

Thierry Moreau

J. H. C. S. A. C. S. A.

La loi «pot-pourri II» : un recul de civilisation ?

*Sous la direction scientifique de
Manuela Cadelli et Thierry Moreau*

Thierry Bayet
Marie-Aude Beernaert
Nathalie Colette-Basecqz
Christian De Valkeneer
Sophie Debelle
Élise Delhaise
Ludivine Kerzmann
Hervé Louveaux
Adrien Masset
Olivier Michiels
Pierre Monville
Thierry Moreau
Marc Nève
Damien Vandermeersch

*Avant-propos de Patrick Henry
Introduction de Manuela Cadelli*

L'effet papillon de la généralisation de la correctionnalisation

Damien VANDERMEERSCH

Avocat général à la Cour de cassation
Professeur à l'UCL et à l'USL-B

Introduction

Afin de soulager la cour d'assises d'une partie de son contentieux jugé trop volumineux et/ou trop complexe, la loi du 5 février 2016 permet désormais la correctionnalisation de tous les crimes sans exception¹, c'est-à-dire leur jugement par le tribunal correctionnel et, en appel, par la cour d'appel et leur répression par des peines qualifiées de correctionnelles.

Mais comme l'objectif recherché était d'élargir les possibilités de contourner la cour d'assises sans modifier l'article 150 de la Constitution et sans supprimer cette juridiction (*cf. infra*), le législateur a voulu atténuer l'effet de la correctionnalisation des crimes les plus graves sur le taux des peines et sur les autres règles de droit pénal et de procédure pénale.

Après avoir étudié les conditions dans lesquelles le législateur a organisé la possibilité de correctionnaliser tous les crimes, en ce compris les crimes les plus graves, cette contribution examinera les effets en cascade ou collatéraux qu'a entraînés cette modification législative.

Section 1

La faculté de correctionnaliser tous les crimes sans exception (art. 121 de la loi)

L'article 121 de la loi du 5 février 2016 offre la possibilité de correctionnaliser tous les crimes, quelles que soient leur nature ou la peine prévue par la loi. Dès lors, la catégorie des crimes dits « non correctionnalisables » disparaît, de même que les effets juridiques qui découlaient de cette qualification. À l'avenir, tout

¹ En vertu de l'article 150 de la Constitution, la cour d'assises reste exclusivement compétente pour les délits politiques et les délits de presse, sauf ceux inspirés par le racisme et la xénophobie.

crime sans exception peut être, par l'application de circonstances atténuantes et d'une cause d'excuse, «transmué»² (ou dénaturé) en délit.

Aux termes de l'article 143, alinéa 3, de la loi du 5 février 2016, cette nouvelle faculté s'applique aux affaires qui n'ont pas encore été prises en délibéré quant au règlement de la procédure par la chambre des mises en accusation à la date d'entrée en vigueur dudit article 121, soit le 29 février 2016³. Ainsi, les affaires actuellement à l'instruction concernant des crimes antérieurement non correctionnalisables tombent dans le champ d'application de l'article 121 précité, la correctionnalisation étant présumée être plus favorable à l'inculpé.

§ 1. Un pas de plus vers la suppression de la cour d'assises ?

La loi nouvelle modifie fondamentalement la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes. Désormais, tous les crimes, sans exception, sont correctionnalisables. Il appartient dorénavant aux juridictions d'instruction d'estimer s'il y a lieu ou non d'admettre les circonstances atténuantes (ou, dans les cas prévus par la loi pénale, une cause d'excuse) pour correctionnaliser un crime. De son côté, le ministère public pourra aussi dorénavant correctionnaliser (en indiquant les circonstances atténuantes ou, dans les cas prévus par la loi pénale, une cause d'excuse⁴) tous les crimes lorsqu'aucune instruction n'aura été requise⁵.

Comme auparavant, le tribunal correctionnel ou la cour d'appel pourront décliner leur compétence en ce qui concerne l'admission des circonstances atténuantes ou de la cause d'excuse, lorsque la saisine a eu lieu par le ministère public (citation directe ou convocation par procès-verbal). Cette possibilité leur est interdite lorsque la saisine a lieu à la suite d'une décision de renvoi correctionnel rendue par la juridiction d'instruction (cette dernière décision lie la juridiction de jugement en ce qui concerne l'admission des circonstances atténuantes ou de la cause d'excuse).

² Terme utilisé aux articles 12, 51 et 97 de la loi du 5 février 2016, modifiant respectivement les articles 37ter, § 1^{er} (peine de travail autonome) et 37octies, § 1^{er} (peine de probation autonome) du Code pénal et 216 du Code d'instruction criminelle (procédure de reconnaissance préalable de culpabilité).

³ En effet, avant d'être renvoyés en cour d'assises, les inculpés de crimes non correctionnalisables devaient impérativement passer devant la chambre des mises en accusation.

⁴ C'était déjà le cas auparavant: les juridictions d'instruction pouvaient par exemple correctionnaliser un meurtre ou un assassinat en admettant la cause d'excuse de la provocation. Le paradoxe paraît ici encore plus grand que pour l'admission d'une circonstance atténuante: sans se prononcer sur la culpabilité de l'inculpé, la juridiction d'instruction est appelée à dire que les faits, à supposer qu'il les ait commis, ont été provoqués, et cette décision lie le juge du fond sur ce point.

⁵ Cette hypothèse est fort théorique pour les crimes qui, antérieurement, n'étaient pas correctionnalisables (cf. *infra* – la saisine du juge d'instruction).

Dans son avis, le Conseil d'État s'est montré très critique à l'égard de la généralisation de la possibilité de correctionnaliser les crimes. Il constate d'abord que pour justifier la réforme, l'exposé des motifs ne fournit aucun argument relatif à la répression adaptée en cas de circonstances atténuantes, mais exclusivement des arguments contre la cour d'assises (procédure trop lourde et trop coûteuse, engorgement de la cour d'assises avec des conséquences pour la détention préventive, complexité de certains dossiers, obligation de motivation, surcharge de travail pour les magistrats, désorganisation des chambres des cours d'appel et des tribunaux correctionnels du fait de l'affectation temporaire de magistrats à cette juridiction non permanente, risque de menaces ou de pressions sur les jurés, etc.)⁶. Il considère ensuite que si la marge d'appréciation dont dispose le législateur pour définir la notion de « matières criminelles » visée à l'article 150 de la Constitution est très large, cette disposition lui impose de réserver au moins au jury les crimes les plus graves⁷. Enfin, il estime que, dès lors que la loi ne comporte pas de garantie contre le recours « impropre » à des circonstances atténuantes, les crimes les plus graves risquent d'être soustraits d'une « manière impropre » à la cour d'assises, cette situation mettant à mal l'article 150 de la Constitution⁸.

Comme le relève également le Conseil supérieur de la Justice dans son avis⁹, la réforme constitue une étape supplémentaire visant à vider l'institution de sa substance, en vue vraisemblablement de sa suppression future.

Même si l'exposé des motifs affirme que le projet ne vise nullement à aboutir à une correctionnalisation systématique et aveugle de tous les crimes et à vider subrepticement la cour d'assises de toute substance¹⁰, l'Histoire nous apprend qu'à chacune des étapes législatives ayant élargi la catégorie des crimes correctionnalisables en application des circonstances atténuantes, les juridictions d'instruction ont continué à correctionnaliser systématiquement tous les crimes correctionnalisables, la non-correctionnalisation de tels crimes étant, jusqu'à présent, rarissime. La correctionnalisation est devenue un « quasi-auto-matisme » et une « construction artificielle » qui a un caractère exorbitant et artificiel¹¹. On peut donc penser que le ministère public et les juridictions d'instruction feront un large usage de cette nouvelle possibilité illimitée de

⁶ Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1418/001, pp. 279-280; Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de la justice, n° 54-1418/005, pp. 20-21.

⁷ Avis du Conseil d'État, n° 54-1418/001, p. 266.

⁸ *Ibid.*, p. 271.

⁹ Avis d'office sur l'avant-projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale, mai 2015, p. 9.

¹⁰ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 114.

¹¹ Avis du Conseil d'État, n° 54-1418/001, p. 269.

correctionnaliser tous les crimes¹² en telle sorte que les procès devant les cours d'assises deviendront un phénomène exceptionnel.

La cour d'assises a toujours suscité des débats passionnés et passionnants entre ses partisans et ses détracteurs mais le lieu n'est pas ici de mener une énième discussion sur la question. En revanche, il convient de porter un regard critique sur le résultat auquel donne lieu la réforme.

§ 2. L'absence de critère légal clair

À l'origine, l'avant-projet de loi maintenait la catégorie des crimes non correctionnalisables mais en la réduisant de façon drastique. Deux exceptions à la correctionnalisation étaient prévues pour les crimes les plus graves¹³ sur la base de critères hautement contestables: d'une part, la circonstance que le crime a entraîné la mort d'un policier ou d'un membre d'une catégorie assimilée et, d'autre part, le fait que la personne exerçant l'autorité parentale s'oppose à la correctionnalisation de l'homicide commis sur un mineur d'âge. De façon prévisible, le Conseil d'État a condamné ces deux critères comme non justifiés de manière objective et raisonnable au regard des principes d'égalité et de non-discrimination¹⁴.

À la suite de cet avis, ces deux exceptions ont été abandonnées et le législateur a considéré qu'il convenait de laisser à l'appréciation du parquet, des juridictions d'instruction et du juge du fond (en cas de citation directe par le parquet) la responsabilité de juger, au cas par cas, quelles affaires seront respectivement jugées le mieux par la cour d'assises ou par les juridictions correctionnelles¹⁵.

Dès lors, le texte adopté, en se bornant à supprimer purement et simplement l'alinéa 3 de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, ne retient plus aucun critère pour distinguer les crimes qui méritent ou non une correctionnalisation, si ce n'est le critère général de l'admission de circonstances atténuantes.

Ceci ne signifie pas que tous les crimes seront dorénavant correctionnalisés. Il appartiendra aux juridictions d'instruction d'estimer, dans chaque cas, s'il y a lieu ou non d'admettre les circonstances atténuantes pour correctionnaliser le crime, le dernier mot revenant, en règle, à la chambre des mises en accusa-

¹² S. VAN OVERBEKE, « Assisen in de potpourri: een aperitief voor het galgenmaal », *R.W.*, 2015-2016, n° 16, p. 602.

¹³ Il s'agissait des crimes punissables de la peine de réclusion à perpétuité (sauf celui visé à l'article 347bis, § 4 du Code pénal de prise d'otage ayant causé une maladie incurable, etc. ou la mort ou accompagnée de tortures: visé à l'article 2, alinéa 3, 4° de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, ce crime était déjà correctionnalisable) et de certains autres crimes graves énumérés, dorénavant, à l'article 21, 1°, second tiret et 2°, premier tiret du titre préliminaire du Code de procédure pénale.

¹⁴ Avis du Conseil d'État, n° 54-1418/001, pp. 274-280.

¹⁵ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 114.

tion. De son côté, le ministère public peut aussi correctionnaliser tout crime lorsqu'aucune instruction n'aura été requise, mais le tribunal correctionnel pourra toujours, comme par le passé¹⁶, décliner sa compétence.

Enfin, il faut relever ici qu'à défaut d'avoir modifié l'article 57*bis* de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse, la loi du 5 février 2016 laisse subsister dans cette disposition la distinction, dorénavant inopérante, entre les crimes correctionnalisables et non correctionnalisables. Il en résulte qu'un mineur dessaisi ne pourra plus être renvoyé devant la cour d'assises quelle que soit la gravité du crime, seule la chambre spécifique du tribunal de la jeunesse étant compétente à cet égard¹⁷. Dans l'hypothèse d'un renvoi des inculpés majeurs devant la cour d'assises, il y aura lieu de disjoindre les poursuites.

Le législateur a donc renoncé à fixer dans la loi les critères permettant de déterminer quelles affaires seraient mieux jugées par la cour d'assises, de peur d'encourir la censure de la Cour constitutionnelle¹⁸. Mais l'absence de tout critère ne s'expose-t-elle pas tout autant à cette censure, dès lors qu'elle laisse la porte ouverte à la subjectivité du parquet et du juge ?

La gravité intrinsèque des faits ne paraît pas constituer le critère décisif : les travaux parlementaires évoquent ainsi les crimes terroristes comme des crimes qui doivent pouvoir être correctionnalisés, vu le risque d'intimidation, voire de menaces à l'égard des jurés, qui pourraient y être plus sensibles que des magistrats professionnels¹⁹.

Une circulaire du collège des procureurs généraux²⁰ fixe les directives à suivre par le ministère public en ce qui concerne l'orientation des affaires criminelles. En principe, le parquet requerra en chambre des mises en accusation le renvoi d'une affaire devant la cour d'assises uniquement dans le cas où il estimera, à ce stade de la procédure, devoir requérir la peine de réclusion à perpétuité en raison de l'absence de circonstances atténuantes. La circulaire impose au ministère public de motiver l'absence de circonstances atténuantes dans un réquisitoire écrit déposé devant la chambre des mises en accusation²¹. La circulaire précise cependant que les directives qu'elle contient constituent une forme

¹⁶ Mais hors le cas d'une requalification des faits en crimes non correctionnalisables, nous n'avons pas connaissance de précédents où le tribunal saisi directement par le ministère public se serait déclaré incompétent sur le seul constat de l'absence de circonstances atténuantes.

¹⁷ L'état de minorité peut être considéré comme une circonstance atténuante de droit.

¹⁸ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 113.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Circulaire n° 2/2016 du collège des procureurs généraux près les cours d'appel du 17 février 2016.

²¹ Suivant la circulaire, ces motifs pourraient résulter, par exemple, de la nature des faits eux-mêmes, du contexte dans lequel ils ont été commis ou de circonstances liées à la personnalité de l'inculpé. Dans ce cadre, il convient également que le magistrat prenne en compte l'existence (nature et nombre) d'antécédents judiciaires (circulaire n° 2/2016, p. 2).

d'appui et un critère de réflexion pour le magistrat et que, dans ce cadre, ce dernier sera assisté et encadré par un magistrat de référence en la matière²².

Quels enseignements peut-on dégager de cette circulaire ? D'abord, elle préconise la correctionnalisation sans exception de tous les crimes punissables d'une peine de réclusion de 20 ans à 30 ans (sauf connexité avec un crime punissable de la réclusion à perpétuité). Pour les crimes punissables de la peine de réclusion à perpétuité, le critère retenu pour requérir la correctionnalisation ou le renvoi devant la cour d'assises est l'existence ou non de circonstances atténuantes, seul critère retenu, par ailleurs, par le législateur. Mais il est symptomatique de constater qu'en ce qui concerne la motivation, la règle est renversée : ce n'est pas l'existence de circonstances atténuantes qui doit être spécialement motivée, mais bien l'absence de telles circonstances. Ensuite, à l'exception du cas particulier du mineur d'âge (*cf. supra*), la demande de renvoi devant la cour d'assises a un caractère réel en ce sens que le constat de l'absence de circonstances atténuantes dans le chef d'un des inculpés devrait emporter le renvoi de tous les inculpés devant le jury eu égard à la connexité²³. Enfin, dès lors que le dernier mot appartient à la chambre des mises en accusation²⁴, la politique criminelle en la matière est appelée à se dessiner par ressort de cour d'appel²⁵.

On peut se poser sérieusement la question de la pertinence du critère de l'existence ou non de circonstances atténuantes tant ce concept a été galvaudé par le passé : force est de constater que jusqu'à présent, il a été usé et abusé de cette notion pour correctionnaliser tout ce qui était possible.

Il est vrai qu'à défaut de définition légale, la circonstance atténuante a le contenu que l'on veut bien lui donner. En règle, le ministère public et les juridictions d'instruction se contentent d'une circonstance atténuante « passe-partout », à savoir l'absence d'antécédent criminel, critère applicable à la plupart des personnes poursuivies puisque toute personne qui n'a pas été condamnée antérieurement par la cour d'assises à une peine de réclusion peut en bénéficier. Si, par impossible, cette circonstance atténuante ne pouvait s'appliquer à un inculpé, il suffirait d'en trouver une autre. L'objectivité requiert d'admettre que pour tout accusé, quel qu'il soit, il existera toujours une circonstance atténuante que l'on pourrait invoquer. Toute la question sera donc de savoir si la

²² Circulaire n° 2/2016, p. 3.

²³ Circulaire n° 2/2016, p. 3.

²⁴ Si l'on s'en tient à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, la partie civile n'aurait pas l'intérêt requis pour se pourvoir en cassation contre la décision de renvoi ou non devant la cour d'assises sauf le cas où elle a une incidence sur l'étendue du dommage et celui où elle implique un partage de responsabilité (Cass., 23 février 2011, R.G. n° P.11.0297.F, *Pas.*, 2011, n° 163).

²⁵ Il est vrai que la politique criminelle peut faire l'objet d'une circulaire du collège des procureurs généraux mais les chambres des mises en accusation ne sont pas tenues par une telle circulaire.

juridiction d'instruction entend ou non retenir l'existence d'une circonstance atténuante, ce qui ouvre la porte à la subjectivité.

L'admission de circonstances atténuantes relevant de l'appréciation souveraine de la juridiction d'instruction, il est à craindre que ce critère reçoive une application variable suivant les ressorts, selon que la chambre des mises en accusation est favorable ou non au jugement des crimes les plus graves par une cour d'assises.

§ 3. Une différence de traitement non justifiée ?

Cette situation variable suivant les jurisprudences adoptées par les chambres des mises en accusation peut conduire à une différence de traitement significative entre les justiciables, en fonction notamment de la politique criminelle du ressort dans lequel s'exercent les poursuites et d'autres critères purement subjectifs²⁶.

Il faut savoir que l'orientation d'une cause vers la cour d'assises ou le tribunal correctionnel entraîne des différences majeures non seulement sur le plan subjectif²⁷ mais également sur le plan objectif.

Si le législateur a cherché à atténuer les conséquences de la généralisation de la correctionnalisation sur le plan de la peine applicable aux crimes correctionnalisés les plus graves (*cf. infra*), il n'en va pas de même d'un point de vue procédural, où des différences majeures subsistent entre la procédure menée devant la cour d'assises et celle devant les juridictions correctionnelles.

D'abord, l'accusé renvoyé devant la cour d'assises comparaitra devant un jury assisté de magistrats professionnels, ce qui, aux yeux du Constituant belge, représente une garantie fondamentale. Par ailleurs, la procédure devant la cour d'assises est strictement réglementée : l'oralité des débats permet un examen approfondi et public de tous les éléments et aspects de la cause. En raison de la présence de juges non professionnels, le langage utilisé lors des débats est largement accessible et les acteurs professionnels font preuve de pédagogie dans leurs exposés. Le public a aussi une meilleure perception de ce qui se joue lors du procès.

En revanche, s'ils n'ont pas la garantie de bénéficier d'un examen aussi approfondi de leur cause à l'audience, les prévenus renvoyés devant le tribunal correctionnel jouiront d'un droit d'appel devant la cour d'appel alors qu'un tel appel est inexistant à l'encontre des arrêts de la cour d'assises.

²⁶ Avis d'office du Conseil supérieur de la Justice sur l'avant-projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale, mai 2015, p. 10.

²⁷ La cour d'assises dispose d'une aura particulière qui en fait une juridiction hors du commun.

Il ne nous appartient pas de faire ici la balance des avantages et des inconvénients de l'une et l'autre juridiction mais il est indéniable que les différences sont non négligeables ainsi qu'en témoigne le débat souvent passionné entre les partisans et les détracteurs de la cour d'assises. Cette différence de traitement pourrait conduire à une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

La réalité nous apprend aussi que de nombreux avocats marquent leur préférence pour un jugement en cour d'assises où l'examen de la cause leur paraît plus approfondi et donne lieu à un débat plus contradictoire. On pourrait assister alors devant les juridictions d'instruction à une partie de bras de fer paradoxale entre un ministère public requérant l'existence de circonstances atténuantes justifiant la correctionnalisation du crime, ce qui, *a priori*, devrait être plus favorable pour l'inculpé, et une défense plaidant le renvoi de la cour d'assises, laissant entendre implicitement qu'il n'existe pas de raison de retenir, à ce stade de la procédure, l'existence de circonstances atténuantes en faveur de l'inculpé. Comme les peines encourues devant les tribunaux correctionnels s'assimilent pratiquement à celles qui peuvent être infligées par les cours d'assises (*cf. infra*), cette hypothèse n'est nullement à exclure.

Section 2

Les effets de la généralisation de la correctionnalisation sur les règles de droit pénal

Afin de limiter ou de neutraliser les effets de la correctionnalisation, la loi du 5 février 2016 modifie les peines applicables et différentes règles de droit pénal. Pour les infractions commises avant l'entrée en vigueur de la loi, le nouveau dispositif procédural de la correctionnalisation est d'application immédiate dans les conditions fixées par la disposition transitoire (art. 143, al. 3), mais sur le plan du droit pénal, il appartiendra au juge d'examiner, pour chaque point, quel est le régime le plus favorable en se conformant au principe de légalité. Pour les crimes non correctionnalisables, on devrait présumer que le régime de la correctionnalisation est plus favorable mais, comme nous le verrons, cela n'est pas nécessairement le cas lorsqu'il s'agit d'en déterminer les conséquences sur les peines et les règles de droit pénal.

§ 1. L'introduction d'une nouvelle peine de réclusion de 30 à 40 ans et de nouveaux paliers dans l'échelle des peines après admission de circonstances atténuantes (art. 2, 6 et 17)

Si le législateur a voulu permettre la correctionnalisation de tous les crimes, ce n'était pas dans l'objectif de permettre une répression moins forte ; comme indiqué ci-dessus, le but poursuivi était de limiter le nombre de procès en cour d'assises.

Dès lors, les promoteurs de la loi ont cherché à limiter l'impact de la correctionnalisation des crimes les plus graves sur la peine. Or, l'admission de circonstances atténuantes inhérente au processus de correctionnalisation implique, de façon obligatoire, une diminution de la peine applicable. Comme il fallait éviter une discrimination entre les peines criminelles prononcées par la cour d'assises en cas d'admission de circonstances atténuantes et les peines correctionnelles prononcées après correctionnalisation, l'article 9 du Code pénal tel que modifié par la loi du 5 février 2016 introduit une nouvelle peine de réclusion de 30 à 40 ans entre les peines actuelles de réclusion à perpétuité et de réclusion de 20 à 30 ans.

La seule fonction actuelle de cette nouvelle peine criminelle est d'introduire un palier supplémentaire en cas d'admission de circonstances atténuantes (*cf. infra*). Il s'agit de la peine maximale qui pourra être appliquée lorsque la cour d'assises admet les circonstances atténuantes pour un crime puni de la réclusion à perpétuité. Il faut noter que la loi du 5 février 2016 ne prévoit pas directement d'assortir des infractions d'une peine de 30 à 40 ans de réclusion mais elle n'en exclut pas la possibilité. Dès lors, on peut craindre qu'à l'avenir, le législateur ne décide de réprimer certains crimes de cette nouvelle peine alors que ce n'était nullement son intention originaire.

Afin de neutraliser au maximum l'impact de la correctionnalisation sur la peine applicable, les plafonds des peines en cas de correctionnalisation ont été relevés de façon significative (art. 25 et 80 C. pén. modifiés). Ainsi, en cas de correctionnalisation, le crime punissable, suivant la loi, de la réclusion à perpétuité pourra être dorénavant réprimé par une peine maximale de 40 ans d'emprisonnement (au lieu de 20 antérieurement – art. 25, al. 7 C. pén.). Pour le crime correctionnalisé punissable à l'origine de la peine de réclusion de 20 à 30 ans, la peine maximale qui pourra être prononcée est de 28 ans d'emprisonnement (au lieu de 20 antérieurement – art. 25, al. 5 C. pén. modifié).

Alors qu'aucun crime n'est actuellement puni de la réclusion de 30 à 40 ans (*cf. supra*), le législateur a cependant prévu qu'en cas de correctionnalisation

d'un tel crime, la peine maximale qui pourra être prononcée est de 38 ans d'emprisonnement (art. 25, al. 6 C. pén.)²⁸.

Le législateur a adapté en conséquence l'article 80 du Code pénal qui reprend dorénavant les fourchettes de peine (maximum et minimum) applicables après admission des circonstances atténuantes :

- la réclusion à perpétuité est remplacée par une peine de réclusion de 40 ans ou un terme inférieur ou par un emprisonnement de 3 ans au moins et de 40 ans au plus (modifié) ;
- la réclusion de 30 à 40 ans est remplacée par une peine de réclusion de 38 ans ou un terme inférieur ou par un emprisonnement de 3 ans au moins et de 38 ans au plus (nouveau) ;
- la réclusion de 20 à 30 ans est remplacée par une peine de réclusion de 28 ans ou un terme inférieur ou par un emprisonnement de 3 ans au moins et de 28 ans au plus (modifié)²⁹ ;
- la réclusion de 15 à 20 ans est remplacée par une peine de réclusion de 10 à 15 ans ou un terme inférieur ou par un emprisonnement d'un an au moins et de 15 ans au plus (non modifié) ;
- la réclusion de 10 à 15 ans est remplacée par une peine de réclusion de 5 à 10 ans ou par un emprisonnement de six mois au moins et de 10 ans au plus (non modifié) ;
- la réclusion de 5 à 10 ans est remplacée par un emprisonnement d'un mois au moins et de 5 ans au plus (non modifié).

Deux constats s'imposent dès à présent. D'abord, pour les crimes les plus graves punis de la réclusion, l'application des circonstances atténuantes n'implique plus *ipso facto* l'obligation de descendre en dessous du minimum de la peine³⁰. Ensuite, le maximum de 20 ans d'emprisonnement applicable antérieurement en cas de correctionnalisation d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité ou de la réclusion de 20 à 30 ans est relevé respectivement à 40 ans et 28 ans. Les tribunaux correctionnels pourront ainsi dorénavant prononcer des peines d'emprisonnement allant jusqu'à 40 ans, contre 20 ans antérieurement³¹.

Se fondant sur un tableau établi par le cabinet du ministre de la Justice, d'aucuns laissent entendre que la cour d'assises pourrait, en cas d'admission de

²⁸ Ceci renforce la crainte qu'à l'avenir, certains crimes soient rendus punissables d'une telle peine.

²⁹ À cet égard, le Conseil d'État a exprimé la crainte que la différence minimale de deux ans du maximum de la peine avant et après la correctionnalisation ne conduise à retenir les circonstances atténuantes de manière impropre (Exposé des motifs et avis du Conseil d'État, n° 54-1418/001, pp. 6 et 271).

³⁰ La peine de 30 à 40 ans de réclusion peut être remplacée par une peine de réclusion de 38 ans ou un emprisonnement de même durée, ce qui est supérieur au minimum. Il en va de même de la peine de réclusion de 20 à 30 ans qui peut être remplacée par une peine de réclusion de 28 ans ou un emprisonnement de même durée.

³¹ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 6.

circonstances atténuantes, prononcer une peine d'emprisonnement de durée égale à celle de réclusion (par exemple, 40, 30 ou 28 ans d'emprisonnement en lieu et place de 40, 30 ou 28 ans de réclusion)³², sans que soit précisé le critère qui serait retenu pour faire le choix entre une peine criminelle et une peine correctionnelle. Nous nous insurgeons contre une telle lecture des dispositions modifiées du Code pénal qui déboucherait sur un système encore plus incohérent en faisant de la réclusion une peine plus favorable que la peine d'emprisonnement de même durée sur le plan de la récidive³³. Nous persistons à penser qu'il ne peut être question de correctionnalisation par la cour d'assises que lorsque celle-ci décide d'infliger une peine inférieure à 5 ans de réclusion. Force est de constater que la hiérarchie, en termes de gravité, entre les peines criminelles et les peines correctionnelles est encore davantage contredite par les taux des peines d'emprisonnement applicables après correctionnalisation³⁴. Ainsi, le Conseil d'État a pu constater que, de toute évidence, la distinction stricte entre peines criminelles, correctionnelles et de police, faite à l'article 1^{er} du Code pénal, a totalement disparu³⁵. On peut par ailleurs se demander si une peine privative de liberté de 40 ans n'équivaut pas *de facto* à une peine de réclusion à perpétuité³⁶.

Pour les personnes morales, l'introduction des nouveaux taux de peine conduit à une incohérence : la table de conversion prévue à l'article 41*bis* du Code pénal permet d'appliquer des peines plus sévères pour l'infraction punie de 30 à 40 ans de réclusion que pour celle punie de la réclusion à perpétuité.

En ce qui concerne l'application de la loi dans le temps, il nous paraît exclu que la cour d'assises applique aux infractions commises avant l'entrée en vigueur de la loi la nouvelle peine de réclusion de 30 à 40 ans dès lors qu'antérieurement, la réclusion à temps était limitée à 30 ans. Pour les crimes qui étaient déjà correctionnalisables avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 février 2016, les nouveaux taux de peines d'emprisonnement de 28 ans et de 40 ans³⁷ ne peuvent

³² Voy. le Mémo Pot-pourri II « Généralisation de la correctionnalisation des crimes », Partie I, établi sous l'égide du collège des procureurs généraux.

³³ La récidive de crime sur délit n'existe pas, à la différence de la récidive de délit sur délit. La solution contraire conduirait à considérer qu'un accusé ayant commis un crime punissable de 20 à 30 en état de récidive au sens de l'article 56 du Code pénal pourrait encourir au maximum 28 ans de réclusion mais en cas de correctionnalisation, pourrait se voir infliger une peine d'emprisonnement de 30 ans (voy., ci-dessous, le point consacré à la récidive).

³⁴ On ne peut raisonnablement soutenir qu'une peine de réclusion est plus grave qu'une peine d'emprisonnement, dès lors que la première peut descendre jusqu'à 5 ans tandis que la seconde pourrait atteindre 40 ans.

³⁵ Avis du Conseil d'État, n° 54-1418/001, p. 268.

³⁶ Cela est perceptible au niveau de l'exécution des peines (*cf. infra*).

³⁷ Dès lors qu'aucune infraction n'était punissable de la peine de réclusion de 30 à 40 ans, le taux de 38 ans ne trouvera jamais à s'appliquer.

être appliqués dès lors qu'ils sont moins favorables que le maximum antérieur de 20 ans. C'est ce dernier maximum qui restera d'application.

La question est plus délicate pour les crimes qui étaient non correctionnalisables antérieurement et qui le sont dorénavant.

Pour les crimes punissables de la réclusion à perpétuité, le maximum antérieurement applicable après admission des circonstances atténuantes était 30 ans de réclusion. Dès lors, le nouveau maximum de 40 ans ne peut être retenu et la peine d'emprisonnement ne pourra pas, en cas de correctionnalisation, dépasser 30 ans. Il est piquant de constater que dans ce cas de figure, on n'applique ni la peine maximale prévue par l'ancienne loi en cas de correctionnalisation (20 ans d'emprisonnement) ni celle prévue par la nouvelle loi (40 ans d'emprisonnement).

En revanche, pour ceux punissables de la peine de réclusion de 20 à 30 ans, le maximum antérieur de 20 ans d'emprisonnement reste applicable dès lors qu'avant la modification législative, la cour d'assises ne pouvait prononcer, pour ces crimes, une peine excédant 20 ans de réclusion lorsqu'elle admettait des circonstances atténuantes.

§ 2. La neutralisation des effets secondaires sur la répression de la tentative et de la complicité (art. 13 et 16)

En vertu de l'article 52 du Code pénal dans sa version antérieure à la loi du 5 février 2016, la tentative de crime était punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même, conformément à l'article 80 du Code pénal. À la suite de la modification dudit article 80 (*cf. supra*), l'application de cette règle devait conduire à réprimer la tentative d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité de la nouvelle peine de réclusion de 30 à 40 ans. Toutefois, le législateur n'a pas estimé devoir mener ici sa nouvelle logique jusqu'au bout : à ses yeux, la répression de la tentative d'un tel crime devait demeurer inchangée. C'est pourquoi l'article 13 de la loi du 5 février 2016 introduit en ce sens un second alinéa à l'article 52 du Code pénal.

Le législateur a adopté un raisonnement analogue pour la répression de la complicité en complétant l'alinéa 1^{er} de l'article 69 par l'indication que les complices d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité seront punis de la réclusion de 20 à 30 ans.

Comme ces dispositions maintiennent le régime antérieur, leur application dans le temps ne pose aucune difficulté.

À propos de la tentative, il convient de signaler encore ici que la loi du 5 février 2016 (art. 28) modifie l'article 476 du Code pénal et rend la tentative de

vol commise avec la circonstance aggravante de meurtre (art. 475 C. pén. – meurtre pour faciliter la tentative de vol) punissable dorénavant de la réclusion à perpétuité.

§ 3. L'adaptation du maximum en cas de concours matériel d'infractions (art. 15)

Dans sa version antérieure, l'article 60 disposait qu'en cas de concours matériel entre des délits (ou des crimes correctionnalisés), les peines étaient cumulées sans qu'elles puissent néanmoins excéder le double du maximum de la peine la plus forte ni dépasser 20 années d'emprisonnement ou 300 heures de peine de travail.

Comme en cas de correctionnalisation, les peines d'emprisonnement dorénavant s'élèvent jusqu'à respectivement 40, 38 et 28 ans d'emprisonnement (cf. *supra*), le maximum de la peine applicable en cas de concours de délits ou de crimes correctionnalisés est balisé par la peine d'emprisonnement la plus forte lorsque celle-ci est supérieure à 20 années d'emprisonnement.

Il nous semble que la nouvelle règle introduite est plus défavorable en telle sorte qu'elle ne s'applique qu'aux infractions commises après l'entrée en vigueur de la loi, sauf pour les crimes antérieurement non correctionnalisables et punissables de la réclusion à perpétuité³⁸.

§ 4. La modification des règles relatives à la récidive (art. 14)

L'application des règles de la récidive avait déjà suscité des difficultés à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises. Pour rappel, celle-ci avait modifié l'article 25 du Code pénal en portant les *maxima* applicables en cas de correctionnalisation des crimes punissables, d'une part, d'une peine de réclusion de 15 à 20 ans et, d'autre part, de la peine de réclusion à perpétuité ou de celle de 20 à 30 ans, à respectivement 15 ans et 20 ans.

Or, l'article 56, alinéa 2, du Code pénal prévoyait en cas de récidive de délit (ou crime correctionnalisé) sur délit (ou crime correctionnalisé), que la peine prononcée pouvait atteindre le double du maximum de la peine prévue pour l'infraction commise en état de récidive légale. L'application de cette disposition posait problème : dès lors qu'un crime correctionnalisé dont la peine originaire était de 15 à 20 ans ou de 20 à 30 ans de réclusion, pouvait, à la suite de la loi du 21 décembre 2009, emporter une peine allant jusqu'à respectivement 15

³⁸ Pour ces crimes, un emprisonnement pouvant aller jusqu'à 30 ans peut être envisagé (cf. *supra*).

et 20 ans d'emprisonnement, l'application de l'article 56, alinéa 2, dans toutes ses conséquences, aurait pu conduire le tribunal correctionnel à prononcer une peine allant jusqu'à respectivement 30 ans ou 40 ans d'emprisonnement, ce qui était de nature à générer une discrimination non justifiée par rapport au jugement de la même personne en cour d'assises³⁹.

Dès lors, la Cour constitutionnelle a décidé à bon droit que dans l'attente de l'intervention du législateur, le juge correctionnel devait, lorsqu'il déterminait la peine, veiller à ne pas condamner en pareil cas un prévenu à une peine privative de liberté dont la durée excède le délai maximum de la peine privative de liberté qui pourrait être imposée par la cour d'assises après admission de circonstances atténuantes⁴⁰.

Avec le rehaussement à 28 ans, 38 ans et 40 ans des *maxima* des peines d'emprisonnement applicables aux crimes les plus graves, l'application de la règle prévue à l'article 56, alinéa 2, du Code devenait impossible, débouchant sur des peines manifestement excessives⁴¹.

Afin de résoudre cette question, l'article 14 de la loi du 5 février 2016 ajoute un alinéa 3 à l'article 56 du Code pénal, rédigé comme suit :

« Même dans les cas visés aux alinéas 1 et 2, si le nouveau délit est un crime qui a été correctionnalisé ou pour lequel la cour d'assises a admis l'existence de circonstances atténuantes, la durée de la peine d'emprisonnement ne pourra excéder celle de la peine de réclusion maximale prévue par la loi pour ce crime ou quarante ans si ladite peine est la réclusion à perpétuité. »

Quelle est la portée de cette disposition ? D'abord, il faut souligner que le législateur ne prévoit toujours pas de récidive de crime non correctionnalisé sur délit (ou crime correctionnalisé)⁴². Ensuite, la loi fixe une balise supérieure à l'application de la règle du double du maximum, à savoir le fait que la peine ne peut excéder celle de la réclusion maximale prévue par la loi, apparemment sans application des circonstances atténuantes. Cela signifierait que l'état de récidive peut neutraliser l'effet des circonstances atténuantes.

³⁹ Voy. A. MASSET et D. VANDERMEERSCH, « La loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises : première lecture critique », *J.T.*, 2010, p. 223. Si le crime n'avait pas été correctionnalisé et que des circonstances atténuantes étaient admises par la cour d'assises, la peine ne pourrait pas excéder respectivement 15 ans de réclusion (pour le crime punissable de la réclusion de 15 à 20 ans) et 20 ans de réclusion (pour le crime punissable de la réclusion de 20 à 30 ans).

⁴⁰ C. const., 15 décembre 2011, n° 193/2011 et C. const., 22 décembre 2011, n° 199/2011. Voy., à ce sujet, D. DE BÉCO et Chr. GUILLAIN, « Commentaires des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 à propos de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises », *Rev. dr. pén.*, 2012, pp. 670-691.

⁴¹ Il était inconcevable que des peines de 56 ans, 76 ans et 80 ans d'emprisonnement puissent être infligées en cas de récidive.

⁴² Cass., 30 juin 1999, R.G. n° P99.0814.F, *Pas.*, 1999, n° 411.

Mais ne faut-il pas interpréter cette disposition conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, à savoir que la peine ne peut excéder celle de la réclusion maximale prévue par la loi après admission de circonstances atténuantes? En effet, suivant la Cour constitutionnelle, la peine infligée pour le crime correctionnalisé commis en état de récidive ne peut excéder le délai maximum de la peine privative de liberté qui pourrait être imposée par la cour d'assises pour le même crime après admission de circonstances atténuantes⁴³.

Concrètement, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, l'application de la nouvelle règle conduit, à notre avis, à retenir les *maxima* suivants pour les crimes correctionnalisés commis en état de récidive :

- en cas de crime punissable à l'origine de la réclusion à perpétuité, la peine d'emprisonnement prononcée en état de récidive pourra s'élever jusqu'à 40 ans ;
- si la peine prévue par la loi est la réclusion de 30 à 40 ans (il s'agit d'un cas purement hypothétique à l'heure actuelle), la peine d'emprisonnement pourra s'élever jusqu'à 38 ans ;
- si le crime correctionnalisé était punissable à l'origine de la peine de réclusion de 20 à 30 ans, la peine d'emprisonnement applicable en cas de récidive peut s'élever jusqu'à 28 ans ;
- le crime correctionnalisé punissable au départ de 15 à 20 ans de réclusion pourra donner lieu, en cas de récidive, à une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 15 ans ;
- en cas de crime punissable de la réclusion de 10 à 15 ans, les peines d'emprisonnement applicables en cas de correctionnalisation et de récidive pourront atteindre 10 ans ;
- enfin, pour les crimes punissables de 5 à 10 ans, la nouvelle disposition trouve à s'appliquer de façon entière puisqu'en cas d'admission de circonstances atténuantes, il y a une correctionnalisation obligatoire, que ce soit par la cour d'assises ou par le tribunal correctionnel : les peines d'emprisonnement applicables en cas de correctionnalisation et de récidive pourront ainsi atteindre 10 ans d'emprisonnement (double du maximum de la peine d'emprisonnement).

La nouvelle règle est également applicable aux crimes (non correctionnalisés par la juridiction d'instruction) que la cour d'assises a correctionnalisés en admettant les circonstances atténuantes. Cela vise l'hypothèse exceptionnelle où, à la suite de l'application des circonstances atténuantes, la cour d'assises n'envisagerait de prononcer qu'une peine correctionnelle mais entendrait, en

⁴³ C. const., 22 décembre 2011, n° 199/2011.

raison de l'état de récidive, neutraliser l'effet de l'admission des circonstances atténuantes en doublant la peine d'emprisonnement.

Comme dorénavant, la nouvelle règle instaure un régime plus répressif de l'état de récidive, elle ne nous paraît pouvoir s'appliquer qu'aux infractions commises à partir du 29 février 2016, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle restant d'application aux infractions commises avant cette date.

Par ailleurs, le législateur n'a pas supprimé la discrimination au stade de l'exécution de la peine⁴⁴ dénoncée par la Cour constitutionnelle entre les prévenus renvoyés devant le tribunal correctionnel du chef de crimes correctionnalisés qui peuvent être condamnés en état de récidive légale et ceux poursuivis du chef des mêmes crimes devant la cour d'assises qui ne peuvent pas être condamnés en état de récidive légale (puisque la récidive de crime sur délit n'existe pas). La Cour constitutionnelle avait pourtant fixé comme échéance le 31 juillet 2015 pour le maintien des effets discriminants de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal⁴⁵.

§ 5. L'extension du champ d'application de la mise à disposition du tribunal de l'application des peines obligatoire (art. 11)

La loi du 5 février 2016 modifie l'article 34^{ter} du Code pénal qui prévoit les cas dans lesquels le juge est tenu de prononcer la mise à disposition du tribunal de l'application des peines pour une durée de 5 ans au minimum et de 15 ans au maximum.

Dorénavant, pour les crimes visés au 3^o dudit article 34^{ter}⁴⁶, la mise à disposition sera obligatoire dès qu'une peine d'emprisonnement ou de réclusion de 5 ans au moins sera prononcée (au lieu d'une peine criminelle auparavant). Cela signifie que pour ces infractions, la correctionnalisation du crime est sans incidence sur l'obligation de prononcer la mise à disposition, à tout le moins si la peine d'emprisonnement est de 5 ans au moins.

⁴⁴ L'article 25, § 2, de la loi du 17 mai 2006 qui détermine les seuils d'admissibilité de la libération conditionnelle pour les condamnations dont le total excède 3 ans de privation de liberté, traite différemment les condamnés en état de récidive (en règle, 2/3 de la peine) et ceux qui ne se trouvent pas dans cet état (en règle, 1/3).

⁴⁵ C. const., 18 décembre 2014, n° 185/2014, J.T., 2015, p. 279, et note M. BOUHON, « La récidive en matière de libération conditionnelle: le compte à rebours est lancé! »

⁴⁶ Il s'agit de l'infraction terroriste ayant entraîné la mort (art. 137 C. pén.), du viol ou de l'attentat à la pudeur ayant entraîné la mort de la victime (art. 376, al. 1^{er} C. pén.), de la torture ayant entraîné la mort (art. 417^{ter}, al. 3, 2^o C. pén.) et de l'enlèvement de mineur ayant entraîné la mort (art. 428, § 5 C. pén.).

§ 6. L'adaptation des articles 31 à 33bis du Code pénal concernant la peine accessoire d'interdiction de certains droits civils et politiques (art. 7 à 10)

À la suite de la généralisation de la « correctionnalisabilité » des crimes, la loi du 5 février 2016 introduit les modifications suivantes aux articles 31 et 32 du Code pénal⁴⁷ :

- l'interdiction obligatoire à perpétuité de certains droits, à partir d'une peine de 10 ans de réclusion, sera étendue aux condamnations (correctionnelles) à une peine égale ou supérieure à 20 ans d'emprisonnement (art. 31 C. pén.);
- l'interdiction facultative de ces droits, à partir d'une peine égale ou supérieure à 5 ans mais inférieure à 10 ans de réclusion, sera étendue aux condamnations (correctionnelles) d'une durée égale ou supérieure à 10 ans mais inférieure à 20 ans d'emprisonnement (art. 32 C. pén.).

Les articles 33 et 33bis du Code pénal sont adaptés à ces modifications.

§ 7. L'adaptation du champ d'application de la suspension du prononcé, de la peine de travail et de la peine de probation (art. 12, 36 et 51)

Jusqu'à présent, la suspension du prononcé pouvait être ordonnée dans l'hypothèse où la juridiction d'instruction, le tribunal de police, le tribunal correctionnel ou la cour d'appel (à l'exclusion de la cour d'assises) considérait que le fait reproché à l'inculpé ou au prévenu ne paraissait pas de nature à entraîner comme peine principale un emprisonnement correctionnel supérieur à 5 ans ou une peine plus grave (art. 3, al. 1^{er}, de la loi du 29 juin 1964).

Ainsi, par le biais de l'application des circonstances atténuantes, la suspension du prononcé peut être envisagée pour *toutes* les infractions, à l'exception des infractions jugées par la cour d'assises, cette dernière n'étant pas habilitée à prononcer une telle mesure⁴⁸.

Dès lors qu'il autorise la correctionnalisation sans exception de tous les crimes, le législateur a entendu modifier le champ d'application de la suspension du prononcé : celle-ci ne peut toujours pas être prononcée par la cour d'assises

⁴⁷ Voy. Exposé des motifs, n° 54-1418/001, pp. 7-8.

⁴⁸ On peut citer l'exemple de la chambre du conseil de Namur qui a prononcé une suspension du prononcé de la condamnation à l'égard des parents reconnus coupables d'infanticide, qui avaient refusé toute assistance médicale à leur enfant après avoir appris que, né prématurément après 29 semaines, il risquait de souffrir d'un lourd handicap (Corr. Namur, ch. cons., 7 juin 2013, réf. NA.30.L1.3596-05, inédit). À l'avenir, une telle décision ne pourrait plus être prise.

mais elle est aussi exclue pour les crimes correctionnalisés punissables d'une peine d'emprisonnement correctionnel supérieure à 20 ans, c'est-à-dire pour les crimes punissables de 20 à 30 ans ou plus (peu importe qu'ils soient correctionnalisés ou non).

De facto, le champ d'application de la suspension du prononcé se trouve réduit : elle ne peut plus être prononcée par la juridiction d'instruction pour les crimes punissables de plus de 20 ans et elle est exclue dorénavant pour les crimes de cette catégorie qui, avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 février 2016, étaient correctionnalisables et correctionnalisés. Dans cette mesure, cette disposition ne peut se voir attribuer un effet rétroactif.

Dans le même sens, la loi exclut de façon générale du champ d'application de la peine de travail et de la peine de probation tous les crimes punissables, aux termes de la loi, de la réclusion de 20 à 30 ans ou d'une peine plus grave⁴⁹.

§ 8. Les effets sur la peine en cas de cause d'excuse de provocation (art. 25)

La loi du 5 février 2016 adapte aussi les réductions de peine prévues par l'article 414 du Code pénal en cas d'admission de la cause d'excuse de provocation résultant de violences graves envers les personnes.

Il est ainsi prévu que la peine sera réduite à un emprisonnement d'un an à 5 ans et à une amende de 100 euros à 500 euros lorsqu'il s'agit d'un crime punissable de la réclusion à perpétuité, de la réclusion de 30 à 40 ans ou de celle de 20 à 30 ans.

La disposition modifiée précise dorénavant qu'il importe peu que le crime ait été correctionnalisé ou non. Cela signifie que si le crime a été correctionnalisé antérieurement par l'admission des circonstances atténuantes, la réduction de la peine, en cas de cause d'excuse, ne sera désormais plus affectée par la correctionnalisation mais sera déterminée à partir de la peine théorique de départ. Toutefois, la loi n'indique pas si la peine pour l'infraction excusée peut encore être diminuée par l'admission de circonstances atténuantes conformément à l'article 80 du Code pénal⁵⁰.

⁴⁹ Pour la peine de surveillance électronique, ces infractions étaient déjà exclues puisqu'elles ne peuvent donner lieu, même après admission de circonstances atténuantes, à une peine d'emprisonnement d'un an ou moins.

⁵⁰ Les travaux parlementaires semblent plaider pour la solution contraire (Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 26), mais à défaut d'avoir apporté cette précision à l'article 80 du Code pénal, rien n'empêche, à notre sens, le juge de retenir, après l'admission de la cause d'excuse, des circonstances atténuantes permettant les réductions de peines prévues à l'article 85 du Code pénal.

§ 9. La prescription de la peine (art. 19)

Si le législateur entendait permettre la correctionnalisation de tous les crimes, même les plus graves, il a voulu également en diminuer l'impact en ce qui concerne la prescription de la peine.

D'abord, les peines correctionnelles prononcées du chef de crime de génocide, de crime contre l'humanité ou de crime de guerre sont dorénavant imprescriptibles. Ensuite, le délai de prescription des peines d'emprisonnement excédant une durée de 20 ans est aligné sur celui des peines criminelles : dans les deux cas, le délai de prescription est de 20 ans.

§ 10. L'exécution des peines (art. 151)

L'introduction de la nouvelle peine de réclusion de 30 à 40 ans et des nouveaux paliers des peines d'emprisonnement en cas de correctionnalisation des crimes punissables de plus de 20 ans de réclusion rendait nécessaire l'adaptation des conditions de temps pour l'admissibilité à la libération conditionnelle.

Ainsi, les conditions de temps pour les crimes les plus graves, fixées à l'article 25 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées, sont adaptées pour y intégrer les peines correctionnelles de 30 à 40 ans et les peines de réclusion à temps de 30 ans ou plus. En réalité, les seuils d'admissibilité sont dorénavant fixés de façon uniforme pour l'exécution des peines de réclusion à perpétuité, des peines de réclusion de 30 ans ou plus et des peines d'emprisonnement de 30 ans ou plus.

Section 3

Les effets de la généralisation de la correctionnalisation sur les règles de procédure pénale

§ 1. L'absence de modification de la procédure applicable au tribunal correctionnel appelé à juger les crimes antérieurement non correctionnalisables

Sur le plan de la procédure applicable au jugement des crimes les plus graves, le chemin suivi par le législateur nous laisse plus que perplexe.

D'un côté, en raison du contentieux trop lourd auquel devaient faire face les cours d'assises, la loi du 5 février 2016 ouvre désormais la possibilité de faire juger tous les crimes, aussi graves soient-ils, par le tribunal correctionnel. Par ailleurs, le législateur modifie la procédure devant la cour d'assises tout en

s'abstenant de prévoir une procédure spécifique devant les tribunaux correctionnels appelés à connaître également des crimes les plus graves.

Ainsi, les articles 326 à 337 du Code d'instruction criminelle sont partiellement modifiés afin de prévoir dorénavant un délibéré conjoint de la cour (juges professionnels) et des jurés sur la culpabilité et la motivation du verdict (art. 101 à 113 de la loi du 5 février 2016). Toutefois, les magistrats professionnels ne votent pas sur les questions relatives à la culpabilité, sauf en cas de déclaration de culpabilité sur le fait principal à la simple majorité (7/5).

En revanche, aucune modification procédurale n'est prévue devant le tribunal correctionnel pour le jugement des crimes antérieurement non correctionnalisables qui seront correctionnalisés. La procédure de droit commun reste d'application.

Reconnaissons qu'il est paradoxal de réduire à peau de chagrin le contentieux soumis à la cour d'assises et, dans le même temps, de réformer le fonctionnement de celle-ci. De deux choses l'une : soit la cour d'assises a encore un avenir et il fallait la réformer sans vider davantage le contenu de ses compétences ; soit elle n'a pas d'avenir et plutôt que de l'envoyer dans le service des soins palliatifs, il valait mieux procéder à son euthanasie.

Ensuite, en permettant la correctionnalisation sans exception de tous les crimes sur la base du critère éminemment subjectif de l'admission des circonstances atténuantes (*cf. supra*), le législateur aurait dû veiller à réduire les écarts procéduraux existant entre la procédure menée devant la cour d'assises et celle conduite devant les tribunaux correctionnels afin d'assurer devant les deux juridictions des garanties équivalentes en termes de contradiction et de respect des droits de la défense.

Nous regrettons que le législateur se soit cantonné à une demi-mesure et n'ait pas saisi ici l'occasion d'instituer au sein des tribunaux correctionnels une chambre criminelle chargée spécialement de juger les crimes correctionnalisés les plus graves avec une procédure qui serait davantage orale et contradictoire : pour le jugement de tels crimes, il faudrait exiger notamment, lorsque les faits sont contestés, l'audition sous serment à l'audience des témoins et acteurs principaux. Nous pensons ici à l'audition du juge d'instruction et de l'enquêteur principal, des témoins déterminants et des experts dont le rapport peut être décisif pour trancher la question de la culpabilité. La procédure actuelle applicable devant les tribunaux correctionnels ne s'oppose pas à l'instauration d'une telle procédure plus orale et contradictoire mais encore faut-il que les acteurs concernés acceptent d'y recourir et d'y consacrer les moyens nécessaires.

Si l'option retenue est de conserver la participation citoyenne au jugement des crimes les plus graves, nous suggérons alors de créer, comme l'avait proposé en son temps la Commission de réforme de la cour d'assises, des chambres crimi-

nelles composées, sous la forme de l'échevinage, de magistrats professionnels et de citoyens nommés pour une période déterminée.

§ 2. Les effets sur les délais de prescription de l'action publique (art. 59)

Comme la volonté du législateur était avant tout de soulager les cours d'assises d'une grande partie de leur contentieux, il fallait éviter que l'élargissement de la correctionnalisation ne conduise à la prescription de crimes fort graves.

Antérieurement, les délais de prescription variaient selon que les crimes étaient ou non correctionnalisables mais également selon qu'ils étaient ou non correctionnalisés. Il faut rappeler ici que la loi du 19 octobre 2015 (dite « pot-pourri I ») avait porté à 20 ans le délai de prescription pour les crimes punissables de la réclusion à perpétuité et les crimes non correctionnalisables commis sur un mineur d'âge. La suppression de la catégorie des crimes non correctionnalisables nécessitait donc une nouvelle intervention du législateur pour revoir les délais de prescription.

Ainsi, les modifications apportées à l'article 21 du titre préliminaire du Code de procédure pénale veillent à neutraliser l'impact qu'aurait pu avoir la correctionnalisation des crimes les plus graves sur les délais de prescription.

Les délais applicables aux crimes sont dorénavant les suivants :

- les crimes de droit humanitaire sont *imprescriptibles* ;
- les crimes punissables de la réclusion à perpétuité se prescrivent par 20 ans, même après correctionnalisation ;
- les crimes graves énumérés à l'article 21, alinéa 1^{er}, 1^o, 2^e tiret, commis sur un mineur se prescrivent par 20 ans, même après correctionnalisation (il s'agit des crimes punissables de la réclusion de 20 à 30 ans qui, auparavant, étaient non correctionnalisables⁵¹) ;

⁵¹ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, pp. 47 et 48. Il s'agit des crimes visés aux articles suivants :

- article 102, alinéa 2, du Code pénal (attentat contre la personne de l'héritier présomptif de la couronne) ;
- article 122, troisième point, du Code pénal (cas d'incendie ou de destruction pour favoriser l'ennemi) ;
- article 138, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 9^e, du Code pénal (terrorisme) ;
- article 376, alinéa 1^{er}, du Code pénal (viol ou attentat à la pudeur qui a causé la mort de la victime) ;
- article 393 (meurtre) ;
- article 417ter, alinéa 3, du Code pénal (torture envers un mineur ou une personne incapable par ses parents, etc. ou qui a causé la mort sans intention de la donner) ;
- articles 34, 35, 68, alinéa 3, et 69, alinéas 2 et 3, de la loi du 5 juin 1928 portant révision du Code disciplinaire et pénal pour la marine marchande et la pêche maritime ;
- article 30, § 2, de la loi du 27 juin 1937 portant révision de la loi du 16 novembre 1919 relative à la réglementation de la navigation aérienne (si l'infraction a causé une lésion corporelle, soit une maladie paraissant incurable, soit une incapacité permanente de travail personnel, soit la perte de l'usage absolu d'un organe ou encore la destruction de l'aéronef ou si elle a été accompagnée ou suivie de la détention illégale d'une ou de plusieurs personnes se trouvant à bord de l'aéronef) ;

- les mêmes crimes graves (énumérés à l'article 21, alinéa 1^{er}, 1^o, 2^e tiret) mais commis sur un majeur se prescrivent par *15 ans*, même après correctionnalisation;
- les infractions sexuelles (listées par l'article 21, alinéa 1^{er}, 2^o, 2^e tiret) commises sur un mineur, se prescrivent par *15 ans* (indépendamment de toute correctionnalisation)⁵²;
- les «autres crimes», c'est-à-dire tous les crimes non compris dans les cinq premières catégories ci-dessus, s'ils ne sont *pas correctionnalisés* se prescrivent par *10 ans*;
- ces mêmes «autres crimes» se prescrivent par *10 ans*, même s'ils sont *correctionnalisés*, lorsqu'en vertu de la loi, ils étaient punissables à l'origine d'une peine de réclusion de plus de 20 ans⁵³;
- se prescrivent par *5 ans* les autres crimes correctionnalisés qui ne relèvent pas d'une des autres catégories ci-dessus.

La loi nouvelle précise de façon explicite qu'en ce qui concerne les infractions visées aux deuxième, troisième et quatrième tirets ci-dessus, ainsi que pour les autres crimes punissables de plus de 20 ans de réclusion, la correctionnalisation en raison de l'admission de circonstances atténuantes est désormais sans incidence sur le délai de prescription de l'action publique (art. 21, al. 2, du titre préliminaire du Code de procédure pénale). Cette règle couvre toutes les formes de correctionnalisation, qu'elle ait été opérée par la juridiction d'instruction ou qu'elle soit le résultat de la peine correctionnelle appliquée par la cour d'assises à la suite de l'admission de circonstances atténuantes⁵⁴.

Alors que le législateur annonce une reformulation plus claire de l'article 21 du titre préliminaire du Code de procédure pénale⁵⁵, il faut reconnaître que la détermination du délai applicable à un crime est loin d'être évidente.

En ce qui concerne l'application dans le temps, la modification s'applique à toutes les actions publiques nées avant la date de son entrée en vigueur mais non encore prescrites à ce moment en vertu de la loi ancienne. Aussi long-

— article 4, § 3, alinéa 3, de la loi du 30 décembre 2009 relative à la lutte contre la piraterie maritime (si la violence, la menace, la détention ou la déprédation, exercées sans intention de donner la mort, l'ont pourtant causée).

⁵² Pour ces infractions, il est dorénavant prévu qu'en cas d'infraction collective, le point de départ de la prescription est le jour où la plus jeune des victimes atteint l'âge de dix-huit ans, sauf si le délai de prescription entre deux de ces infractions consécutives dépasse le délai de prescription (art. 60 modifiant l'article 21 bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale).

⁵³ Il s'agit en réalité des crimes punissables de la réclusion de 20 à 30 ans (ou, hypothétiquement, de 30 à 40 ans).

⁵⁴ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 49.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 47.

temps qu'elle n'est pas acquise, la prescription est soumise à toutes les lois successives qui en modifient le délai⁵⁶.

§ 3. La succession de trois régimes différents applicables au maintien de la détention préventive de la personne inculpée des crimes antérieurement non correctionnalisables (art. 127 à 140)

Pour les crimes non correctionnalisables au sens de l'article 2 de la loi de 1867 sur les circonstances atténuantes, la loi du 31 mai 2005 avait remplacé le contrôle mensuel de la détention préventive par un contrôle trimestriel avec possibilité d'introduire entre-temps une requête de mise en liberté (art. 22, al. 2 et art. 22bis). Ce contrôle trimestriel ne prenait toutefois cours qu'à compter de la deuxième ordonnance de la chambre du conseil (l'ordonnance de maintien en détention rendue par la chambre du conseil statuant dans les cinq jours de la délivrance du mandat d'arrêt restait, quant à elle, valable pour un mois seulement, en application de l'article 21, § 6)⁵⁷.

La suppression de la catégorie des crimes non correctionnalisables rendait obsolète cette réglementation dérogatoire, qui était par ailleurs, dans la pratique, source d'erreurs de calcul dans les délais.

À dater du 1^{er} juillet 2016 (art. 141 de la loi)⁵⁸, et pour toutes les infractions susceptibles d'entraîner un mandat d'arrêt, la première ordonnance rendue (dans les cinq jours de la délivrance du mandat d'arrêt) par la chambre du conseil et maintenant la détention préventive, ainsi que la seconde ordonnance de même nature, seront chacune valables pour un mois à dater du jour où elles sont rendues. À partir de la troisième ordonnance, la chambre du conseil est appelée à statuer, non plus de mois en mois (ou de trois mois en trois mois), mais tous les deux mois sur le maintien de la détention préventive. Ainsi, la troisième ordonnance et les ordonnances suivantes forment un titre de privation de liberté pour deux mois (art. 22 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive). De même, l'arrêt de la chambre des mises en accusation rendu sur l'appel contre une ordonnance valable pour deux mois constitue également un titre de privation de liberté valable deux mois.

⁵⁶ Cass., 16 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1340, *J.T.*, 1998, p. 656; Cass., 5 février 2003, R.G. n° P.02.1428.F, *Pas.*, 2003, n° 85, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1307, note P. MONVILLE; Cass., 18 février 2004, R.G. n° P.03.1689.F, *Pas.*, 2004, n° 88.

⁵⁷ Cass., 16 mai 2007, R.G. n° P.07.0639.F, *Pas.*, 2007, n° 256.

⁵⁸ Cette disposition prévoit que les articles 128 à 130, 136 et 140 entrent en vigueur le 1^{er} juillet 2016. Les autres modifications apportées à la loi sur la détention préventive entreront en vigueur le dixième jour qui suit la publication de la loi.

Pour les crimes non correctionnalisables, l'article 140 de la loi prévoit, à titre transitoire que les décisions de maintien de la détention préventive prises avant le 1^{er} juillet 2016 garderont leur durée de validité de trois mois. Mais le législateur a perdu de vue que le régime de détention préventive applicable à ces crimes devenait sans objet à compter du 29 février 2016, date à laquelle l'article 121 de la loi du 5 février 2016, qui supprime la catégorie des crimes non correctionnalisables, entre en vigueur.

Dès lors, en ce qui concerne l'application dans le temps des modifications, il faut attirer l'attention des praticiens sur la succession de trois régimes durant l'année 2016 :

- le contrôle trimestriel applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la disposition modifiant l'article 2 sur les circonstances atténuantes ; à savoir le 29 février 2016 (les ordonnances ou arrêts valant titre de privation de liberté pour trois mois rendus avant cette date conservent à notre sens leur validité de trois mois bien que le régime transitoire de l'article 140 n'entre en vigueur que le 1^{er} juillet 2016) ;
- les ordonnances et arrêts rendus après le 28 février 2016, même ceux rendus à la suite d'une requête de mise en liberté en application de l'article 22bis, ne vaudront plus que pour un mois⁵⁹ et on reviendra au système de comparution mensuelle ;
- après le 1^{er} juillet 2016, on passera au système de comparution tous les deux mois à compter de la troisième ordonnance.

§ 4. La saisine du juge d'instruction

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 février 2016, l'instruction et le règlement de procédure par la chambre des mises en accusation constituaient des passages obligés pour juger les crimes non correctionnalisables puisqu'ils relevaient de la compétence exclusive de la cour d'assises.

Dorénavant, une instruction n'est plus obligatoire pour que de tels faits soient jugés⁶⁰ : en effet, l'article 2, alinéa 3, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes prévoit, dorénavant, la possibilité pour le ministère public de citer directement ou de convoquer par procès-verbal un prévenu devant le tribunal correctionnel pour tout crime, sans exception.

⁵⁹ On peut toutefois penser que l'arrêt rendu après le 28 février 2016 sur appel d'une ordonnance rendue avant le 28 février 2016 en application de l'article 22, alinéa 2, ou 22bis forme un titre de détention valable trois mois (art. 30, § 4).

⁶⁰ Pour les infractions politiques et les délits de presse qui relèvent de la compétence de la cour d'assises, l'instruction constitue toujours un passage obligé.

Mais il faut relativiser l'impact pratique de cette modification : si le suspect de faits aussi graves est identifié, il est fort probable que la délivrance d'un mandat d'arrêt soit envisagée, ce qui présuppose l'ouverture d'une instruction⁶¹.

§ 5. Incidence sur la procédure de règlement de juges

La suppression de la catégorie des crimes non correctionnalisables aura également une incidence sur le recours à la procédure de règlement de juges.

En effet, il y avait matière à règlement de juges lorsque la juridiction de fond requalifiait un crime correctionnalisable et correctionnalisé par la juridiction d'instruction en crime non correctionnalisable⁶². Ainsi, il a été jugé que dans l'hypothèse où la chambre du conseil a, après admission des circonstances atténuantes, renvoyé un inculpé au tribunal correctionnel du chef d'un crime non susceptible de correctionnalisation par la juridiction d'instruction et que la juridiction de jugement s'est déclarée incompétente, la Cour de cassation, réglant de juges, annule l'ordonnance de la chambre du conseil et, si l'inculpé est toujours détenu, renvoie la cause à la même chambre du conseil autrement composée⁶³.

Comme la loi du 5 février 2016 supprime la catégorie des crimes non correctionnalisables, ce cas de figure ne devrait plus se présenter, à tout le moins pour les affaires qui, au 29 février 2016, n'avaient pas encore été prises en délibéré quant au règlement de la procédure par la chambre des mises en accusation : dans ces hypothèses, le tribunal correctionnel ou la cour d'appel ne peut plus décliner sa compétence lorsque la saisine a lieu à la suite d'une décision de renvoi correctionnel rendue par la juridiction d'instruction (cette dernière décision lie la juridiction de jugement en ce qui concerne l'admission des circonstances atténuantes ou de la cause d'excuse – *cf. supra*).

Pour les autres affaires, à savoir celles qui ont été prises en délibéré par la chambre des mises en accusation avant le 1^{er} mars 2016⁶⁴, le recours à la procédure de règlement de juges s'imposera toujours lorsque la juridiction de jugement requalifiera le crime correctionnalisable en crime non correctionnalisable au regard de l'ancienne loi.

⁶¹ Cette mesure ne peut être sollicitée par la voie de la mini-instruction.

⁶² Pour une application récente, voy. Cass., 24 février 2016, R.G. n° P.16.113.F. Il s'agissait de faits qualifiés par la juridiction d'instruction d'entrave méchante à la circulation avec la circonstance que le fait a causé la mort sans intention de la donner et requalifié par la juridiction de jugement de meurtre.

⁶³ Cass., 20 mai 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 835.

⁶⁴ Une incertitude existe quant aux affaires qui, avant le 1^{er} mars 2016, auront fait l'objet d'un règlement de procédure définitif par la chambre du conseil, sans qu'un appel ait été interjeté contre l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel.

Conclusion

Depuis des décennies, la problématique résultant de l'engorgement des cours d'assises et des difficultés rencontrées par les jurés pour bien juger certaines affaires criminelles graves et complexes, phagocyte dangereusement la matière pénale : la correctionnalisation ne se borne pas à dénaturer les crimes mais, plus généralement, elle dénature les règles de droit pénal et de procédure en les rendant illisibles et inutilement complexes. L'ensemble donne l'impression d'un *patchwork* bricolé et peu cohérent.

La loi du 5 février 2016 constitue une nouvelle illustration de cette évolution négative. Dans un souci de limiter encore davantage le contentieux soumis à la cour d'assises tout en réaffirmant, en apparence, son attachement à l'institution du jury, le législateur délaisse en réalité aux juridictions d'instruction le soin de mettre pratiquement la cour d'assises hors-jeu. Si l'on considère que cette dernière ne répond plus aux exigences requises pour juger les crimes les plus graves, il fallait alors avoir le courage de la supprimer, cette suppression n'excluant pas pour autant la participation citoyenne au jugement des crimes les plus graves dans le cadre d'une chambre criminelle composée sur le modèle de l'échevinage⁶⁵.

Mais la généralisation de la possibilité de correctionnaliser les crimes introduite par la réforme de 2016 génère aussi des effets secondaires et collatéraux dont il faut s'inquiéter. L'exposé ci-dessus démontre que la résolution d'une question de procédure pénale (l'ampleur du contentieux soumis à la cour d'assises) entraîne des répercussions non négligeables sur des règles de droit pénal qui, pourtant, sont étrangères à cette question : ne tombe-t-on pas ici dans l'art de créer des problèmes en droit pénal en cherchant à résoudre une question de procédure ?

Cette évolution a conduit notamment le législateur à introduire des peines correctionnelles de plus en plus élevées. Il est symptomatique de constater qu'en moins de sept ans, le maximum de la peine que pouvait infliger le tribunal correctionnel pour les crimes correctionnalisés punissables de la peine de réclusion à perpétuité ou de la réclusion de 20 à 30 ans est passé de 10 ans (situation avant l'entrée en vigueur de la loi du 21 décembre 2009) à respectivement 40 ans et 28 ans (régime applicable après l'entrée en vigueur de la loi du 5 février 2016).

⁶⁵ C'est la solution retenue en premier lieu par la Commission de réforme de la cour d'assises dont le rapport a été transmis à madame la ministre de la Justice le 23 décembre 2005.

Suivant l'exposé des motifs, l'intention du législateur était de faire mieux avec moins (« *better with less* »)⁶⁶. À la vue du résultat, n'a-t-on pas « fait » surtout beaucoup plus compliqué alors qu'on aurait dû faire plus simple ?

Lors des travaux parlementaires, la loi du 5 février 2016 a été présentée comme une étape intermédiaire dans l'attente de l'élaboration de nouveaux Codes remplaçant le Code pénal de 1867 et le Code d'instruction criminelle de 1808 : il revient maintenant au gouvernement et au législateur la responsabilité de démontrer leur volonté réelle de doter notre pays de nouveaux Codes modernes, cohérents et lisibles.

⁶⁶ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 4.