code pénal suisse du 21 décembre 1937:

Mandaté par le Conseil fédéral afin d'effectuer une synthèse des codes pénaux cantonaux existants, **Carl Stoos** remarqua que la majorité des cantons qui connaissaient le système de la libération conditionnelle en subordonnaient l'octroi à la condition que le condamné eût déjà subi les 2/3 de sa peine (faisaient exception Tessin: 3/4, Soleure et Zug: 1/2 et Lucerne: 1/4 pour les condamnés primaires et 1/2 pour les récidivistes). Il rapporta ensuite que la durée du délai d'épreuve y était semblable à celle du solde de la peine qui restait à subir, sauf dans les cantons de Schwyz et de Zürich où il pouvait être réduit respectivement à une année et à deux ans (5).

Dans son premier avant projet de 1893, il proposa de subordonner l'octroi de la libération conditionnelle aux conditions suivantes: le détenu devait avoir été condamné à une peine privative de liberté supérieure ou égale à un an et avoir déjà subi les 2/3 de sa peine; il devait être à prévoir qu'il se conduirait bien en liberté; il devait également avoir réparé le dommage qu'il avait causé par son crime, dans la mesure de ses possibilités. Il suggéra en outre que le directeur de l'établissement pénitentiaire soit préalablement entendu. Dans le second avant projet qu'il soumit en 1894, il précisa que la libération conditionnelle pouvait également être accordée aux condamnés à perpétuité qui avaient déjà subi vingt ans de

leur peine (cette durée a été ramenée à quinze ans dans le sixième avant projet de 1916) (6).

Ainsi, après avoir été révisé six fois, l'avant projet **Stoos** de 1893, remanié et remodelé, fut présenté aux Chambres fédérales par le Conseil fédéral en 1918. Selon les termes de ce projet, la libération conditionnelle ne pouvait être accordée qu'à un condamné qui n'était pas en "récidive réitérée". Il devait en outre avoir subi les 2/3 de sa peine, mais au moins une année de réclusion ou huit mois d'emprisonnement, ainsi que s'être bien comporté dans l'établissement de détention.

Au cours de la phase d'élimination des divergences qui eût lieu de 1918 à 1937, le projet de 1918 subit quelques modifications importantes: dans le but de donner à la majorité des condamnés la chance de pouvoir bénéficier de la libération conditionnelle, la durée minimale de la peine effectivement purgée pour qu'elle puisse être envisagée fut abaissée de huit à trois mois en ce qui concerne l'emprisonnement et l'exigence d'une année pour la réclusion fut abandonnée. D'autre part, l'autorité reçut la compétence de fixer la durée du délai d'épreuve, étant entendu que ce dernier ne pouvait être inférieur à un an, ni supérieur à cinq ans et qu'il devait en règle générale expirer avec le solde de la peine qu'il restait à subir. Enfin, à la demande du Conseil national, l'interdiction de l'octroi de la libération conditionnelle aux récidivistes réitérés fut supprimée (7).

Ainsi, au premier janvier 1942, le système de la libération conditionnelle se présente en Suisse de la façon suivante:

conditions de l'octroi:

1. le condamné doit avoir subi les 2/3 de sa peine, mais au moins trois mois (quinze ans en cas de réclusion à vie),

2. il doit s'être bien comporté dans l'établissement de détention,
3. il doit être à prévoir qu'il se conduira bien en liberté,
4. il doit avoir, autant qu'on pouvait l'attendre de lui, réparé le dommage fixé judiciairement ou par accord avec le lésé.

délai d'épreuve:

- il ne peut être inférieur à un an, ni supérieur à cinq ans (5 ans en cas de réclusion à vie).
- il doit expirer, en règle générale, avec la peine qui reste à subir.
- le patronage peut être ordonné, mais n'est pas obligatoire.
- des règles de conduite peuvent être imposés au libéré.
- à son expiration, si le libéré s'est bien comporté, la libération devient définitive.

réintégration:

Elle est obligatoire si, durant le délai d'épreuve, le libéré

- commet un crime ou un délit intentionnel.
- persiste, au mépris d'un avertissement formel, à enfreindre les règles de conduite qui lui ont été imposés.
- se soustrait obstinément au patronage.
- trompe de toute manière la confiance mise en lui par le juge.

C) La révision partielle du 5 octobre 1950:

La disposition imposant la réintégration obligatoire du libéré conditionnel en cas de mauvaise conduite ayant été jugée trop stricte, la commission d'experts a suggéré que, dans les cas de très peu de gravité, la révocation de la libération conditionnelle puisse être remplacée par un avertissement, par de nouvelles règles de conduite ou par

la prolongation du délai d'épreuve, proposition qui a été acceptée par les Chambres fédérales (8).

D) La révision partielle du 18 mars 1971:

Le projet du 1er mars 1965 a proposé quatre innovations importantes:

1. l'introduction de l'examen d'office par l'autorité compétente de la possibilité d'octroyer la libération conditionnelle (les cantons disposaient jusque là de la compétence de décider si l'examen devait être opéré d'office ou seulement à la requête du condamné), consacrant ainsi le fait que la libération conditionnelle ne doit plus être considérée comme une faveur récompensant un bon comportement, mais bien comme la quatrième phase du système progressif de l'exécution des peines.

2. la délimitation entre réintégration obligatoire et facultative en cas de condamnation durant le délai d'épreuve (condamnation ferme de plus de trois mois);

3. l'augmentation du délai minimum de quinze à vingt ans pour qu'une libération conditionnelle puisse être envisagée en cas de réclusion à vie;

4. l'insertion d'un art. 38bis par lequel l'autorité compétente aurait eu la faculté de soumettre les condamnés dont la libération conditionnelle n'a pas pu être accordée à un patronage de deux à cinq ans dès l'expiration de la peine fixée par le juge. La sanction proposée en cas d'inconduite ou de soustraction au patronage par le libéré consistait en une punition d'arrêts ou une amende, avec possibilité de prolongation du patronage de cinq ans au plus.

Les deux premières propositions furent acceptées par les Chambres fédérales (9) et les deux suivantes furent écartées (10). D'autre part, les Chambres ont apporté trois autres modifications à l'art. 38, sans que ces dernières n'aient été prévues par le projet: il n'est plus exigé du

condamné qu'il se comporte bien en détention, mais seulement que son comportement ne s'oppose pas à son élargissement; ensuite, la condition du dédommagement de la victime est abandonnée (le pécule accumulé en détention était de toute façon insuffisant et, par ailleurs, cette condition n'était aisément applicable que pour les infractions contre le patrimoine); enfin, il est introduit une "quasi-prescription" concernant la réintégration.

III) LA THEORIE ET LA JURISPRUDENCE EN MATIERE DE LA LIBERATION CONDITIONNELLE: LE SYSTEME ACTUEL

§1) La ratio legis de la libération conditionnelle

Les sanctions pénales privatives de liberté sont pourvues d'un triple but: leur première fonction est celle de l'intimidation collective et individuelle; la seconde tient à ce que la privation de liberté doit provoquer l'amendement du condamné; la dernière étant celle de mettre fin au danger que fait courir le délinquant à l'ordre social (11).

Paradoxalement, la peine privative de liberté est toutefois pourvue d'un quatrième objectif: préserver le condamné des effets néfastes qu'il encourt en la subissant. C'est ainsi que l'art. 37 CPS prescrit que la réclusion et l'emprisonnement doivent non seulement être exécutés de manière à exercer sur le détenu une action éducative, mais également de façon à préparer son retour à la vie libre. L'art. 37 essaie donc de pallier le paradoxe qui consiste à ce qu'au lieu d'une occasion d'amendement, le séjour en prison devient une cause d'aggravation des tendances asociales (Mirabeau disait déjà que "les hommes sont comme les pommes, ils pourrissent quand on les entasse"). C'est dans le prolongement de cette dernière fonction, en tant que dernier maillon du système progressif de l'exécution des peines, qu'intervient la libération conditionnelle: elle entend, par une période d'apprentissage de la liberté

durant laquelle l'ancien détenu peut être contrôlé et assisté, achever et parfaire sa réinsertion sociale.

La libération conditionnelle est donc un instrument de politique criminelle pourvu d'un but bien précis: achever la réinsertion sociale du délinquant et, partant, mettre fin au danger qu'il fait courir à l'ordre social en éliminant le risque de récidive.

§2) La libération conditionnelle: le système helvétique

A) La compétence:

La compétence en matière de libération conditionnelle est impartie aux cantons (art. 38, 45, 94 et 374 CPS). Cette compétence est toutefois limitée par l'ACF du 16 juin 1942 qui dispose que le département fédéral de justice et police reçoit la compétence de libérer conditionnellement les individus qui ont été condamnés par des tribunaux pénaux de la confédération (art. 1 lit d RS 172.213.12). Cette restriction mise à part, les cantons ont donc la faculté de désigner une autorité judiciaire, une autorité administrative ou encore une commission spéciale comme autorité compétente en matière de libération conditionnelle. Par contre, les cantons ne peuvent pas charger la direction des établissements pénitentiaires de statuer seule en la matière; cela serait en effet incompatible avec l'art 38 ch.1 al.3 qui impose à l'autorité compétente de demander le préavis de l'établissement de détention avant de statuer (12).

B) Les conditions de l'octroi de la libération conditionnelle selon les art. 38 et 42 CPS.

L'autorité devant examiner d'office si le détenu ou l'interné peuvent être libérés conditionnellement, l'examen se fera en conséquence peu avant l'échéance minimum légale. Elle demandera le préavis du directeur de l'établissement de détention et, dans le cadre de l'art 38, entendra le détenu lorsqu'il n'aura pas présenté de requête ou **lorsqu'il n'est**

pas sans plus possible d'accorder la libération conditionnelle sur le vu de la requête (dans le cadre de l'art. 42, l'intéressé sera toujours préalablement entendu, cf. art. 45 ch.1 al.3).

a) L'article 38:

Les conditions sont au nombre de trois:

1. Temps: pour la réclusion à temps et pour l'emprisonnement, le condamné doit avoir subi les 2/3 de sa peine, mais au moins trois mois; pour la réclusion à vie, il doit en avoir subi quinze ans.
2. Comportement: le condamné doit avoir eu un comportement, pendant l'exécution de sa peine, qui ne s'oppose pas à son élargissement.
3. Pronostic: il doit être à prévoir qu'il se comportera bien en liberté.

1. Temps:

lorsque plusieurs peines sont exercées en commun, la date la plus proche pour la libération conditionnelle se calcule d'après la durée totale de ces dernières; un solde de peine dû à la révocation d'une libération conditionnelle antérieure peut également être pris en considération (art. 2 al.1 OCP 1). Dans ce dernier cas, il appartient donc à l'autorité compétente de décider si le condamné qui a été réintégré pourra à nouveau être libéré conditionnellement après avoir subi les 2/3 de la totalité des peines (solde de peine antérieure et nouvelle peine) ou si il ne pourra l'être qu'après avoir purgé l'intégralité du solde de la peine antérieure et les 2/3 de la nouvelle peine.

La détention préventive imputée selon l'art. 69 CPS est également prise en considération pour le calcul des 2/3 (13).

2. Comportement:

il faut souligner qu'il ne doit pas s'opposer à l'élargissement du condamné, ce qui signifie que l'on exige

plus que ce dernier se comporte bien dans l'établissement de détention, l'expérience enseignant que les criminels endurcis se comportent impeccablement pendant leur détention, sans que pour autant leur état d'esprit envers la société ait réellement changé (RO 98 Ib 107). Il s'agit plutôt pour le détenu de faire preuve d'une attitude responsable, montrant ainsi qu'il fait un effort pour se prendre en charge et y arriver. Il faut et il suffit donc que son comportement soit, dans cette optique, considéré comme suffisant pour qu'il ne s'oppose pas à son élargissement.

3. Pronostic:

par sa nature même, il ne saurait être tout à fait sûr. C'est pourquoi il suffit de pouvoir raisonnablement supposer que le libéré se conduira bien, sans pour autant en être fondé à poser un pronostic favorable (RO 98 Ib 106 ss). Pour l'établissement du pronostic, l'autorité prendra avant tout en considération le degré de maturité de l'éventuel amendement du condamné, ainsi que les conditions dans lesquelles il est à prévoir qu'il vivra. Le comportement en détention et la nature de l'infraction commise ne peuvent être pris en considération que dans la mesure où ils renseignent sur le comportement futur en liberté du condamné (RO 104 Ib 281 = JT 1980 IV 70). La nature de l'infraction qui a motivé la condamnation n'a pas à jouer de rôle en tant que telle dans l'appréciation de l'amendement de l'auteur. Ce sont uniquement les circonstances dans lesquelles il a agi qui peuvent être prises en considération dans la mesure où elles renseignent sur la personnalité et son comportement probable en liberté. Si le détenu n'a commis auparavant que de banales infractions contre le patrimoine, on peut prendre plus facilement le risque de le libérer que s'il avait exercé des violences menaçant par exemple ses victimes d'un grave danger pour la vie ou l'intégrité corporelle. S'agissant du

pronostic à émettre, il se justifie de prendre en considération le genre de risque que la libération conditionnelle du détenu fait courir à autrui (RO 103 Ib 27 = JT 1978 IV 70 ss).

Le fait pour un condamné de persister à nier des faits que le juge n'a retenus que sur la base de son intime conviction, ou encore le fait d'admettre les infractions mais d'en minimiser la gravité ou le caractère pénal sont pas des circonstances suffisantes pour poser un pronostic négatif (ATF non publié S.K. du 21 janvier 1987). De même, on ne saurait non plus tenir compte systématiquement de la révocation d'un sursis pour refuser la libération conditionnelle (ATF du 21 janvier 1987 précité).

Peuvent également entrer en ligne de compte les antécédents du condamné, dans la mesure où ils permettent d'établir que ce dernier est réfractaire à l'effet éducatif de la sanction pénale (il faudra alors que les peines antérieures subies soient relativement longues) ou encore dans la mesure où une libération conditionnelle antérieure a récemment été révoquée (14).

b) L'article 42:

Les conditions sont au nombre de deux:

1. Temps: l'internement doit durer au moins les 2/3 de la peine dont il remplace l'exécution, mais au minimum trois ans (sous déduction de la peine que remplace l'internement, en tant qu'elle a déjà été subie, et de la détention préventive imputée par le juge selon l'art. 69 CPS (RO 85 IV 9ss = JT 1959 IV 74 et RO 87 IV 3 ss).

Si l'internement ne se justifie plus en raison de la disparition objective de la cause de la délinquance et si les 2/3 de la peine se sont écoulés, la libération conditionnelle peut être envisagée avant le minimum légal de trois ans (cas exceptionnel); c'est alors le juge qui a la faculté d'ordonner cette libération, sur la proposition de l'autorité compétente (art. 42 ch.5) (15).

En cas de nouvel internement suite à une réintégration selon l'art. 45 ch.3, on se rapportera au passage sur "les effets de la réintégration" (infra E, d).

2. Diagnostic: l'internement ne doit plus paraître nécessaire (le condamné paraît s'être amendé ou encore, pour tout autre motif, peut être considéré comme n'étant plus dangereux).

C) La violation du droit d'être entendu de l'art. 38 ch.1 al.3:

L'art. 38 ch.1 al.3 CPS dispose que l'autorité compétente doit entendre le détenu si il n'a pas présenté de requête ou s'il n'est pas sans plus possible d'accorder la libération conditionnelle sur le vu de la requête. Il convient donc, à ce stade, d'envisager quelle est la sanction apportée à la violation de ce droit.

Le droit d'être entendu, tel qu'il découle de l'art. 4 Cst. féd., est respecté aussitôt qu'une partie a eu l'occasion de se prononcer sur les points qui fonderont la décision de l'autorité. Le droit d'être entendu prévu à l'art. 38 CPS a cependant une portée plus grande: **il impose à l'autorité le devoir de se prononcer en matière de libération conditionnelle qu'après s'être rendu compte de visu et de auditu de la situation du détenu (RO 101 Ib 251, confirmation de jurisprudence)**. La violation de ce droit entraîne en conséquence l'annulation de la décision en cause.

Le Tribunal fédéral a toutefois récemment considéré que, lorsque ce n'est pas la première fois que la question de la libération conditionnelle du condamné se pose et que le détenu a déjà été entendu matériellement lors d'un refus antérieur, la violation du droit d'être entendu en cas de réexamen n'entraîne pas nécessairement l'annulation de la décision. **En effet, dans un tel cas, les prescriptions concernant l'audition de l'intéressé doivent être appliquées plus souplement (ATF non publié AC. du 15 janvier 1987).**

D) Le délai d'épreuve et les mesures de surveillance, d'assistance et d'aide post-pénitentiaires pour les personnes libérées conditionnellement:

a) Le délai d'épreuve.

Aux termes de l'art. 38 CPS, le délai d'épreuve ne doit pas être inférieur à un an, ni supérieur à cinq ans; en cas de libération conditionnelle d'un condamné à la réclusion à vie, il est impérativement fixé à cinq ans. L'autorité compétente dispose en conséquence d'une assez large latitude d'appréciation quant à la fixation de sa durée pour chaque cas concret. Le délai d'épreuve doit toutefois être déterminé en tenant compte du solde de la peine à subir. **Imposer un délai d'épreuve d'une durée manifestement disproportionnée par rapport au solde de la peine non subi relève de l'abus du pouvoir d'appréciation (ATF non publié L.B. du 2 mai 1983).**

En cas de libération conditionnelle d'un délinquant d'habitude, la durée du délai d'épreuve est impérativement fixée à trois ans (art. 42 ch.4 al.2).

b) Les mesures de surveillance, d'assistance et d'aide post-pénitentiaires.

1. Les règles de conduite.

Pour la durée du délai d'épreuve, l'autorité compétente a la faculté d'imposer au libéré certaines règles de conduite dont l'inobservation peut entraîner la révocation de la libération accordée. Elle peut notamment lui imposer des directives quant à son activité professionnelle, à son lieu de séjour, au contrôle médical, à l'abstention de boissons alcooliques et à la réparation du dommage (art. 38 ch.3).

L'autorité compétente peut également imposer des règles de conduite au libéré sur le plan économique et lui imposer des mesures destinées à restreindre sa capacité d'agir (RO 107 IV 88 = JT 1982 IV 132 ss). De telles règles de conduite ont pour but général de réduire le risque de récidive. Elle ne peuvent toutefois avoir de véritable impact que dans la mesure où une surveillance effective est

exercée, de façon à ce que l'autorité soit à même de savoir si le libéré s'y conforme. C'est l'une des raisons pour lesquelles le patronage est nécessaire.

2. Le patronage.

Aux termes de l'art 47 CPS, le patronage doit tendre au reclassement de ceux qui y sont astreints, par une assistance morale et matérielle, notamment en leur procurant gîte et travail. Il a également pour mission de surveiller les patronnés avec discrétion, de manière à ne pas compromettre leur situation, et peut informer l'autorité compétente sur la façon dont ils se comportent en liberté (cf RO 104 IV 62 = JT 1980 5 ss). Le patronage ne doit cependant pas revêtir la forme de la surveillance de police (16).

Il est à noter que, alors que l'art 38 permet à l'autorité compétente de statuer sur l'opportunité de la soumission du libéré à un patronage, l'art. 42 le lui impose. L'autorité a donc le devoir de soumettre les délinquants d'habitude libérés conditionnellement à un patronage.

E) Les conditions et les effets de la révocation de la libération conditionnelle (art. 38):

a) réintégration obligatoire (art. 38)

L'autorité compétente doit prononcer la révocation de la libération conditionnelle dans les situations suivantes:

1. lorsque, durant le délai d'épreuve, le libéré commet une infraction pour laquelle il est condamné sans sursis à une peine privative de liberté de plus de trois mois (art. 38, ch.4 al.1).

2. lorsqu'au mépris d'un avertissement formel de l'autorité compétente, le libéré persiste à enfreindre une des règles de conduite à lui imposer...

lorsqu'il se soustrait obstinément au patronage...

ou lorsqu'il trompe de toute autre manière la confiance mise en lui (à interpréter restrictivement, n'importe quel écart de conduite ne suffit pas (17)...

...si il ne s'agit pas d'un cas de peu de gravité (art. 38, ch.4 al.2) (18).

Alors que, dans la première situation, l'autorité ne jouit d'aucune latitude d'appréciation (la réintégration est en ce cas inévitable), dans les trois suivantes, elle dispose d'un certain pouvoir: elle évalue de cas en cas le degré de gravité de l'inconduite, déterminant ainsi le caractère obligatoire ou facultatif de la réintégration.

b) réintégration facultative (art. 38)

L'autorité compétente peut renoncer à ordonner la révocation de la libération conditionnelle dans les situations suivantes:

1. lorsque, durant le délai d'épreuve, le libéré commet une infraction pour laquelle il est condamné à une peine ferme égale ou inférieure à trois mois ou à une peine avec sursis (art. 38, ch.4 al.1).
2. dans les cas prévus sous supra a)2., si ils sont de peu de gravité.

L'autorité jouit ici dans tous les cas du même pouvoir d'appréciation: elle détermine de cas en cas si l'inconduite du libéré doit, selon elle, donner suite à une réintégration (19).

Lorsque le bénéficiaire d'une libération conditionnelle est condamné à une peine ferme de plus de trois mois au titre de peine d'ensemble, il se peut que seulement une partie des actes délictueux ait été commise durant le délai d'épreuve, l'autre partie ayant été perpétrée après l'échéance de celui-ci. En un tel cas, l'autorité compétente doit, avant d'ordonner la réintégration selon l'art. 38, ch.4 al.1 première phrase CPS, demander au juge qui a prononcé la condamnation si la partie de la peine sanctionnant l'infraction commise pendant le délai d'épreuve est supérieure à trois mois d'incarcération (RO

101 Ib 154 = JT 1976 IV 8 ss). Ces renseignements doivent émaner de l'autorité qui a statué et doivent être soumis à vérification par l'autorité compétente, qui doit examiner si les indications qui lui sont données ne sont pas manifestement sujettes à caution (RO 104 Ib 21 ss).

Lorsque la rétribution des actes commis durant le délai d'épreuve se révèle être inférieure ou égale à trois mois, la réintégration n'est plus obligatoire et il appartient à l'autorité compétente de décider si elle y renonce. En cas de renonciation, elle peut remplacer la réintégration par un avertissement, par d'autres règles de conduite et par la prolongation du délai d'épreuve jusqu'à concurrence de la moitié de la durée fixée primitivement (art. 38, ch.4 al.4).

c) les conditions de la réintégration des libérés conditionnels selon l'art. 42

Les conditions de la révocation de la libération conditionnelle sont les mêmes que celles prévues à l'art. 38, mais ici l'autorité compétente peut choisir entre:

- ordonner elle même la réintégration du libéré, ou
- proposer au juge l'exécution de la peine suspendue (art. 45, ch.3).

Cependant, avant de prononcer la réintégration d'une personne libérée conditionnellement d'une mesure de sûreté au sens des art. 42 à 44 CPS, il faut lui accorder le droit d'être entendue, une communication écrite suffit (RO 102 Ib 249 ss).

d) les effets de la réintégration

Dans le cadre de l'art. 38, la révocation de la libération conditionnelle a pour effet que le libéré doit réintégrer l'établissement pénitentiaire pour y purger le solde de la peine qu'il n'avait pas subi du fait de sa libération anticipée.

Une révocation de la libération conditionnelle octroyée en

vertu de l'art. 42, ch.4 al.2, par contre, entraîne un nouvel internement qui, selon les termes de l'art. 42, ch.4 al.3, doit durer en règle générale au moins cinq ans. Cette disposition n'exclut toutefois pas une libération avant l'expiration de ce délai. L'interné réintégré peut aussi être libéré conditionnellement après trois ans (voire après une durée égale aux 2/3 de la peine si ceux-ci sont supérieurs à trois ans, cf. art.42, ch.4 al.1) (RO 101 Ib 30 = JT 1976 IV 12 / RO 106 IV 330 = JT 1982 IV 101).

F) Quelques arrêts du Tribunal fédéral liés à la libération conditionnelle des étrangers.

a) l'arrêt du TF du 17 juin 1975 (RO 101 Ib 152 ss).

Par cet arrêt, le Tribunal fédéral a considéré que, s'agissant d'un ressortissant étranger venu en Suisse pour y commettre des infractions par métier, la libération conditionnelle n'est justifiée que si l'on a pu constater chez lui une évolution positive en détention, ou si d'autres circonstances précises permettent de poser à son égard un pronostic favorable. Il a en outre confirmé que la bonne conduite en détention ne constitue pas à cet égard à elle seule un élément suffisant.

Il est nécessaire de souligner que, selon les termes de cet arrêt, la libération conditionnelle est justifiée si l'on a pu constater chez le condamné une évolution positive en détention ou si d'autres circonstances permettent de poser à son égard un pronostic favorable. Ces deux conditions ne sont donc pas cumulatives, il faut et il suffit que l'une d'entre elles soit remplie pour que la libération conditionnelle soit justifiée.

L'effet pratique de cet arrêt est le suivant: afin d'établir son pronostic, l'autorité compétente doit se fonder avant tout sur deux éléments, à savoir le degré de maturité de l'éventuel amendement du condamné et les

conditions dans lesquelles il est à prévoir qu'il vivra (RO 104 IV 281 = JT 1980 IV 70); s'agissant d'un ressortissant étranger, il est extrêmement difficile, voire impossible suivant le pays d'origine, de déterminer les conditions dans lesquelles il est à prévoir qu'il vivra, si bien que le seul élément sur lequel l'autorité puisse être à même de statuer reste celui de son degré d'amendement. En cas d'absence d'évolution positive en détention, l'autorité n'accordera en conséquence la libération conditionnelle qu'avec une extrême retenue lorsqu'il s'agit d'un ressortissant étranger venu en Suisse pour y commettre des infractions par métier.

b) la libération conditionnelle des étrangers dont la peine a été assortie d'une mesure d'expulsion

Le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'est pas indifférent qu'une fois libéré, l'auteur reste en Suisse ou parte à l'étranger. En effet, si le libéré quitte la Suisse, il ne sera pratiquement plus possible de le surveiller et, le cas échéant, de le réintégrer s'il se conduit mal. Il est en conséquence admissible que, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, l'autorité compétente hésite d'avantage à faire confiance à un détenu à l'égard duquel une mesure d'expulsion a été prise (RO 105 IV 167 =JT 1979 IV 135).

c) le problème du sursis à l'expulsion (art. 55 al.2)

L'art. 55, al.2 dispose qu'en cas de libération conditionnelle d'un condamné dont la peine a été assortie d'une mesure d'expulsion, l'autorité compétente doit décider si et à quelles conditions elle doit être différée à titre d'essai.

Lorsque l'autorité compétente est appelée à décider si elle doit ou non différer l'expulsion, elle doit choisir, sous réserve de considérations fondées sur les exigences de la sécurité publique et sur la capacité de l'intéressé de se conformer à l'ordre juridique suisse, la solution qui

paraît la plus propre à préserver le condamné d'une récidive. La solution à adopter dépendra donc de la situation personnelle du libéré, de ses rapports avec la Suisse ou avec son pays d'origine, de la situation de sa famille et de ses liens avec celle-ci, de ses possibilités de travail et de meilleure réintégration sociale (RO 100 Ib 363 = JT 1975 IV 127).

En d'autres termes, lorsque des considérations fondées sur les exigences de la sécurité publique ne sont pas invoquées (on peut se demander dans quels cas elles le pourraient dès lors que la libération conditionnelle a été accordée et que, par voie de conséquence, un pronostic favorable a été émis par la même autorité) et lorsque la capacité de l'intéressé de se conformer à l'ordre juridique suisse n'est pas mise en doute, l'autorité doit différer l'expulsion à titre d'essai si le condamné a de meilleurs chances de réinsertion en Suisse que dans son pays d'origine et si le risque de récidive en est réduit (20).

G) Libération conditionnelle et consentement du condamné
Le détenu n'a pas la liberté d'accepter ou de refuser la libération conditionnelle, celle-ci étant une modalité de l'exécution de la peine. Il peut toutefois faire valoir par la voie du recours de droit administratif que la décision dont il est l'objet n'est pas conforme à la loi (RO 101 Ib 452 = JT 1978 IV 29).

Le consentement du condamné n'est donc pas une condition nécessaire à son élargissement. En un tel cas, l'autorité compétente devrait toutefois s'interroger sur la question de savoir si la libération du condamné pourrait conduire à un risque de récidive. Si tel n'est pas le cas et que le condamné cherche uniquement, par exemple, à se soustraire à l'institution du patronage ou à retarder le moment de son expulsion du territoire suisse, l'autorité compétente ne devrait pas tenir compte d'un tel refus, la libération

conditionnelle consistant en une étape nécessaire du système progressif de l'exécution des peines.

H) La "quasi-prescription" de l'art. 38

Le législateur a introduit en 1971 une "quasi-prescription" à l'art. 3. Cette dernière prévoit que, lorsque l'exécution du solde de la peine a été suspendue au profit d'une mesure prévue aux art. 43, 44 ou 100bis, le solde de la peine suspendue ne pourra plus être exécuté lorsque cinq ans se seront écoulés depuis la fin du délai d'épreuve. Il est à noter que cette durée de cinq ans, contrairement aux délais de prescription des art. 73 et 75, ch.2, ne peut pas être interrompue (21).

I) La libération conditionnelle: un droit du condamné?

La conception qui voulait que la libération conditionnelle soit une faveur accordée au condamné qui l'a méritée ayant été abandonnée lors de la révision partielle de 1971 (cf supra II, lit.D), il y a lieu de s'interroger sur le fait de savoir si il existe dès lors un véritable droit du condamné à ce qu'elle lui soit octroyée.

Depuis la nouvelle de 1971, la libération conditionnelle ne doit en effet plus être considérée comme la faveur récompensant un bon comportement, mais bel et bien comme la quatrième phase du système progressif de l'action éducative de l'exécution des peines. C'est pourquoi il ne faut plus seulement l'accorder sur requête du condamné, mais d'office et dans tous les cas où elle est opportune et nécessaire. Aux termes de l'art. 38, ch.1 al.1, l'autorité compétente "pourra" libérer conditionnellement le condamné lorsque les conditions qu'il prévoit sont réalisées. Elle n'a donc, selon cet alinéa, pas l'obligation de l'accorder même si rien ne s'y oppose. Cependant, l'alinéa 3 dispose que l'autorité compétente doit examiner d'office si le détenu peut être libéré conditionnellement, ce qui ne signifie

toutefois pas encore que, si il le peut, elle soit tenue de le libérer. La question qui se pose alors est celle de savoir si l'autorité doit libérer conditionnellement un détenu dès lors q'il peut l'être.

Selon Paul LOGOZ, il paraît juste d'admettre que, lorsque les conditions légales sont toutes réalisées, la volonté de la loi est que la liberté conditionnelle soit accordée sinon toujours, du moins en général, l'autorité compétente ne pouvant dans ce cas la refuser que si cette décision est justifiée par des motifs suffisants concernant le cas d'espèce (22).

Il y a dès lors lieu de considérer que, lorsque les conditions légales sont réunies et qu'il n'existe pas de motifs suffisants de refus, l'autorité compétente doit accorder la libération conditionnelle, cette dernière étant une étape nécessaire du système progressif de l'exécution des peines. En ce sens, il est possible d'avancer qu'il existe un véritable droit du condamné à ce qu'elle lui soit accordée, droit auquel l'autorité doit donner suite, lorsque les conditions en sont remplies, sous peine d'abuser de son pouvoir d'appréciation.

J) Les voies de recours.

Les décisions d'octroi ou de refus de libération conditionnelle peuvent être attaquées par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral, en tant qu'elles émanent de la dernière instance cantonale (art. 5 LPA, 97 al.1 et 98 lit.g OJ). Le législateur a entendu ainsi ouvrir au détenu une voie de droit rapide et efficace, les décisions en matière de libération conditionnelle entraînant non seulement des effets sur les modalités d'exécution des peines, mais également sur la liberté individuelle et les droits fondamentaux du condamné (23).

Certains cantons ont instauré des voies de droit au niveau cantonal, et d'autres ont préféré n'en pas créer afin de laisser la voie du recours direct au Tribunal fédéral (cf. infra IV, § 1). Cette dernière solution semble être la plus profitable au condamné, car, les recours contre les décisions en matière de libération conditionnelle n'ayant pas d'effet suspensif, un recours direct au Tribunal fédéral est celui par lequel une décision définitive est le plus rapidement obtenue (24/25).

IV) APPROCHE PRATIQUE DE LA LIBERATION CONDITIONNELLE

§1) Le fonctionnement du système dans les différents cantons romands:

La compétence en matière d'exécution des peines ayant été laissée aux cantons, il peut être intéressant de se pencher sur les différents organes auxquels ils ont donné la compétence en ce qui concerne la libération conditionnelle des art. 38 et 42. Il ne sera toutefois tenu compte que des cantons romands.

Fribourg:

Les décisions en matière de libération conditionnelle appartiennent au Chef du département de la justice, de la police et des affaires militaires. Une commission consultative de libération conditionnelle a été instituée par un arrêté du Conseil d'Etat du 27 janvier 1975. Bien que cette commission n'ait de par la loi qu'un rôle purement consultatif, son préavis a toujours été suivi jusqu'à maintenant. La commission se réunit toutes les six semaines au pénitencier de Bellechasse. Il est à noter que le directeur de l'établissement de Bellechasse est membre de cette commission (on peut se demander dans quelle mesure cela est compatible avec l'art. 38, ch.1 al.3, cf. supra III, § 2, A). Une fois la décision notifiée, la voie de recours ou Conseil d'Etat est ouverte, ce dernier statuant en tant que dernière instance cantonale.

Vaud:

Ce canton connaît un système relativement complexe. Il dispose d'une commission de libération composée de sept membres, dont trois permanents (le Chef du département, le Procureur général et le Président sortant du Tribunal cantonal) et quatre non permanents (un avocat, un médecin et deux autres membres qui peuvent être, par exemple, des députés).

La commission au complet examine les cas de condamnés à une peine supérieure à un an et se réunit tous les trimestres. Tous les détenus sont entendus par un membre rapporteur dont l'avis est généralement déterminant. Concernant les peines d'une durée inférieure ou égale à un an, c'est alors une délégation de la Commission qui statue, sans qu'il soit nécessaire que ses membres se réunissent: la délégation ne se réunit jamais, mais statue uniquement par voie de circulation du dossier. Cette délégation est composée du Chef du département et de deux membres non permanents.

Il est à noter que, en matière de révocation d'une libération conditionnelle, le Chef du département est seul compétent, la Commission n'entrant pas en ligne de compte. Les décisions de la Commission ou du Chef du département sont susceptibles d'un recours direct au Tribunal fédéral.

Valais:

L'autorité compétente est ici le Conseil d'Etat qui statue sur préavis du directeur des établissements pénitentiaires. Ce préavis est déterminant: il ne consiste pratiquement à envoyer la décision à signer au Conseil d'Etat, ce dernier ne faisant en fait qu'entérimer la décision. Il est à noter que les décisions concernant la libération conditionnelle y sont prises (bien que non formellement) par le directeur de l'établissement, ce qui est contraire à l'art. 38, ch.1 al.3 (df. supra III, §2, A) (26).

La voie de recours est également celle du recours de droit administratif direct au Tribunal fédéral.

Neuchâtel:

L'autorité compétente est le Chef du département de justice. Il est actuellement question de réviser le code de procédure pénale afin d'instaurer une commission de libération à l'image de celle qui connaît le canton de Vaud.

Il existe la voie du recours au Tribunal administratif qui statue en tant que dernière instance cantonale.

Genève:

Il y existe une commission de libération conditionnelle qui statue à la fois sur les libérations et sur les réintégrations. Cette commission est composée du Chef du département de justice et police, du Procureur général, d'un juge à la Cour de justice, de six membres titulaires et de neuf membres suppléants désignés par le Conseil d'Etat. L'un des membres est médecin et un autre est choisi parmi les sociétaires d'une des associations de patronage des détenus libérés. Elle statue en fonction des préavis du service de l'application des peines et mesures (ci-après SAPEM) et du directeur de l'établissement de détention, ainsi que du rapport du service de patronage.

La commission se réunit en règle générale une fois par mois, ses décisions étant susceptibles d'un recours direct au Tribunal fédéral.

Jura:

Les décisions en matière de libération conditionnelle sont du ressort du Ministre de la justice, qui statue sur proposition du Chef de la section des peines et mesuriers.

La décision peut tout d'abord être par la voie de l'opposition au Ministre de la justice, ensuite par un recours à la Cour administrative du Tribunal cantonal, qui statue en tant que dernière instance cantonale.

On peut donc noter, d'une part, que trois cantons

connaissent le système de la commission de libération conditionnelle (Fribourg, Vaud et Genève), deux autres laissent la compétence au Chef du département de justice qui statue seul (Neuchâtel et Jura), le dernier l'ayant formellement octroyée au Conseil d'Etat, mais pratiquement au directeur des établissements pénitentiaires (Valais).

On pourra également remarquer, d'autre part, que trois cantons ont instauré des voies de recours cantonales (Fribourg, Neuchâtel et Jura), les autres ayant préféré laisser celle du recours au Tribunal fédéral.

§2) Le préavis de la direction de l'établissement de détention

L'autorité compétente examine deux critères sur la base desquels elle est fondée à prendre une décision: le comportement du détenu ne doit pas s'opposer à son élargissement, d'une part, et il doit être à prévoir qu'il se conduira bien en liberté, d'autre part (cf. supra III, §2, B, a). Etant entendu que le préavis du directeur de l'établissement de détention est suivi dans 85 à 99 % des cas, suivant les cantons, il appert que son impact revêt une très grande importance; c'est pourquoi il est nécessaire de se pencher sur la façon dont il est élaboré. Il arrive que le préavis du directeur de l'établissement se fonde également sur les deux critères susmentionnés (Bellechasse et Plaine de l'Orbe), ou encore qu'il se fonde exclusivement que sur la base du comportement (Champ-Dollon).

Il convient donc d'examiner quels sont les éléments pris en compte en ce qui concerne chacun de ces deux critères, tout en étant attentif au fait que certains d'entre eux ont une connotation mixte

a) critère du comportement

- attitude face au travail et qualité des prestations fournies (pour les peines de moyenne et longue durée).

- nombre de sanctions disciplinaires qui ont dû être prises à l'encontre du condamné.
- politesse, propreté, hygiène, relations avec le personnel et les codétenus (importance relative).

b) critère du pronostic

- le détenu est-il un primaire ou un récidiviste?
- dispose-t-il d'un logement à sa sortie?
- quels sont ses projets professionnels et dispose-t-il d'un contrat d'engagement à sa sortie?
- si le détenu a besoin d'être encadré, quel est son environnement familial?
- dans certains cas particuliers, le détenu accepte-t-il de se soumettre à un traitement à sa sortie (infractions contre les mœurs, alcooliques et toxicomanes)?

c) éléments à caractère mixte

- nombre d'échecs enregistrés lors des congés obtenus (le détenu est rentré en retard, ivre ou sous l'effet de la drogue) (permet à la fois de voir quel est le comportement du détenu lorsqu'il est confronté à la vie extérieure et de voir dans quelle mesure il a répondu à la confiance que l'on a mise en lui).
- pour les toxicomanes, les tests d'urine se révèlent-ils négatifs (influe à la fois sur les critères du comportement et du pronostic)?
- évolution du comportement du condamné en cours de détention.

Il est à noter que l'appréciation de l'ensemble de ces critères s'effectue notamment en tenant compte des différences de culture, d'âge et de niveau de formation (ils sont par exemple appliqués de façon plus restrictives envers un détenu universitaire).

Ainsi, le préavis de la direction de l'établissement de

détention se fonde en général sur la question de savoir si le comportement du détenu dénoté qu'il se "responsabilise" (si tant est qu'il soit possible de se responsabiliser dans un milieu où la latitude de mouvements est, par définition, très restreinte) et, d'autre part, sur le fait de savoir si cette responsabilisation est susceptible de s'accroître au delà de son élargissement.

§3) La pratique de la prise de décision en matière de libération conditionnelle dans les cantons romands

a) l'importance du préavis du directeur de l'établissement de détention

Comme déjà mentionné, le préavis du directeur de l'établissement revêt une grande importance dans la prise de décision en matière de libération conditionnelle. Ainsi, il est suivi dans approximativement 85 % des cas dans le canton de Genève, 90 % dans le canton de Vaud et 98 % dans le canton du Jura. Il l'est également dans une très large mesure dans le canton de Neuchâtel et dans celui de Fribourg. Il convient cependant de souligner que, dans ce dernier canton, les préavis du directeur des établissements pénitentiaires de Bellechasse sont suivis dans une plus large mesure, car il est membre de la Commission consultative et, de ce fait, est à même de défendre plus facilement et plus ouvertement son point de vue. Dans le canton du Valais, le préavis est suivi dans pratiquement 100 % des cas, car il y est considéré comme déterminant.

b) l'importance de la distinction "primaire/récidiviste"

Dans l'établissement du pronostic, il est souvent tenu compte de la qualité du détenu: s'il s'agit d'un primaire, il lui sera plus facilement octroyé une libération conditionnelle que s'il est récidiviste (la distinction "primaire/récidiviste" doit toutefois être entendue dans le sens technique de l'exécution des peines, à savoir celle de

l'art. 37, ch.2. al.2 CPS). Le détenu primaire bénéficie en quelque sorte d'une présomption favorable quant à la libération conditionnelle, le récidiviste, quant à lui, devant pâtir d'une présomption de refus (27).

Ainsi, la pratique a dégagé trois catégories de détenus qui sont en règle générale traités de façon différente quant à l'octroi d'une éventuelle libération conditionnelle (28):

1. les détenus primaires
2. les détenus récidivistes
3. les détenus récidivistes dont une libération conditionnelle a déjà été révoquée.

1. Les détenus primaires

Ils sont en général libérés conditionnellement automatiquement aux 2/3 de leur peine, dans la mesure où rien ne s'oppose à leur élargissement. Cette pratique est observée dans la totalité des cantons romands.

2. Les détenus récidivistes

On peut noter que les différents romands font preuve de plus ou moins de rigueur quant à la détermination de la date de leur élargissement:

- le Valais, Neuchâtel et Genève les libèrent aux 2/3, dans une très large mesure.
- le Jura retarde la date de leur libération, cette dernière n'intervenant que si ils bénéficient d'un préavis favorable.
- Vaud ne leur accorde la libération conditionnelle aux 2/3 que s'il est certain qu'ils se conduiront bien en liberté. Dans le cas contraire (qui est le plus fréquent), la libération est renvoyée de trois à six mois.
- Fribourg n'émet, en règle générale, qu'un pronostic réservé envers un récidiviste. La libération ne lui est

donc accordé qu'aux 3/4 de sa peine.

3. Les détenus récidivistes dont une libération conditionnelle a déjà été révoquée

Dans ces cas, les cantons font également preuve de plus ou moins de rigueur. Ainsi, s'il est possible d'émettre un pronostic favorable:

- Il n'est pas rare que Genève accorde la libération conditionnelle aux 2/3
- Valais accorde la libération conditionnelle en général au delà des 2/3
- Vaud l'octroie lorsque le détenu a purgé la totalité de sa réintégration et les 2/3 de la nouvelle peine, s'il est certain qu'il se conduira bien en liberté. Dans le cas contraire (qui est le plus fréquent), la libération conditionnelle n'est pas accordée
- Fribourg l'accorde aux 3/4 de la totalité de la peine qu'il a à subir
- Neuchâtel l'octroie lorsque le détenu a purgé la totalité du solde de la première peine et les 3/4 de la nouvelle peine.

Quant au canton du Jura, il ne l'accorde pas, en tant qu'il estime qu'il n'est pas possible d'émettre un pronostic favorable dans un pareil cas.

c) la détermination du degré d'amendement du condamné

La majorité des cantons s'en remettent au préavis du directeur de l'établissement par l'entremise du service pénitentiaire (à Genève SAPEM), les responsables de ce dernier pouvant ainsi également se forger leur propre opinion. Le canton de Vaud, quant à lui, envoie un membre rapporteur se rendre compte du degré d'amendement du condamné avant chaque décision en matière de libération conditionnelle.

D'autre part, lorsqu'il n'est pas sans plus possible

d'accorder la libération conditionnelle sur le vu de la requête (ou lorsque le détenu n'en a pas présenté), l'art. 38, ch.1 al.3 impose à l'autorité compétente d'entendre le détenu; cet entretien permet également, dans certains cas, de pressentir le degré d'amendement du condamné.

d) l'importance de la présence "d'éléments stabilisateurs"
Par "éléments stabilisateurs", il faut entendre l'ensemble des composants qui sont susceptibles de préserver le détenu d'une récidive après son élargissement; sont notamment des éléments stabilisateurs une place de travail, un logement ou encore un environnement familial solide.

En règle générale, les cantons accordent le même intérêt à la présence de tels éléments, étant entendu que cet intérêt sera accru lorsqu'il s'agit d'un récidiviste (le canton de Fribourg n'accorde toutefois qu'une importance relative à l'environnement familial et, ainsi que le canton de Neuchâtel, au logement).

e) autres éléments pris en compte

Dans les cantons de Fribourg, Vaud, Neuchâtel et du Jura, la libération conditionnelle ne sera en outre accordée que si le détenu accepte de se soumettre à un traitement à sa sortie, lorsqu'il s'agit d'un délinquant de moeurs (dans les cas graves), d'un alcoolique ou d'un toxicomane. Dans celui du Valais, la subordination de l'octroi de la libération anticipée à de telles conditions est plutôt rare, alors qu'à Genève elle n'est exercée que dans les cas graves de moeurs.

Tous les cantons, à l'exception de Genève, n'imposent pas la libération conditionnelle à un détenu qui s'y refuse, indépendamment des motifs que ce dernier invoque à l'appuis de son refus. Le canton de Genève ne tient en effet en règle générale pas compte des refus dont la cause est la volonté de soustraction au patronage ou encore l'intention de retarder une éventuelle expulsion.

Dans le canton de Vaud, l'opinion du membre rapporteur est considérable comme déterminante et le rapport qu'il présente à la Commission de libération est donc l'élément le plus important pour la prise de décision (son opinion n'est en effet que rarement minorisée) (29).

§4) Délai d'épreuve, patronage et règles de conduite

a) la durée du délai d'épreuve

Il va de soi que la durée du délai d'épreuve se détermine de cas en cas. Néanmoins, il est tout de même possible de déterminer une différence dans la tendance générale des divers cantons romands: Vaud, Neuchâtel et Jura imposent des délais d'épreuve d'une durée proportionnellement supérieure à celle imposée par les cantons de Fribourg, Valais et Genève (la tendance est de 1 à 3 ans pour les premiers et de 1 à 2 ans pour les derniers). Le délai d'épreuve est égal ou supérieur à trois ans lorsqu'il s'agit de multirécidivites, ou encore de condamnés à de très lourdes peines.

Il est intéressant de noter que, lorsqu'il s'agit d'étrangers dont la condamnation a été assortie d'une mesure d'expulsion et que cette dernière n'est pas levée conformément à l'art. 55, la durée du délai d'épreuve oscille généralement entre deux et cinq ans (à Genève, entre 3 et 5 ans).

Enfin, dans tous les cantons, le délai d'épreuve des condamnés pour refus de servir est automatiquement fixé à un an.

b) le patronage

Le patronage est systématique pour tous les condamnés de droit commun dans les cantons de Vaud, Neuchâtel et Jura. Dans le canton de Fribourg, la tendance est également celle du patronage systématique, mais il existe toutefois quelques exceptions par lesquelles un patronage n'est pas

ordonné (un ou deux cas par année). Dans les cantons du Valais et de Genève, il n'est exigé que si cela apparaît nécessaire.

Dans la totalité des cantons, il n'est pas ordonné de patronage pour les condamnés pour refus de servir.

c) les règles de conduite

Dans les cantons de Fribourg, Vaud, Neuchâtel et Jura, il est généralement ordonné aux libérés de se soumettre à des règles de conduite si ils sont alcooliques, toxicomanes ou encore délinquants de moeurs (il arrive également que le canton de Vaud impose des règles de conduite dans d'autres cas). Dans le canton du Valais, des règles de conduite sont moins souvent imposés, alors que, dans le canton de Genève, elles ne le sont que très rarement et exclusivement dans les cas graves de moeurs.

§5) La pratique de la prise de décision en matière de réintégration dans les cantons romands

Lorsque les cantons ont le choix entre ordonner la réintégration ou y renoncer, ils prolongent généralement le délai d'épreuve de moitié (Vaud, Neuchâtel, Valais et Jura) ou d'un quart (Fribourg et Genève). Si l'inconduite du libéré persiste, il est alors prononcé un avertissement formel (les cantons de Fribourg et de Genève gardent la possibilité de prolonger à nouveau le délai d'épreuve d'un quart), ou la libération conditionnelle est purement et simplement révoquée.

Les éléments qui sont pris en compte pour la prise de décision sont: le moment de la récidive par rapport au délai d'épreuve, la nature de l'infraction, ainsi que la lourdeur de la condamnation (en ce qui concerne les infractions commises durant le délai d'épreuve); le moment de l'inconduite et le degré de dangerosité du libéré (pour la soustraction au patronage et le non respect des règles de conduite).

On peut noter qu'en règle générale, les cantons hésitent à ordonner la réintégration (elle n'intervient souvent qu'après prolongation maximale du délai d'épreuve et plusieurs avertissements). Le canton de Vaud semble être celui qui adopte l'attitude la plus ferme en matière de réintégration, le canton le plus souple étant incontestablement Genève (au maximum deux réintégrations "non obligatoires" par année; il est vrai que, Genève n'ordonnant que très rarement des règles de conduite et n'imposant un patronage que lorsque cela apparaît nécessaire ce canton est peu confronté à des problèmes d'inconduite au sens de l'art. 38, ch.4 al.2).

§6) Comparaison entre pratiques vaudoise et genevoise

Genève et Vaud sont deux cantons qui, bien que voisins, adoptent une attitude fondamentalement différente: le premier a adopté le principe de l'opportunité de la poursuite, le second ayant choisi la voie de la légalité. Cette différence est également mise en relief en matière de libération conditionnelle. Il suffit de se pencher sur les statistiques pour en être convaincu: en 1986, Genève a accordé 212 libérations conditionnelles et en a refusé 27, alors que Vaud en a octroyé 169, refusé 107 et en a renvoyé 13 pour nouvel examen.

Il convient tout d'abord de souligner que Genève connaît une proportion de délinquants étrangers nettement supérieure à celle du canton de Vaud. Dans cette perspective, on remarquera que l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin 1975 (cf. supra III, §2, F, a) n'est absolument pas appliqué à Genève, alors qu'il l'est scrupuleusement dans le canton de Vaud (30). La conception genevoise concernant les condamnés étrangers dont la peine a été assortie d'une mesure d'expulsion est celle de les libérer conditionnellement aux 2/3, avec un délai d'épreuve de 3 à

5 ans, de telle façon à ce qu'ils hésitent à récidiver en Suisse (le solde de peine étant important et le délai d'épreuve long). Il est en effet considéré à Genève que cette pratique répond mieux au principe de la prévention générale dans notre pays.

Concernant la détermination du degré d'amendement du condamné, le canton de Vaud est plus exigeant que Genève: la récidive, la révocation d'un sursis, le fait de nier sa propre culpabilité ou de ne reconnaître qu'une partie des délits reprochés y sont perçus en la forme d'une présomption de non amendement qu'il est très difficile pour le détenu de renverser.

Quant à la date de l'octroi de la libération conditionnelle, on pourra également remarquer qu'il n'est pas rare à Genève qu'un récidiviste soit libéré aux 2/3 de sa peine, alors que le canton de Vaud renvoie en règle générale l'examen de son cas de trois à six mois, ou alors refuse purement et simplement de le libérer. D'autre part, comme déjà souligné, tous les condamnés de droit commun sont soumis à un patronage et il est fréquent qu'ils soient également astreints à des règles de conduite dans le canton de Vaud, alors que Genève n'ordonne un patronage que sélectivement et ne soumet les libérés à des règles de conduite qu'extrêmement rarement (Genève hésite à imposer des règles de conduite car cela implique qu'il faut avoir les moyens d'en contrôler le respect).

En matière de révocation de libération conditionnelle, on se reportera au § 5, mais il est toutefois nécessaire de préciser que, les autorités judiciaires de Genève ne prononçant plus d'internement selon l'art. 42 CPS depuis près de dix ans, la Commission genevoise n'a donc plus à se prononcer sur des révocations y afférentes.

§ 7) Quelques exemples de décisions cantonales:

Une étude de décisions et/ou de dossiers a été menée dans les cantons de Fribourg, Vaud, Neuchâtel et Genève. Il paraît judicieux d'en donner ici quelques exemples. Il est toutefois nécessaire de préciser, d'une part, que les décisions dont il est fait état caractérisent les tendances des différents cantons, étant entendu qu'il s'agit souvent de décisions extrêmes, et, d'autre part, que les noms, les nationalités et les dates ont été supprimés afin de préserver l'identité des intéressés.

a) octroi de libération conditionnelle.

Genève:

X, multirécidiviste (23 condamnations pour un total de 9 ans, dont 3.5 ans ainsi qu'une révocation de libération conditionnelle entre 1980 et 1984), condamné à 9 mois d'emprisonnement pour vol et escroquerie, condamnation qui a entraîné la révocation d'une libération conditionnelle antérieure pour un solde de peine de 7 mois. X a entamé ainsi son 8ème séjour aux établissements pénitentiaires de la Plaine de l'Orbe. Les préavis du directeur de l'établissement de détention et du directeur du SAPEM ont été négatifs. La Commission de libération conditionnelle a libéré X aux 2/3 de sa peine, avec un délai d'épreuve de 2 ans, sans patronage (X est actuellement à nouveau incarcéré).

Y, multirécidiviste (9 condamnations), condamné à 2 ans et demi d'emprisonnement pour vol et dommage à la propriété, condamnation qui a entraîné la révocation d'une libération conditionnelle antérieure pour un solde de peine de 4 mois. Les préavis du directeur de l'établissement pénitentiaire et du directeur du SAPEM ont été négatifs (Y a un casier judiciaire très chargé, sa sortie n'est pas préparée et il n'est pas passé par le régime de la semi-liberté). La Commission de libération conditionnelle a libéré Y aux 2/3 de sa peine, avec délai d'épreuve et patronage de 3 ans.

Z, primaire, étranger, condamné à 6 ans et demi de réclusion pour viol, condamnation assortie d'une mesure d'expulsion de 15 ans. Le préavis du directeur de l'établissement de détention a été négatif (nombreuses sanctions disciplinaires pour consommation de stupéfiants, plusieurs congés non respectés, menaces graves contre un gardien, envoi par deux fois à Champ-Dollon en tant que mesure disciplinaire; il a par la suite évolué favorablement, mais seulement durant une période de 4 mois). Le préavis du directeur du SAPEM a été indécis, ce dernier proposant que le détenu soit entendu par le membre délégué. Z a été libéré conditionnellement aux 2/3 de sa peine, avec délai d'épreuve de 4 ans et expulsion maintenue.

Fribourg:

H, récidiviste, condamné à 18 mois d'emprisonnement pour vol par métier, violation de domicile, faux dans les titres et infraction à la LFstup. La libération conditionnelle lui a été accordée aux 3/4 de sa peine, avec délai d'épreuve de 2 ans, patronage et règle de conduite (**se soumettre à un traitement**).

Neuchâtel:

K, multirécidiviste, condamné à 20 mois d'emprisonnement pour vol en bande par métier, dommage à la propriété et infraction à la LFstup. La libération conditionnelle lui a été octroyée aux 3/4 de sa peine, avec délai d'épreuve de 2 ans et patronage (la libération conditionnelle n'a été accordée ici que dans le but de le contrôler et de le suivre par l'entremise du patronage).

M, primaire, condamné à 30 mois d'emprisonnement pour de nombreux vols et infractions à la LFstup. Il a été libéré conditionnellement aux 2/3 de sa peine, avec délai d'épreuve de 2 ans, patronage et règles de conduite (**obligation d'avoir un travail régulier et de s'abstenir de la drogue**

et de son milieu).

Vaud:

W, primaire, condamné à 8 mois d'emprisonnement pour infraction à la LFstup, condamnation entraînant la révocation d'un sursis antérieur de 3 mois. La libération conditionnelle a été accordée à W aux 2/3 de sa peine, avec délai d'épreuve de 3 ans, patronage et règle de conduite (**se soumettre régulièrement à des contrôles d'urine**).

B) Refus de libération conditionnelle.

Vaud:

A, primaire, étranger, condamné à 20 mois d'emprisonnement pour vol par métier et faux dans les certificats, condamnation assortie d'une expulsion de 15 ans. Les préavis du directeur de l'établissement de détention et du département de la justice sont positifs (**son comportement est irréprochable et l'on peut considérer que l'exécution de la sanction pénale a eu une influence positive sur lui**). La libération conditionnelle lui a été refusée, car **l'intéressé n'a reconnu qu'une partie des délits qui lui sont reprochés, ce qui démontre à l'évidence qu'il n'a pas évolué face à la délinquance et qu'il reste inaccessible à la sanction pénale**.

F, déjà condamné deux fois en France, dont la première avec sursis, a été condamné à 20 mois d'emprisonnement pour vol par métier, dommage à la propriété et violation de domicile. La libération conditionnelle lui a été refusée, car **il n'a pas su profiter du sursis dont il a bénéficié et n'a pas de projets professionnels précis**.

N, primaire, étranger, condamné à 2 ans de réclusion pour infraction grave à la LFstup. Le préavis du directeur de l'établissement a fait état d'un comportement satisfaisant, celui du département de la justice étant positif. La

libération conditionnelle lui a été refusée en application de l'arrêt du Tribunal fédéral du 17 juin 1975 (cf. supra III, § 2, F, a): il n'est en effet pas possible d'envisager qu'un trafiquant de drogue puisse s'amender s'il n'a pas en vue de manière précise, et dès avant sa libération, la façon dont il assurera sa subsistance.

Fribourg:

P a été condamné par deux fois pour infraction à la LFstup et exploitation du gain déshonnête d'une prostituée, le total des peines se montant à 22 mois d'emprisonnement. La libération conditionnelle lui a été refusée, car il a consommé du hachisch durant sa détention et a manifesté l'intention d'en consommer également après sa libération, ce qui n'a pas permis de poser un pronostic favorable.

C) Révocation de libération conditionnelle.

Vaud:

N, libéré conditionnellement avec délai d'épreuve de 3 ans, patronage et règle de conduite (se soumettre régulièrement à des analyses d'urine). N se déroband à la règle de conduite qui lui avait été imposée, son délai d'épreuve fut prolongé une première fois de six mois (faisant exception à la pratique vaudoise qui est de prolonger immédiatement le délai d'épreuve de moitié), puis une seconde fois de la même durée. N continuant à se dérober aux analyses d'urine imposées, sa libération conditionnelle fut révoquée (solde de peine à subir = 14 mois).

C, interné en application de l'art. 42 CPS, a été libéré conditionnellement avec délai d'épreuve de 3 ans, patronage et règles de conduite (avoir un travail et un domicile fixe). Quelques mois après sa libération, C a quitté son travail et est demeuré introuvable. Dans les 10 jours suivant sa disparition, sa libération conditionnelle a été

révoquée (solde à subir = minimum 3 ans, conformément à l'art. 42 CPS) (31).

Fribourg:

R a été libéré conditionnellement avec un délai d'épreuve de 2 ans. Peu avant l'échéance du délai d'épreuve, il est condamné à 10 jours d'emprisonnement pour vol. A la suite de cette condamnation, il se voit signifier un avertissement formel et prolonger son délai d'épreuve de six mois. Condamné par la suite à trois mois d'emprisonnement pour vol, dommage à la propriété et infraction à la LFstup, sa libération conditionnelle a été révoquée (solde de peine = 8 mois).

D) Sursis à l'expulsion (octroi et refus).

Neuchâtel:

B, étranger marié à une suisse, condamné à 24 mois d'emprisonnement pour infraction à la LFstup, avec expulsion judiciaire 10 ans. B a été libéré conditionnellement aux 2/3 de sa peine, avec délai d'épreuve de 3 ans, patronage et règles de conduite. L'expulsion a été différée à titre d'essai, conformément à l'art. 55, al.2 CPS, car B avait des attaches sérieuses en Suisse et n'en avait aucune dans son pays d'origine.

Genève:

F a été condamné à trois mois d'emprisonnement pour abus de téléphone et injures. Sa condamnation a entraîné la révocation d'un sursis antérieur (un mois et demi, pour infraction semblable); elle a d'autre part été assortie d'une expulsion judiciaire de 3 ans. F a été libéré conditionnellement aux 2/3 de sa peine, avec délai d'épreuve de 2 ans et patronage. L'expulsion a été différée à titre d'essai, car F habite à Genève depuis près de vingt ans.

Vaud:

Q a été condamné à 4 ans de réclusion pour escroquerie et faux dans les titres, avec expulsion judiciaire 10 ans. Il a été possible d'émettre un pronostic favorable quant à son comportement futur en liberté, si bien que la libération conditionnelle lui a été octroyée aux 2/3 de sa peine. Par contre, l'expulsion a été maintenue, car il est hors de doute que l'ordre public dans notre pays pourrait être mis en danger par l'intéressé si celui-ci était autorisé à y séjourner.

§ 8) Conclusion quant à l'approche pratique.

La compétence en matière de libération conditionnelle a été laissée aux cantons par le législateur fédéral, ce dernier ayant donc entendu par là leur laisser non seulement la faculté de s'organiser, mais également celle d'interpréter et d'appliquer à leur convenance les normes y relatives, dans les limites de leur pouvoir d'appréciation. L'orientation que prendra cette appréciation dépend à la fois des mentalités et de l'image que l'on se fait du terme de "prévention générale". Les notions de "comportement ne s'opposant pas à l'élargissement" et de "pronostic favorable" sont en effet loin de revêtir une connotation ontologique; ils sont donc interprétés par les cantons dans le sens que ces derniers leur donnent. Que le Tribunal fédéral en ait précisé le sens et la portée ne change que très peu la situation initiale: la jurisprudence est comparable à la loi en ce qu'elle constitue une règle générale dont l'application révèle également du pouvoir d'appréciation.

Ainsi, Genève, canton traditionnellement réputé souple, l'est en tout cas en matière de libération conditionnelle: il libère les multirécidivistes aux 2/3 de leur peine, en tant qu'il est certain que la sanction pénale n'est d'aucun effet sur eux; pourquoi continuer en effet d'exercer une action pénale éducative sur les condamnés alors que l'on

sait fort bien qu'elle se révélera totalement inefficace? A l'image de l'opportunité de la poursuite, Genève pratique celle du maintien en détention (peut importe que lorsqu'il libère un détenu alors que les conditions de l'art. 38, ch.1 al.1 ne sont pas remplies, il excède de ce fait non seulement son pouvoir d'appréciation, mais se substitue également au juge).

Vaud, à l'inverse, fait preuve d'une parfaite rigidité légaliste, libérant parcimonieusement les condamnés et les réintégrant à la seconde infraction commise ou, dans certains cas, au premier manquement aux règles de conduite (sans toujours respecter les art. 38, ch.4 al.2 et 45 ch.3 al.3 qui imposent la notification d'un avertissement formel avant d'ordonner la réintégration en cas de non respect des règles de conduite, cf supra § 7, D et note 31);

Fribourg refuse de libérer conditionnellement un détenu qui consomme du hachisch,

le Jura s'oppose à l'élargissement du multirécidiviste, alors que le Valais ne fait que le différer;

Neuchâtel n'accorde pas d'importance à l'existence d'un logement pour l'établissement du pronostic du condamné, contrairement à la majorité des autres cantons...

Autant de conceptions que de cantons, tel est le prix du fédéralisme.

V) LA QUESTION DE LA JUDICIARISATION DES PRISES DE DECISION EN MATIERE DE LIBERATION CONDITIONNELLE

Dans notre pays, l'exécution des peines et mesures est confié à l'administration et non à des magistrats du pouvoir judiciaire: le juge fixe en effet la peine dans le cadre de la loi, mais ne participe pas à son exécution. La question que se pose est donc celle de savoir si il est opportun et nécessaire de transférer la compétence en matière d'exécution des peines au pouvoir judiciaire.

Dans le cadre de l'idéologie du traitement, selon D. MARTY,

c'est au juge que devrait revenir la direction du processus de resocialisation. Continuant ainsi l'oeuvre amorcée par la juridiction de jugement, le juge pourrait décider également les modalités essentielles du rétablissement du condamné: **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 (32).** Selon Ch. N. ROBERT, il est nécessaire de faire participer le juge au traitement et de le rendre seul responsable de décisions ultérieures à la condamnation qui mettent en jeu à la fois la liberté individuelle et la sécurité publique (33). Pour ce faire, il propose la création d'une loi fédérale d'exécution des peines, d'une juridiction sanctionnelle cantonale rattachée aux autorités de jugement pour l'application de l'ensemble des mesures qu'elles ordonnent (juge unique), ainsi que d'une chambre de l'application des sanctions pénales afin de connaître des recours contre certaines décisions limitativement énumérées, telles que le refus de libération conditionnelle ou la réintégration (34).

Le juge est certes le garant et le protecteur des libertés individuelles, ainsi que l'arbitre entre les intérêts individuels et collectifs, mais lui attribuer la compétence dans le domaine de l'exécution des peines et, par voie de conséquence, celle des prises de décision en matière de libération conditionnelle, ne supprimera pas tout échec et tout inconvénient: **Tout d'abord, les pronostics relatifs à la conduite future d'un délinquant comportent toujours des risques. Mais des jugements préemptoires sur un comportement passé sont-ils toujours exempts d'erreurs? In dubio pro reo. Ici aussi, il y a un risque pour la société (35).** Le principe contraire prévaudrait-il dans le domaine de l'exécution des peines en faveur des magistrats (36)? Ensuite, en matière de libération conditionnelle, le

système d'un juge unique est-il réellement préférable à celui que connaissent actuellement plusieurs cantons, à savoir celui d'une commission composée par des spécialistes tels que des magistrats et des médecins (le risque d'une éventuelle partialité n'est-il pas amoindri dans le cas d'une commission composée de plusieurs membres)? Enfin et surtout, la judiciarisation de l'exécution des peines déboucherait-elle sur une application plus uniforme des dispositions y relatives en Suisse ou, au contraire, la situation demeurerait-elle semblable à celle que nous connaissons actuellement, c'est à dire celle d'une mosaïque d'interprétations composée d'autant de fragments que de cantons?

Une éventuelle judiciarisation des prises de décision en matière d'exécution des peines ne devrait pas servir uniquement à assouvir des aspirations de nature philosophique: substituer le juge à l'autorité compétente afin de la remplacer par un défenseur de la liberté individuelle ne consisterait qu'en un palliatif, si, comme le préconise Ch. N. ROBERT, une loi fédérale sur l'exécution des peines n'était pas créée. Cette dernière permettrait en effet de préciser ce qui maintenant donne lieu à autant d'interprétations différentes et, partant, à autant de traitements dissemblables qu'il y a de cantons, afin de minimiser l'inégalité de traitement existant actuellement. C'est à ce prix seulement que la judiciarisation pourrait s'avérer à la fois opportune, nécessaire et efficace; mais cela serait-il compatible avec le principe de la séparation des pouvoirs, qui prescrit que le législateur fixe la peine, le juge la prononce et l'administration la fait exécuter (37)?

VI) LIBERATION CONDITIONNELLE ET ANTICIPATION JUDICIAIRE

§ 1) La situation actuelle.

La libération conditionnelle étant devenue depuis 1971 une phase à part entière du système progressif de l'exécution des peines, on peut se demander dans quelle mesure elle n'est pas déjà prise en considération à la phase du jugement, dans le calcul de la quotité de la peine.

Ainsi, il est fréquent que le Ministère public en rappelle l'existence aux jurés dans son réquisitoire et, dans la quasi totalité des cas, ces derniers interrogent le Président sur cette question. Dans cette perspective, une éventuelle anticipation judiciaire induite par l'existence de la libération conditionnelle est possible, car il se peut fort bien que un ou plusieurs des jurés prennent en considération non la peine infligée, mais la peine effective que le futur condamné aura à subir.

D'autre part, lorsque la Cour n'est pas composée d'un jury populaire, mais de magistrats, un tel effet peut également intervenir lorsqu'il s'agit d'une infraction pour laquelle l'autorité compétente accorde systématiquement la libération conditionnelle (par ex. le refus de servir).

S'il ne fait aucun doute que, dans certains cas, l'existence de la libération conditionnelle peut avoir un effet de levier sur la peine infligée, il faut toutefois se garder de généraliser: son existence ne saurait avoir le même impact que celle du sursis peut induire dans certaines circonstances. On peut cependant se demander si cet effet ne serait pas accentué en cas de possibilité d'octroi de la libération conditionnelle à la moitié de la peine.

§ 2) L'avant-projet SCHULTZ.

Il propose de rendre possible la libération conditionnelle pour les détenus qui ont déjà purgé la moitié de leur peine, mais au moins six mois, s'il est admis qu'ils se comporteront bien en liberté. Lorsqu'il n'est pas admis qu'ils se comporteront bien en liberté, mais qu'il n'y a

pas de raison déterminée permettant de penser qu'ils se comporteront mal, il propose de la rendre possible si ils ont déjà purgé les 2/3 de leur peine, mais au moins six mois. En outre, il entend ne rendre la réintégration obligatoire que pour les infractions commises durant le délai d'épreuve qui ont été sanctionnées par une peine ferme de plus d'une année, ainsi qu'abaisser la quasi-prescription de l'art. 38, ch.4 al.6 de cinq à deux ans. Il est à noter qu'en cas de commission d'infractions sanctionnées par une peine inférieure ou égale à un an ou par une peine avec sursis, **l'autorité compétente renoncera en règle générale à ordonner la réintégration**, une révocation de libération conditionnelle prononcée dans ces circonstances devant en conséquence constituer une exception (38).

Il est probable que, si la libération conditionnelle a déjà actuellement et dans certains cas un effet de levier sur la fixation de la peine, cet effet pourrait être accentué si la proposition SCHULTZ venait à être adoptée. Si l'on s'en rapporte au résultat induit par l'introduction en 1971 de la possibilité d'octroyer le sursis pour les peines inférieures ou égales à 18 mois, on est amené à faire la constatation suivante: avant 1971, alors que l'octroi du sursis n'était possible que pour les peines égales ou inférieures à 12 mois, de nombreuses peines ont été fixées à 13 mois (dans le but de prononcer une peine ferme sans avoir à motiver l'absence de sursis); depuis 1971, suite à l'introduction du sursis à 18 mois, le nombre de peines fermes de 20 mois a augmenté (celui des peines de 13 mois a, quant à lui, été en nette régression). Il est donc possible, pour les peines de moyenne et longue durée, qu'un effet de levier similaire, quoique certainement de moindre importance, puisse être dans certains cas constaté si la possibilité de l'octroi de la libération conditionnelle à la moitié de la peine était instauré.

VII) CONCLUSION

Si l'on estime que la peine privative de liberté n'a pas seulement la valeur d'une sanction, d'une punition, mais a pour but de régénérer, de rééduquer celui qui a failli pour lui permettre de reprendre une place honorable dans la société, en d'autres termes, si l'on admet l'efficacité de l'art. 37 CPS, la libération conditionnelle tend alors à assurer, dans le prolongement de ce dernier, la réinsertion totale et définitive du condamné par une période d'apprentissage de la vie libre. Dans cette perspective, elle ne devrait donc être octroyée que dans la mesure où l'autorité compétente ne tient pas la cause du condamné pour perdue, mais au contraire est fondée à pouvoir s'attendre à un effet positif quant à l'évolution du libéré. C'est en effet uniquement dans cette optique que la libération conditionnelle a sa véritable raison d'être.

Si, en revanche, l'on doute de l'effet éducatif de la sanction pénale et que l'on se tourne en conséquence vers ses aspects de neutralisation et d'intimidation, la libération conditionnelle perd son fondement, pour ne plus consister qu'en une forme d'élargissement anticipé ressemblant à l'institution du sursis français, à cela près que la proportion de la peine ferme à subir n'est que virtuellement fixée. Ne peut-on pas en effet se permettre de douter de l'effet "pédagogique" de la sanction pénale...?

Few are mended by imprisonment; and he whose crimes have made confinement necessary, seldom makes any other use of his enlargement than to do with greater cunning what he did before with less.

Dr. JOHNSON, The False Alarm, 1770 (39).

Les plus sincères remerciements sont adressés à:

Fribourg:

- Monsieur le Conseiller d'Etat Raphaël RIMAZ, Chef du département de la justice, de la police et des affaires militaires
- Monsieur Joseph JUTZET, Chef du service pénitentiaire

Vaud

- Monsieur le Conseiller d'Etat Jean-François LEUBA, Chef du département de la justice, de la police et des affaires militaires
- Monsieur Henri AUBERSON, Chef AI du service pénitentiaire jusqu'au 31 mars 1987
- Monsieur Alexandre PEDRAZZINI, Chef du service pénitentiaire depuis le 1er juin 1987
- Monsieur Martial GRIN, Secrétaire de la Commission de libération

Valais:

- Monsieur Michel EVEQUOZ, Directeur des établissements pénitentiaires jusqu'au 31 décembre 1986
- Monsieur Bernard GEIGER, Directeur des établissements pénitentiaires depuis le 1er janvier 1987

Neuchâtel:

- Monsieur le Conseiller d'Etat Pierre DUBOIS, Chef du département de justice
- Monsieur Etienne ROBERT-GRANDPIERRE, Premier secrétaire du département de justice
- Monsieur Roger RICHARD, préposé au service du casier judiciaire

Jura:

- Monsieur le Conseiller d'Etat Pierre BOILLAT, Ministre de la justice et de l'intérieur
- Monsieur Georges BADET, Chef de la section des peines et mesures

Genève:

- Monsieur le Conseiller d'Etat Bernard ZIEGLER, Chef du département de justice et police
- Monsieur Bernard CORBOZ, Procureur général
- Monsieur Jacques DROIN, Président de la Cour de justice
- Monsieur Jean-Charles KEMPF, Juge à la Cour
- Monsieur Jean MAYE, Juge à la Cour
- Monsieur Rémy RIAT, Secrétaire adjoint du département de justice et police
- Monsieur Jacques REYMOND, Chef du service de l'application des peines et mesures
- Monsieur Michel PORCHER, Chef du service du patronage

Pénitenciers:

- Monsieur Philippe KLOETI, Directeur des établissements pénitentiaires de la Plaine de l'Orbe
- Monsieur Henri NUOFFER, Directeur des établissements pénitentiaires de Bellechasse

BIBLIOGRAPHIE

ANCEL M., FATTAH E., ERZRATTY M., "Le centenaire de la libération conditionnelle", Archives de politique criminelle, 1985, pp. 47 ss.

BOLLE P.H., "L'application de la libération conditionnelle (art. 38 CP)", Stabilité et dynamisme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1975, pp. 225 ss.

Comité européen pour les problèmes criminels, Organisation pratique des mesures de surveillance, d'assistance et d'aide post-pénitentiaire pour les persnes condamnés ou libérées sous condition, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1970

Conseil de l'Europe, Rapport explicatif sur la Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition, Strasbourg 1970

FIZE M., "Il y a cent ans... la libération conditionnelle", RSC 1985, pp. 755 ss.

GILLIERON C., "La libération conditionnelle", in Mélanges Guisan, Lausanne, 1950, pp. 375 ss.

GRAVEN J., "Comment faut-il réglementer la libération conditionnelle des condamnés...", Actes du douzième Congrès pénal et pénitentiaire, La Haye, 1950, vol. V.

GUINAND M., "Note au sujet de la libération conditionnelle" SJ 1944, pp. 191 ss.

GUINAND M., "Notes au sujet de l'application de l'art. 38 CP", SJ 1953, pp. 303 ss.

HAENNI H., Die Praxis der bedingten bzw. probierten Entlassung aus dem Straf- und Massnahmenvollzug im Kanton Graubünden, Thèse (non publiée), Bâle, 1978

LORETAN R., "Note sur la libération conditionnelle", RPS 1944, pp. 265 ss.

MARTY D., Le rôle du juge suisse dans l'application des sanctions pénales, Thèse, Neuchâtel, 1974

PIAGET E., "Le sursis et la libération conditionnelle selon le projet de revision partielle du code pénal suisse" RPS 1950, pp. 1 ss.

PINATEL J., "Le système progressif: étude historique et criminologique", in Estudos Beleza dos Santos, Coimbra 1966, pp. 1 ss.

ROBERT Ch. N., La participation du juge à l'application des sanctions pénales, Mémoires publiés par la faculté de droit, No. 44, Georg, Genève 1972

SCHULTZ H., Bericht und Vorentwurf zur Revision des allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches, mars 1985 (dactyl.).

SCHULTZ H., Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Berne, Staempfli, 1982

STOOS C., Die schweizerischen Strafgesetzbücher, Basel und Genf, 1980

STURZENEGGER H., Die bedingte Entlassung im schweizerischen Strafrecht, Thèse, Zürich, 1974

WEILEMANN E., "Quelques problèmes relatifs à la libération conditionnelle des étrangers", IPS 1984, pp. 220 ss.

NOTES

- (1) Une première version de ce texte a été élaborée dans le cadre d'un séminaire de droit sanctionnel suisse à la faculté de droit de l'université de Genève, le séminaire des professeurs Ph. GRAVEN et R. ROTH.
- (2) Concernant l'apparition de la libération conditionnelle en Irlande, en Angleterre et en France, on se rapportera notamment aux ouvrages suivants:
 ANCEL M. "La libération conditionnelle, institution de politique criminelle" Archives de politique criminelle, 1985, pp. 47 ss; FIZE M. "Il y a cent ans... la libération conditionnelle" RSC 1985, pp. 759 ss;
 PINATEL J. "Le système progressif: étude historique et criminologique" in Estudos Beleza dos Santos, Coimbra, 1966, pp. 7 ss.
- (3) STOOS C. Die schweizerischen Strafgesetzbücher, Basel und Genf, 1890, p. 134
- (4) STOOS C. op. cit. pp. 133 ss. Il est à noter que, en ce qui concerne Genève, il faudra attendre le 4 novembre 1911 pour que la loi sur la libération conditionnelle soit adoptée par le Grand Conseil. Cette loi ne rendait possible une éventuelle libération conditionnelle que pour les peines supérieures ou égales à un an; cette condition, bien que contraire au droit fédéral, subsiste toujours selon la lettre de l'art. 10 de la loi pénale genevoise actuelle.
- (5) STOOS C. op. cit. pp. 133 ss
- (6) STURZENEGGER H. Die bedingte Entlassung im schweizerischen Strafrecht, Thèse, Zürich, 1974, p. 38
- (7) STURZENEGGER H. op. cit. p. 38
- (8) Considérant que la peine privative de liberté ne pouvait pas exercer d'effet éducatif en trois mois seulement, les directeurs d'établissements pénitentiaires ont proposé de porter de trois à six mois la durée minimale d'emprisonnement à partir de laquelle une libération conditionnelle pouvait être envisageable. Les Chambres fédérales ont toutefois rejeté cette suggestion, car elles ont observé qu'une libération conditionnelle ne pourrait pas être octroyée si la peine d'emprisonnement ne dépassait pas six mois et que, dans ce cas, le condamné ne pourrait par conséquent pas non plus bénéficier du patronage pour une période sensiblement plus longue que l'emprisonnement lui-même.
- (9) Le projet prévoyait que la réintégration ne serait pas obligatoire en cas d'infraction commise par négligence durant le délai d'épreuve; cette proposition n'a

toutefois pas été retenue.

- (10) La proposition de l'imposition d'un patronage aux condamnés en fin de peine fut rejetée, car il est apparu intolérable aux parlementaires que la peine puisse conserver un effet exipatoire au-delà de la durée fixée par le juge, d'une part, et, d'autre part, les sanctions en cas de mauvais comportement pendant le délai d'épreuve furent considérées comme insuffisantes (cf KURT V. "Les dispositions révisées du code pénal suisse" IPS 1972 No. 77, p. 32).
- (11) cf LEAUTE J. "Le rôle du droit pénal dans le contexte social", Conférence sur la politique criminelle, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1975 pp. 9 ss.
- (12) LOGOZ P. Commentaire du code pénal suisse, partie générale, Delachaux & Niestlé, Neuchâtel-Paris 1976, p. 216.
- (13) SCHULTZ H. Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, tome II, Stämpfli & Cie, Berne 1982, p. 61. Peu après l'entrée en vigueur du CPS, une opinion du Ministère public fédéral voulait que l'on ne tienne pas compte de la détention préventive dans le calcul du délai, parcequ'en détention préventive le régime ne prévoit pas l'amendement du condamné; l'autorité fédérale a toutefois ensuite considéré que la computation des délais devait s'effectuer en comptant la détention préventive afin de ne pas créer d'inégalité entre les citoyens (GUINAND M. "Note sur la libération conditionnelle", SJ 1944, p. 192).
- (14) BOLLE P.H. "L'application de la libération conditionnelle (art. 38 CP)", Stabilité et dynamisme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, Bâle, Helbling & Lichtenhahn 1975, p. 257.
- (15) LOGOZ P. op. cit. p. 255
- (16) LOGOZ P. op. cit. p. 282 ss.
- (17) LOGOZ P. op. cit. p. 220
- (18) Il est à noter qu'un avertissement formel préalable n'est pas obligatoire que dans le cas d'une insoumission aux règles de conduite. Dans les autres cas, la réintégration peut être ordonnée sans préavis.
- (19) Le Tribunal fédéral a notamment considéré que l'autorité cantonale compétente n'avait pas abusé de son pouvoir d'appréciation en ordonnant la réintégration d'un condamné par désertion qui, après avoir obtenu la libération conditionnelle, a été condamné ensuite par deux fois à des peines d'arrêts (3 et 5 jours) pour non-paiement de la taxe militaire (réintégration ordonnée selon l'art. 31, ch.4 CPM) (ATF non publié M.C. du 19 juin 1984).

- (20) L'application stricte de ce principe jurisprudentiel peut conduire au résultat paradoxal qu'un étranger sans permis de séjour ni permis de travail peut, de par le fait qu'il a été libéré sous condition et que les risques de récidive en Suisse sont réduits, être autorisé à séjourner dans notre pays, les autorités cantonales pouvant alors être tenues de lui fournir les permis qui lui faisaient auparavant défaut (ATF non publié du 23 avril 1986, X contre le département de la justice du canton de Fribourg).
- (21) LOGOZ P. op. cit. p. 220
- (22) LOGOZ P. op. cit. p. 218
- (23) BOLLE P.H. op. cit. p. 260
- (24) Quant à la qualité pour recourir, il est à noter qu'elle est acquise non-seulement au condamné, mais également au Département fédéral de justice et police (art. 13 lit. b OJ).
- (25) La qualité de "mesure d'exécution de la peine" de la libération conditionnelle soustrait cette dernière à un examen à la lumière de l'art. 5, ch.1 lit. a CEDH (RO 106 IV 156).
- (26) Depuis le 1er janvier 1987, le directeur des établissements pénitentiaires n'est toutefois plus directeur technique de l'établissement de Pramont.
- (27) La distinction "primaire/récidiviste" n'est cependant que rarement utilisée pour les détenus étrangers, étant donné que les cantons n'obtiennent qu'exceptionnellement l'extrait de leur casier judiciaire.
- (28) Il est à noter que les pratiques décrites ci-dessous constituent une tendance générale et, qu'en conséquence il peut dans certains cas y être fait exception.
- (29) L'opinion du membre rapporteur revêt une importance au moins égale à celle du préavis de la direction de l'établissement de détention. On peut se demander s'il est acceptable qu'une appréciation issue d'un entretien d'une durée moyenne de 12 minutes puisse avoir le même poids (si ce n'est un poids supérieur) que le préavis de celui qui a suivi le détenu tout au long de sa détention.
- (30) Il arrive par ailleurs que cet arrêt y soit appliqué de façon extensive, l'autorité compétente vaudoise se refusant sur la base de libérer conditionnellement des étrangers qui n'ont pas commis des infractions par métier.
- (31) C n'avait été libéré conditionnellement qu'avec réticence, la Commission ayant conscience que le risque de récidive était extrêmement élevé; c'est la raison

pour laquelle la révocation a été immédiate. Il est à noter que l'art. 45, ch.3 al.3, qui impose la notification d'un avertissement formel en un tel cas, ainsi que l'ATF 102 Ib 249 (cf. supra III, § 2, E, c) n'ont pas été respectés.

- (32) MARTY D., Le rôle et les pouvoirs du juge suisse dans l'application des sanctions pénales, Thèse, Neuchâtel 1974, p. 11.
- (33) ROBERT Ch. N., La participation du juge à l'application des sanctions pénales, Mémoires publiés par la faculté de droit, No. 44, Georg, Genève 1972, p. 167.
- (34) ROBERT Ch. N. op. cit. pp. 160 ss.
- (35) WEIZSAECKER R., extrait de discours rapporté par l'office fédéral de la justice, Informations sur l'exécution des peines et mesures, Berne 1986, No. 4, p. 23
- (36) Rapport du Conseil d'Etat de Genève du 25 mars 1987, M 391-A, p. 2.
- (37) MARTY D. op. cit. p. 30.
- (38) SCHULTZ H. Bericht und Vorentwurf zur Revision des allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches, mars 1985 (dactyl.), p. 303.
- (39) DR. JOHNSON, "The False Alarm", 1770, in The Oxford Book of Aphorisms, Oxford University Press 1987, p. 111.

