

Chronique de criminologie

Permissions de sortie et congés pénitentiaires : des sorties en toute discrétion ?

Introduction¹

La prise de décision dans le cadre d'une libération anticipée de prison (plus particulièrement en ce qui concerne la libération conditionnelle²) est l'une des plus anciennes thématiques traitées par la criminologie. Depuis le début du XX^e siècle³, elle n'a cessé internationalement de susciter l'attention des chercheurs jusqu'à aujourd'hui⁴. *A contrario*, le processus décisionnel relatif aux sorties de prison de courte durée n'a jamais figuré en bonne place dans les agendas de recherche, ne recevant quant à lui que peu d'attention⁵.

Les différentes possibilités pour les détenus de sortir de prison durant l'exécution de leur(s) peine(s) privative(s) de liberté, afin de préparer leur réinsertion et de préserver leurs relations familiales et sociales, sont appelées « les modalités d'exécution de la peine ». Ces modalités sont, entre autres, la permission de sortie, le congé pénitentiaire, le placement en maison de transition, l'interruption de l'exécution de la peine, la détention limitée, la surveillance électronique, la libération conditionnelle et la libération en vue de l'éloignement ou de la remise. Ces modalités sont accordées soit par le pouvoir exécutif, soit par le pouvoir judiciaire, après analyse de l'existence ou non de contre-indications à l'octroi de celles-ci. Cette matière est réglée par la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique

1 La présente contribution est une version adaptée et augmentée d'un article paru initialement en anglais dans le cadre d'un numéro thématique consacré aux sorties de prison de courte durée en Europe, voy. L. ROBERT, B. MINE, E. MAES et A. JONCKHEERE, « Structuring Discretion Among Belgium's Prison Leave Decision-makers », *European Journal on Criminal Policy and Research*, 26(2), 2020, pp. 265-283.

2 La libération anticipée peut se décliner sous plusieurs formes telles que la libération provisoire, la libération conditionnelle, etc. Depuis la crise sanitaire due au COVID-19, la libération anticipée est devenue la dénomination d'une modalité spécifique : la libération anticipée COVID-19.

3 E.W. BURGESS, « Factors determining success or failure on parole », in A.A. BRUCE, A.J. HARNO, E.W. BURGESS et J. LANDESCO (dir.), *The working of the indeterminate sentence law and the parole system in Illinois*, Springfield, State Board of Parole, 1928, pp. 221-234.

4 Voy. e.a. F. DÜNKEL, D. VAN ZYL SMIT et N. PADFIELD, « Concluding thoughts », in N. PADFIELD, D. VAN ZYL SMIT et F. DÜNKEL (dir.), *Release from prison. European policy and practice*, Cullompton, Willan Publishing, 2010, pp. 395-444 ; M. HERZOG-EVANS (dir.), *Offender release and supervision: the role of courts and the use of discretion*, Tilburg, Wolf Legal Publishers, 2015.

5 L.K. CHELIOTIS, « The prison furlough programme in Greece », *Punishment & Society*, 7(2), 2005, pp. 201-215.

externe des condamnés⁶ (ci-après « loi SJE »), qui reste à ce jour partiellement entrée en vigueur⁷.

En Belgique comme ailleurs, le processus décisionnel relatif aux permissions de sortie et congés pénitentiaires, principalement du ressort de l'administration pénitentiaire, demeure encore peu étudié⁸. Il se présente comme une boîte noire dans laquelle les demandes entrent et les décisions sortent. La façon selon laquelle les premières sont traitées et les secondes sont construites échappe à la compréhension de celles et ceux qui en font l'objet et/ou les représentent. Selon la loi SJE, c'est au détenu qu'il appartient d'introduire une demande d'autorisation de sortie⁹. Le directeur de la prison détient un rôle majeur dans le traitement de cette demande : il doit entendre le détenu et remettre un avis écrit et motivé, lequel est transmis à la Direction Gestion de la Détention (ci-après « DGD ») de la Direction générale des établissements pénitentiaires (ci-après « DGEPi »), qui décide si le détenu bénéficiera (ou non) de la sortie sollicitée. Formellement, ce sont donc les directions de prison et le personnel de la DGD qui ont tout pouvoir quant à l'octroi des sorties de prison de courte durée durant l'exécution de la peine privative de liberté, mais également le détenu lui-même, lequel peut décider de ne pas solliciter de sorties. Dans cette configuration, le pouvoir judiciaire est étranger au processus décisionnel – alors que son intervention est en revanche centrale dans les processus de libération anticipée –, sous réserve de deux exceptions. D'une part, dans certaines circonstances, cette compétence lui est expressément attribuée¹⁰. D'autre part, il est appelé à jouer un rôle majeur de « déblocage » en ce que l'article 59 de la loi SJE lui permet d'octroyer ces sorties lorsqu'un dossier fait systématiquement l'objet de refus au sein de la DGD.

Peu de temps après l'introduction de la loi SJE, la direction de la DGEPi (appelée le « management team », selon la terminologie en usage au sein de cette administration) a été confrontée à diverses plaintes portant sur la façon selon laquelle cha-

6 Loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, *M.B.*, 15 juin 2006.

7 La partie de la loi non entrée en vigueur concerne les personnes condamnées à une ou plusieurs peine(s) privative(s) de liberté dont la partie à exécuter est inférieure ou égale à trois ans : la date d'entrée en vigueur des articles de la loi du 17 mai 2006 qui prévoient la compétence du juge de l'application des peines pour octroyer des modalités d'exécution de la peine à ces condamnés est actuellement fixée au 1^{er} décembre 2021 (loi du 16 mars 2021 reportant l'entrée en vigueur des dispositions relatives au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté pour les peines privatives de liberté de trois ans ou moins, *M.B.*, 26 mars 2021).

8 D. FINK et B. MINE, « Sorties et congés comme facteurs protecteurs contre la récidive », *Revue suisse de criminologie*, 14(1), 2015, pp. 3-5 ; L. ROBERT et E. LARRAURI, *Special Issue* « First Steps Towards Freedom: Prison Leave Across Europe », *European Journal on Criminal Policy and Research*, 26(2), 2020.

9 Le terme détenu est employé ici au sens strict, c'est-à-dire en référence aux personnes exécutant leur peine en prison. Pour davantage d'explications, voy. les développements de la section 1.

10 Le TAP (et prochainement le JAP) peut octroyer une permission de sortie ou un congé pénitentiaire lorsqu'il décide de suspendre une modalité (art. 66, § 2/1, loi SJE), le TAP est compétent pour octroyer les permissions de sortie et les congés pénitentiaires aux condamnés privés de leur liberté en raison d'une mise à la disposition du TAP (art. 95/11 et 95/12 loi SJE).

cune des deux parties, directions locales de prison et personnel de la DGD, traitait les demandes des détenus portant sur les permissions de sortie et les congés pénitentiaires. Le « management team », ainsi que les directions de prison, estimaient que ces sorties pénitentiaires étaient accordées avec trop de parcimonie, ce qui avait des conséquences sur la manière selon laquelle les détenus condamnés pouvaient se préparer à leur réinsertion. En outre, en empêchant les détenus de préparer un plan de réinsertion, l'absence de sorties pénitentiaires aura un impact sur la (sur)population carcérale. Mais de leur côté, les responsables de la DGD considéraient quant à eux que les directions de prison étaient trop indulgentes lorsqu'elles rendaient des avis positifs, et ce, sans doute par peur de susciter des frictions avec les détenus qu'elles côtoient au quotidien. C'est dans ce contexte que l'Institut National de Criminalistique et de Criminologie (INCC) a été chargé, par le directeur général de la DGEPI de l'époque, de réaliser une étude nationale pour décrire et cartographier les pratiques décisionnelles des directions de prison et du personnel de la DGD.

Cette étude a été l'occasion d'ouvrir la boîte noire du processus décisionnel relatif à ces sorties de prison de courte durée¹¹. Elle a ainsi permis d'observer combien les deux acteurs-clés privilégiaient un traitement discrétionnaire des demandes de détenus, caractérisé par un manque de transparence et de prévisibilité dans leur approche, ce qui contribuait à alimenter malentendus et frustrations réciproques¹². Cette étude ainsi que l'audit interne qui a suivi¹³, ont eu pour effet d'encourager, voire de susciter certaines initiatives au sein de l'administration pénitentiaire qui ont conduit à davantage de structuration et de balisage de ce pouvoir discrétionnaire dont bénéficient ces acteurs.

Ce sont ces changements qui sont au cœur de notre propos. La présente contribution vise en effet à revenir sur l'étude réalisée, afin d'en analyser les conséquences sur les pratiques professionnelles des acteurs étudiés et surtout, sur les détenus qui en dépendent avant les bouleversements liés à la pandémie du COVID-19. Il s'agit de la sorte d'interroger l'impact d'une recherche scientifique sur les pratiques d'acteurs de la justice et sur les politiques qui les guident. Nous expliquerons ainsi dans quelle mesure les services de l'administration pénitentiaire ont mobilisé les résultats de la recherche qu'ils ont (ou non) souhaitée et à laquelle ils ont (directement ou indirectement) participé.

11 À l'exclusion donc des autorisations de sortie de courte durée accordées aux internés et aux détenus exécutant leur peine sous la forme d'une surveillance électronique ou d'une détention limitée.

12 B. MINE et L. ROBERT, *Analyse van werkprocessen van de directie detentiebeheer en lokale gevangenis-directies in het kader van de advies- en besluitvorming inzake bijzondere strafuitvoeringsmodaliteiten / Analyse des processus de travail de la direction gestion de la détention et des directions pénitentiaires locales dans le cadre de la formulation d'avis et de la prise de décisions en matière de modalités d'exécution des peines*, Rapport de recherche, Bruxelles, INCC, 2013.

13 Y. EL ALLOUCH et G. VAN AERSCHOT, *Trajet de formation LEAN. Processus : « Traiter les demandes de modalités d'exécution de la peine de la compétence du Ministre »*, Rapport interne à la Direction générale des établissements pénitentiaires (non publié), Bruxelles, 2014.

Nous présenterons d'abord le cadre normatif entourant les différents types de sortie de prison tels qu'introduits en 2006 par voie législative. Ensuite, nous reviendrons sur les principaux résultats de l'étude menée au niveau national, laquelle a permis de documenter des pratiques décisionnelles jusque-là méconnues. Cette étude a contribué à un cadrage du processus de décision ; celui-ci sera examiné, tant pour ce qui concerne le rôle des directions de prison que celui de la DGD. Leur pouvoir reste discrétionnaire mais il est à présent davantage structuré. Nous verrons combien un tel encadrement du processus décisionnel a conduit à une augmentation de la proportion de congés pénitentiaires accordés par les instances observées, avec une plus grande concordance dans la prise de décision entre la position des directions de prison et celle du personnel de la DGD. Sans être encore en mesure de pouvoir le documenter empiriquement¹⁴, nous terminerons par un bref aperçu des décisions récemment prises en matière d'octroi de congés pénitentiaires et de permissions de sortie dans le contexte de la pandémie de la COVID-19 afin d'être complet et actuel. Enfin, en guise de conclusion, nous interrogerons la pratique belge au regard de débats plus larges à propos des processus décisionnels au sein de la justice pénale.

1. Le cadre normatif des sorties de prison de courte durée depuis 2006

1.1. Retour historique sur la mise en place des sorties de prison de courte durée

Les premières traces de sorties de prison de courte durée en Belgique remontent à 1955. L'administration pénitentiaire édicta alors des règles permettant à certains détenus de quitter brièvement les établissements pénitentiaires pour des raisons énumérées de façon non limitative. La liste des motifs alors recensés comprenait par exemple la visite à un proche malade et en phase terminale, à côté d'objectifs plus orientés vers la réinsertion, comme des contacts avec de futurs employeurs¹⁵. Au cours des années 1960 et 1970, plusieurs types de sorties pénitentiaires ont été ajoutés, en ce compris un congé systématique introduit en 1976, comportant une période maximale de 3 jours par trimestre. Bien qu'aucun objectif explicite n'ait été mentionné pour cette sortie de prison étendue, il était entendu qu'elle était accordée pour lutter contre la « privation sexuelle » en l'absence de visites conjugales¹⁶.

14 La DGEPi est occupée à procéder au décompte des permissions de sortie et congés pénitentiaires octroyés au cours des différentes vagues épidémiques. Correspondance écrite du 8 avril 2021 avec un représentant du « management team » de la Direction générale des établissements pénitentiaires.

15 E. MAES, « Voor even naar buiten. Over de (stilaan vergeten?) ontstaansgeschiedenis van uitgaansvergunning en penitentiair verlof », in B. MINE et L. ROBERT (dir.), *Uitgaansvergunningen en penitentiair verlof: de deur op een kier / Permissions de sortie et congé pénitentiaire : la porte entrouverte*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 17-34.

16 G. DE CONINCK et G. CAMPIOLI, « Verlof in gezin voor de gedetineerden », *Bull. Strafmw.*, 1976, pp. 5-29 ; K. KLOECK, « Het systematisch penitentiair verlof: sluitstuk van een veilige strafuitvoe-

À partir de la fin des années 1990, deux commissions (dites « Dupont » et « Holsters ») se sont successivement penchées sur la question de la formalisation du statut juridique externe afin d'intégrer au sein d'un seul et même texte législatif toutes les formes de libération qui, à l'exception de la libération conditionnelle, étaient jusque-là régies par diverses circulaires ministérielles. Leurs travaux conduisirent finalement en 2006, à l'adoption de la loi sur le statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté¹⁷. Cette loi SJE prévoit trois types de sorties de prison de courte durée qui sont tous, dans une certaine mesure, des versions modifiées de ce qui existait déjà : la permission de sortie occasionnelle (PSO), les permissions de sortie périodiques (PS) et les congés pénitentiaires (CP). Enfin, un quatrième type de sorties de « courte » durée¹⁸ a été créé en dehors de toute base légale dans des circonstances spécifiques et se déclinant sous deux formes : d'une part, le « congé pénitentiaire prolongé » (à l'occasion des grèves du personnel pénitentiaire dans les prisons francophones au printemps 2016¹⁹ et en vue de lutter contre la surpopulation en 2017²⁰) et, d'autre part, le « congé prolongé » (en réaction à la crise sanitaire : voy. *infra*).

ring of draaischijf voor een vernieuwde penitentiaire aanpak? », *Panopticon*, 4(6), 1983, pp. 542-561 ; E. MAES, *op. cit.*

17 S. SNACKEN, K. BEYENS et M.-A. BEERNAERT, « Belgium », in N. PADFIELD, D. VAN ZYL SMIT et F. DÜNKEL (dir.), *Release from prison. European policy and practice*, Cullompton, Willan Publishing, 2010, pp. 379-409 ; E. MAES, B. MINE et L. ROBERT, « La réglementation en matière d'octroi de congés pénitentiaires et de permissions de sortie depuis la loi relative au statut juridique externe du 17 mai 2006 », in B. MINE et L. ROBERT (dir.), *Uitgaansvergunningen en penitentiair verlof: de deur op een kier / Permissions de sortie et congé pénitentiaire : la porte entrouverte*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 35-46 ; O. NEDERLANDT, « La légalité en matière pénitentiaire : une illusion ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 141-177.

18 Nous écrivons sorties de « courte » durée, avec courte entre guillemets car ces sorties sont en réalité d'une durée conséquente (14 jours, 7 jours de manière régulière, voire plusieurs mois).

19 Le 27 mai 2016, la DGEPi donne pour instruction aux directions des prisons d'octroyer des congés extraordinaires exceptionnels de longue durée (14 jours) aux condamnés incarcérés dans des prisons en grève, ayant déjà bénéficié d'un cycle de CP s'étant bien déroulé. Sont exclus de cette mesure les condamnés à une peine de réclusion criminelle ou subissant une ou plusieurs peines d'emprisonnement dont le total excède dix ans et/ou pour des faits de mœurs ou de terrorisme. Cette modalité prend fin avec l'arrêt de la grève, il s'agissait donc d'une réponse ponctuelle à une situation particulière.

20 Des instructions du 20 juin 2017, entrées en vigueur le 6 juillet 2017 demandent aux directions de prisons d'octroyer des congés pénitentiaires prolongés aux condamnés répondant aux critères suivants :

- avoir bénéficié d'un cycle réussi de congés de 3x36 heures, accordés par la DGD (pas par le TAP) ;
- accepter les conditions (en ce compris les conditions particulières imposées pour les congés dont ils ont déjà bénéficié, pour autant qu'elles soient d'application) ;
- accepter la condition particulière de ne pas se rendre à l'étranger (sauf autorisation contraire de la direction) ;
- ne pas être un condamné visé par les instructions relatives à l'extrémisme, ne pas subir une peine pour des faits de mœurs visés aux articles 371/1 à 378 du Code pénal, ne pas être condamné à une ou plusieurs peine(s) d'emprisonnement dont le total excède 10 ans d'emprisonnement principal effectif et ne pas subir une peine de réclusion criminelle ;
- disposer d'une adresse connue, de l'accord du milieu d'accueil et de moyens de subsistance (et ce, afin « de ne pas placer les détenus dans une situation de danger »).

En pratique, des congés prolongés de 7 jours étaient octroyés à tour de rôle à deux groupes de détenus occupant les mêmes cellules, en étant alternativement 7 jours dehors en congé, puis 7 jours en détention. Par exemple, sur un groupe de dix condamnés, deux groupes de cinq condamnés sont constitués qui sortent et reviennent alternativement dans les mêmes cellules : du « *cell-sharing* » en

1.2. Les différents types de sortie de prison de courte durée

La PSO peut être octroyée pour seize heures au maximum soit pour des raisons médicales, soit pour des événements importants de la vie (une naissance, un mariage, la visite de proches gravement malades, la participation à des funérailles)²¹. Ce sont davantage les deux autres types de sortie de courte durée qui constitueront l'objet principal de la présente contribution à savoir les PS et CP. La PS est une permission de sortie périodique de courte durée de seize heures au maximum au cours d'une seule et même journée ; celle-ci est destinée à la préparation de la réinsertion du détenu dans la société. Lorsqu'une demande d'octroi de ce type de sortie est introduite, elle doit mentionner le nombre de sorties sollicitées, comme par exemple dix PS, afin de suivre une formation professionnelle ou un suivi psychologique en dehors de la prison. Le CP est quant à lui accordé pour une durée maximale de 36 heures, et ce, trois fois par trimestre tout au plus. Une fois accordé, ce type de sortie est, en principe, automatiquement reconduit tout au long de la durée de la peine restant à purger. Le CP poursuit un double objectif : il sert à maintenir et à promouvoir les contacts sociaux d'un détenu avec ses proches, en lui permettant de passer des journées et des nuits avec eux, tout en étant également orienté vers la préparation de sa réinsertion dans la société²².

Ces deux types de sorties de prison de courte durée (PS et CP) étaient censés faire partie du régime standard de la détention²³. C'est ce que préconisait la commis-

quelque sorte. Le ministre justifiait ces instructions en raison de l'accroissement de la surpopulation carcérale. Suite à la fusillade à Liège du 29 mai 2018, provoquée par un détenu en congé pénitentiaire et ayant entraîné la mort de trois personnes, le ministre a, par une instruction du 7 juin 2018, décidé de suspendre la possibilité d'octroyer toute nouvelle décision de congés pénitentiaires prolongés avec effet immédiat. Les congés pénitentiaires prolongés ont été définitivement supprimés par décision du 1^{er} août 2018.

- 21 Le législateur citait les exemples suivants : « Dans le cadre des intérêts sociaux et familiaux, on peut éventuellement envisager d'accorder une PS pour assister à l'enterrement d'un parent, au mariage d'un enfant, pour être présent lors de la naissance de son enfant ou encore rendre visite à un parent mourant. Dans le cadre des intérêts professionnels ou de formation, on peut par exemple songer à la comparution devant un tribunal dans le cadre d'un litige financier concernant le condamné ou la présentation d'un examen qui ne peut pas être passé au sein de l'établissement pénitentiaire. Une PS peut également être accordée pour assister par exemple à une activité religieuse en dehors de la prison. En outre, une PS peut être octroyée au condamné pour qu'il subisse un examen ou un traitement médical en dehors de la prison » (Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, *Doc. parl.*, Sénat., sess. ord. 2004-2005, n° 3-1128/1, p. 32). La circulaire ministérielle n° 1794 du 7 février 2007 reprend ces mêmes exemples en précisant, pour les raisons médicales : « examens radiologiques, scanners, chimiothérapie » (p. 5).
- 22 Avant la loi SJE, certains détenus condamnés à perpétuité ayant de faibles perspectives de libération anticipée (ou n'ayant pas l'intention de sortir de prison) étaient autorisés à sortir de prison pour des raisons humanitaires, l'autorisation de sortie étant alors considérée comme une stratégie de survie, de pouvoir sentir la vie extérieure. Un condamné à perpétuité, le plus ancien de Belgique, a fait usage de cette possibilité une centaine de fois avant que son droit à des autorisations de sortie ne lui soit retiré, tant qu'il ne faisait pas des efforts pour demander une libération anticipée. Pourtant, ce détenu estime lui-même essentiel, pour lui et pour la société, de rester en prison jusqu'à sa mort. Son cas témoigne de façon exemplaire du changement des priorités sous-jacentes aux sorties de prison. Voy. E. MAES, *op. cit.*, p. 34.
- 23 Voy. e.a. F. PIETERS, « Vijf jaar strafuitvoeringsrechtbanken – faute de grives, on mange des merles », *Fatik. Tijdschrift voor Strafrecht en Gevangeniswezen*, 135, 2012, pp. 5-11 ; S. SNACKEN, « De voorstellen van de commissie Externe rechtspositie van gedetineerden », in I. AERTSEN, K. BEYENS, S. DE VALCK et F. PIETERS (dir.), *De Commissie Holsters buitenspel? De voorstellen van*

sion Holsters mais le législateur n'a *in fine* consacré le principe que pour le CP, en l'assortissant de garanties supplémentaires (par exemple, caractère systématique, renouvellement automatique de plein droit)²⁴. Bien que les PS ne soient pas assorties de ces garanties, elles sont considérées, comme les CP, comme des droits subjectifs dans le chef des condamnés, ce qui signifie que ces modalités ne sont pas à considérer comme des faveurs qui seraient accordées à quelques privilégiés, pour bonne conduite par exemple²⁵.

Les PS et CP peuvent être octroyés non seulement à des personnes détenues en prison, mais également à des personnes qui exécutent déjà (partie de) leur(s) peine(s) dans la communauté, à savoir les personnes en détention limitée et en surveillance électronique (pour cette raison, la loi vise les « condamnés », et non uniquement les « détenus » dans ses dispositions liées à ces sorties). Néanmoins, du point de vue administratif, l'administration pénitentiaire considère les personnes en détention limitée et en surveillance électronique comme « détenues ». Dans cette contribution, nous ne parlerons que de « détenus » car n'ont été étudiées que les PS et CP octroyés aux personnes incarcérées (c'est-à-dire subissant leur détention en « régime de détention ordinaire », à l'exclusion ainsi des personnes qui exécutent leur(s) peine(s) en modalité d'exécution de la peine de surveillance électronique et détention limitée)²⁶.

1.3. Les sorties de prison de courte durée, une étape cruciale vers la réinsertion

La législation belge a ceci de particulier que les PS sont calculées à partir de la date d'admissibilité à une libération conditionnelle, laquelle est déterminée de

de subcommissie Strafvueroeringsrechtbanken, externe rechtspositie van gedetineerden en straftoemeting, Brussel, Politeia, 2004, pp. 37-70.

24 M.-A. BEERNAERT, *Manuel de droit pénitentiaire*, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2019, pp. 248-249.

25 À cet égard, la Cour de cassation a décidé le 13 novembre 2013 que la législation de 2006 confère un droit subjectif à une modalité d'exécution de la peine, si toutes les conditions légales sont remplies (voy. par exemple M.-A. BEERNAERT, « Observations. C'est officiel : les condamnés ont un droit subjectif à l'obtention de permissions de sortie ou de congés pénitentiaires ! », *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2, 2014, pp. 93-95 ; L. ROBERT et B. MINE, « Geen gunst maar subjectief recht. Jurisprudentiële ontwikkelingen inzake uitgaansvergunningen en penitentiair verlof », *Panopticon*, 35(6), 2014, pp. 552-555), confirmant ainsi qu'il ne s'agit pas d'une faveur (voir *infra*). En 2016, le législateur a introduit un critère d'exclusion pour l'octroi d'une autorisation de sortie, à savoir le fait de ne pas avoir de titre de séjour régulier dans le pays mais le 21 décembre 2017, la Cour constitutionnelle s'est prononcée contre ce critère. La décision de la Cour constitutionnelle vient confirmer le principe selon lequel aucun condamné, y compris celui qui n'a pas le droit de séjourner en Belgique, n'est exclu de l'octroi d'autorisations de sortie.

26 Notons par ailleurs qu'il existe depuis 2019 une nouvelle modalité d'exécution de la peine, à savoir le « placement en maison de transition ». Cette modalité signifie que des personnes détenues exécutent leur peine dans une maison de transition, soit un lieu de détention à petite échelle, avec davantage de facilités de sorties. Les personnes qui y sont détenues se voient octroyer un nombre important de permissions de sortie et de congés – ce dont il faudra tenir compte dans des futures analyses chiffrées de ces sorties (voy. à cet égard, A.-S. VANHOUCHE et O. NEDERLANDT, « Les maisons de transition : miroir aux alouettes ou pied dans la porte ? », in Ch. GUILLAIN et D. SCALIA (dir.), *Les coûts du système pénal, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 28, la Charte, Bruxelles, 2020, pp. 29-63).

façon assez complexe²⁷. Les détenus peuvent ainsi se voir octroyer une PS deux ans avant de pouvoir bénéficier d'une libération conditionnelle ; pour les CP, ils ne peuvent en bénéficier qu'un an avant la date de leur admissibilité à cette libération conditionnelle. La référence à la date d'admissibilité est importante en ce qu'elle doit être distinguée de la date de libération conditionnelle effective. En Belgique, on peut en effet observer qu'il s'écoule parfois un long laps de temps entre la date à laquelle un détenu peut théoriquement prétendre à une libération conditionnelle et la date de sa libération effective, ce laps de temps ayant d'ailleurs tendance à devenir de plus en plus important²⁸. En outre, les PS impactent directement la possibilité d'octroi de la libération conditionnelle : les PS sont considérées comme une première étape dans le parcours des détenus, de leur détention à la (préparation de leur) libération. C'est ce qu'on appelle « la jurisprudence de la progressivité », manifestant l'introduction d'une progressivité dans les degrés de liberté²⁹ des modalités d'exécution de la peine octroyées aux condamnés au cours de l'exécution de leur(s) peine(s) privative(s) de liberté³⁰, selon l'idée assez ancienne d'élargir progressivement l'espace de liberté des détenus au fil de leur détention³¹. La jurisprudence des tribunaux de l'application des peines (ci-après « TAP ») en la matière appelle toutefois à nuancer le propos, selon le type de modalités d'exécution de la peine. En ce qui concerne les PS et les CP, objet de la présente contribution, il semble en effet que le fait d'en avoir bénéficié est une condition perçue par tous les TAP comme étant incontournable pour pouvoir ultérieurement bénéficier de modalités d'exécution de la peine « plus larges » (surveillance électronique, libération conditionnelle...) tandis que leur jurispru-

- 27 Nous n'abordons pas la réglementation et la pratique du calcul de la peine dans la présente contribution ; voy. à ce sujet, D. VANDERMEERSCH, « Le calcul de la peine dans l'exécution des peines privatives de liberté : plaider pour une simplification, une transparence et une plus grande cohérence », in F. DERUYCK, E. GOETHALS, L. HUYBRECHTS, J.-F. LECLERCO, J. ROZIE, M. ROZIE, Ph. TRAESE et R. VERSTRAETEN (dir.), *Amicus curiae. Liber amicorum Marc De Swaef*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 479-496.
- 28 E. MAES et C. TANGE, « Langgestrafte veroordeelden in de SURB-wachtkamer voor voorwaardelijke invrijheidstelling. 'En attendant Godot?' », in K. BEYENS, T. DAEMS et E. MAES (dir.), *Exit gevangenis? Werking van de strafuitvoeringsrechtbanken en de wet op de externe rechtspositie van veroordeelden tot een vrijheidsstraf*, *Panopticon Libri*, 6, Anvers, Maklu, 2014, pp. 97-131.
- 29 D. VAN ZYL SMIT, « Degrees of freedom », *Criminal Justice Ethics*, 13(1), 1994, pp. 31-38 ; O. NEDERLANDT et Th. SLINGENEYER, « Réflexions sur les justifications jurisprudentielles relatives à l'application de l'article 59 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées. Note sous Tribunal de l'application des peines de Bruxelles (80^e ch.) 11 avril 2011 », *Rev. dr. pén. crim.*, 2016, pp. 158-176.
- 30 L. ROBERT et V. SCHEIRS, « Le problème du pont. Missings links bij de tenuitvoerlegging van de interne en externe rechtspositie van veroordeelden tot een vrijheidsstraf », in T. DAEMS, C. HERMANS, F. JANSSENS, J. MILLEN, L. ROBERT et V. SCHEIRS (dir.), *Quo vadis? Tien jaar basiswet gevangeniswezen en rechtspositie van gedetineerden*, Anvers, Maklu, 2015, pp. 55-78 ; V. SCHEIRS, *De strafuitvoeringsrechtbank aan het werk*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 205-211 ; J. BASTARD, *Le travail de la décision. Les processus de l'application des peines en Belgique francophone*, Thèse de doctorat présentée en vue de l'obtention du grade de Docteur en Sciences politiques et sociales, sous la direction de Christophe DUBOIS, Liège, Université de Liège, 2017, pp. 307-309 ; O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté*, Thèse présentée en vue de l'obtention du grade académique de Docteur en sciences juridiques, sous la direction des professeurs Yves CARTUYVELS et Christine GUILLAIN, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2020, (manuscrit non publié), pp. 665-672.
- 31 S. BOISSON, « Le régime progressif », *Esprit*, 23 avril 1955 : Le Monde des Prisons, pp. 607 et s.

dence est plus partagée en ce qui concerne l'octroi d'une détention limitée ou d'une surveillance électronique préalablement à une libération conditionnelle³². Tout comme pour la progressivité dans l'octroi de mesures plus favorables en amont du jugement³³, celle qui s'observe ainsi en aval de la condamnation devient un outil entre les mains des avocats qui en usent par anticipation de la décision des magistrats³⁴. Bien qu'il ne soit pas formellement obligatoire pour les détenus d'obtenir d'abord une autorisation de sortie de courte durée avant de solliciter et d'obtenir une libération conditionnelle, l'octroi de celle-ci est important (et pour certains, il est même crucial) pour leur permettre de mettre en place un plan de réinsertion. O. NEDERLANDT souligne en outre que les TAP y voient de leur côté un triple avantage : assurer une meilleure transition entre l'enfermement et la liberté pleine et entière, participer à l'activation du condamné³⁵ et tester le détenu dans sa capacité à respecter les exigences qui lui sont imposées³⁶. L'octroi de PS et de CP représente donc un moment charnière dans la trajectoire de détention des détenus, en ce qu'il constitue un premier pas vers la sortie de la prison. En même temps, ils constituent également une étape importante dans la construction de leur plan de réinsertion, élément essentiel pour obtenir d'autres modalités d'exécution de la peine (e.g., détention limitée, surveillance électronique, libération conditionnelle)³⁷.

32 O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté*, op. cit., p. 666.

33 A. JONCKHEERE et E. MAES, « Détention préventive en Europe : quelle crédibilité pour les alternatives ? », *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, LXXII(1), 2019, p. 9.

34 O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté*, op. cit., p. 667.

35 L'activation du condamné, en lien avec sa responsabilisation, est bien documentée en criminologie, aussi bien pour ce qui concerne – comme en l'espèce – les peines d'enfermement (pour une analyse récente, voy. A. HENNEGUELLE et C. NOÛS, « Par-delà la sanction : "l'activation" dans l'aménagement des peines en France », *La nouvelle revue du travail*, 17, 2020) que pour ce qui concerne les peines exécutables en milieu ouvert. Voy. Ch. MINCKE, « Mobilité et justice pénale. L'idéologie mobilière comme soubassements du managérialisme », *Droit et société*, 84(2), 2013, pp. 359-389 ; M.-S. DEVRESSE, « Investissement actif de la sanction et extension de la responsabilité. Le cas des peines s'exerçant en milieu ouvert », *Déviante et société*, 36(3), 2012, pp. 311-323 ; D. KAMINSKI, *Pénalité, Management, Innovation*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2010 ; F. DIGNEFFE et Th. MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, Larcier, De Boeck, 2005.

36 O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté*, op. cit., p. 669.

37 B. MINE et L. ROBERT, « Des avis et des décisions : un contraste éclairant pour un processus décisionnel méconnu », in B. MINE et L. ROBERT (dir.), *Uitgaansvergunningen en penitentiair verlof: de deur op een kier / Permissions de sortie et congé pénitentiaire : la porte entrouverte*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 197-210 ; B. MINE et L. ROBERT, « L'octroi des permissions de sortie et du congé pénitentiaire en Belgique », *Revue suisse de criminologie*, 14(1), 2015, pp. 6-12.

1.4. La compétence décisionnelle en matière d'octroi des sorties de prison de courte durée

Parmi les changements législatifs qui ont réorganisé les PS et CP en 2006, il était prévu de transférer la compétence décisionnelle relative à la libération conditionnelle du pouvoir exécutif au pouvoir judiciaire. À ce jour, ce transfert ne s'est réalisé que pour les peines dont la partie à exécuter est supérieure à trois ans, des TAP ayant été créés à cet effet. Par contre, l'aménagement des peines dont la partie à exécuter est inférieure ou égale à trois ans continue à relever du pouvoir exécutif, hors de toute base légale, puisque les dispositions de la loi SJE confiant cette compétence au juge de l'application des peines ne sont pas encore entrées en vigueur à ce jour (*supra*, note 7).

L'octroi de PS et les CP n'est cependant pas concerné par ce transfert de compétences. La compétence décisionnelle demeure entre les mains du pouvoir exécutif et, en particulier de la DGD, au sein de l'administration centrale de la DGEPi³⁸. La possibilité d'appel des décisions de la DGD devant le TAP a toutefois été envisagée³⁹. La doctrine ne plaide pas pour un tel transfert de compétence mais privilégie plutôt un élargissement des conditions d'application de l'article 59, voire plus radicalement un octroi automatique des PS et CP ou encore un transfert de la pleine compétence décisionnelle entre les mains des directeurs de prison⁴⁰.

Les raisons pour lesquelles le transfert de compétences n'a pas été considéré pour ces sorties de courte durée semblent se situer tant au niveau des principes que d'un point de vue pragmatique. Sur le plan des principes, il y a un consensus sur le fait que ces sorties de prison de courte durée sont des modalités d'exécution de la peine privative de liberté qui ne changent ni la nature ni la durée de celle-ci ; si tel n'avait pas été le cas, cela aurait justifié un transfert de compétences du pouvoir exécutif au pouvoir judiciaire comme pour d'autres modalités d'exécution de la peine (surveillance électronique, libération conditionnelle...), qui elles, changent cette nature et/ou durée. Le principe de séparation des pouvoirs justifie donc le maintien de la décision d'octroi des PS et CP dans le chef du pouvoir exécutif⁴¹. De façon plus pragmatique, il faut tenir compte du nombre de demandes annuelles d'autorisations de sortie de courte durée qui risqueraient de devoir être traitées par les juridictions. Vu le volume des demandes actuellement traitées annuellement, les nouvelles institutions risquent d'être immédiatement paralysées en cas

38 Au fil des ans, le rôle du politique s'est considérablement réduit en ce qui concerne l'octroi de ces autorisations de sortie, le ministre de la Justice et son cabinet n'intervenant que rarement, pour des dossiers particulièrement sensibles (voy. *infra*).

39 O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté*, op. cit., p. 820.

40 *Ibid.*

41 V. SCHEIRS, K. BEYENS et S. SNACKEN, « Mixed system: Belgium. Who is in charge? Conditional release in Belgium as a complex bifurcation practice », in M. HERZOG-EVANS (dir.), *Offender release and supervision: the role of courts and the use of discretion*, Tilburg, Wolf Legal Publishers, 2015, pp. 151-166 ; O. NEDERLANDT, « La légalité en matière pénitentiaire : une illusion ? », op. cit.

de transfert des compétences⁴², les moyens budgétaires prévus pour leur fonctionnement n'étant pas à la hauteur de la charge de travail à laquelle ils doivent s'attendre en cas de transfert de compétence. Pour donner un aperçu de ce volume de dossiers, on peut se référer aux données de l'année 2017 : cette année-là, 8.583 décisions ont été prises concernant des PS et des CP au sein de l'administration pénitentiaire⁴³. En 2018, il s'agissait de 8.732 décisions (selon les statistiques reçues de la DGEPI).

1.5. Les conditions d'octroi des sorties de prison de courte durée

Comme évoqué ci-dessus, c'est le détenu qui doit initier la procédure d'obtention d'une sortie de prison, en introduisant une demande à la direction de la prison au sein de laquelle il est incarcéré. Il est possible que l'introduction de cette demande ait été au préalable préparée avec l'aide d'un service d'aide aux détenus, ou un avocat, et qu'elle constitue en fait une étape dans un plan de réinsertion déjà élaboré avec ce service ou son conseil. La demande peut ainsi être liée à l'organisation d'une thérapie post-carcérale, à la recherche d'un logement ou d'un emploi ou encore, à l'accomplissement de démarches administratives en dehors de la prison en vue de la libération. Ce type de démarches est quasi incontournable pour élaborer et finaliser un plan de réinsertion (logement – activité occupationnelle – suivi(s), le cas échéant : social, psychologique, psychiatrique, financier), plan exigé par les TAP pour tout détenu condamné à une peine privative de liberté de plus de trois ans qui souhaite obtenir une détention limitée, surveillance électronique ou libération conditionnelle notamment⁴⁴. Il est à noter que les services d'aide aux détenus peuvent également soutenir le détenu dans sa volonté de restaurer des liens familiaux à l'occasion de sorties de prison. Après avoir introduit sa demande auprès de la direction, le détenu est entendu par cette direction laquelle évalue une série de critères la menant à formuler son avis. Au total, la loi prévoit cinq critères d'évaluation des demandes de sorties⁴⁵.

Un premier critère concerne une condition formelle de temps ; il s'agit de calculer si le détenu est éligible à la sortie sollicitée (voir ci-dessus). La législation prévoit encore trois contre-indications appelant à être évaluées⁴⁶. Elles concernent

42 E. MAES, B. MINE et L. ROBERT, *op. cit.* ; V. SCHEIRS et D. DE TURCK, « De toepassing van artikel 59 van de Wet op de Externe Rechtspositie door de strafuitvoeringsrechtbank: van uitzonderingsmaatregel naar deblokkeringsstrategie? », *Fatik. Tijdschrift voor Strafrecht en Gevangeniswezen*, 142, 2014, p. 7.

43 Direction générale des établissements pénitentiaires, *Rapport d'activités 2017, Direction générale des établissements pénitentiaires*, Bruxelles, Service Public Fédéral Justice, 2019, p. 52.

44 O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté*, *op. cit.*, pp. 524-563.

45 Avant d'évaluer ces critères, les motifs de la demande introduite sont vérifiés, au regard du type de sortie sollicitée. Si la demande est fondée sur des motifs qui ne sont pas autorisés dans le cadre du type de sortie demandé, un refus sera déjà opposé à ce stade.

46 Le principe de la sélection négative, introduit dans le système pénitentiaire belge en 1981, explique pourquoi une liste de contre-indications est mentionnée. Comme, avant cette époque, tous les

le risque de se soustraire à l'application de sa peine (risque de fuite), le risque de commission d'infractions graves pendant la sortie autorisée (risque de récidive) et le risque que le détenu importune les victimes. Des conditions particulières peuvent éventuellement être imposées pour atténuer les contre-indications existantes. Ainsi, par exemple, si un détenu présente un risque élevé de fuite, la direction de la prison peut exiger qu'il soit accompagné tout au long de sa sortie ou encore ; en cas de risque d'importuner les victimes, il peut être prévu que le détenu s'abstienne de se rendre en certains lieux afin d'éviter tout contact avec la ou les victimes⁴⁷. Un dernier critère concerne l'accord du détenu sur les conditions générales et particulières qui lui seraient imposées au cours de sa sortie. Les cinq critères doivent être évalués aussi bien par la direction de la prison que par la DGD au cours du processus décisionnel.

Dans le cadre de son évaluation, la direction peut solliciter l'avis du service psychosocial de la prison, qui reçoit alors le détenu dans ses bureaux en prison à l'occasion de divers entretiens et rédige en suite de ceux-ci un rapport⁴⁸. Par ailleurs, en cas de demande de CP, la direction peut également souhaiter un rapport sur le milieu d'accueil dans lequel séjournerait le détenu lors de ses congés. Une demande d'enquête sociale est dans ce cas adressée à la maison de justice qui mandatera un de ses agents (un assistant de justice) pour la réaliser. Celui-ci pourra se rendre dans le milieu d'accueil du détenu. À la suite de son enquête, il adressera un rapport à la direction de la prison⁴⁹.

Sur la base de l'ensemble des informations dont elle dispose, la direction rédige son avis qu'elle transmet ensuite à la DGD. Celle-ci dispose alors de 14 jours ou-

types de modalités étaient considérés comme une faveur, il appartenait au détenu de prouver qu'il était digne d'obtenir cette faveur. En vertu de ce principe de sélection positive, les détenus « sélectionnés » étaient ceux qui semblaient les plus aptes à obtenir une telle faveur. Le principe de la sélection négative inverse cette situation, du moins en théorie. C'est maintenant au décideur (la DGD et la direction de la prison) qu'il appartient de faire valoir les raisons pour lesquelles un détenu ne devrait pas obtenir un certain type d'autorisation, d'où le terme de contre-indications, indications contre la sortie de prison. Voy. O. NEDERLANDT et Th. SLINGENEYER, *op. cit.* pp. 169-171.

47 Il est intéressant de noter qu'un lien explicite entre les autorisations de sortie et les pratiques de classification au sein des établissements pénitentiaires n'existe toujours pas. Il n'existe en effet pas de classification officielle des régimes pénitentiaires ou des prisons en fonction de la sécurité (c'est-à-dire une classification externe) et aucun lien n'est établi entre l'autorisation de sortie et la durée de la peine dans un (type de) prison particulier. Cette absence s'applique également à la classification interne, ce qui signifie qu'il est parfaitement possible de faire cohabiter des détenus, certains bénéficiant d'autorisations de sortie et d'autres pas, sur un même palier dans une prison fermée, avec toutes les difficultés qui en découlent, par exemple la pression exercée sur les détenus autorisés à sortir pour qu'ils introduisent frauduleusement des objets en prison. Voy. M.-S. DEVRESSE, L. ROBERT et C. VANNESTE, *Onderzoek inzake de classificatie van en de vraag naar regimes binnen de strafinrichtingen / Recherche relative à la classification et à la question des régimes au sein des établissements pénitentiaires*, INCC, Rapport de recherche, n° 26, Bruxelles, 2011.

48 W. VANHOUT, « De werking van de psychosociale dienst bij het toekennen van strafuitvoeringsmodaliteiten », in B. MINE et L. ROBERT (dir.), *Uitgaansvergunningen en penitentiair verlof: de deur op een kier / Permissions de sortie et congé pénitentiaire : la porte entrouverte*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 143-156.

49 A. JONCKHEERE, « Focus sur le milieu d'accueil: le rôle des maisons de justice dans le cadre des congés pénitentiaires », in B. MINE et L. ROBERT (dir.), *Uitgaansvergunningen en penitentiair verlof: de deur op een kier / Permissions de sortie et congé pénitentiaire : la porte entrouverte*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 129-142.

vables pour prendre une décision – un délai qui peut être prolongé une fois de 7 jours –, et ce, sur la base des informations écrites en sa possession. Il n'est ainsi pas prévu d'auditionner à ce stade le détenu et/ou son avocat ou encore, la direction de l'établissement pénitentiaire ; il n'est en outre pas d'usage de le faire. Si la DGD ne prend pas de décision dans le délai prescrit par la loi et que l'avis de la direction de la prison est positif, alors l'autorisation de sortie sollicitée sera accordée. Si l'avis de la direction est négatif, elle sera refusée. Les décisions de la DGD ne sont susceptibles d'aucun recours⁵⁰. La Cour de cassation a toutefois considéré que les détenus ont un droit subjectif aux sorties pénitentiaires (*supra*). Cela signifie, entre autres, qu'ils peuvent faire saisir le juge des référés pour faire valoir ce droit (voy. *infra*) mais ils doivent dans ce cas assumer tous les frais de procédure⁵¹.

2. Cartographie des pratiques décisionnelles : quand deux pouvoirs discrétionnaires s'affrontent

Comme mentionné précédemment, quelques années après l'introduction de la loi SJE, une étude nationale sur les PS et les CP fut commanditée par le DGEPI à l'INCC⁵² ; elle a permis de documenter de façon approfondie le processus de prise de décision et en particulier, le rôle des directions de prison et de la DGD, de même que les tâches accomplies par le personnel de la DGD, chargé de prendre la décision finale en la matière. Plusieurs méthodes de recueil de données et d'analyse ont été combinées au cours de l'enquête. Ainsi, les chercheurs ont procédé à l'analyse de toutes les décisions prises par la DGD entre le 1^{er} juin et le 31 août 2012. Ils ont ainsi examiné 2.244 décisions de la DGD et autant d'avis des directions des pri-

50 Les changements législatifs de 2006 n'ont pas prévu l'instauration d'une procédure d'appel contre les décisions négatives de la DGD. Au côté de cette instance, qui est celle compétente pour toutes les demandes d'autorisations de sortie, notons que le tribunal de l'application des peines (TAP) peut également, à titre exceptionnel, accorder des autorisations de sortie (uniquement pour des détenus condamnés à des peines de longue durée). Il ne s'agit donc pas d'une procédure d'appel *stricto sensu*, mais plutôt d'une deuxième voie par laquelle une autorisation de sortie peut être obtenue, lorsque les demandes des détenus ont été rejetées à plusieurs reprises par la DGD ; les détenus peuvent alors se tourner vers le TAP et solliciter une modalité de libération anticipée, détention limitée ou surveillance électronique, et l'octroi exceptionnel d'une autorisation de sortie (art. 59 loi SJE). Voy. V. SCHEIRS et D. DE TURCK, *op. cit.* ; O. NEDERLANDT et Th. SLINGENEYER, *op. cit.*, p. 161). L'article 59 a été explicitement conçu par le législateur pour débloquer un dossier faisant systématiquement l'objet de refus au sein de la DGD et il est pratiquement utilisé à cet effet. Voy. O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté*, *op. cit.*, pp. 674-675.

51 L. ROBERT et B. MINE, « Geen gunst maar subjectief recht. Jurisprudentiële ontwikkelingen inzake uitgaansvergunningen en penitentiair verlof », *op. cit.* Considérant les modalités d'exécution de la peine comme des droits subjectifs, le juge des référés s'est déclaré compétent pour connaître de ce type de demandes. Toutefois, l'accès au juge des référés est compliqué et nécessite le concours d'avocats spécialisés en matière pénitentiaire, lesquels restent peu nombreux. Cette pratique est donc marginale et reste sous-utilisée. Voy. S. BERBUTO et M. NÈVE, « La justice s'arrête-t-elle encore aujourd'hui aux portes du pénitencier ? », in *Actualités en matière pénitentiaire*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 35-37 et pp. 47-50, citant de nombreuses décisions inédites ; O. NEDERLANDT et M. JADOUL, « Guide du routard du tribunal de l'application des peines. Quelques "bons plans" pour les avocats », in *Actualités en matière pénitentiaire*, Limal, Anthemis, 2019, p. 139 ; M.-A. BEERNAERT, *Manuel de droit pénitentiaire*, *op. cit.*, pp. 412-413 et p. 416.

52 B. MINE et L. ROBERT, *op. cit.*, 2013.

sons. Chaque semaine, la DGD a transmis à l'équipe de recherche les informations nécessaires. Elles ont été intégrées dans une base de données *ad hoc* construite par l'équipe de recherche et dans laquelle ont également été rassemblées des informations portant sur le détenu : sa demande, son parcours de détention, les problèmes rencontrés au cours de précédentes sorties, le type d'infraction ayant donné lieu à incarcération, etc.⁵³. Par la suite, 199 dossiers ont été sélectionnés pour une étude approfondie, sur la base de critères prédéterminés : divergence entre la décision prise et l'avis préalable de la direction, particularité de la demande du détenu et de l'évaluation psychosociale, etc.⁵⁴. Pour un dossier sélectionné sur deux, pour autant que celui-ci fût « divergent », soit 100 dossiers sur les 199 ainsi sélectionnés, des entretiens ont été menés avec les membres de la DGD ayant officiellement pris la décision dans ces dossiers. Ces entretiens visaient à comprendre les éléments pris *in concreto* en considération pour asseoir chaque décision et l'impact qu'avait eu dans ce cadre l'avis de la direction de la prison. Dans 13 cas, les directions de prison ont également été interrogées sur l'avis qu'elles avaient formulé et sur la décision prise *in fine*⁵⁵. Par ailleurs, des questionnaires ont été envoyés à tous les chefs d'établissements des directions locales de prison (N = 32 ; N réponses : 32), puis à tous les membres des directions de prison impliqués dans le processus décisionnel relatif aux PS et CP (N = 102 ; N réponses : 54) ainsi qu'à l'ensemble des attachés de la DGD (N = 21 ; N réponses : 19). Sept entretiens approfondis ont également été menés avec des acteurs clés, dont la direction de la DGD, le directeur général de la DGEPi et l'expert en politique pénitentiaire du Cabinet du ministre de la Justice⁵⁶.

53 *Ibid.*

54 Plus précisément, cent dossiers francophones et cent dossiers néerlandophones y ont été échantillonnés sur la base d'une clé de répartition (80 % de « dossiers divergents » et 20 % de « dossiers convergents ») – déterminée en fonction des questions de recherche – ainsi qu'en considération de différentes variables stratégiques : modalités (permission de sortie occasionnelle, permission de sortie en vue de la réinsertion et congé pénitentiaire), niveaux hiérarchiques auxquels la décision peut être prise (attaché, conseiller, conseiller général, directeur général, cabinet), établissements pénitentiaires et attachés. Cependant, ce sont 199 dossiers qui ont pu être effectivement examinés. Un des dossiers sélectionnés n'a pas pu l'être en raison d'une erreur lors de la sélection des documents.

55 Dans le questionnaire qui fut envoyé à chaque directeur traitant des demandes de PS et de CP, une première question leur demandait s'ils souhaitaient être recontactés ultérieurement pour discuter du processus décisionnel relatif aux demandes de PS et CP. Parmi ceux ayant renvoyé leur questionnaire, certains ont indiqué qu'ils ne souhaitaient pas être recontactés. Par ailleurs, les dossiers sélectionnés pour lesquels un entretien de suivi avait été réalisé avec un attaché ne concernaient qu'une poignée de directeurs ayant renvoyé leur questionnaire et ayant répondu positivement à la question. Ceux-ci étant répartis dans l'ensemble du pays, il n'était pratiquement pas faisable – au regard des délais impartis à la recherche – d'aller rencontrer chacun de ces directeurs pour discuter d'une décision, parfois de deux, au mieux de trois. La sélection des directeurs de prison a donc été opérée sur une autre base plus praticable. En prenant comme référence la population journalière moyenne de détenus condamnés définitivement dans chaque établissement, nous avons sélectionné le « petit établissement », le « grand établissement » et l'établissement en milieu ouvert qui présentait le plus grand nombre de « dossiers divergents » comptabilisés entre le 1^{er} juin 2012 et le 28 août 2012. Un entretien de suivi fut ensuite réalisé avec les directeurs de cet établissement pour lesquels nous disposions d'un ou plusieurs dossiers ayant fait l'objet d'un entretien de suivi avec un attaché.

56 Pour davantage d'informations sur la méthodologie de l'étude, voy. B. MINE et L. ROBERT, *op. cit.*, 2013 ; 2015 ; L. ROBERT et B. MINE, « Kijken in de zwarte doos. Een onderzoek naar beslissingsprocessen betreffende uitgaansvergunningen en penitentiaire verlopen », in K. BEYENS, T. DAEMS

Le corpus de données ainsi obtenu amène à souligner trois constats. Tout d'abord, il n'existait au moment de l'étude aucune documentation étayée du processus décisionnel à l'œuvre concernant les PS et CP alors que ceux-ci sont, pour rappel, essentiels dans le processus de réinsertion des détenus (2.1). Ensuite, les avis et décisions des uns et des autres n'étaient aucunement balisés, ne fût-ce que par une compréhension commune de l'outil que constituent les PS et les CP au sein des politiques pénales (2.2). Enfin, le processus d'ensemble était enrayé par des tensions entre les deux entités constituées par les directions de prison et la DGD, sur fond de frustrations mutuelles et de malentendus (2.3).

2.1. Un processus décisionnel largement sous-documenté

Un premier constat, encore pour partie d'actualité, a trait au manque de connaissances scientifiques quant au processus de production des décisions relatives aux sorties de prison de courte durée, tant au niveau de la construction des avis au sein des établissements pénitentiaires qu'au niveau de la prise de décision au sein de la DGD. À cet égard, J. Bastard a également mis en lumière dans sa thèse de doctorat le fait que le manque de communication entre acteurs peut aboutir à une « rupture de sens » entre eux⁵⁷. Ainsi, elle a pointé le fait que le service psychosocial (SPS) et les directions se désolidarisaient de la position de la DGD et que la DGD avait une image négative en prison. Elle fait aussi le constat que le traitement des demandes de PS et CP par la DGD entraîne une « rupture de la chaîne de coopération sous la forme d'une incompréhension des décisions, des critères et des rôles (entre avis et décision) » ; cette incompréhension provenant notamment de la faible communication entre direction et SPS d'une part et DGD d'autre part⁵⁸.

Il n'est ainsi pas de tradition au sein de la DGD de rendre compte de la mesure dans laquelle il a été tenu compte (ou non) de l'avis des directions. Ceci rejoint le constat déjà formulé par ailleurs de la déficience de la communication au sein de l'administration pénale qui s'observe notamment par une communication ni globale ni totalement réciproque entre ses entités⁵⁹. Nous pensons que les données inédites recueillies au cours de l'enquête sur les avis des uns et décisions des autres témoignent du hiatus qui les sépare. Pour la première fois, un aperçu

et E. MAES (dir.), *Exit gevangenis? De werking van de strafuitvoeringsrechtbanken en de wet op de externe rechtspositie van veroordeelden tot een vrijheidsstraf*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 75-96.

57 J. BASTARD, *Le travail de la décision. Les processus de l'application des peines en Belgique francophone*, op. cit., pp. 231-235.

58 Voy. également sur ce sujet V. DUMONCEAU et S. DE KETELE, « L'action des directeurs de prison dans l'octroi de permissions de sortie et de congés pénitentiaires dans la perspective de réinsertion des détenus: un point de vue de terrain », in B. MINE et L. ROBERT (dir.), *Uitgaansvergunningen en penitentiair verlof: de deur op een kier / Permissions de sortie et congé pénitentiaire: la porte entrouverte*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 113-128 ; G. VAN AERSCHOT et R. GYSEN, « Het adviesverlenend proces inzake uitgaansvergunningen en penitentiair verlof: beschouwingen vanuit het standpunt van de gevangenisdirecteur », in B. MINE et L. ROBERT (dir.), *Uitgaansvergunningen en penitentiair verlof: de deur op een kier / Permissions de sortie et congé pénitentiaire: la porte entrouverte*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 99-110.

59 D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Érès, 2015.

(sur trois mois) du nombre de « dossiers divergents » (avis négatif/décision positive et avis positif/décision négative) et de « dossiers convergents » (avis positif/décision positive et avis négatif/décision négative) a pu être proposé par les chercheurs grâce au liage des avis et des décisions rendus respectivement par les directions pénitentiaires locales et la DGD. Le tableau 1 se réfère ainsi aux trois types de sorties de prison de courte durée⁶⁰ et signale, dans une première colonne, l'avis pris par les directions de prison et ensuite, dans les colonnes subséquentes, la nature des décisions de la DGD.

Tableau 1. Aperçu des avis et décisions (n = 2244 ; 1^{er} juin-31 août 2012)

Avis des directeurs de prison	Décision de la Direction Gestion de la Détention			
	Accordé	Refusé	Autres ⁶¹	Total
Positif	35,3 % (n=793)	27,2 % (n=611)	0,7 % (n=16)	63,3 % (n=1420)
Négatif	0,04 % (n=1)	36,1 % (n=810)	0,6 % (n=13)	36,7 % (n=824)
Total	35,4 % (n=794)	63,3 % (n=1421)	1,3 % (n=29)	100 % (n=2244)

Source : Mine et Robert, 2013

Il ressort de ce tableau que seuls 35 % environ de toutes les demandes formulées par les détenus ont donné lieu à une décision d'octroi d'une sortie de prison, ce qui peut être considéré comme relativement faible au regard du travail de préparation effectué en amont par les détenus et les services qui les entourent (voy. ci-dessous). Dans l'ensemble, la proportion des sorties de prison de courte durée accordées est faible, avec 41,4 % pour les PSO, 44,6 % pour les PS, et 22,2 % pour les CP. Ce constat semble accréditer l'idée selon laquelle la prise de décision en la matière constitue un frein à l'octroi d'une sortie de prison (e.g., détention limitée, surveillance électronique, libération conditionnelle). La forte proportion de décisions négatives suggère en effet que la prise de décision par la DGD était au moment de l'enquête, au mieux, relativement conservatrice. Un second constat peut être formulé à la lecture du tableau, concernant la discordance entre les avis des directions de prison et les décisions de la DGD. Pour plus de 60 % des demandes formulées par les détenus, la direction de la prison a formulé un avis positif. Un peu plus de la moitié de ces demandes ayant fait l'objet d'un avis positif ont été suivies d'une décision positive d'octroi de la sortie sollicitée par la DGD. Cette tendance varie toutefois légèrement selon le type de sortie sollicitée : la proportion

60 Ces 2244 décisions de la DGD concernaient 181 décisions relatives à une PSO, 1164 décisions relatives à une PS et 899 décisions relatives à un CP.

61 Cette catégorie concerne les décisions pour lesquelles la DGD ne peut pas accorder ou refuser de PS ou de CP, par exemple lorsque le demandeur a été libéré de prison, est décédé ou encore qu'il a retiré sa demande.

d'octroi de la sortie demandée à la suite d'un avis positif est de 60,5 % pour les PSO, 59,1 % pour les PS et 47,6 % pour les CP.

Ces résultats ont offert une autre image du processus décisionnel que celle qui prévalait jusqu'alors au sein de l'administration pénitentiaire et ont permis de considérer autrement les décisions quotidiennement prises par la DGD. Aucune vision globale n'était jusqu'alors systématiquement présentée aux deux acteurs principaux de la procédure quant aux articulations entre leurs interventions réciproques. Ce retour d'informations quant aux liens entre les avis des uns et les décisions des autres s'est révélé important en vue d'une clarification du positionnement de chacun.

2.2. Des positions s'appuyant sur des référentiels distincts

Un deuxième enseignement de l'étude concernait l'organisation fort différente des deux entités prenant part au processus décisionnel et leurs marges de manœuvre respectives. Tant du côté des directions de prison que de la DGD, les processus d'intervention étaient très peu structurés et les dossiers traités essentiellement au cas par cas. Du côté des directions de prison, la forte diversité entre les établissements pénitentiaires eux-mêmes accroissait encore la diversité des processus d'avis. Les deux acteurs clés dans l'octroi des sorties de prison de courte durée en Belgique étaient ainsi tous les deux caractérisés par un pouvoir discrétionnaire d'autant plus important que le processus n'est guère balisé, comme en témoignent les résultats de recherche discutés ci-après.

Un questionnaire fut envoyé aux directions locales des établissements pénitentiaires afin de documenter la façon selon laquelle ces équipes traitaient des demandes de détenus. Concrètement, celui-ci fut envoyé aux chefs des 32 établissements pénitentiaires de l'époque. Le taux de réponse au questionnaire fut exceptionnel puisque la totalité (100 %) des établissements a complété et renvoyé le questionnaire, ce qui témoignait déjà de l'intérêt porté à l'enquête. L'analyse des réponses obtenues fit apparaître de nombreuses différences entre établissements pénitentiaires, voire même au sein de certains établissements pénitentiaires. Il est ainsi apparu que dans certaines prisons, il n'existait que très peu de directives concernant le traitement des demandes des détenus et la formulation des avis, que ce soit au niveau formel et informel. Il en résultait naturellement un pouvoir discrétionnaire important dans le chef des directions, en ce compris dans le travail réalisé en amont de leur intervention. Les services psychosociaux actifs au sein des établissements pénitentiaires peuvent en effet jouer un rôle essentiel dans la construction de l'avis des directions, par exemple par la rédaction d'un rapport au sujet du détenu, contenant un avis circonstancié sur la pertinence d'octroyer (ou non) une autorisation de sortie de courte durée. Lorsque ce type d'intervention est prévu, il est de nature à donner au service psychosocial une place importante

dans le processus décisionnel et un pouvoir non négligeable pour le service au sein de l'établissement pénitentiaire concerné.

Au moment de l'enquête, il n'y avait donc pas de lignes directrices venant préciser les éléments généraux déjà inclus dans les documents légaux, comme dans la loi et certaines circulaires ministérielles. Aucune méthodologie commune n'avait été pensée et diffusée afin de permettre aux équipes de direction de s'appuyer de façon uniforme sur des critères identiques ou similaires. Certes, les avis devaient être tous rédigés sur un document préstructuré qui traitait successivement de la condition de temps, des trois contre-indications, des conditions éventuelles susceptibles de contrebalancer les risques identifiés et enfin, de l'accord du détenu à l'égard des conditions. Ce document constituait de la sorte le seul élément structurant sur lequel les directions pouvaient s'appuyer.

Une autre approche au cas par cas, ne se départissant pas pour autant de tout pouvoir discrétionnaire, fut observée à la DGD. L'ensemble du personnel s'appuyait sur une « note méthodologique » commune, qui précisait la manière de traiter une demande et les points importants à prendre en considération⁶². Elle passait systématiquement en revue les sources et autres données exploitables pour l'élaboration des décisions. Cependant, cette note méthodologique ne précisait pas quels sont les indicateurs ou les éléments spécifiques permettant d'apprécier chacune des contre-indications en tant que telle, ni *a fortiori* où il fallait les trouver dans les différents documents inventoriés. En outre, les membres néerlandophones du personnel de la DGD avaient développé leur propre jurisprudence, devenue une référence pour eux, tandis que pour le personnel francophone, rien de similaire n'était explicitement disponible⁶³. Cette situation a entraîné des divergences dans la prise de décision au sein de la DGD, sur la base de la langue de travail des membres du personnel, ce qui bien entendu avait des conséquences sur le traitement des demandes des détenus, lesquelles pouvaient être traitées différemment selon la prison dans laquelle ils étaient incarcérés. C'est ainsi que, du côté néerlandophone, on utilisait un formulaire comportant des questions standards facilement adaptables d'après le type de sortie, l'objet de la demande, l'éventuelle inadéquation de la finalité avec les dispositions légales, l'admissibilité au type de sortie demandée et les trois contre-indications. Du côté francophone, le formulaire utilisé ne reprenait pas ces questions standards, ni la moindre préstructuration

62 Les pratiques professionnelles font que le traitement des demandes de permission de sortie et de congé pénitentiaire au sein du service Statut juridique externe de la DGD est organisé différemment selon le rôle linguistique. Sans chercher à tout prix à uniformiser leurs modes de fonctionnement respectifs, les deux rôles linguistiques essayent tout de même – à travers leurs responsables respectifs – de réduire les différences et d'avancer dans la même direction en travaillant à l'élaboration de fils conducteurs communs dont la note méthodologique est un des exemples. Voy. à ce sujet B. MINE et L. ROBERT, *op. cit.*, 2013.

63 L'existence d'une telle jurisprudence interne renvoie au fait que « la prise de décision sur des dossiers est également une forme d'action politique » [notre traduction], dans laquelle les décisions sont construites sur base de la constitution de catégories particulières d'affaires, voy. K. HAWKINS, « On legal decision-making », *Washington and Lee Law Review*, 43(4), 1986, p. 1171. Il n'existait alors aucune jurisprudence explicite similaire dans la partie francophone de la DGD.

explicitite relative aux conditions de temps et de fond (notamment pour ce qui concerne les contre-indications légales)⁶⁴.

Afin de mieux étudier les relations entre les deux acteurs clés du processus décisionnel, une étude approfondie de 199 décisions a été réalisée⁶⁵. Elle a permis de souligner une divergence fondamentale entre les directions de prison et le personnel de la DGD quant à la manière de traiter les demandes des détenus.

D'une part, la quasi-totalité des avis des directions d'établissements pénitentiaires abordait systématiquement les conditions et contre-indications liées à une demande de sortie, et ce, sur la base d'un formulaire type. Dans 192 des 199 avis, des arguments à l'encontre des trois contre-indications étaient présentés, alors qu'ils n'étaient mentionnés que dans 23 décisions des 199 décisions de la DGD. La DGD semblait plus se concentrer sur l'examen des contre-indications qui présentaient (encore) un problème, estimant à ce propos qu'il peut être suffisant d'identifier un seul élément négatif ne pouvant pas être rencontré par des conditions particulières pour refuser une sortie de prison. Pourtant, dans les cas où aucune évaluation des éléments positifs du dossier n'était effectuée par la DGD ou lorsque sa décision différait de l'avis de la direction sans qu'aucune motivation ne soit explicitement apportée pour chacune des contre-indications, devant être examinées et permettant ainsi de comprendre l'appréciation différente de la situation, sa décision avait de fortes chances d'être perçue comme injuste (et éventuellement même, comme étant arbitraire) par les détenus et les directions de prison.

D'autre part, la divergence entre les directions de prison et la DGD se retrouvait également dans les arguments évoqués à l'appui des avis et décisions. Pour les 199 dossiers examinés, un codage de leur motivation a été réalisé pour les établissements pénitentiaires, tant du Nord du pays (néerlandophones) que du Sud du pays (francophones), et ce, sur la base d'un codage préétabli entre des éléments statiques (par exemple, l'existence de condamnations antérieures) *versus* dynamiques (par exemple, une consommation de drogue) et d'éléments positifs (par exemple, le suivi d'une formation professionnelle) *versus* négatifs (par exemple, l'abandon d'une thérapie). Dans l'ensemble, les avis faisaient davantage état d'arguments que les décisions (par exemple, pour les PS, une médiane de 10 arguments étaient utilisés à l'appui des avis, pour 6 arguments à l'appui des décisions dans la région Sud et 8 dans la région Nord). Les arguments relatifs aux éléments statiques étaient convoqués en nombre plus ou moins similaire, tandis que les éléments dynamiques étaient plus souvent présents dans les avis relatifs

64 Notons également que dans un très petit nombre de cas, la DGD a dû transmettre le dossier à l'examen au directeur général de la DGEPi ou au cabinet du ministre de la Justice, qui a ensuite pris la décision finale. Pendant toute la période de l'étude, cette situation ne s'est produite que dans 26 des 2244 demandes examinées, soit dans environ 1 % des cas. Étant donné le nombre marginal et la nature très spécifique de ce type de situations, nous ne les développerons pas ici (mais voy. B. MINE et L. ROBERT, *op. cit.*, 2013).

65 Voy. *supra* pour la procédure d'échantillonnage des 199 décisions.

aux CP que dans les décisions de la DGD. Mais la différence la plus interpellante concernait les arguments positifs et négatifs. Les directions de prison équilibraient les éléments positifs et négatifs dans leurs avis, tandis que le personnel de la DGD mettait davantage l'accent sur les arguments négatifs (par exemple, pour les PS, on observait une médiane de 5,5 pour la région Nord et de 6 arguments positifs pour la région Sud dans les avis des directions, tandis que la DGD ne mentionnait pas le moindre élément positif dans les décisions correspondantes).

Tableau 2. Nombre et nature des arguments par modalité

Modalité	Fr (n=99)		DIR	DGD	NI (n=100)		DIR	DGD
CP	N= 38	Médiane	11	6	N = 36	Médiane	8,5	7
		Min - max	4 - 24	0 - 19		Min - max	2 - 14	0 - 18
		Statique	3	1,5		Statique	2	3
		D y n a - mique	5,5	3		Dynamique	4,5	4
		Positif	7	0		Positif	6	0,5
		Négatif	3	4,5		Négatif	2	5,5
PS	N= 59	Médiane	10	6	N = 50	Médiane	10	8
		Min - max	4 - 20	0 - 23		Min - max	3 - 18	0 - 16
		Statique	3	0		Statique	3	3
		D y n a - mique	5	3		Dynamique	5	3
		Positif	6	0		Positif	5,5	0
		Négatif	3	4		Négatif	3	6,5
PSO	N = 2	Médiane	/	/	N = 14	Médiane	9,5	5,5
		Min - max	/	/		Min - max	5 - 15	1 - 14
		Statique	2 & 4	3 & 9		Statique	2	1,5
		D y n a - mique	3 & 9	0 & 7		Dynamique	5	1,5
						Positif	6	0
						Négatif	2	4,5

Source: Mine et Robert, 2013

Les seules situations dans lesquelles nous avons observé une convergence de points de vue, étaient celles de cas d'avis négatif de la direction de la prison hébergeant le détenu. Si juridiquement un avis positif non suivi dans les délais légaux par une décision de la DGD entraîne une décision d'octroi de la sortie sollicitée d'après les conditions proposées par la direction (art. 10, § 4, loi SJE), un avis négatif qui n'est pas suivi d'une décision dans les délais légaux ne permet pas au détenu de bénéficier d'une sortie⁶⁶. C'est ainsi que les avis négatifs des directions

66 Voy. à ce sujet les développements de O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté*, op. cit., p. 266.

étaient quasi tous suivis d'une décision négative de la DGD⁶⁷. Cette situation reflétait un choix stratégique pris au sein de la DGD dans un contexte d'insuffisance de moyens humains au vu du nombre de dossiers à traiter. La forte rotation du personnel, combinée à une charge de travail élevée, ont conduit à une hiérarchisation du type de dossiers appelés à recevoir un traitement prioritaire⁶⁸. Il va sans dire qu'en raison de cette organisation du travail au sein de la DGD, une pression importante pesait également sur les directions de prison car chaque avis négatif qu'ils émettaient entraînait presque inmanquablement un refus de la sortie sollicitée, ce qui ne manquait pas d'influencer lourdement des relations parfois déjà tendues entre direction et détenus.

2.3. Des frustrations et des malentendus

L'absence d'information sur la façon selon laquelle les avis des uns et décisions des autres sont pris, combinée avec le pouvoir discrétionnaire important des directions de prison et de la DGD, constituent un terrain idéal pour nourrir des perceptions et des attitudes négatives, alimentées par de la désinformation et un manque de confiance mutuelle. Aux rôles distinctement attribués aux deux protagonistes et à leur positionnement différencié le long de la chaîne décisionnelle s'ajoute encore une différence en termes de proximité avec le détenu, tant physique que symbolique, qui ravive à nouveau la question de la compétence décisionnelle en la matière⁶⁹. L'ensemble forme un cocktail explosif de malentendus, de blâmes et de méfiance. Divers témoignages nous en ont été donnés lors des entretiens menés avec les directions de prison et le personnel de la DGD⁷⁰. Les directions estimaient notamment que la DGD semblait n'accorder qu'une valeur minimale à leurs avis alors qu'un travail parfois conséquent avait été accompli en amont⁷¹. Elles soulignaient particulièrement les conséquences négatives d'un refus de sortie de prison après qu'un avis positif ait été donné de leur part surtout lorsque la DGD ne mentionnait pas d'éléments positifs dans sa décision ou n'indiquait pas ce qu'il fallait améliorer pour obtenir une PS ou un CP. Il leur était par conséquent impossible de travailler avec le détenu pour qu'à l'avenir, sa demande soit davantage susceptible de recevoir une réponse positive ; l'absence de boussole ne leur permettant pas de s'orienter ou d'orienter une personne vers un cap acceptable. En outre, les directions locales soulignaient avec gravité les effets

67 B. MINE et L. ROBERT, *op. cit.*, 2014, p. 200. Au cours de l'enquête, une seule décision positive a été prise à la suite d'un avis négatif d'une direction de prison, sur les 824 avis négatifs alors comptabilisés. Dans le dossier en question, le détenu avait demandé à la fois une PS et un CP, obtenant un avis positif pour le CP et un avis négatif pour la PS qui lui a finalement été octroyée.

68 P. BOLLEN, « De celdeur op een kier gezet. Over de toekenning van penitentiair verlof en uitgaansvergunningen », in B. MINE et L. ROBERT (dir.), *Uitgaansvergunningen en penitentiair verlof: de deur op een kier / Permissions de sortie et congé pénitentiaire : la porte entrouverte*, Anvers, Maklu, 2014, p. 162.

69 O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté*, *op. cit.*, p. 820.

70 À titre d'illustration, voy. B. MINE et L. ROBERT, *op. cit.*, 2013.

71 G. VAN AERSCHOT et R. GYSEN, *op. cit.*, p. 111.

dommageables des refus de sortie sur le comportement des détenus. L'absence de tout élément positif dans les décisions négatives affecte parfois grandement la motivation des détenus et déteint négativement sur leur volonté de préparer en cours d'incarcération leur réinsertion dans la société. Dans quelques rares cas, il a même été remarqué que le refus d'une autorisation de sortie de courte durée éloignait les détenus du personnel pénitentiaire et les amenait à se désinvestir de relations positives au sein de la prison⁷².

De son côté, le personnel de la DGD estimait importante la distance personnelle et symbolique à maintenir à l'égard des détenus, dans la mesure où cette distance lui permet d'être moins influencé ou absorbé par les problèmes qu'ils rencontrent dans la vie quotidienne en prison et ainsi, de pouvoir appréhender leur demande dans une perspective la plus globale possible. Dans certains dossiers, le personnel de la DGD avait l'impression que les directions de prison donnaient un avis positif simplement pour rester en bons termes avec les détenus. Ils avaient alors le sentiment qu'on reportait sur eux la responsabilité de refuser une sortie, avec tous les désagréments qu'implique cette obligation d'assumer seuls une décision qui immanquablement sera mal vécue. À la DGD, les travailleurs nous ont régulièrement fait remarquer que reporter sur eux la responsabilité d'un refus de sortie permettait aux directions de prison de continuer à entretenir une relation de travail avec les détenus.

Ainsi, l'absence de clarté sur la façon selon laquelle avis et décisions étaient pris, conjuguée à des perceptions parfois erronées mais souvent négatives sur les motifs pris en considération par les uns et les autres, ont entretenu un climat de frustration, ont suscité des perceptions négatives à l'encontre du travail effectué par l'autre instance et ont entraîné des attitudes d'opposition. Pour interroger cette situation, les chercheurs ont mobilisé, aux côtés des entretiens, un questionnaire que les directions de prison et le personnel de la DGD ont été invités à compléter. Il s'agissait plus précisément pour eux d'évaluer la sévérité dont avait fait preuve (selon eux) l'autre partie intervenant dans le processus décisionnel (sur une échelle de Likert, allant de très facile à très sévère). Les résultats obtenus ont été contrastés : le personnel de la DGD a estimé que les directions de prison étaient (très) permissives et indulgentes dans le traitement des demandes, tandis que les directions de prison ont trouvé que le personnel de la DGD traitait les demandes de manière très sévère et stricte⁷³. Ces résultats confortent les perceptions différenciées du travail des uns et des autres, tout comme le manque de communication et de compréhension quant aux rôles, positions et méthodes de prise de décision de chaque partie.

72 V. DUMONCEAU et S. DE KETELE, *op. cit.*, p. 121.

73 Pour un aperçu détaillé de ces résultats et de leur interprétation, voy. B. MINE et L. ROBERT, *op. cit.*, 2013.

3. Structurer des pouvoirs discrétionnaires : un processus continu

Comme expliqué ci-avant, la recherche avait mis le doigt sur un problème majeur. Le peu de cadrage normatif autour des autorisations de sortie accordées (ou non) à des détenus avait en fait entraîné la construction de deux processus décisionnels distincts, peu articulés entre eux et baignant chacun dans une relative opacité, en ce qu'aucune communication structurée ne permettait aux uns et aux autres de prendre connaissance de la façon d'agir des acteurs autrement positionnés sur la même chaîne décisionnelle.

En soi, une décision discrétionnaire n'a rien de problématique. En effet, le pouvoir discrétionnaire « est un élément essentiel à presque tous les niveaux de notre système de justice pénale » [notre traduction]⁷⁴. Il peut être compris comme « la liberté, le pouvoir, l'autorité, la décision ou la marge de manœuvre d'un fonctionnaire, d'une organisation ou d'un individu de décider, de discerner ou de décider de porter un jugement, de faire un choix ou de prendre une décision concernant des actions alternatives ou l'inaction » [notre traduction]⁷⁵. La prise de décision elle-même dans le contexte de la justice pénale, laquelle est inhérente à l'individualisation de la peine et l'individualisation de l'exécution de la peine, « est souvent le produit de différents fonctionnaires agissant à différents moments et prenant des décisions en série dans le cadre d'autres décisions » [notre traduction]⁷⁶. Cela implique que la prise de décision discrétionnaire peut être considérée comme relevant d'une chaîne décisionnelle, avec des acteurs opérant « en série », l'un adoptant une approche discrétionnaire après l'autre⁷⁷. Cette situation n'est pas sans lien avec l'idée de la liberté d'appréciation (= discrétion) que l'on retrouve dans le cadre d'une relation de pouvoir où un acteur a le pouvoir de choisir ce qui se passe avec l'autre⁷⁸.

En s'appuyant sur l'état des lieux réalisé par l'INCC, l'administration pénitentiaire a entamé une réflexion afin d'encadrer les différents pouvoirs discrétionnaires à l'œuvre dans le processus de prise de décision en matière de sorties de prison de courte durée. L'étude de l'INCC a probablement servi de catalyseur dans l'introduction de changements qui étaient déjà à l'œuvre au sein du système pénitentiaire. Peu après que les résultats de la recherche aient été communiqués, un audit

74 B. ATKINS et M. POGREBIN, « Introduction: discretionary decision-making in the administration of justice », in B. ATKINS et M. POGREBIN (dir.), *The invisible justice system. Discretion and the law*, Cincinnati, Anderson Publishing Co, 1978, p. 1.

75 L. GELSTHORPE et N. PADFIELD, « Introduction », in L. GELSTHORPE et N. PADFIELD (dir.), *Exercising discretion. Decision-making in the criminal justice system and beyond*, Devon, Willan Publishing, 2003, p. 3.

76 K. HAWKINS, « Order, rationality and silence: some reflections on criminal justice decision-making », in L. GELSTHORPE et N. PADFIELD (dir.), *Exercising discretion. Decision-making in the criminal justice system and beyond*, Cullompton, Willan Publishing, 2003, p. 194.

77 K. HAWKINS, *op. cit.*, 2003, p. 196.

78 G.C. CHRISTIE, « An essay on discretion », *Duke Law Journal*, 35(5), 1986, pp. 747-778.

interne de type LEAN⁷⁹ a été mené sur les procédures de prise de décision des directions de prison et du personnel de la DGD⁸⁰. Par la suite, les responsables de la DGD ont pris des mesures importantes pour améliorer leurs prises de décision, en s'appuyant tant sur l'étude de l'INCC que sur le rapport d'audit LEAN. La gestion des autorisations de sortie de courte durée a ainsi évolué ces dernières années. Pour comprendre ces changements, nous avons procédé à l'analyse de divers documents internes à la DGEPI, complétée par des entretiens informels avec trois hauts fonctionnaires de l'administration (le chef du Service néerlandophone de la DGD en fonction à ce moment, son prédécesseur et un membre du personnel ayant une grande expérience de la prise de décision en la matière). Nous avons également pu disposer de statistiques nationales (non publiées) obtenues auprès de la DGEPI. Sur la base de ces diverses données, nous identifions plusieurs étapes menant à un certain cadrage des pouvoirs discrétionnaires à l'œuvre dans les autorisations de sortie de courte durée.

Avant de les expliciter, soulignons que les efforts menés afin de structurer la prise de décision en matière de sorties de prison de courte durée sont également intrinsèquement liés à des évolutions et des défis plus larges observables au sein du système pénitentiaire, comme ceux que doivent relever les détenus eux-mêmes pour obtenir progressivement plus de liberté dans l'attente de leur libération conditionnelle⁸¹ ou encore, comme l'attention permanente que l'administration pénitentiaire doit avoir envers le problème endémique que constitue la surpopulation carcérale⁸². À cet égard, nous observons que les PS et CP ne sont guère un facteur de risque. Les échecs sont rares, en Belgique comme dans d'autres pays⁸³. Ces échecs concernent le plus souvent une évasion, un retour tardif en prison ou encore, la commission d'une nouvelle infraction pendant le temps passé en dehors de la prison. L'étude menée par l'INCC n'avait pas porté spécifiquement

79 La démarche LEAN permet « d'accroître la production en réduisant les moyens mis en œuvre, ressources humaines, machines, temps, espace, tout en répondant de plus en plus précisément aux attentes des clients. Le management selon la démarche LEAN a aussi l'avantage de rendre le travail plus gratifiant, grâce à un feed-back immédiat sur les efforts [...] » [notre traduction]. J.P. WOMACK et D.T. JONES, *Lean Thinking: Banish Waste and Create Wealth in Your Corporation*, Revised and Updated, Pennsylvania, Pennsylvania State University, Free Press, 2003, p. 4.

80 Y. EL ALLOUCH et G. VAN AERSCHOT, *op. cit.* Voy. également J. ROBBERECHTS et V. SCHEIRS, « Connecting the dots. De evolutie binnen de Directie Detentiebeheer Noord bij elkaar gepuzzeld », *Fatik. Tijdschrift voor Strafrecht en Gevangeniswezen*, 2016, n° 151, pp. 5-11.

81 L. ROBERT et V. SCHEIRS, *op. cit.* ; K. BEYENS, « Belgian release policies, rationales and practices », *European Journal of Probation*, 11(3), 2019, pp. 169-187.

82 K. BEYENS et E. MAES, « Gevangenis capaciteit, gevangenisbevolking en gevangenis personeel: kwantitatieve evoluties », in K. BEYENS et S. SNACKEN (dir.), *Straffen. Een penologisch perspectief*, Anvers, Maklu, 2017, pp. 253-294.

83 D. FINK et B. MINE, *op. cit.* ; F. DÜNKEL et M. FRITSCHÉ, « L'aménagement de la peine et la libération conditionnelle dans les systèmes pénitentiaires allemande et français », *Déviance et Société*, 29(3), 2005, p. 342 ; V. STRIMELLE, « Les formes de sorties préalables à la libération conditionnelle dans le système correctionnel fédéral canadien », *Revue suisse de criminologie*, 14(1), 2015, p. 50 ; Th. SLINGENEYER, « Les sanctions et mesures appliquées dans la communauté au stade postsentenciel : analyse de la situation belge au regard des Recommandations du Conseil de l'Europe », in Y. CARTUYVELS, Ch. GUILLAIN et Th. SLINGENEYER (dir.), *Les alternatives à la détention en Belgique : un état des lieux, à l'aune du Conseil de l'Europe*, coll. Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n° 25, Bruxelles, la Charte, 2017, p. 105.

sur les situations d'échec rencontrées à la suite de PS et de CP, bien que ces situations aient été indirectement prises en compte dans le cadre de l'étude. Lors de la collecte des données, un suivi a été effectué pour tous les dossiers dans lesquels une PS ou un CP avaient été sollicités ; il en résulte un taux d'échec fort limité (dans 2 % environ des dossiers)⁸⁴. Par ailleurs, les responsables de l'administration pénitentiaire ont reconnu qu'il serait contre-productif de mener une politique pénitentiaire qui viserait le risque zéro en matière de PC et de CP car une telle politique rendrait quasiment impossible toute réintégration progressive dans la société et empêcherait par ailleurs ces sorties d'être un instrument de gestion de la surpopulation carcérale. Cette position les a amenés à réfléchir à ce qui pourrait constituer un niveau raisonnable d'acceptation des risques pour chaque situation dans laquelle ils sont amenés à se prononcer sur une demande de sortie⁸⁵. Dans son rapport annuel de 2016, la DGEPi indique d'ailleurs avoir adapté le processus décisionnel en la matière s'appuyant sur le constat que « [...] malgré une augmentation des décisions positives, le taux d'échec grave n'avait pas augmenté »⁸⁶.

3.1. Avancées en termes de monitoring des autorisations de sortie de courte durée

Nous observons à présent que des progrès ont été réalisés par l'administration pénitentiaire en termes de monitoring des PS et CP. Depuis 2015, la DGD utilise un programme de gestion des données développé en interne (E-fix), parallèlement à la base de données nationale des établissements pénitentiaires, ce qui lui permet d'établir des statistiques nationales sur le suivi réservé aux demandes des détenus et aux avis des directions. Le logiciel informe sur les décisions prises au sein de la DGD ainsi que, depuis 2018, sur les problèmes rencontrés pendant une sortie de prison. Toutefois, il n'existe pas encore de données statistiques publiques sur le nombre de détenus ayant droit à des sorties de prison de courte durée, sur la proportion d'entre eux qui introduisent une demande en ce sens, sur la proportion de sorties obtenues (en distinguant si elles sont octroyées par la DGD ou le TAP, notamment pour le premier octroi) ni sur le nombre de sorties effectivement effectuées par chaque détenu (en moyenne)⁸⁷. Par ailleurs, on peut regretter l'absence de publication de chiffres depuis quelques années puisqu'à l'heure d'écrire ces lignes, le dernier rapport d'activités annuel publié par la DGEPi concerne l'année 2017.

84 L. ROBERT et B. MINE, *op. cit.*, 2014, pp. 263-265.

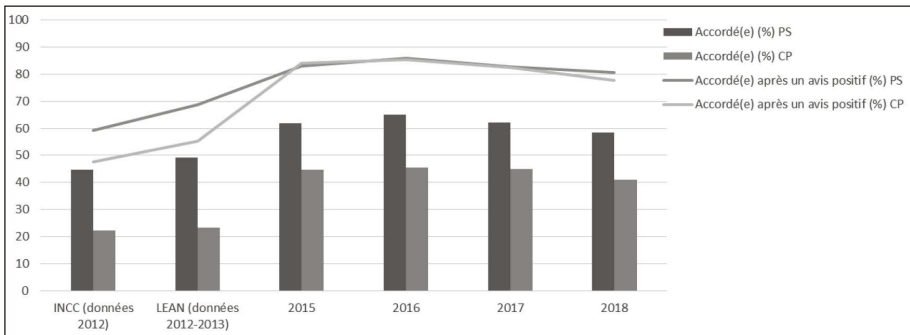
85 I. MILIS, « Maatregelen in het kader van de strafuitvoering: beleidsmatige en organisatorische initiatieven die bijdragen tot een optimalisering van de processen voor 'uitgaansvergunningen en penitentiair verlof' », in B. MINE et L. ROBERT (dir.), *Uitgaansvergunningen en penitentiair verlof: de deur op een kier / Permissions de sortie et congé pénitentiaire : la porte entrouverte*, Anvers, Maklu, 2014, pp. 211-224.

86 Direction générale des établissements pénitentiaires, *Rapport d'activités 2016. Direction générale des établissements pénitentiaires*, Bruxelles, Service Public Fédéral Justice, 2017, p. 20.

87 De telles données statistiques systématiques seraient pourtant utiles, non seulement en termes de gestion pour les établissements pénitentiaires mais également au niveau de la recherche scientifique, pour éclairer les politiques pénitentiaires.

À défaut, nous avons rassemblé différentes données pour pouvoir donner une image de l'évolution de la proportion de PS et de CP observée entre 2012 et 2018 (figure 1). Pour l'année 2012, nous avons mobilisé les données récoltées par l'INCC sur une période de 3 mois. Nous avons également fait usage des données utilisées dans le cadre de l'audit LEAN (données collectées en 2012-2013)⁸⁸. Enfin, pour les années 2015-2018, nous présentons des données communiquées par l'administration pénitentiaire. La figure 1 présente en outre la proportion de décisions favorables de la DGD, après un avis positif d'une direction de prison.

Figure 1. Résultats des demandes de PS et CP



Deux grandes tendances se dégagent de la figure 1. Tout d'abord, la proportion de PS et CP accordés est en augmentation depuis 2012. Cette année-là, moins d'une demande de CP sur cinq et environ 45 % des demandes de PS ont été accordées. En 2018, les proportions ont considérablement augmenté : les autorisations de CP ont presque doublé pour atteindre environ 41 % et celles relatives aux PS ont augmenté de 14 points de pourcentage, pour atteindre 58 %. Rien n'indique que ce soit une évolution du nombre de demandes introduites qui soit à l'origine de cette situation. En effet, en 2012, 8.916 autorisations ont été sollicitées⁸⁹, tandis que 8.583 l'ont été en 2017, dernière année pour laquelle un rapport est disponible au moment de la rédaction de cette contribution⁹⁰, soit une différence relative.

Ensuite, on observe une nette augmentation de la proportion de dossiers dans lesquels un avis positif de la direction de prison est suivi par une décision favorable de la DGD (voir les lignes de la figure 1). Dans le cas des PS, les décisions positives de la DGD après un avis positif de la direction sont passées de 59 % en 2012 à environ 80 % en 2018. Pour les CP, il y avait en 2012 47,6 % des avis positifs des directions qui avaient été suivis par une autorisation de sortie ; en 2018, ce pourcentage est passé à 77,7 %. Une telle augmentation d'environ 20 et 30 points

88 Y. EL ALLOUCH et G. VAN AERSCHOT, *op. cit.*

89 Direction générale des établissements pénitentiaires, *Rapport d'activités 2012. Direction générale des établissements pénitentiaires*, Bruxelles, Service Public Fédéral Justice, 2013, p. 76.

90 Direction générale des établissements pénitentiaires, *Rapport d'activités 2017. Direction générale des établissements pénitentiaires*, Bruxelles, Service Public Fédéral Justice, 2019, p. 52.

de pourcentage respectivement indique que les pratiques des directions de prison et celles de la DGD sont à présent davantage alignées.

Il est aussi permis de s'interroger sur l'impact éventuel sur cette augmentation de l'expérience des « congés pénitentiaires prolongés » ayant été octroyés à toute une série de condamnés dans le cadre exceptionnel des grèves des agents pénitentiaires au printemps 2016 dans les prisons francophones du pays, et, en 2017, en vue de lutter contre la surpopulation carcérale. En effet, des membres des directions des prisons ont souligné le fait que les congés pénitentiaires prolongés ont permis de faire prendre conscience qu'il était possible de tenter de nouvelles choses au sein du milieu carcéral et surtout, qu'il était possible « d'octroyer une plus grande confiance à toute une série de détenus »⁹¹ (Vincent, 2018).

Un autre point d'amélioration concerne l'enregistrement des échecs survenus au cours de la sortie de prison, même si un tel enregistrement reste assez embryonnaire. Le nombre d'échecs est en effet désormais comptabilisé et il existe une liste reprenant les motifs de ces échecs, comme par exemple la commission de nouvelles infractions, l'introduction de drogues en prison, la réintégration tardive de l'établissement pénitentiaire. Il s'agit là d'une première étape importante dans le feed-back donné à ceux qui ont participé à la prise de décision sur les problèmes et les risques spécifiques à ces sorties. Mais de telles données demeurent incomplètes, ce qui nuit à leur interprétation⁹². Il n'existe à ce jour aucune contextualisation de ces chiffres, ce qui les rend difficiles à interpréter. En outre, les statistiques sur les PS regroupent en fait les deux types de sorties de courte durée (les PSO et les PS), alors que celles-ci reposent sur des motifs différents. Quoi qu'il en soit, pour la seconde moitié de l'année 2018, les statistiques fournies par l'administration pénitentiaire indiquent que les sorties de courte durée ont été révoquées 115 fois. Les trois principaux motifs de révocation étaient les suivants : retour tardif en prison (43 fois), « autres raisons » (non autrement spécifiées) (20 fois) et non-utilisation de la sortie de prison aux fins convenues dans la décision (9 fois). Par ailleurs, on observe cette année-là trois révocations à la suite de la commission de nouvelles infractions et quatre révocations pour suspicion de nouvelles infractions. En ce qui concerne les CP, ils ont été révoqués 87 fois au cours du second semestre 2018 : 21 révocations ont été décidées pour retour tardif en prison, 18 pour des raisons

91 M. VINCENT, *Contribution à l'évaluation de la mesure de congés pénitentiaires prolongés*, Travail de fin d'études en vue de l'obtention du master en criminologie, année académique 2017-2018, sous la direction de Vincent SERON (non publié).

92 L'interprétation des taux d'échec est rendue difficile, voire impossible, parce qu'aucune donnée de référence n'est enregistrée. La donnée de référence pourrait se baser sur le détenu : on comptabiliserait ainsi la proportion de détenus n'ayant rencontré aucun problème dans leurs sorties pénitentiaires par rapport à tous ceux en ayant bénéficié (actuellement, un même détenu peut être comptabilisé plusieurs fois dans la base de données en fonction du nombre d'échecs qu'il accumule). On pourrait également comptabiliser le nombre de sorties de prison ayant eu lieu sur une période de référence. Mais actuellement, il est par exemple impossible de faire un lien direct entre l'issue positive ou négative de la sortie de prison et la décision qui l'a précédée (or, pour rappel, l'octroi d'un CP, une fois décidé, est automatiquement renouvelé pendant toute l'exécution de la peine privative de liberté ; il ne cessera que s'il survient un problème).

autres, non spécifiées et 9, pour introduction de drogues en prison. Le CP a également été révoqué deux fois à la suite de la commission d'une nouvelle infraction et trois fois en raison de soupçons de nouvelles infractions. Ces chiffres, bien que susceptibles d'être améliorés, fournissent des informations jusqu'ici inconnues et sont de nature à être mobilisés à l'avenir en appui des politiques pénitentiaires.

3.2. La maîtrise des pouvoirs discrétionnaires dans la prise de décision relative aux autorisations de sortie de courte durée

L'exercice d'une certaine forme de contrôle sur les pouvoirs discrétionnaires « est probablement un défi commun à toutes les administrations pénitentiaires » [notre traduction]⁹³. Comme l'écrit Larrauri à la suite de son étude sur le système espagnol, ce sont les critères d'octroi des autorisations de sortie de courte durée qui expliquent toute la latitude décisionnelle dont peuvent se prévaloir les différents acteurs. Cet avis est partagé par les directions de prison et le personnel de la DGD.

Les détenus qui sollicitent le bénéfice d'une PS ou d'un CP sont évalués sur la base des critères mentionnés dans la loi de 2006. Deux critères parmi les cinq légalement prévus (voir ci-dessus) sont clairs. On peut tout d'abord citer la condition de temps : elle est aisément vérifiable par la consultation de la fiche de détention, mise à la disposition du détenu, de la direction de la prison et de la DGD. Les dates d'admissibilité d'un détenu aux PS et CP, au régime de détention limitée et à la surveillance électronique, sont déterminées en fonction de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, elle-même calculée sur la base du total des peines privatives de liberté des détenus. Le deuxième critère particulièrement clair est celui qui porte sur l'accord du détenu à l'égard des conditions fixées en vue de la sortie de prison. Tant la condition de temps que celle relative à l'accord du détenu appellent une réponse binaire : oui ou non, il y est satisfait.

Le fait que les trois autres conditions sont (ou non) remplies est laissé à la discrétion des différents acteurs. Certes, la loi énumère trois contre-indications (voy. ci-dessus) mais elle ne le fait qu'*in abstracto*. Il appartient dès lors à chaque acteur de déterminer *in concreto* si, selon son appréciation propre de la situation, le détenu présente en l'espèce un ou plusieurs des trois risques légalement énumérés. Ainsi le risque de se soustraire à l'application de sa peine (risque d'évasion)⁹⁴ inclut-il le risque de regagner en retard la prison ? À partir de quand une arrivée tardive serait-elle considérée comme une tentative de se soustraire à l'exécution de sa

93 E. LARRAURI, « Reducing discretion in the administration of prison leave: in search of legitimacy », *European Journal on Criminal Policy and Research*, 26(2), 2020, pp. 141-156.

94 La circulaire ministérielle n° 1794 du 7 février 2007 précise qu'il convient de « vérifier s'il existe des éléments objectifs permettant de croire que le condamné ne réintègrera pas la prison » et cite pour exemples « non-entrée d'un congé pénitentiaire précédent ou d'une PS, tentative ou projet d'évasion, évasion, situation de crise sur le plan émotionnel (situation de conflit familial, une séparation difficile...), les déclarations du condamné, des éléments relatifs à la situation de séjour pour un condamné étranger, autres affaires pénales... » (p. 6 et p. 12).

peine privative de liberté (par exemple, au terme de x heures, de x jours, de...)? Plus problématiques sont peut-être les contre-indications relatives au risque de commettre de nouveaux faits infractionnels graves et préjudiciables pendant la sortie de prison (récidive)⁹⁵ et au risque que le détenu importune sa victime⁹⁶. On voit ici encore toute la marge de manœuvre laissée aux diverses autorités : quand considérer une infraction grave et préjudiciable ? Quels sont *in concreto* les faits devant être considérés comme relevant du fait d'importuner ? L'administration pénitentiaire n'ayant aucunement précisé ces différents critères légaux (si ce n'est en donnant quelques exemples dans une circulaire ministérielle n° 1794 du 7 février 2007), il est dès lors inévitable que les différents acteurs assurent eux-mêmes la traduction du prescrit dans les cas qui leur sont soumis. Le pouvoir discrétionnaire est ainsi inhérent à la procédure même d'octroi des PS et CP ou, pour le dire autrement, il est tout à fait légitimement exercé par les différents intervenants. Ils ne pourraient d'ailleurs pas faire autrement.

L'administration pénitentiaire doit toutefois composer aujourd'hui avec les prises de position des cours et tribunaux quant à la façon selon laquelle elle exerce ce pouvoir discrétionnaire. En effet, nous observons que, depuis le début des années 2010, se développe une jurisprudence introduisant des changements dans la façon selon laquelle les demandes de PS et de CP des détenus sont évaluées par les directions de prison et par le personnel de la DGD. Certains détenus se sont en effet tournés vers les tribunaux pour contester des refus d'octroi de sorties de prison de courte durée et, dans certains cas, ils ont obtenu gain de cause ou, plus exactement, ils ont obtenu que des décisions de la DGD soient annulées. La Cour de cassation s'est ainsi penchée sur l'application de la loi SJE suite au refus de la DGD. Dans son arrêt du 15 novembre 2013, statuant dans le même sens qu'un arrêt du Conseil d'État du 15 février 2012⁹⁷, elle décide que les détenus ont un droit subjectif aux sorties de prison de courte durée et qu'il appartient à l'administration pénitentiaire de fournir des arguments clairs et précis lorsqu'elle soutient qu'il existe des contre-indications amenant à rejeter une demande de sortie. Elle limite ainsi le pouvoir discrétionnaire évoqué ci-dessous, en considérant que

95 La circulaire ministérielle n° 1794 du 7 février 2007 indique qu'« il convient de vérifier si le condamné présente un risque objectif de retomber dans une criminalité source de trouble majeur au sein de la société ou s'il récidivera de manière significative dans le même type de criminalité que celui qui a justifié les condamnations en cours d'exécution », et donne pour critères indicatifs : « la nature des faits commis, les circonstances dans lesquelles les faits ont été commis (criminogénèse) peuvent-elles se représenter à l'occasion de la PS, attitude du condamné par rapport aux faits et victimes, les antécédents judiciaires (nature des faits et périodes délictuelles), échec de mesures précédentes et nouveaux faits commis à cette occasion, localisation et composition du milieu d'accueil... » (p. 6 et p. 13).

96 La circulaire ministérielle n° 1794 du 7 février 2007 cite pour exemples : le fait que le condamné a adressé des lettres de menaces aux victimes, les harcèle par téléphone, formule des propos vindicatifs à leur égard, tient des propos menaçants, n'a pas respecté des conditions imposées dans leur intérêt (p. 6 et p. 13).

97 Pour un commentaire de cet arrêt de la Cour de cassation, voy. M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, 2014 ; contra B. BLÉRO et Y. MOSSOUX, « Le congé pénitentiaire et la permission de sortie : des compétences intégralement liées du ministre de la Justice ? Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation n° C.12.0291.F/1 du 15 novembre 2013 », *Administration publique*, 2014, pp. 341-359.

« lorsque toutes les conditions prévues par la loi sont réunies, le ministre de la Justice ou son délégué sont tenus d'accorder la PS et CP demandé par le condamné. La circonstance que l'une des conditions charge le ministre ou son délégué d'apprécier s'il n'existe pas dans le chef du condamné de contre-indications précisées par la loi et, dans l'affirmative, si des conditions particulières sont susceptibles d'y répondre, ne confère pas au ministre un pouvoir discrétionnaire lui permettant de refuser la demande ». La Cour de cassation rappelle ainsi les prescriptions de la commission Holsters laquelle préconisait de rompre avec la pratique administrative qui prévalait jusqu'alors d'évoluer « dans une logique de libre appréciation d'une faveur plutôt que dans une logique de respect d'un droit »⁹⁸. Depuis, le juge des référés s'est à plusieurs reprises prononcé dans le même sens.

Depuis 2013, l'administration pénitentiaire n'a cessé de s'interroger sur son processus d'examen des demandes de PS et CP, notamment en vue de favoriser un plus large partage d'informations en ce qui concerne les arguments retenus par les uns et par les autres à l'appui de cet examen. En 2015 et en 2016, à l'initiative de son responsable de l'époque et en partie en raison de cette jurisprudence inédite portant spécifiquement sur les PS et CP, la partie néerlandophone de la DGD a réalisé une étude interne portant spécifiquement sur tous les arguments qui ont été mobilisés à l'appui des avis négatifs des directions locales d'établissements pénitentiaires néerlandophones. 1.283 avis négatifs ont ainsi été analysés. L'étude a permis d'établir une liste de 41 arguments utilisés par les directions de prison ; le service a également procédé à l'examen des arguments de leurs propres décisions. Parmi les arguments le plus souvent mobilisés, on observe que certains ne sont en fait pas liés aux contre-indications légales. Sont en effet parfois évoqués : la personnalité du détenu, son déni ou la minimisation des infractions pour lesquelles il a été condamné ou encore, la nécessité de respecter une certaine progressivité dans l'octroi des autorisations de sortie. Ces informations relatives aux avis négatifs étaient aussi classées par prison permettant ainsi de leur fournir un feed-back spécifique par rapport à la formulation de ces avis. Un feed-back portant sur le nombre de demandes introduites par des détenus et le nombre de sorties autorisées *in fine* a été donné aux directions de prison par la DGD, dans le cadre d'une communication directe entre les deux services. Cette étude interne a probablement influencé la manière dont les directions de prison ont par la suite formulé leur avis car on observe à présent un taux d'acceptation plus élevé des demandes ayant reçu un avis positif de la part des directions. Lors d'entretiens informels menés début 2019 avec des membres du personnel de la DGD (section néerlandophone), il ressortait néanmoins que les changements déjà opérés au niveau du processus décisionnel pouvaient certes être considérés comme des avancées mais qu'il convenait de les poursuivre. Force est toutefois de déjà constater que l'augmentation du nombre de PS et de CP ainsi que la plus grande harmonie entre les avis des directions et les décisions de la DGD du côté néerlandophone

98 X. MALENGREAU, « Les permissions de sortie de prison : l'application critiquable d'une mesure positive », *Justice en ligne*, 21 novembre 2014.

ont entraîné des changements du côté francophone également, lesquels se poursuivent bien que la crise sanitaire ait donné un coup d'arrêt brutal au processus en cours (voy. *infra*).

Il va de soi que les marges de manœuvre n'ont pas entièrement disparu dans le processus décisionnel relatif aux PS et CP. Sur la base de données statistiques, de la documentation qui nous a été fournie et d'entretiens informels, nous pouvons à tout le moins affirmer que le pouvoir discrétionnaire a été quelque peu encadré et qu'il est à présent davantage structuré. Certes, un pouvoir discrétionnaire peut s'apparenter dans son opérationnalisation à une diversité de saveurs et une palette de couleurs ; certaines de ces nuances sont hors de portée d'une analyse menée principalement sur la base des avis des directions de prison et des décisions de la DGD. Dans une certaine mesure, les directions de prison pourraient anticiper les décisions de la DGD, en ce qu'elles pourraient adapter leur avis à la position qu'elles pensent que la DGD va adopter, leur avis constituant de la sorte une espèce de « décision anticipée »⁹⁹. Une telle attitude est susceptible de demeurer dans l'angle mort des données statistiques. En effet, s'ils anticipent une décision négative, les directions de prison peuvent conseiller aux condamnés de ne pas présenter (encore) de demande formelle de sortie de prison et s'ils le font quand même, ils pourraient alors formuler un avis négatif.

4. Permissions de sortie et congés pénitentiaires en temps de pandémie : des droits subjectifs (un peu trop ?) facilement supprimés

Dès le début de la pandémie, diverses mesures ont été prises en vue d'éviter la propagation du virus au sein des prisons. Les prisons étant des lieux fortement peuplés, voire surpeuplés, qui ne permettent pas la distanciation sociale, elles risquent de favoriser une propagation très rapide du virus : si celui-ci passe les portes de la prison, les personnes détenues peuvent être rapidement contaminées, ce qui peut être fatal pour celles qui sont à risque au vu de leur état de santé – et l'on sait que les personnes détenues sont globalement en plus mauvaise santé physique et psychique que la population générale¹⁰⁰, notamment en raison de leurs conditions de détention¹⁰¹.

Les mesures prises soit découlent d'arrêtés ministériels, royaux ou de lois, soit ont été adoptées hors de tout cadre légal, sur la base d'« instructions coronavirus »,

99 K. HAWKINS, *op. cit.*, 2003, p. 194.

100 Le Centre fédéral d'Expertise des Soins de santé (KCE) a été invité à faire le point sur l'organisation des soins de santé pénitentiaires et à formuler des propositions de réforme. Son rapport, publié le 18 octobre 2017, dresse un bilan alarmant de l'état des soins de santé dans les prisons belges : Centre fédéral d'Expertise des Soins de santé, « Soins de santé dans les prisons belges : situation actuelle et scénarios pour le futur », 18 octobre 2017.

101 Rapport final de la commission « Loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus », *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2000-2001, n° 50-1076/001, p. 166.

non publiées, que l'administration pénitentiaire centrale envoie de manière régulière par mail aux directeurs de prison. Elles poursuivent deux grands objectifs : d'une part, limiter les entrées et sorties des personnes détenues, internées, et leurs proches, au sein des établissements pénitentiaires et de défense sociale et, d'autre part, diminuer la population carcérale¹⁰².

Parmi les mesures prises en vue de réduire les allers-retours des détenus et internés au sein des prisons, la décision a été prise de suspendre les PS et CP.

Dans le cadre de la première vague de la crise sanitaire (de mi-mars à mi-juin 2020), cette mesure a d'abord été prise le 24 mars 2020 sur instruction de la DGEPI, avant d'être couverte par un texte légal, à savoir l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19¹⁰³. L'article 14 de cet arrêté royal n° 3 prévoyait que l'exécution de toutes les décisions d'octroi de PS et CP (que celles-ci aient été accordées par l'administration pénitentiaire ou le TAP) était suspendue, sauf si la direction décidait d'accorder une exception lorsque des circonstances urgentes et humanitaires le justifiaient (et ce, qu'une décision ait déjà été prise ou qu'il s'agisse d'une nouvelle demande). La DGEPI a fait parvenir aux directions des établissements pénitentiaires une lettre collective n° 153 expliquant comment appliquer concrètement les dispositions de l'arrêté et précisant notamment que des demandes de PS et CP pouvaient néanmoins continuer à être introduites. Cette mesure de suspension des PS et CP s'est appliquée jusqu'au 17 juin 2020¹⁰⁴. Dans ses instructions coronavirus, la DGEPI a indiqué que les PS et CP pouvaient reprendre dès le 18 juin 2020 à condition que le détenu ne se trouve pas en isolement médical et, pour les CP, après vérification par le SPS que personne au sein du milieu d'accueil ne soit atteint du virus ou ne présente des symptômes (dans l'un de ces deux cas, l'exécution de la PS ou du CP est reportée). Les instructions ont également instauré la notion de « congés épargnés », à savoir le fait que les condamnés ayant perdu des congés octroyés par la DGD (et non le TAP) durant la première vague de la pandémie pouvaient les récupérer à condition de les prendre dans le nouveau cycle débutant le 18 juin et de les cumuler à un congé du nouveau cycle. Au retour de

102 Pour un exposé détaillé de ces mesures, voy. O. NEDERLANDT et D. PACI, « La prison face au Covid-19 : des mesures déséquilibrées au détriment des personnes détenues et/ou condamnées », *Journal des tribunaux*, 2020, pp. 341-348 ; O. NEDERLANDT, « Actualités en droit de l'exécution des peines privatives de liberté : un état de crise permanent ? », in F. KUTY et Ch. GUILLAIN (dir.), *Actualités en droit pénal et exécution des peines*, Bruxelles, Larcier, 2020, voy. la section III, pp. 223-243 ; O. NEDERLANDT, « Droits des personnes incarcérées durant la pandémie : quand la crise ordinaire se double d'une crise sanitaire », *e-legal – Revue de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles*, dossier spécial COVID-19, 2021.

103 *M.B.*, 9 avril 2020 (entré en vigueur le 9 avril 2020). Cet arrêté a été adopté en application d'une loi de pouvoirs spéciaux, à savoir la loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (II), *M.B.*, 30 mars 2020.

104 Arrêté royal du 13 mai 2020 prolongeant les mesures prises par l'arrêté royal n° 3 du 9 avril 2020 portant des dispositions diverses relatives à la procédure pénale et à l'exécution des peines et des mesures prévues dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19, *M.B.*, 13 mai 2020. Cet arrêté est entré en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*.

leur PS ou CP, les détenus sont placés en isolement médical en attendant la consultation d'un médecin devant avoir lieu dans les 24 heures, ce médecin étant amené à décider de la poursuite de l'isolement ou non.

Consécutivement à l'arrivée de la seconde vague (mi-octobre 2020), la mesure de suspension des PS et CP a à nouveau été prise, et ce, dès le 30 octobre 2020, par le biais des instructions coronavirus de la DGEPi. Ces instructions ont ensuite été couvertes par l'article 62 de la « loi coronavirus » du 20 décembre 2020, entrée en vigueur le 24 décembre 2020¹⁰⁵. La loi coronavirus a prévu une nouvelle exception à cette suspension : outre les raisons humanitaires, le directeur peut ne pas suspendre ces sorties si « cette suspension met sérieusement en péril le plan de reclassement ». Il nous revient du terrain que cette possibilité d'octroi de sorties pour sauvegarder la réinsertion est utilisée avec parcimonie, voire que certains directeurs refusent d'en octroyer. Cette mesure prévue par la loi coronavirus était d'abord applicable jusqu'au 19 janvier 2021, puis a été étendue jusqu'au 31 mars 2021¹⁰⁶. L'arrivée d'une troisième vague fin mars 2021 a abouti à une nouvelle prolongation de cette mesure jusqu'au 30 juin 2021¹⁰⁷.

Suspendre les PS et les CP, entraîne une mise à l'arrêt du processus visant à préparer la réinsertion des détenus, alors que celle-ci constitue l'objectif central de l'exécution des peines privatives de liberté¹⁰⁸. Les CP ayant aussi pour objectif de

105 Loi du 20 décembre 2020 portant des dispositions diverses temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus, *M.B.*, 24 décembre 2020.

106 L'article 62 de la loi prévoit que la durée de la mesure est prévue par arrêté ministériel (voy. aussi l'article 69 de la loi visant l'article 62). Un premier arrêté ministériel a fait courir cette durée jusqu'au 19 janvier 2021 (arrêté ministériel du 23 décembre 2020 fixant la période de suspension de l'exécution de certaines modalités de sortie des détenus en application de l'article 62 de la loi du 20 décembre 2020 portant des dispositions diverses temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du COVID-19, *M.B.*, 24 décembre 2020). Un second arrêté ministériel l'a prolongée jusqu'au 31 mars 2021 (arrêté ministériel du 15 janvier 2021 fixant la période de suspension de l'exécution de certaines modalités de sortie des détenus en application de l'article 62 de la loi du 20 décembre 2020 portant des dispositions diverses temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du COVID-19, *M.B.*, 19 janvier 2021).

107 Art. 5 de l'arrêté royal du 29 mars 2021 prolongeant certaines mesures prises par les lois du 20 décembre 2020 portant des dispositions diverses temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19, du 30 avril 2020 portant des dispositions diverses en matière de justice et de notariat dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 et du 20 mai 2020 portant des dispositions diverses en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19, *M.B.*, 31 mars 2021, entré en vigueur le 31 mars 2021, ainsi que l'arrêté ministériel du 29 mars 2021 fixant la période de suspension de l'exécution de certaines modalités de sortie des détenus en application de l'article 62 de la loi du 20 décembre 2020 portant des dispositions diverses temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du COVID-19, *M.B.*, 31 mars 2021, entré en vigueur le 1^{er} avril 2021.

108 Loi de principes (statut interne du détenu), art. 6, § 2 (« Durant l'exécution de la peine ou mesure privative de liberté, il convient d'empêcher les effets préjudiciables évitables de la détention ») et 9 (§ 1^{er}. Le caractère punitif de la peine privative de liberté se traduit exclusivement par la perte totale ou partielle de la liberté de mouvement et les restrictions à la liberté qui y sont liées de manière indissociable. § 2. L'exécution de la peine privative de liberté est axée sur la réparation du tort causé aux victimes par l'infraction, sur la réhabilitation du condamné et sur la réparation, de manière personnalisée, de sa réinsertion dans la société libre. § 3. Le condamné se voit offrir la possibilité de collaborer de façon constructive à la réalisation du plan de détention individuel visé au titre IV,

préservé et de favoriser les contacts familiaux, affectifs et sociaux du condamné, le fait de les suspendre pourrait ainsi porter atteinte au droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La suspension des PS et CP aurait pu peut-être être évitée par la prise de mesures moins strictes : maintien des PS et CP mais avec un testing systématique et/ou un placement en quarantaine lors du retour en prison du détenu. On aurait, par exemple, aussi pu prévoir un report plutôt qu'une suspension des PS et CP (en autorisant les personnes condamnées à récupérer toutes les sorties perdues à la fin de la crise sanitaire et pas seulement certains congés dans des conditions strictes).

La suspension des PS et CP peut par ailleurs paraître contre-productive quant à l'objectif de réduction de la population carcérale poursuivi par d'autres mesures adoptées dans le cadre de la lutte contre la crise sanitaire¹⁰⁹ puisque celle-ci ne peut en effet que contribuer à l'augmentation de cette population en ralentissant le processus de sortie de nombreux détenus.

Parmi ces mesures prises pour réduire la population carcérale, nous pouvons d'ailleurs relever le fait que le ministre sous la 54^e législature a créé, par une circulaire ministérielle n° 1820 du 20 mars 2020, une modalité exceptionnelle, à savoir « le congé prolongé », soit un congé de longue durée accordé à certaines catégories de personnes condamnées. La différence terminologique entre « congé prolongé » et « congé pénitentiaire prolongé » était voulue afin d'indiquer que ce congé prolongé ne permettrait pas que la peine s'exécute pendant celui-ci, mais que celle-ci ne soit qu'interrompue. L'adoption de l'arrêté royal du 9 avril 2020 a transformé ce congé prolongé en « interruption de l'exécution de la peine COVID-19 », octroyée aux condamnés remplissant un certain nombre de conditions. 508 détenus en ont bénéficié durant la première vague¹¹⁰. Vu que des conditions ont été imposées aux détenus en bénéficiant, la Cour de cassation a considéré que le régime de cette nouvelle modalité relevait davantage du CP que de celui de l'interruption de l'exécution de la peine. Le temps passé dans le cadre de cette modalité (soit entre le 20 mars et le 17 juin 2020¹¹¹) a donc été considéré comme purgé¹¹². Durant la deuxième et la troisième vague de la pandémie, la mesure d'interruption de l'exé-

chapitre II, lequel est établi dans la perspective d'une exécution de la peine privative de liberté qui limite les effets préjudiciables, est axée sur la réparation et la réinsertion, et se déroule en sécurité.) Quant à la loi du 17 mai 2006 (statut externe), les modalités d'exécution de la peine qu'elles prévoient sont les moyens qui permettent aux personnes condamnées de préparer leur réinsertion sociale.

109 E. MAES et J. NÈVE, « Detentie in tijden van Corona. Impact van Covid-19-maatregelen inzake strafuitvoering op de omvang van de gevangenisbevolking », *Fatik. Tijdschrift voor Strafrecht en Gevangeniswezen*, 166, 2020, pp. 12-18.

110 *QRVA*, Ch., sess. ord. 2019-2020, question écrite n° 0552 de Vincent SCOURNEAU (MR) du 1^{er} juillet 2020 au ministre de la Justice.

111 Notons que certains détenus ont bénéficié de cette modalité après le 20 mars et certains ont pu rester dans le cadre de cette modalité jusqu'au 30 juin, la DGEPi ayant organisé un retour progressif de ces détenus en prison.

112 Cass. (ch. vac.), 19 août 2020, P.20.0840.F/1, *J.T.*, 2020, p. 556 (avec conclusions ministère public). Pour un commentaire, voy. L. BREULS, « Het Hof van Cassatie beschouwt de onderbreking van de strafuitvoering 'Coronavirus COVID-19' toch als een periode van strafuitvoering: kroniek van een aangekondigd arrest », *Fatik. Tijdschrift voor Strafrecht en Gevangeniswezen*, 2020, n° 167, pp. 39-

cution de la peine a été réactivée par une circulaire ministérielle début décembre 2020¹¹³ ayant ensuite été couverte par les articles 63 à 68 de la loi coronavirus, sans prévoir l'imposition de conditions cette fois, afin que la mesure ne puisse plus être assimilée au régime du CP et que le temps passé dehors, pendant lequel la peine est suspendue, ne puisse être décompté de la peine ou des peines privative(s) de liberté (cette mesure est applicable, à ce jour, jusqu'au 15 juillet 2021¹¹⁴).

Conclusion

Dans cet article, nous avons tenté de mettre en lumière des pratiques décisionnelles qui restent largement méconnues tant au sein de l'administration pénitentiaire qu'auprès des avocats pénalistes et plus largement, dans la communauté scientifique. L'administration pénitentiaire est chargée en Belgique, de décider de l'octroi des PS et CP, sous la forme de sorties de courtes durées – mieux connues sous le nom de PS et CP. Deux acteurs ont un rôle prépondérant dans le processus décisionnel, les directions de prison et le personnel de la DGD. Nous avons mené, en 2012 et 2013, une première étude à l'échelle de la Belgique sur la mise en œuvre de la loi SJE¹¹⁵. En s'appropriant les résultats de l'étude de l'INCC pour réfléchir sur son propre fonctionnement, l'administration pénitentiaire semble avoir redéfini le processus décisionnel et davantage encadré le pouvoir discrétionnaire dont peuvent se prévaloir directions de prison et DGD dans l'octroi des sorties de prison de courte durée¹¹⁶. Certes, nous pensons qu'il est heureux que les résultats d'une recherche puissent être mobilisés par les acteurs de terrain pour orienter l'action publique mais nous tenons à rappeler ici que ladite recherche a été initiée à la demande des acteurs eux-mêmes, qui ont sans doute vu l'intérêt de mettre à l'étude leurs pratiques par des personnes extérieures au fonctionnement de l'administration. L'articulation entre les recherches scientifiques et les orientations de politique criminelle étant devenue particulièrement rare, il nous paraît opportun de le souligner en l'espèce.

Depuis 2013, beaucoup de choses ont changé. Aujourd'hui, des statistiques sont disponibles en interne sur les avis et les décisions ; les échecs survenus pendant les sorties de prison sont par ailleurs mieux documentés. Ces chiffres fournissent des informations sur le processus décisionnel lui-même et sur le très faible taux de récidive pendant la sortie (temporaire) de prison. La proportion d'octrois d'autorisations de sortie de courte durée a récemment augmenté (en cas de CP, elle a presque doublé) – sans qu'on ne sache toutefois quelle proportion de condamnés sont concernés, et le niveau de concordance entre les avis des directions de pri-

40. Dans le même sens, voy. Cass. (2^e ch.), 29 septembre 2020, P.20.0931.N, *T. Straf.*, 2020/6, pp. 427-428, *R.W.*, 2020-2021/18, pp. 699-700 avec note.

113 Circulaire ministérielle n° 1823 du 1^{er} décembre 2020 intitulée « Interruption de l'exécution de la peine "Covid-19" », entrée en vigueur le 3 décembre 2020.

114 Voy. l'article 69 de la loi coronavirus.

115 B. MINE et L. ROBERT, *op. cit.*, 2013.

116 K. BEYENS, *op. cit.*, p. 182.

son et les décisions de la DGD a augmenté de façon significative. Les arguments présentés à l'appui de refus de sorties de prison de courte durée sont examinés par la DGD, à la suite vraisemblablement de l'intervention des cours et tribunaux. Toutes ces évolutions indiquent que la prise de décision discrétionnaire est désormais plus encadrée, tant pour les directions de prison lorsqu'ils rédigent leur avis que pour le personnel de la DGD lorsqu'il prend des décisions. Il reste à voir si et comment ce processus va continuer à évoluer et quelle (nouvelle) forme il prendra à l'avenir.

Le terrain de notre enquête nous amène à considérer plus largement l'action des directions de prison et celle du personnel de la DGD dans le vaste ensemble des prises de décision au sein de la justice pénale et de la théorie de la décision¹¹⁷. Dans sa forme la plus simple, une décision peut prendre quatre formes (« outcomes ») : celle d'une décision correcte accordant une sortie de prison, celle d'une décision correcte de refuser une sortie de prison, celle d'une décision incorrecte d'accorder une sortie de prison et celle d'une décision incorrecte de refuser une sortie de prison¹¹⁸. Cette théorie élémentaire de la décision suggère que chaque décision peut entraîner l'une des deux erreurs possibles. Tout d'abord, une erreur de type I – appelée un faux positif – lorsque la sortie de prison est accordée et que le détenu récidive ou ne respecte pas les conditions ou les objectifs de la PS ou du CP. Ensuite, une erreur de type II – appelée un faux négatif – lorsque la sortie de prison est refusée mais que le détenu n'aurait pas rencontré de problèmes particuliers au cours de sa sortie si on la lui avait accordée¹¹⁹. Dans le contexte des décisions relatives aux autorisations de sortie de prison, il est très probable qu'il existe une tendance aux erreurs de type I. Les échecs, en particulier les récidives violentes pendant les sorties, susciteront beaucoup de consternation et de critiques dans le public, tandis qu'il est très difficile d'évaluer la proportion d'erreurs de type II, qui donnent rarement lieu à des critiques¹²⁰. Les faibles taux d'échec observés jusqu'à présent suggèrent l'existence d'erreurs de type II pour les personnes qui se voient refuser une sortie de prison.

Le défi de l'encadrement des pouvoirs discrétionnaires dans ce contexte touche également à la manière selon laquelle les décisions sont prises. À une extrémité du continuum, le pouvoir discrétionnaire pourrait être éliminé en accordant les PS et CP de façon automatique à partir d'un certain moment, déterminé en fonction de la durée de la peine déjà exécutée par le détenu. À l'autre extrémité, ce sont

117 B. ATKINS et M. POGREBIN, *op. cit.* ; L. GELSTHORPE et N. PADFIELD, *op. cit.* ; E. LARRAURI, *op. cit.*

118 En usant du qualificatif « correct » et « incorrect », nous nous référons aux conséquences empiriques de la décision prise : un « succès » ou un « échec » de la sortie octroyée en fonction d'objectifs et de buts prédéterminés. Ce qui n'est pas en soi la solution idéale sur le plan normatif. Discuter de ce qui est correct sur le plan empirique et normatif dépasse le cadre de cet article.

119 Il n'est pas envisageable d'éliminer complètement ces deux types d'erreurs. Comme l'a dit un chercheur (à propos de la libération conditionnelle mais l'argument peut être étendu aux sorties de prison de courte durée) : « En l'absence d'une précision prédictive complète, la seule façon d'éliminer complètement le premier type d'erreur serait de ne libérer personne ; la seule façon d'éliminer le second type d'erreur serait de libérer tout le monde » [notre traduction] (Hoffman, 1974, p. 542).

120 Voy. F. DÜNKEL, D. VAN ZYL SMIT et N. PADFIELD, *op. cit.*, p. 430.

les sorties de prison de courte durée elles-mêmes qui pourraient être supprimées mais il est entendu que ce choix est nettement improbable, tant pour des raisons normatives (par exemple, la nécessité de préparer les détenus à une réinsertion dans la société) que pour des raisons empiriques (comme le taux d'échec très faible constaté dans le cadre de ces sorties). Toutes les autres options impliquent un certain degré de discrétion, fluctuant au gré du continuum ; elles invitent dès lors à comprendre comment les diverses instances font usage de leur pouvoir discrétionnaire. Deux approches sont classiquement défendues : une approche statistique ou actuarielle et une approche clinique ou basée sur des cas¹²¹. Le système belge s'est un peu éloigné du centre du continuum pour se diriger vers une utilisation plus structurée du pouvoir discrétionnaire, mais l'approche reste largement basée sur l'analyse de cas. À un moment donné, la question se posera probablement de savoir si des instruments de décision plus structurés (actuariels) peuvent être utiles aux décideurs, ainsi que si et comment l'adoption de tels instruments sont en mesure de réduire les erreurs de type I et de type II. Nous sommes d'accord avec Gottfredson pour dire que même le meilleur instrument n'aura pas une précision totale : « Lorsqu'il y a une composante prédictive dans la décision, le comportement du décideur est similaire à celui d'un joueur informé dont la décision est incertaine » [notre traduction]¹²². La question est alors de savoir comment améliorer le processus de prise de décision, notamment en ayant recours à des outils jugés utiles et pertinents pour les travailleurs, ce qui nous paraît également être l'option préférable d'un point de vue éthique¹²³.

Enfin, aborder dans cette contribution les effets de la crise sanitaire au niveau de l'octroi des PS et CP aura permis d'illustrer la fragilité du caractère de « droit subjectif » de ces modalités pourtant essentielles au processus de réinsertion.

121 Dans les expériences qui comparent les méthodes statistiques ou actuarielles avec les méthodes de prise de décision basées sur des cas (approche dite clinique), les résultats – depuis le milieu des années 1950 – montrent une supériorité de la méthode actuarielle (depuis l'étude classique de MEEHL, *Clinical versus statistical prediction: a theoretical analysis and a review of the evidence*, Minnesota, University of Minnesota Press, 1954 ; confirmée par R.M. DAWES, D. FAUST et P.E. MEEHL, « Clinical versus actuarial judgment », *Science*, 243, 1989, pp. 1668-1674 ; G.M. GROVE, D.H. ZALD, B.S. LEBOW, B.E. SNITZ et C. NELSON, « Clinical versus mechanical prediction: a meta-analysis », *Psychological Assessment*, 12(1), 2000, pp. 19-30 ; S.D. GOTTFREDSON et L.J. MORIARTY, « Clinical versus actuarial judgments in criminal justice decisions: should one replace the other? », *Federal Probation*, 70(2), 2006, pp. 15-18 ; S. AEGISDOTTIR, M.J. WHITE, P.M. SPENGLER, A.S. MAUGHERMAN, L.A. ANDERSON, R.S. COOK, C.S. NICHOLS, G.K. LAMPROPOULOS, B.S. WALKER, G. COHEN et J.D. RUSH, « The meta-analysis of clinical judgment project: fifty-six years of accumulated research on clinical versus statistical prediction », *The Counseling Psychologist*, 34(3), 2007, pp. 341-382). Toutefois dans l'évaluation des risques en matière de justice pénale, une combinaison des deux approches a été proposée ; il est en effet jugé préférable de s'appuyer sur les meilleurs aspects des deux, voy. D.A. ANDREWS et J. BONTA, *The psychology of criminal conduct*, Fifth edition, New Providence, Anderson Publishing, 2010, pp. 317-321.

122 D.M. GOTTFREDSON, « Prediction and classification in criminal justice decision making », *Crime and Justice: A Review of Research*, 9(1), 1987, p. 16.

123 R.M. DAWES, « The ethics of using or not using statistical prediction rules in psychological practice and related consulting activities », *Philosophy of Science*, 69, 2002, pp. 178-184.

Pour conclure cet article, nous nous sommes focalisés sur la prise de décision, et non sur les détenus et sur la façon selon laquelle ils vivent le processus. Comme Larrauri (2020) le souligne à juste titre dans sa conclusion, la « qualité de la décision » relative aux sorties de prison de courte durée a une incidence sur la légitimité et l'expérience de l'équité : « La légitimité du régime carcéral augmente dans la mesure où les détenus estiment que les sorties de prison sont gérées de manière équitable » [notre traduction]¹²⁴. C'est un sujet qu'il reste à étudier en Belgique. En attendant, il nous semble que le législateur pourrait à tout le moins se pencher sur la mise en place d'un recours effectif à l'égard des décisions de refus de ces sorties, au vu de la difficulté pour les détenus de saisir le juge des référés. Notons également que si le législateur décidait de confier cette décision immédiatement aux directeurs de prisons, les commissions des plaintes qui viennent d'être mises sur pied pourraient être les organes compétents pour connaître des recours contre les décisions de refus.

Benjamin MINE,
Chercheur/Chef de travaux, Département de Criminologie, Institut National de
Criminalistique et de Criminologie (INCC), Service Public Fédéral (SPF) Justice

Luc ROBERT,
Chercheur postdoctoral, IRCP, UGent,
Chercheur invité, Institut National de Criminalistique et de Criminologie
(INCC), Service Public Fédéral (SPF) Justice

Olivia NEDERLANDT,
Professeure à l'ULB, professeure invitée à l'USL-B,
Chercheuse post-doctorante F.R.S.-FNRS

Alexia JONCKHEERE,
Chercheur/Chef de travaux, Département de Criminologie, Institut National de
Criminalistique et de Criminologie (INCC), Service Public Fédéral (SPF) Justice

Eric MAES,
Chercheur/Chef de travaux, Département de Criminologie, Institut National de
Criminalistique et de Criminologie (INCC), Service Public Fédéral (SPF) Justice

124 E. LARRAURI, *op. cit.*, p. 154.