

ACTUALITÉS DE DROIT PÉNAL

Hommage à Ann Jacobs

Sous la direction de
Fabienne Kéfer et
Adrien Masset



Université
de Liège

CRIMINAL

21

QUEL HORIZON POUR L'ÉTRANGER EN SÉJOUR ILLÉGAL CONDAMNÉ À UNE PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ ?

Françoise Tulkens

ancienne juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme
professeure émérite à l'U.C.L.
membre associée de l'Académie royale de Belgique

Damien Vandermeersch

avocat général à la Cour de cassation
professeur à l'U.C.L. et à l'Université Saint-Louis Bruxelles

Sommaire

Section 1	
Les perspectives offertes par le droit interne de l'exécution des peines	124
Section 2	
Les perspectives offertes par le cadre international: le transfèrement interétatique des personnes condamnées et les autres formes de reprise et de transfert de la surveillance de personnes libérées sous conditions	134
Section 3	
La situation du condamné sans permis de séjour face à l'exécution de sa peine : un sous-statut peu enviable	140
Section 4	
Les exigences des droits fondamentaux	144
Conclusion	155

Nous avons tous les deux pour Ann Jacobs une grande admiration et une sincère amitié. Ses qualités intellectuelles comme ses qualités personnelles sont profondes et attachantes. Nous t'offrons ces quelques pages, chère Ann, parce que nous pensons que la situation des étrangers est aujourd'hui un défi à notre humanité. Nous les soumettons à tes commentaires et à ta vigilance critique mais nous te souhaitons surtout beaucoup de bonheur dans la nouvelle vie que tu t'es choisie.

* * *

Suivant le ministre de la Justice, près d'un quart des détenus en Belgique ne disposent pas d'un droit de séjour en Belgique¹. Leur situation irrégulière de séjour paraît exclure tout projet de réinsertion en Belgique et pèse, dès lors, fort lourdement sur leur traitement dans le cadre de l'exécution des peines.

Nous nous proposons de passer en revue, d'abord, les possibilités qui s'ouvrent à ces détenus, comme modalités d'exécution de la peine, en Belgique ou à l'étranger, tant sur le plan interne (sect. 1) que sur le plan international (sect. 2), pour dresser ensuite le bilan préoccupant de la situation de cette sous-catégorie de condamnés (sect. 3). Enfin, nous examinerons dans quelle mesure le recours aux droits de l'homme permettrait d'ouvrir quelques fenêtres dans ce sombre tableau (sect. 4).

Section 1

Les perspectives offertes par le droit interne de l'exécution des peines

A. Bref rappel des conditions pour pouvoir bénéficier des modalités d'exécution de la peine

La 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 (ci-après dénommée loi relative au statut juridique externe des condamnés) régit les modalités d'exécution de la peine relevant de la compétence du ministre de la Justice (à savoir la permission de sortie, le congé pénitentiaire et l'interruption de l'exécution de la peine) et les modalités d'exécution de la peine qui sont de la compétence des tribunaux de l'application des peines (à savoir la détention limitée, la surveillance électronique, la libération conditionnelle et la mise en liberté provisoire en vue

1. Plan Justice du ministre de la Justice (p. 37), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54 1019/001, p. 231.

de l'éloignement du territoire ou de la remise pour les condamnés dont le total des peines à exécuter est supérieur à trois ans).

Pour le surplus, à défaut d'entrée en vigueur des dispositions de la loi du 17 mai 2006 qui y sont relatives, les modalités d'exécution majeures applicables aux condamnés à des peines dont le total n'est pas supérieur à trois ans restent régies essentiellement par des circulaires.

7

1. La permission de sortie

La permission de sortie qui consiste en la possibilité pour le détenu de quitter l'établissement pénitentiaire pour une durée de maximum seize heures, peut être accordée au condamné à *tout moment de la détention* en vue de :

- 1° défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels qui requièrent sa présence hors de la prison (par exemple, assister à une audience du tribunal de la jeunesse);
- 2° subir un examen ou un traitement médical en dehors de la prison.

Elle peut également être octroyée, *dans les deux années précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle*, en vue de préparer la réinsertion sociale du condamné.

En outre, il est exigé qu'il n'existe pas, dans le chef du condamné, de contre-indications auxquelles la fixation de conditions particulières ne puisse répondre. Les contre-indications portent sur le risque que le condamné se soustraie à l'exécution de sa peine, sur le risque qu'il commette des infractions graves pendant la permission de sortie ou sur le risque qu'il importune les victimes.

A priori, rien n'empêche donc le condamné sans titre de séjour de bénéficier de cette modalité si les conditions pour en bénéficier sont remplies.

2. Le congé pénitentiaire

Aux termes de la loi, le congé pénitentiaire, qui est la possibilité pour le détenu de quitter l'établissement pénitentiaire trois fois trente-six heures par trimestre, a pour objectifs :

- 1° de préserver et de favoriser les contacts familiaux, affectifs et sociaux du condamné;
- 2° de préparer la réinsertion sociale du condamné (art. 6, § 2, de la loi relative au statut externe des condamnés).

Le congé pénitentiaire est accordé à tout condamné qui satisfait aux conditions suivantes :

- 1° le condamné doit se trouver dans l'année précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle ;
- 2° il n'existe pas, dans le chef du condamné, de contre-indications auxquelles la fixation de conditions particulières ne puisse répondre (ces contre-indications portent sur le risque que le condamné se soustraie à l'exécution de sa peine, sur le risque qu'il commette des infractions graves pendant le congé pénitentiaire ou sur le risque qu'il importune les victimes) ;
- 3° le condamné marque son accord sur les conditions qui peuvent être attachées au congé pénitentiaire (art. 7 de la loi relative au statut externe des condamnés).

Sous la réserve de la question relative à l'impossibilité d'une réinsertion sociale en Belgique, le condamné sans titre de séjour peut bénéficier de congés pénitentiaires pour favoriser ses contacts familiaux, affectifs ou sociaux ou préparer sa réinsertion sociale à l'étranger (par exemple, en suivant une formation durant ses congés).

3. Les modalités d'exécution majeures applicables aux condamnés à des peines dont le total à exécuter dépasse trois ans

a) *La détention limitée et la surveillance électronique*

La détention limitée est un mode d'exécution de la peine privative de liberté qui permet au condamné de quitter, de manière régulière, l'établissement pénitentiaire pour une durée déterminée de maximum douze heures par jour. Elle peut être accordée au condamné afin de défendre des intérêts professionnels, de formation ou familiaux qui requièrent sa présence hors de la prison (art. 21 de la loi relative au statut externe des condamnés).

La surveillance électronique est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné subit l'ensemble ou une partie de sa peine privative de liberté en dehors de la prison selon un plan d'exécution déterminé, dont le respect est contrôlé notamment par des moyens électroniques (art. 22 de la loi relative au statut externe des condamnés).

Les conditions pour l'octroi d'une détention limitée ou d'une surveillance électronique sont identiques. La détention limitée ou la surveillance électronique peut être accordée au condamné qui se trouve, à six mois près, dans les conditions de temps pour l'octroi d'une libération conditionnelle et pour autant qu'il n'existe pas de contre-indications dans le chef du condamné. Les contre-indications portent sur :

- 1° l'absence de perspectives de réinsertion sociale du condamné;
- 2° le risque de perpétration de nouvelles infractions graves;
- 3° le risque que le condamné importune les victimes;
- 4° l'attitude du condamné à l'égard des victimes des infractions qui ont donné lieu à sa condamnation;
- 5° les efforts consentis par le condamné pour indemniser la partie civile, compte tenu de la situation patrimoniale du condamné telle qu'elle a évolué par son fait depuis la perpétration des faits pour lesquels il a été condamné.

En outre, le dossier du condamné doit contenir un plan de réinsertion sociale indiquant les perspectives de réinsertion du condamné (art. 48 de la loi relative au statut externe des condamnés).

À notre sens, rien n'empêche un condamné sans titre de séjour de bénéficier de ces mesures, le plan de réinsertion sociale pouvant, le cas échéant, être réorienté en vue d'une réinsertion à l'étranger. La détention limitée ou la surveillance électronique pourrait permettre, par exemple, à ce condamné de suivre un traitement ou une formation à cet effet.

b) La libération conditionnelle

La libération conditionnelle est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné subit sa peine en dehors de la prison, moyennant le respect des conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé (art. 24 de la loi relative au statut externe des condamnés).

La libération conditionnelle est subordonnée aux conditions de temps fixées à l'article 25, § 2, de la loi relative au statut externe des condamnés ainsi qu'à l'absence de contre-indications (celles-ci sont identiques à celles prévues pour la détention limitée et la surveillance électronique). Ici également, il est exigé qu'un plan de réinsertion sociale figure au dossier.

La Cour de cassation considère qu'en règle, dès lors que l'étranger en séjour illégal se trouve dans l'impossibilité de présenter un plan de réinsertion sociale tel que prévu par la loi, il ne peut pas bénéficier d'une libération conditionnelle, seule la mise en liberté en vue de l'éloignement du territoire pouvant être envisagée².

2. Voy. Cass., 25 janvier 2011, R.G. n° P.10.2053.N, *Pas.*, 2011, n° 72.

c) *La mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise*

Cette modalité d'exécution de la peine s'applique aux étrangers condamnés qui ne possèdent pas de titre de séjour valable ou de titre de séjour non encore échu ni de permis d'établissement³. Elle s'applique également à ceux qui font l'objet d'une demande d'extradition ou de remise⁴.

Les conditions de temps applicables à l'octroi de la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise sont identiques à celles applicables en matière de libération conditionnelle. En revanche, les contre-indications ont été adaptées à la mesure et portent sur :

- 1° les possibilités pour le condamné d'avoir un logement;
- 2° le risque de perpétration de nouvelles infractions graves;
- 3° le risque que le condamné importune les victimes;
- 4° les efforts fournis par le condamné pour indemniser les parties civiles compte tenu de la situation patrimoniale du condamné telle qu'elle a évolué par son fait depuis la perpétration des faits pour lesquels il a été condamné.

Enfin, à la différence des autres mesures, aucun plan de réinsertion sociale indiquant les perspectives de réinsertion du condamné n'est exigé ici.

Il y a lieu de mentionner également que l'article 20/1 de la loi relative au statut externe des condamnés, tel qu'introduit par la loi du 15 mars 2012⁵, permet au ministre de la Justice ou à son délégué de libérer un étranger sans titre de séjour en vue d'un éloignement ou d'un transfert vers un centre dépendant du ministre compétent en matière de séjour et d'éloignement des étrangers en vue de son éloignement imminent, et ce à partir de deux mois avant l'expiration de la peine privative de liberté exécutoire. Il s'agit d'une mesure de libération qui peut être prise à l'égard des étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté royal d'expulsion exécutoire, d'un arrêt ministériel de renvoi exécutoire ou d'un ordre de quitter le territoire exécutoire.

3. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-2005, n° 3-1128/1, p. 123. Voy. P. MONVILLE, « Le tribunal d'application des peines et la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire », *Le nouveau droit des peines: statuts juridiques des condamnés et tribunaux de l'application des peines*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2007, pp. 331 et s.

4. Il semble que le législateur n'ait pas pris ici en compte la possibilité d'une remise temporaire de la personne (cf. art. 24, § 2, de la loi relative au mandat d'arrêt européen).

5. *M.B.*, 30 mars 2012.

Les modalités pratiques de la mesure sont déterminées par une circulaire ministérielle⁶. Le directeur de la prison informe l'Office des étrangers de l'échéance de la peine du condamné sans droit de séjour septante-cinq jours avant la fin de sa ou ses peines. Si l'Office des étrangers décide d'éloigner ou de transférer le condamné vers un centre, le directeur procède à sa libération au plus tôt deux mois avant la fin de la peine de privation de liberté exécutoire⁷.

4. Les modalités d'exécution majeures applicables aux condamnés à des peines dont le total à exécuter n'excède pas trois ans⁸

a) La semi-liberté ou semi-détention

La semi-liberté est le régime du détenu qui passe la nuit dans l'établissement pénitentiaire et qui quitte la prison le matin pour se rendre sur son lieu de travail, suivre une thérapie ou une formation, à charge pour lui de réintégrer l'établissement en fin de journée pour y passer la nuit. Cette mesure est habituellement accordée dans la perspective d'une libération provisoire.

Depuis la circulaire ministérielle n° 1794 du 7 février 2007 relative au statut juridique externe des personnes condamnées, qui abroge la circulaire n° 1694 du 26 janvier 1999 relative à la semi-liberté, cette modalité semble être tombée en désuétude au profit de la surveillance électronique⁹.

b) La surveillance électronique

Aux termes de la circulaire ministérielle régissant la matière¹⁰, la surveillance électronique doit devenir la norme en matière d'exécution des peines dont le total n'excède pas trois ans. Ainsi les condamnés définitifs dont le total des peines d'emprisonnement principal effectif n'excède pas trois ans entrent immédiatement en ligne de compte pour bénéficier de la mesure de surveillance électronique.

6. Circ. min. n° 1815 du 7 mars 2013 relative aux étrangers détenus.

7. C. HOFFMANN et O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines à l'heure de la traçabilité », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale* (A. JACOBS et A. MASSET dir.), CUP, vol. 148, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 353.

8. Voy. D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, La Charte, 2015, pp. 389 à 398.

9. Voy. à ce sujet, M.-S. DEVRESSE, « La surveillance électronique des justiciables », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 2227-2228, 2014, 73 p.

10. La mesure de surveillance électronique est régie actuellement par la circulaire ministérielle n° ET/SE-2 du 17 juillet 2013 portant réglementation de la surveillance électronique en tant que modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement lorsque l'ensemble des peines en exécution n'excède pas trois ans d'emprisonnement, qui a remplacé différentes circulaires antérieures.

L'octroi de la mesure de surveillance électronique est subordonné aux conditions générales suivantes¹¹ :

- accord du condamné sur les instructions standard mais, si le condamné ne marque pas son accord, la peine est subie en prison;
- proposition par le condamné d'un lieu de résidence adapté et d'un numéro de téléphone portable ou fixe auquel il serait joignable;
- si le condamné n'est pas domicilié à l'adresse proposée, le directeur recueille l'accord des cohabitants majeurs concernés par l'exécution de la mesure;
- le condamné étranger doit pouvoir séjourner légalement en Belgique.

La circulaire précise donc que s'il ne remplit pas les conditions de séjour, le condamné étranger ne peut bénéficier de la mesure de surveillance électronique¹².

c) *La libération provisoire*

La libération provisoire est une mesure ministérielle révocable à tout moment et visant à suspendre la peine ou son exécution durant un délai déterminé pendant lequel le condamné est mis à l'épreuve dans l'attente d'une mesure de grâce, d'une libération conditionnelle éventuelles¹³ ou de la prescription de la peine.

La libération provisoire peut prendre deux formes : soit elle intervient avant toute forme d'exécution de la peine d'emprisonnement, soit le condamné est remis en liberté provisoirement après l'exécution d'une partie de sa peine.

Elle est réglée actuellement par une circulaire ministérielle du 15 juillet 2015¹⁴ qui fait une distinction entre les peines passées en force de chose jugée avant le 1^{er} février 2014 et celles devenues définitives après le 31 janvier 2014. Nous exposons ci-après le régime applicable aux peines devenues définitives après le 31 janvier 2014.

La libération provisoire vise quatre catégories de détenus :

- les condamnés dont le total des peines d'emprisonnement principal n'excède pas trois ans et qui ont le droit de séjour;
- les condamnés sans droit de séjour dans le pays;

11. Circ. min. n° ET/SE-2 du 17 juillet 2013, p. 2.

12. Il s'agit des étrangers qui ne séjournent pas légalement en Belgique ou qui ne sont pas en possession d'un passeport en cours de validité comme ressortissant d'un pays de l'Union européenne ou de l'espace Schengen.

13. Cass., 30 juin 2004, R.G. n° P.04.0784.F, *Pas.*, 2004, n° 367.

14. Circulaire ministérielle n° 1817 du 15 juillet 2015.

- les condamnés faisant l'objet d'une demande d'extradition;
- les condamnés dont la libération provisoire se justifie pour des raisons de santé.

Pour les condamnés en séjour légal:

- La mise en liberté est immédiate sans condition ni guidance pour les peines subsidiaires et celles dont le total n'excède pas quatre mois.
- Les condamnés devant subir une ou plusieurs peines d'emprisonnement principal dont le total dépasse quatre mois sans excéder six mois bénéficient d'une libération provisoire sans condition dès que le condamné a subi un mois d'emprisonnement (ou de surveillance électronique).
- Les condamnés devant subir une ou plusieurs peines d'emprisonnement principal dont le total dépasse six mois sans excéder un an sont libérés sans condition dès qu'ils ont subi une partie de leur peine¹⁵.
- Les condamnés devant subir une ou plusieurs peines d'emprisonnement principal dont le total dépasse un an sans excéder trois ans entrent en ligne de compte pour une libération provisoire – avec conditions et guidance – dès qu'ils ont atteint le tiers de leur(s) peine(s) et après contrôle des contre-indications indiquées dans la circulaire.

7

Pour les condamnés qui ne sont pas en ordre de séjour:

- Cinq mois avant la date d'admissibilité à la libération provisoire, une demande est adressée à l'Office des étrangers pour connaître ses intentions à l'égard du condamné.
- Si l'Office des étrangers ne compte pas prendre de mesure à son égard, le condamné est traité comme les autres condamnés.
- Si l'Office des étrangers compte délivrer un ordre de quitter le territoire à sa libération, le condamné est libéré provisoirement dans les mêmes délais que les autres condamnés.
- Si le condamné fait l'objet d'un arrêté royal d'expulsion, d'un arrêté ministériel de renvoi ou d'un ordre de quitter le territoire avec preuve d'éloignement effectif, la libération provisoire peut

15. Cette partie est déterminée en fonction du total des peines d'emprisonnement en exécution:
– si le total n'excède pas sept mois, cette partie représente un mois de détention;
– si le total dépasse sept mois sans excéder huit mois, cette partie représente deux mois de détention;
– si le total dépasse huit mois sans excéder un an, cette partie représente trois mois de détention.

intervenir dès le moment de l'éloignement effectif ou du transfert vers un centre fermé, et ce à partir de quatre mois avant la date d'admissibilité à la libération provisoire jusqu'à dix jours après cette date. Au-delà de ce délai, le justiciable sera libéré provisoirement avec un ordre de quitter le territoire et une interdiction d'entrée délivrée par l'Office des étrangers.

Une mise en liberté provisoire peut également être ordonnée afin d'extrader le condamné vers un pays qui le réclame.

La circulaire du 15 juillet 2015 organise enfin les conditions de libération provisoire des condamnés définitifs dont l'état de santé est incompatible avec la détention ou qui souffrent d'une affection pouvant entraîner la mort à court terme.

B. *L'avant-projet de loi « pot-pourri II »*¹⁶

Dans son Plan Justice 2015, le ministre consacre, dans la partie concernant l'exécution des peines privatives de liberté, un point particulier aux condamnés sans droit de séjour. Il estime qu'il y a lieu de faire une distinction plus nette entre les condamnés selon qu'ils peuvent ou non rester dans le pays après leur libération et que les condamnés sans titre de séjour doivent faire l'objet d'une approche différente en étant éloignés du territoire plus efficacement et plus rapidement et sous la condition de ne pas revenir en Belgique. Par ailleurs, il estime que ces derniers ne doivent pas pouvoir bénéficier des modalités alternatives d'exécution de la peine axées sur l'intégration dans la société belge. L'objectif du ministre est, dès lors, de réformer la législation de manière à dégager autant que possible une complémentarité avec la politique migratoire et de retour et les décisions de l'Office des étrangers (O.E.)¹⁷.

Ainsi, le titre IV de l'avant-projet de loi dit « pot-pourri II », contenant les dispositions modifiant la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des condamnés, concerne, à titre principal, le sort des condamnés sans titre de séjour¹⁸.

16. Avant-projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice. À l'heure où nous écrivons ces lignes, cet avant-projet est soumis à l'avis du Conseil d'État. Nous nous basons sur le texte de l'avant-propos dans sa version actualisée au 25 juin 2015.

17. Plan Justice du ministre de la Justice (pp. 49-50), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54 1019/001, pp. 243-244.

18. Dans son avis rendu d'office, le Conseil supérieur de la justice s'étonne du fait que, parmi les mesures envisagées par le Plan Justice concernant l'exécution des peines, seules se retrouvent dans l'avant-projet de loi celles relatives aux condamnés sans droit de séjour. Ainsi par exemple, les mesures visant, d'une part, à uniformiser la date d'admissibilité à une libération conditionnelle, en la fixant dans tous les cas à la moitié de la peine, et, d'autre part, à créer une distinction selon qu'il s'agit de condamnés à

L'avant-projet prévoit d'exclure la possibilité d'octroyer une permission de sortie, un congé pénitentiaire ou une interruption de l'exécution de la peine « s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume »¹⁹. Une règle identique est proposée pour empêcher l'octroi à un condamné sans titre de séjour d'une détention limitée, d'une surveillance électronique ou d'une libération conditionnelle²⁰.

Dans cette optique, la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire est redéfinie comme étant un « mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné, pour qui il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'il n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume, subit sa peine en dehors de la prison dans un autre pays que la Belgique, moyennant le respect de conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé. La mise en liberté provisoire du territoire est accordée au condamné qui, sur la base d'un jugement exécutoire ou d'un titre exécutoire, doit être transféré dans un autre pays »²¹.

En écho à cette nouvelle définition, il est prévu d'assortir la mise en liberté en vue de l'éloignement du territoire de la condition générale de l'obligation de quitter effectivement le territoire et d'une interdiction de revenir en Belgique pendant le délai d'épreuve, sauf si le condamné est en règle en ce qui concerne le droit de séjour et que le tribunal de l'application des peines lui en donne l'autorisation²².

Dans la même optique, l'avant-projet érige en cause de révocation de la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire, le fait de ne pas quitter effectivement le territoire ou de ne pas collaborer à son éloignement ou le fait de revenir sans autorisation sur le territoire²³.

Comme il était difficile, voire impossible, pour le tribunal de l'application des peines de vérifier l'effectivité de la contre-indication relative

7

des peines inférieures ou supérieures à cinq ans d'emprisonnement ne se retrouvent pas dans l'avant-projet de loi, alors qu'elles semblaient constituer des pistes intéressantes (Avis d'office sur l'avant-projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, juin 2015, p. 12).

19. Art. 147 insérant un nouvel article 20 dans la loi du 17 mai 2006: « art. 20. La permission de sortie, le congé pénitentiaire et l'interruption de l'exécution de la peine ne peuvent être accordés s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume ».
20. Art. 152 insérant un article 25/2 à la loi du 17 mai 2006: « art. 25/2. La détention limitée, la surveillance électronique et la libération conditionnelle ne peuvent être accordés s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume ».
21. Art. 153 de l'avant-projet insérant un article 25/3 à la loi du 17 mai 2006.
22. Art. 159 de l'avant-projet modifiant l'article 55 de la loi du 17 mai 2006.
23. Art. 164 de l'avant-projet.

à la disposition d'un logement pour les condamnés qui sont éloignés du territoire, l'avant-projet propose de supprimer cette contre-indication²⁴.

Enfin, lorsque l'étranger a été libéré dans les deux mois avant l'expiration de sa peine en vue de son éloignement ou de son transfert dans un centre pour étrangers en séjour illégal en application de l'article 20/1 de la loi du 17 mai 2006, il est prévu que si le condamné revient dans les deux ans sans être en règle de séjour, le procureur du Roi pourra ordonner son arrestation provisoire en vue de l'exécution du reliquat de la peine²⁵.

Section 2

Les perspectives offertes par le cadre international; le transfèrement interétatique des personnes condamnées et les autres formes de reprise et de transfert de la surveillance de personnes libérées sous conditions²⁶

La possibilité de transfèrement interétatique des personnes condamnées vise à rencontrer les difficultés résultant de l'incarcération d'une personne étrangère dans un environnement aliénant (langue, culture, ...). Elle vise, avant tout, à faciliter la réinsertion sociale du condamné en lui permettant de purger sa peine dans son propre environnement social et culturel et en favorisant, par la proximité géographique, les contacts avec ses proches. De même, la possibilité de faire reprendre par l'autorité étrangère la surveillance sur les personnes libérées sous conditions par décision de l'autorité judiciaire belge a pour objet de contribuer à l'effectivité des peines et des mesures, d'une part, et de favoriser le reclassement des intéressés, d'autre part²⁷.

24. Art. 157 de l'avant-projet.

25. Art. 148 de l'avant-projet.

26. Voy., à ce sujet, M.-A. BEERNAERT, H.D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 7^e éd., Bruxelles, La Charte, 2014, pp. 1743 à 1749, 1755 à 1765 et 1780 à 1787; voy. aussi D. VAN DAELE, « De tenuitvoerlegging in België van een vrijheidsbenemende straf of maatregel opgelegd in een andere lidstaat van de Europese Unie », *N. C.*, 2015, pp. 286-300.

27. Voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51-1555/001, pp. 3 et 7. La reconnaissance mutuelle et la surveillance des peines assorties du sursis avec mise à l'épreuve, des condamnations sous condition, des peines de substitution et des décisions de libération conditionnelle visent à accroître les chances de réinsertion sociale de la personne condamnée en lui donnant la possibilité de conserver ses liens familiaux, linguistiques, culturels et autres; l'objectif consiste toutefois également à améliorer le contrôle du respect des mesures de probation et des peines de substitution dans le but de prévenir la récidive et de tenir ainsi compte du souci de protection des victimes et de la société en général (décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008, cons. 8 du préambule).

A. Les dispositions applicables

En droit interne, la matière est régie par la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement interétatique des personnes condamnées, la reprise et le transfert de la surveillance de personnes condamnées sous condition ou libérées sous condition ainsi que la reprise et le transfert de l'exécution de peines et de mesures privatives de liberté²⁸.

Sur le plan international, la Convention européenne du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées, complétée par un Protocole additionnel du 18 décembre 1997, et la Convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition, signée à Strasbourg le 30 novembre 1964²⁹, constituent les instruments conventionnels principaux élaborés au sein du Conseil de l'Europe.

Pour l'exécution des peines privatives de liberté prononcées dans un autre État de l'Union européenne³⁰, les dispositions de la loi du 15 mai 2012 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux peines ou mesures privatives de liberté prononcées dans un État membre de l'Union européenne³¹ se substituent aux dispositions de la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement interétatique des personnes condamnées. Cette loi transpose en droit interne la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne³².

Enfin, toujours dans le cadre de l'Union européenne, la loi du 21 mai 2013 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution prononcées dans un État membre de l'Union européenne³³ définit les règles selon lesquelles un État membre de l'Union européenne autre que celui où la personne a été jugée reconnaît un jugement et, le cas échéant, une décision de probation prononçant des peines ou mesures non privatives de liberté³⁴ et surveille sur son territoire les conditions accompagnant ce jugement ou cette déci-

28. *M.B.*, 20 juillet 1990. Cette loi a été modifiée par la loi du 26 mai 2005 (*M.B.*, 10 juin 2005).

29. *M.B.*, 31 octobre 1970.

30. Cela ne vaut bien entendu que pour les États qui ont transposé en droit interne la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté.

31. *M.B.*, 8 juin 2012.

32. *J.O.U.E.*, L 327 du 5 décembre 2008, pp. 27 et s.

33. *M.B.*, 13 juin 2013.

34. Les peines et mesures qui, en droit belge, correspondent au champ d'application de la loi sont: le sursis et la suspension probatoires, la peine de travail et la libération conditionnelle (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1703/001, pp. 10-11).

sion³⁵. Cette loi transpose en droit interne la décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution³⁶.

B. *L'exécution à l'étranger des peines privatives de liberté*

1. Le régime applicable en dehors de l'Union européenne

Comme indiqué ci-dessus, l'exécution à l'étranger d'une peine privative de liberté prononcée en Belgique est régie par la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement interétatique des personnes condamnées, la reprise et le transfert de la surveillance de personnes condamnées sous condition ou libérées sous condition ainsi que la reprise et le transfert de l'exécution de peines et de mesures privatives de liberté ainsi que par la Convention européenne du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées, complétée par un Protocole additionnel du 18 décembre 1997³⁷.

Le transfèrement d'une personne condamnée à une peine privative de liberté est subordonné notamment aux conditions suivantes (voy. art. 3 de la Convention) :

- le condamné doit être ressortissant de l'État d'exécution³⁸;
- le condamné (ou son représentant légal) doit, en règle, marquer son accord sur le transfèrement (art. 3.1.). L'article 3 du Protocole additionnel à la Convention européenne sur le transfèrement des personnes condamnées fait à Strasbourg le 18 décembre 1997, n'exige pas le consentement de la personne condamnée lorsque cette der-

35. Sur cette loi, voy. C. VAN DEUREN, « Wederzijdse erkenning van vonnissen en probatievoorwaarden in de Europe Unie », *R.A.B.G.*, 2013, pp. 972-973. Sur la décision-cadre 2008/947/JAI du 27 novembre 2008 dont elle assure la transposition en droit belge, voy. S. NEVEU, « Probation measures and alternative sanctions in Europe: from the 1964 Convention to the 2008 Framework Decision », *N.J.E.C.L.*, 2013, pp. 134-153.

36. En principe, la décision-cadre devait être transposée par les États membres avant le 6 décembre 2011, mais de nombreux États, dont la Belgique, n'ont pas respecté cette échéance.

37. La Belgique a conclu avec le Maroc le 7 juillet 1997 une convention sur l'assistance aux personnes détenues et le transfèrement des personnes condamnées. L'article 5*bis* de cette convention tel qu'introduit par le protocole additionnel prévoit que le détenu de nationalité marocaine qui n'est pas admis au séjour en Belgique après sa libération, sera transféré, sans son consentement vers le Maroc (voy. lettre collective n° 115 du 22 novembre 2011 du S.P.F. Justice sur le transfèrement des personnes condamnées de nationalité marocaine).

38. Les États parties peuvent, par une déclaration, étendre le champ d'application à des personnes qui n'ont pas leur nationalité mais qui, par exemple, ont leur résidence habituelle et régulière sur leur territoire (voy. l'art. 3 de la loi du 23 mai 1990).

nière fait également l'objet d'une mesure d'expulsion ou de remise à la frontière (l'avis du condamné doit toutefois être pris en considération – voy. art. 5*bis* de la loi du 23 mai 1990);

- un accord doit intervenir entre les États concernés sur le transfèrement. Le transfèrement se fait donc uniquement sur une base volontaire.

Le transfèrement peut être demandé soit par l'État de condamnation, soit par l'État d'exécution (art. 2.3.) et la personne condamnée peut exprimer le souhait d'être transférée, soit auprès de l'État de condamnation, soit auprès de l'État d'exécution.

7

2. L'exécution des peines privatives de liberté dans un autre État de l'Union européenne

Les dispositions de la loi du 15 mai 2012 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux peines ou mesures privatives de liberté prononcées dans un État membre de l'Union européenne³⁹ régissent la reconnaissance des jugements et l'exécution de peines ou mesures privatives de liberté sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne autre que celui a prononcé le jugement⁴⁰ et se substituent à cet égard aux dispositions de la loi du 23 mai 1990.

L'objectif déclaré est de faciliter la réinsertion et la réintégration sociale du condamné (art. 2, § 1^{er}, al. 2).

L'article 4 de la loi du 15 mai 2012 établit une dualité de régime, à savoir un régime sans accord préalable de l'État d'exécution⁴¹ et un régime avec accord préalable. Le régime sans accord préalable s'applique lorsque l'exécution a lieu dans un État dont la personne condamnée est ressortissante et sur le territoire duquel elle vit, ou dans l'État membre dont la personne condamnée est ressortissante tout en n'y vivant pas et vers lequel la personne sera expulsée une fois dispensée de l'exécution de la peine.

39. M.B., 8 juin 2012.

40. Sur cette loi, voy. S. NEVEU, « La reconnaissance mutuelle des peines et mesures privatives de liberté. Une nouvelle étape de la construction d'un espace judiciaire européen », *J.T.*, 2012, pp. 665-669, ainsi que, du même auteur, « De la loi du 23 mai 1990 à la loi du 15 mai 2012: quelques développements récents en matière de transfert interétatique de l'exécution de la peine privative de liberté », *Ann. Dr. Louvain*, 2013, pp. 269 et s.

41. L'instauration de ce régime a été présentée comme étant l'une des principales valeurs ajoutées de la loi: alors que, dans le cadre des instruments du Conseil de l'Europe, le transfèrement d'une personne restait soumis à l'appréciation discrétionnaire de l'État d'accueil, dans le cadre du nouveau régime sans accord préalable applicable entre les États de l'Union européenne, l'État d'exécution ne peut plus refuser l'exécution du jugement étranger que sur la base de motifs de refus strictement limités et énumérés aux articles 11, 12 et 13 de la loi (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 53-1796/001, p. 11).

La loi du 15 mai 2012 énumère différentes causes de refus d'exécution, les unes étant obligatoires, les autres facultatives (voy. les art. 11 à 13).

En règle, le consentement du condamné est requis pour la transmission du jugement à l'État d'exécution (art. 6, § 1^{er} et 12, 1^o). Toutefois, ce consentement n'est pas requis dans trois hypothèses :

- lorsque la personne condamnée est ressortissante de l'État d'exécution et vit sur le territoire de celui-ci⁴² ;
- lorsque la personne condamnée sera expulsée vers l'État d'exécution une fois dispensée de l'exécution de la condamnation en vertu d'une mesure d'expulsion ou d'éloignement dans l'État d'émission ;
- lorsque la personne condamnée s'est réfugiée ou est retournée vers l'État d'exécution (art. 6, § 2).

L'autorité compétente pour transmettre un jugement rendu en Belgique aux fins de sa reconnaissance et de son exécution dans un autre État membre est soit le procureur du Roi de l'arrondissement judiciaire dans lequel le jugement a été prononcé si le condamné n'est pas détenu, soit le ministre de la Justice après consultation du procureur du Roi du lieu de détention si l'intéressé est détenu en Belgique (art. 30).

C. *La reprise et le transfert de la surveillance de personnes condamnées sous condition ou libérées sous condition*

La cohérence du régime de la libération conditionnelle et de celui de la mise en liberté en vue de l'éloignement du territoire requiert qu'un contrôle du respect des conditions puisse être exercé également à l'égard du condamné résidant à l'étranger.

C'est pourquoi l'article 17 de la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement interétatique des personnes condamnées, la reprise et le transfert de la surveillance de personnes condamnées sous condition ou libérées sous condition ainsi que la reprise et le transfert de l'exécution de peines et de mesures privatives de liberté tels qu'introduits par la loi du 26 mai 2005⁴³ prévoit la possibilité pour la Belgique, en application d'une convention internationale, de demander à un État étranger de reprendre la surveillance de personnes condamnées sous condition ou libérées sous condition en Belgique. Le consentement de la personne n'est pas exigé

42. Par rapport au régime antérieur de la loi du 23 mai 1990, il s'agit d'une hypothèse supplémentaire où le consentement du condamné n'est plus requis (pour une appréciation critique de cette nouveauté, voy. S. NEVEU, « La reconnaissance mutuelle des peines et mesures privatives de liberté. Une nouvelle étape de la construction d'un espace judiciaire européen », *op. cit.*, pp. 667-668).

43. *M.B.*, 10 juin 2005.

mais une convention internationale liant la Belgique et l'État d'exécution doit organiser cette possibilité.

En ce qui concerne l'Union européenne, la surveillance des libérés conditionnels séjournant à l'étranger est rendue possible aux termes de la loi du 21 mai 2013 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution prononcées dans un État membre de l'Union européenne⁴⁴ et de la décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution. Ces instruments peuvent s'appliquer notamment aux décisions de libération conditionnelle ou de mise en liberté en vue de l'éloignement du territoire⁴⁵.

L'article 5 de la loi du 21 mai 2013 établit une dualité de régime, à savoir un régime sans accord préalable de l'État d'exécution et un régime avec accord préalable. Le régime sans accord préalable s'applique lorsque l'exécution a lieu dans l'État de résidence légale et habituelle de la personne condamnée, lorsque celle-ci est retournée ou souhaite retourner dans cet État. Dans cette hypothèse, l'État d'exécution peut uniquement refuser de reconnaître le jugement et, le cas échéant, la décision de probation et de surveiller la peine ou la mesure sur la base de l'un des motifs de refus strictement limités et énumérés aux articles 11 à 13 de la loi. Le régime avec accord préalable est appliqué lorsque la personne condamnée souhaite exécuter la peine ou mesure non privative de liberté dans un autre État membre de l'Union européenne que celui où elle a sa résidence légale et habituelle. Dans cette deuxième hypothèse, la transmission du certificat et du jugement reste donc soumise à l'appréciation discrétionnaire de l'État d'accueil⁴⁶. Par ailleurs, le consentement de la personne concernée n'est pas exigé mais il convient de rappeler que la loi du 17 mai 2006 exige, pour l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine, l'accord du condamné sur les conditions imposées (art. 54, § 1^{er}, al. 2).

44. M.B., 13 juin 2013.

45. Voy. les articles 1 et 2 de la décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008.

46. Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1703/001, p. 12.

Section 3

La situation du condamné sans permis de séjour face à l'exécution de sa peine : un sous-statut peu enviable

A. *L'exclusion des condamnés sans titre de séjour du bénéfice des modalités d'exécution visant une réinsertion sociale en Belgique*

Le droit de l'exécution des peines privatives de liberté repose sur deux objectifs, qui sont censés agir de façon interdépendante, à savoir la réinsertion sociale et la réhabilitation du condamné, d'une part, et la prévention de la récidive, d'autre part.

Aux fins de réaliser ces objectifs, le régime relatif aux modalités d'exécution de la peine mis en place par la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des condamnés prévoit un régime graduel de modalités permettant au condamné détenu de subir, de façon progressive, une partie de sa peine privative de liberté *extra muros*.

Dans son Plan Justice 2015, le ministre annonce que la réhabilitation et la réinsertion sociales vont recevoir à nouveau la priorité dans l'exécution des peines d'emprisonnement mais il précise immédiatement que cela ne concerne pas les détenus sans titre de séjour qui « peuvent être libérés à condition qu'ils ne reviennent pas en Belgique après leur libération et leur éloignement du territoire »⁴⁷. Le ministre est très explicite sur ce point : les condamnés sans droit de séjour ne peuvent pas entrer en ligne de compte pour des modalités alternatives d'exécution de la peine, axées sur la réinsertion dans la société belge, telle que la permission de sortie, le congé pénitentiaire, la détention limitée ou la surveillance électronique car ils ne peuvent pas se construire un avenir durable dans notre pays mais sont au contraire obligés de quitter le territoire⁴⁸.

Nous avons vu que pour les condamnés à des peines dont le total à exécuter ne dépasse pas trois ans, le condamné sans autorisation de séjour était exclu, aux termes des circulaires ministérielles, du bénéfice de la surveillance électronique et que sa libération provisoire n'était envisageable qu'en vue de sa mise à disposition de l'Office des étrangers dans la perspective de son éloignement. L'avant-projet de loi « pot-pourri II », qui entend modifier les dispositions de la loi du 17 mai 2006, s'inscrit dans la même optique en excluant, de façon explicite et sans prévoir d'except-

47. Plan Justice du ministre de la Justice (p. 37), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54 1019/001, p. 231.

48. Plan Justice du ministre de la Justice (p. 50), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54 1019/001, p. 244.

tions, les étrangers sans titre de séjour du bénéfice non seulement de la libération conditionnelle mais également des permissions de sortie, des congés pénitentiaires, de la détention limitée et de la surveillance électronique.

Il est vrai que l'étranger sans titre de séjour n'a, *a priori*, pas de perspective de réinsertion sociale en Belgique du fait de son séjour illégal mais il n'est pas pris en compte ici de la possibilité dont disposerait le condamné de pouvoir régulariser sa situation de séjour⁴⁹.

Cette approche nous paraît perdre de vue les autres finalités qui peuvent être assignées à ces mesures. D'abord et avant tout, il est question d'un traitement plus humain des personnes qui exécutent une peine privative de liberté. Ainsi, comment peut-on justifier qu'un condamné sans titre de séjour soit totalement privé du droit de bénéficier d'une permission de sortie alors qu'il devrait subir, d'urgence, *extra muros* un examen médical, rendre un dernier hommage à un proche parent décédé ou assister à une audience du tribunal de la jeunesse concernant ses enfants. Ensuite, ces modalités ont été aussi instituées pour préserver et favoriser les contacts familiaux, affectifs et sociaux du condamné⁵⁰, ces contacts pouvant se situer en Belgique même pour l'étranger sans titre de séjour. Enfin, des permissions de sortie ou les congés pénitentiaires pourraient être mis à profit par l'étranger pour effectuer les démarches en vue de sa réinstallation et de sa réinsertion à l'étranger dans le cadre d'une mise en liberté en vue de l'éloignement du territoire. La détention limitée et la surveillance électronique pourraient également offrir l'occasion au condamné sans titre de séjour de bénéficier d'un traitement ou d'une formation de nature à favoriser sa réinsertion à l'étranger.

B. *L'exécution alternative des peines privatives de liberté encourues par l'étranger en séjour illégal : un droit exclusivement axé sur son éloignement du territoire*

Dès lors qu'apparemment, toute possibilité de réinsertion en Belgique doit être bannie pour les condamnés sans titre de séjour, seule une réinsertion de ces personnes à l'étranger est envisagée.

Ainsi, dès le stade de la détention, il est permis que cette détention puisse s'exécuter dans le pays d'origine de l'étranger : comme nous l'avons relevé, la procédure de transfèrement interétatique des personnes condamnées vise à faciliter la réinsertion sociale du condamné en lui permettant de purger sa peine dans son propre environnement social

49. Voy. *infra*.

50. Voy. l'art. 6, § 2, 1°, de la loi du 17 mai 2006 en ce qui concerne le congé pénitentiaire.

et culturel et en favorisant, par la proximité géographique, les contacts avec ses proches. Encore faut-il que ces objectifs correspondent à la réalité concrète du condamné⁵¹.

La mise en liberté en vue de l'éloignement du territoire vise, de façon explicite, à assurer l'éloignement effectif et durable du territoire : l'avant-projet de loi du ministre entend d'ailleurs imposer dans ce cadre l'obligation pour le condamné de quitter effectivement le territoire et l'interdiction de revenir en Belgique pendant le délai d'épreuve. Dans le cadre de la coopération internationale, cette mesure peut être couplée avec un transfert de la surveillance à l'État étranger en vue d'assurer un meilleur contrôle des conditions particulières qui seraient imposées.

C. *Les condamnés étrangers en situation de séjour « grise » : l'impasse totale*

Pour les condamnés en séjour illégal, qui n'ont pratiquement aucune attache avec la Belgique, il paraît cohérent de prévoir l'organisation de leur réinsertion dans leur pays d'origine. Mais nombreux sont les condamnés sans titre de séjour qui ont toutefois tissé en Belgique des liens – familiaux, affectifs et sociaux – forts et durables⁵². Ces personnes qui ont quitté leur pays d'origine parfois depuis de nombreuses années et sous la contrainte, n'envisagent pas d'autre avenir qu'en Belgique par la voie d'une régularisation et sont déterminées à y rester quoi qu'il advienne. C'est le cas notamment des étrangers qui n'ont plus aucune attache dans leur pays d'origine et qui ont tissé des liens – notamment familiaux⁵³ – solides avec la Belgique.

Or, force est de constater que l'approche qui est actuellement retenue repose sur le postulat du caractère immuable de la situation de séjour – irrégulière – du condamné sans titre de séjour et sur l'hypothèse qu'une telle personne ne peut se voir offrir ni place ni avenir en Belgique.

Un tel point de vue ne nous paraît pas résister aux faits : nombreux sont les étrangers sans titre de séjour qui introduisent et obtiennent la régularisation de leur situation de séjour ou qui, nonobstant des décisions de refus de séjour, restent sur le territoire à défaut de possibilité effec-

51. Voy. *infra*.

52. Cette situation explique vraisemblablement le nombre peu élevés de détenus étrangers qui sont éloignés avant d'avoir accompli l'entièreté de leur peine : à titre d'exemple, sur un total de 13.855 libérations en 2012, seuls 313 détenus ont été libérés provisoirement en vue de leur éloignement du territoire (C. HOFFMANN et O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines à l'heure de la traçabilité », *op. cit.*, p. 354).

53. Ainsi en est-il de l'étranger dont toute la famille réside en Belgique.

tive d'éloignement⁵⁴. Il y en a d'autres qui ont théoriquement toujours droit au séjour en Belgique mais qui, pour des raisons administratives (par exemple, le non-renouvellement du titre de séjour à la suite de l'incarcération), ne disposent plus d'un titre de séjour valable.

Cette approche conduit les autorités à considérer que tout étranger sans titre de séjour est, du fait même de sa situation de séjour, exclu du bénéfice d'une modalité d'exécution de la peine, même transitoire, à l'exception d'une libération en vue de l'éloignement du territoire⁵⁵.

Dans son avis sur l'avant-projet de loi « pot-pourri II », le Conseil supérieur de la Justice a fermement critiqué la volonté d'exclure du bénéfice des mesures alternatives d'exécution de la peine à réaliser en Belgique les condamnés sans titre de séjour, l'avant-projet de loi ne distinguant pas, parmi les condamnés, ceux qui n'ont pas de droit au séjour et qui ne pourront jamais l'avoir, et ceux qui se trouvent dans une situation de séjour précaire et/ou temporaire mais régularisable. Il estime que le fait de priver cette deuxième catégorie de condamnés du bénéfice des modalités alternatives d'exécution de la peine précitées est disproportionné et pourrait en outre avoir des effets contraires à ceux recherchés par l'avant-projet de loi, à savoir diminuer la population carcérale⁵⁶. Ces condamnés n'ont en effet pas d'autre choix, dans ce contexte, que celui d'exécuter leur peine jusqu'à son terme, à défaut d'avoir des attaches dans leur pays d'origine⁵⁷.

Cette approche binaire de la situation d'un étranger – soit il est admis au séjour et il bénéficie de toute la palette des modalités d'exécution de la peine; soit il est sans titre de séjour et la seule alternative qui s'ouvre à lui est celle de la mise en liberté en vue de son éloignement du territoire – mène les étrangers en situation « grise », c'est-à-dire ceux qui espèrent une régularisation future en Belgique, dans une voie sans issue. Étant privés des modalités d'exécution de la peine exécutées en Belgique (permissions de sortie, congés pénitentiaires, surveillance électronique ou libération conditionnelle), il ne leur restera qu'à purger leur condamnation jusqu'à fond de peine sans pouvoir bénéficier, entre-temps, d'aucune des mesures alternatives d'exécution *extra muros*.

54. Pour certains d'entre eux, la situation de crise humanitaire régnant dans leur pays rend improbable toute perspective de retour à court terme.

55. Voy. C. HOFFMANN et O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines à l'heure de la traçabilité », *op. cit.*, p. 353.

56. Le C.S.J. signale que dans la pratique actuelle, les tribunaux de l'application des peines accordent parfois des permissions de sorties voire des congés pénitentiaires ou d'autres mesures à des condamnés sans droit de séjour, dans le but de leur permettre d'accomplir, à l'occasion de ces sorties, des démarches administratives en vue de régulariser leur situation de séjour.

57. Avis d'office sur l'avant-projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, juin 2015, p. 12.

Pour ces étrangers, toute la philosophie du système visant une remise en liberté progressive et encadrée par des conditions ne peut trouver à s'appliquer. Pour ceux-ci, la prison ne constitue plus l'*ultimum remedium* mais devient l'*anti-remedium*.

Au terme de cette analyse, un constat s'impose : le droit belge de l'exécution des peines génère une discrimination au détriment des condamnés sans titre de séjour. Or, en amont déjà, cette dernière population fait davantage l'objet de peines d'enfermement : du fait de leur séjour irrégulier, ces personnes se trouvent, en règle, exclues du bénéfice des peines dites alternatives telles que la peine de travail et les mesures de probation (ou dans un avenir proche, la peine de probation et la peine de surveillance électronique), ces mesures supposant un séjour régulier en Belgique.

Aussi, peu nombreux sont les étrangers en séjour irrégulier qui sont libérés anticipativement en vue de leur éloignement et même dans cette hypothèse, certains choisissent de rester en Belgique malgré le risque de voir leur libération révoquée⁵⁸.

La libération, tôt ou tard⁵⁹, du condamné et sa réinsertion sociale constituent un pari qu'a fait le législateur en organisant les différentes modalités d'exécution de la peine. Une attitude équitable et humanitaire requiert que les étrangers sans titre de séjour ne se trouvent pas, par la loi ou de facto, exclus de ce défi.

Section 4

Les exigences des droits fondamentaux

La Convention européenne des droits de l'homme peut-elle offrir une piste de solution pour sortir de la double impasse dans laquelle est enfermé l'étranger sans titre de séjour et qui a été condamné à une peine privative de liberté ? Certes, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas (encore) été confrontée concrètement et directement à la situation que nous venons d'évoquer et il n'y a donc pas de jurisprudence en la matière, ni *a fortiori* de précédent. Cependant, elle a eu de nombreuses occasions de se prononcer sur deux questions qui nous semblent très proches et dont la prise en considération par la Cour pourrait constituer de sérieuses limitations à la mise en œuvre de la politique engagée par l'avant-projet de loi « pot-pourri II ». Il s'agit, d'une part, de la place de la réinsertion des personnes condamnées dans la justification et la mesure de la peine privative de liberté (A) et, d'autre part, des exigences du respect

58. C. HOFFMANN et O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines à l'heure de la traçabilité », *op. cit.*, p. 354.

59. Suivant plusieurs études criminologiques, il vaut mieux tôt que tard.

de la vie privée et familiale dans l'expulsion des personnes étrangères (B). En fait ces deux questions devraient aussi être examinées à la lumière de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme qui interdit toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention.

A. Les exigences de la réinsertion

7

En ce qui concerne le prononcé et l'exécution de la peine privative de liberté, examinés dans différents contextes au regard de l'article 3, de l'article 5 et de l'article 8 de la Convention, la Cour a développé ces dernières années une jurisprudence qui s'attache aux exigences de la réinsertion des personnes condamnées, même dans les situations les plus difficiles et les plus extrêmes.

L'arrêt *Mastromatteo c. Italie* du 24 octobre 2002 porte sur un meurtre commis par un détenu bénéficiant d'une permission de sortie ou d'un régime de semi-liberté. Il est particulièrement important en ce qu'il concerne la difficile confrontation de la libération conditionnelle et de l'obligation pour les États de protéger le droit à la vie. Au titre des principes généraux, la Cour observe qu'« [u]ne des fonctions essentielles d'une peine d'emprisonnement est de protéger la société, par exemple en empêchant un criminel de récidiver et de nuire ainsi davantage »⁶⁰. Mais, en même temps, elle « reconnaît le but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement. Dans cette optique, elle conçoit le bien-fondé de mesures – telles que des sorties temporaires – permettant la réinsertion sociale du détenu, même lorsque celui-ci a été condamné pour des crimes violents »⁶¹. En l'espèce, la Cour estime que « rien n'indique que le régime des mesures de réinsertion applicable en Italie à l'époque des faits doive être mis en cause sur le terrain de l'article 2 [de la Convention] »⁶².

Dans l'affaire *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007 concernant l'insémination artificielle en prison, la réponse de la Cour à l'argument du gouvernement selon lequel la confiance du public dans le système pénitentiaire serait compromise si les éléments rétributifs et dissuasifs d'une peine pouvaient être annihilés par le fait d'autoriser des détenus coupables d'infractions graves à concevoir des enfants est très nette⁶³. Tout en admettant que la punition reste un des buts de la détention, la Cour souligne « que les politiques pénales en Europe évoluent et accordent une importance croissante à l'objectif de réinsertion de la détention, en par-

60. Cour eur. D.H. (gde ch.), 24 octobre 2002, arrêt *Mastromatteo c. Italie*, § 72.

61. *Ibid.*

62. *Ibid.*, § 73.

63. Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 décembre 2007, arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*, § 75.

ticulier vers la fin d'une longue peine d'emprisonnement»⁶⁴. En se fondant sur l'analyse du droit pertinent, la Cour rappelle les objectifs d'une peine d'emprisonnement: «[l]es criminologues se réfèrent aux différentes fonctions qui sont traditionnellement assignées à la peine et qui incluent, notamment, la rétribution, la dissuasion, la protection du public et la réinsertion. Cependant, on observe ces dernières années une tendance à accorder une importance croissante à l'objectif de réinsertion, comme le démontrent notamment les instruments juridiques élaborés sous l'égide du Conseil de l'Europe. Reconnue autrefois comme un moyen de prévenir la récidive, la réinsertion, selon une conception plus récente et plus positive, implique plutôt l'idée d'un reclassement social par la promotion de la responsabilité personnelle»⁶⁵. Comme l'analyse J.-P. Marguénaud, «la Cour de Strasbourg, qui ne s'adresse pas qu'à l'État défendeur dans une affaire donnée, choisit opportunément son heure pour rappeler à tous ceux qui contribuent à élaborer la législation criminelle qu'ils n'ont pas à être à la merci de [l'opinion publique et de] l'émotion suscitée dans l'opinion par les présentateurs des journaux télévisés de la mi-journée»⁶⁶.

Dans cette perspective, l'arrêt *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni* du 18 septembre 2012 qui concerne le volet pédagogique de peines d'emprisonnement et la régularité de celles-ci est intéressant dans la mesure où la Cour se penche pour la première fois et de manière approfondie sur des traitements de réadaptation offerts à des détenus d'une certaine catégorie. La Cour conclut à la violation de l'article 5, § 1, de la Convention en raison du défaut d'accès, pour des personnes condamnées à des peines de prison à durée indéterminée pour la protection du public, à des cours de réadaptation appropriés, à l'issue de leur peine minimale (*tariff*)⁶⁷.

L'arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni* du 9 juillet 2013 concerne les condamnés à la réclusion à perpétuité⁶⁸. Dans ce contexte, la Cour rappelle de manière générale qu'«[i]l va de soi que nul ne peut être détenu si aucun motif légitime d'ordre pénologique ne le justifie»⁶⁹. Parmi ceux-ci, elle évoque expressément l'impératif de réinsertion. En fait, dans cet arrêt, la Cour prend en considération son propre précédent, à savoir l'arrêt *Kafkaris c. Chypre* du 12 février 2008, ce qui est très significatif

64. *Ibid.*

65. *Ibid.*, § 28. L'arrêt *Choreftakis et Choreftaki c. Grèce* du 17 janvier 2012 s'oriente dans la même direction et confirme la jurisprudence de la Cour (§§ 23 et s.).

66. J.-P. MARGUÉNAUD, «Le droit des détenus au respect de leur décision de devenir parents génétiques», *Revue de science criminelle*, 2008, p. 140.

67. Cour eur. D.H., 18 septembre 2012, arrêt *James, Wells et Lee c. Royaume-Uni*, § 221.

68. Cour eur. D.H. (gde ch.), 9 juillet 2013, arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni*. Voy. D. ROETS, «Du droit à l'espoir des personnes condamnées à la réclusion à perpétuité», *Revue de science criminelle*, 2013, pp. 649 et s.

69. Cour eur. D.H. (gde ch.), 9 juillet 2013, arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, § 111.

de la manière dont la jurisprudence évolue progressivement⁷⁰. En ce qui concerne l'objectif de réinsertion des détenus, la Cour précise que «les instruments pertinents du Conseil de l'Europe (...) démontrent tout d'abord que [cet] impératif (...) vaut tout autant pour les détenus condamnés à la prison à vie et ensuite que, lorsque pareils détenus s'amendent, ils doivent eux aussi pouvoir espérer bénéficier d'une libération conditionnelle»⁷¹. Elle relève aussi que l'«on trouve dans le droit international cette même volonté de réinsérer les condamnés à perpétuité et de leur offrir la perspective d'être libérés un jour»⁷². La reconnaissance de la dignité humaine des détenus, y compris ceux qui sont condamnés à la réclusion à perpétuité, implique qu'ils puissent se voir donner la possibilité de se réinsérer afin qu'ils puissent mener à l'avenir une vie exempte d'infraction. À cet égard, la grande chambre relève que des arguments similaires peuvent être trouvés dans les rapports du Comité de prévention de la torture et dans divers textes du Conseil de l'Europe tels que, notamment, les Règles pénitentiaires européennes de 2006 ainsi que dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans l'ensemble des Règles *minima* pour le traitement des détenus des Nations Unies⁷³. Dès lors, dans ce contexte, l'absence d'accès effectif pour les détenus à un système de suspension ou de libération conditionnelle peut *a priori* être considéré comme un traitement inhumain et dégradant.

7

L'arrêt *Velyo Velez c. Bulgarie* du 27 mai 2014 concerne le refus d'inscrire un prévenu à l'école d'un établissement pénitentiaire. La Cour conclut à la violation de l'article 2 du Protocole n° 1 à la Convention, rappelant que les prisonniers légalement détenus continuent de jouir de tous les droits et libertés fondamentaux garantis par la Convention, à l'exception du droit à la liberté. Le requérant avait donc le droit à l'instruction garanti par l'article 2 du Protocole n° 1. Ce droit imposait à la Bulgarie l'obligation d'offrir un accès effectif aux établissements d'enseignement existants, y compris en milieu carcéral. Dès lors, il incombait au gouvernement de démontrer que l'exclusion du requérant était prévisible et qu'elle a poursuivi un but légitime auquel elle aurait été proportionnée, ce qui n'était pas le cas en l'espèce⁷⁴.

L'arrêt *Harakchiev et Tolumov c. Bulgarie* du 8 juillet 2014 est particulièrement intéressant en raison des observations que la Cour y formule au sujet du lien entre les possibilités offertes à un détenu de faire la preuve de ses progrès sur la voie de la réinsertion et ses chances d'obtenir une

70. Cf. D. VAN ZYL SMIT, «Droits de l'homme : droit de toute personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité d'avoir une perspective de libération», *AJ Pénal*, 2013, pp. 494 et s.

71. Cour eur. D.H. (gde ch.), 9 juillet 2013, arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, § 116.

72. *Ibid.*, § 118.

73. *Ibid.*, §§ 116 et s.

74. Cour. eur. D.H., 27 mai 2014, arrêt *Velyo Velez c. Bulgarie*, § 42.

libération anticipée. Certes, la Cour rappelle que la Convention ne garantit pas (encore) en tant que tel le droit des détenus à la réinsertion et que l'article 3 n'impose pas aux autorités l'obligation « absolue » d'offrir aux détenus des programmes et activités pour leur amendement ou leur réinsertion. Elle souligne cependant que l'article 3 exige en revanche des autorités qu'elles donnent aux détenus purgeant une peine perpétuelle une chance, aussi mince soit-elle, de retrouver un jour la liberté⁷⁵. À cet égard, la Cour note que, en dépit de la nouvelle politique en matière de grâce, les effets délétères de ce qu'elle dénomme un « régime appauvri », joints aux conditions matérielles insatisfaisantes dans lesquelles le requérant a été incarcéré, n'ont pu qu'amoindrir considérablement ses chances de s'amender et donc d'entretenir véritablement l'espoir d'un jour accomplir des progrès et de le prouver afin d'obtenir une réduction de peine⁷⁶.

Le tout récent arrêt *Khoroshenko c. Russie* de la grande chambre du 30 juin 2015 examinant, au regard de l'article 8 de la Convention, l'enfermement de longue durée et le droit aux visites, est à notre avis une pièce décisive dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour concernant la réinsertion. L'arrêt fait le point sur la position de la Cour quant à l'importance qui doit être accordée par les États, dans leur politique pénale, à l'objectif de réhabilitation et de réintégration de l'emprisonnement⁷⁷. De manière significative, alors que l'affaire *Dickson* soulignait l'importance particulière de la réhabilitation à la fin d'une longue peine et que l'affaire *Vinter et autres* soulignait son importance particulière pour la mise en liberté, dans l'affaire *Khoroshenko* la Cour impose clairement aux États l'obligation de se montrer proactifs à cet égard, indépendamment de tels contextes de fin de peine / mise en liberté et visant en particulier les visites en détention. À cet égard, la Cour attache notamment « une importance considérable » aux recommandations du Comité européen pour la prévention de la torture (C.P.T.) qui indiquent que les régimes proposés aux détenus purgeant de longues peines devraient être de nature à compenser les effets désocialisants de l'emprisonnement de manière positive et proactive⁷⁸. Elle rappelle aussi que « [c]et objectif cadre avec l'article 10, § 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en vigueur à l'égard de la Russie depuis 1973, qui dispose que le but essentiel du traitement des détenus est leur amendement et leur reclassement social (...). Cet objectif apparaît également dans plusieurs autres instruments, qui soulignent que les autorités pénitentiaires doivent consentir des efforts pour œuvrer à la réinsertion et à l'amendement de tous les détenus, y

75. Cour eur. D.H., 8 juillet 2014, arrêt *Harachiev et Tolumov c. Bulgarie*, § 264.

76. *Ibid.*, § 266.

77. Cour. eur. D.H. (gde ch.), 30 juin 2015, arrêt *Khoroshenko c. Russie*, § 121.

78. *Ibid.*, § 144.

compris les personnes condamnées à des peines de réclusion à perpétuité (règles 6, 102.1 et 102.2 des Règles pénitentiaires européennes de 2006, points 6 et 11 de la Résolution 76(2) du Comité des ministres, et paragraphes 2 *in fine*, 5, 22 et 33 de la Recommandation Rec(2003)23 du Comité des ministres concernant la gestion par les administrations pénitentiaires des condamnés à perpétuité et des autres détenus de longue durée (...))⁷⁹.

Comme l'observent à juste titre certains auteurs, on peut voir dans ces arrêts de la Cour « la reconnaissance implicite du droit à la réinsertion » des détenus⁸⁰. Une telle lecture de cette jurisprudence, qui se construit progressivement mais certainement, n'a rien de novateur ni de provocateur. Déjà en 1977, dans son arrêt *Lebenslange Freiheitsstrafe*⁸¹, la Cour constitutionnelle allemande considéra que la réinsertion était un impératif constitutionnel pour toute société faisant de la dignité humaine son pilier. C'est ce constat qui a conduit la haute juridiction à conclure que les autorités carcérales avaient le devoir d'œuvrer à la réinsertion des condamnés, même des condamnés à perpétuité. Invoquant cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme ajoute, dans l'arrêt *Vinter et autres* du 9 juillet 2013 que nous venons d'évoquer, que « [d]es considérations similaires doivent s'appliquer dans le cadre du système de la Convention, dont l'essence même, la Cour l'a souvent dit, est le respect de la dignité humaine »⁸².

Une dernière observation doit être formulée au regard de l'article 14 de la Convention. En prévoyant de manière aussi automatique et catégorique que les détenus étrangers sans titre de séjour ne peuvent entrer en ligne de compte pour des modalités d'exécution de la peine axées sur la réinsertion, avec toutes les conséquences qui en découlent, la question peut être posée d'une éventuelle discrimination dans la jouissance des droits et libertés garantis par la Convention fondée notamment sur la nationalité ou « toute autre situation ». L'exclusion des détenus étrangers des possibilités de réinsertion est-elle justifiée par des raisons objectives et raisonnables ? De sérieux doutes sont permis.

79. *Ibid.*, § 145.

80. Cf. D. VAN ZYL SMIT, « Droits de l'homme : droit de toute personne condamnée à la réclusion criminelle à perpétuité d'avoir une perspective de libération », *AJ Pénal*, 2013, p. 496. Voy. aussi Cl. OVEY, « Ensuring respect of the rights of prisoners under the European Convention on Human Rights as part of their reintegration process », intervention lors de la 19^e Conférence du Conseil de l'Europe des Directeurs des services pénitentiaires et de probation sur le thème *Prison et Probation : des objectifs communs, des valeurs communes* (17-18 juin 2014, Helsinki).

81. Cour constitutionnelle fédérale allemande, arrêt du 21 juin 1977, *BVerfGE*, t. 45, p. 187. Voy. P. BON et D. MAUS, *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, n° 32 et note M. Fromont.

82. Cour eur. D.H. (gde ch.), 9 juillet 2013, arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, § 113.

À cet égard, il convient de rappeler la Recommandation CM/Rec(2012)12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres relative aux détenus étrangers du 10 octobre 2012 qui s'inscrit dans la volonté « d'atténuer l'isolement potentiel des détenus étrangers et de faciliter leur prise en charge en vue de leur réinsertion sociale » et considère « que la prise en charge devrait tenir compte des besoins spécifiques des détenus étrangers, du fait qu'ils sont détenus dans un État dont ils ne sont ni ressortissants ni résidents, afin de leur garantir des chances égales à celles des autres détenus »⁸³. L'objectif à cet égard « est d'attirer l'attention des autorités nationales compétentes sur le fait que les détenus étrangers devraient être traités d'une manière qui garantisse, autant que possible, une égalité réelle de traitement avec les autres détenus. Cela pourrait exiger de ces autorités de prendre des mesures supplémentaires afin de lutter contre une éventuelle discrimination contre les détenus étrangers. Ces mesures ne visent pas à donner – et ne devraient pas être réinterprétées comme donnant – aux détenus étrangers plus de droits et de libertés qu'aux autres détenus. La Recommandation tente de résoudre les difficultés auxquelles sont confrontés les détenus étrangers en préconisant les mesures spécifiques qui doivent être prises pour réduire le nombre de prévenus et de délinquants étrangers incarcérés, améliorer la prise en charge de ces détenus et répondre à leurs besoins sociaux et personnels spécifiques. L'objectif n'est pas seulement de traiter des conditions de détention auxquelles ils sont soumis, mais également de faciliter leur réinsertion sociale une fois remis en liberté, qu'ils restent dans le pays où ils ont purgé leur peine ou qu'ils retournent dans leur pays d'origine »⁸⁴. Dans cette perspective, il est précisé au titre des principes fondamentaux que « [l]e régime pénitentiaire doit prendre en compte les besoins sociaux particuliers des détenus étrangers et doit les préparer en vue de leur remise en liberté et de leur réinsertion sociale »⁸⁵. En ce qui concerne les conditions de détention, « [a]fin de s'assurer que les détenus étrangers ont un égal accès à un programme d'activités équilibré, les autorités pénitentiaires doivent, le cas échéant, prendre des mesures spécifiques pour surmonter les difficultés auxquelles les détenus étrangers peuvent être confrontés »⁸⁶. Par ailleurs, [l]'accès aux activités ne doit pas être limité par le fait que les détenus concernés peuvent être transfé-

83. Recommandation CM/Res(2012)12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres relative aux détenus étrangers, adoptée le 10 octobre 2012, lors de la 1152^e réunion des délégués des ministres, Préambule.

84. Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Commentaire de la Recommandation CM/Res(2012)12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres relative aux détenus étrangers, Doc. CM(2012)108 add, Introduction, p. 1.

85. Recommandation CM/Res(2012)12 du Comité des ministres aux États membres relative aux détenus étrangers, *op. cit.*, pt 9.

86. *Ibid.*, pt 26.1.

rés, extradés ou expulsés»⁸⁷. Enfin, s'agissant de la remise en liberté, « [l]a préparation à la remise en liberté des détenus étrangers doit commencer au moment opportun et de manière à faciliter leur réinsertion dans la société »⁸⁸.

B. Les étrangers condamnés et le droit au respect de la vie privée et familiale

7

La question qui se pose ici est celle de la mise en liberté prévue dans l'avant-projet de loi du ministre de la Justice en vue de l'éloignement du territoire, avec l'obligation de quitter effectivement celui-ci et l'interdiction de revenir en Belgique pendant le délai d'épreuve. Or, ainsi que nous l'avons observé plus haut, très nombreux sont les condamnés étrangers en situation de séjour « grise »⁸⁹.

Selon la jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, « les États contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi (...), le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux »⁹⁰. Toutefois, en vertu de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, ils doivent respecter la vie privée et familiale et toute ingérence dans l'exercice de ce droit doit être justifiée. En d'autres termes et plus précisément, « [s]i la matière de l'extradition, de l'expulsion et du droit d'asile ne compte point, par elle-même, au nombre de celles que régit la Convention, les États contractants n'en ont pas moins accepté de restreindre le libre exercice des pouvoirs que leur confère le droit international général, y compris celui de contrôler l'entrée et la sortie des étrangers, dans la mesure et la limite des obligations qu'ils ont assumées en vertu de la Convention »⁹¹. Ainsi, même si l'article 8 de la Convention ne contient pas un droit absolu pour les étrangers de ne pas être expulsés, la jurisprudence de la Cour montre très clairement qu'il y a des circonstances dans lesquelles l'expulsion d'un étranger peut donner lieu à une violation du droit au respect de la vie privée et familiale.

87. *Ibid.*, pt 26.2.

88. *Ibid.*, pt 35.1.

89. *Cf. supra.*

90. Voy., parmi beaucoup d'autres, Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 février 2012, arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, § 113.

91. Comm. eur. D.H., 30 septembre 1974, décision *X. c. République fédérale d'Allemagne*, D.R., 1, p. 73. Voy. sur ce point S. SAROLÉA, « Quelles vies privée et familiale pour l'étranger ? Pour une protection non discriminatoire de ces vies par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, vol. 13, n° 1, 2000, p. 266 ; *Id.*, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, coll. du Centre des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain, 2006, pp. 621-622.

Ainsi, s'agissant d'une mesure d'expulsion ou d'une interdiction de séjour suite à une condamnation pénale (en raison d'un comportement délictueux), la position de la Cour est la suivante : « les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol (...). Toutefois, leurs décisions en la matière, dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8, doivent être conformes à la loi et nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi »⁹².

Certes, traditionnellement, la jurisprudence de la Cour fait une distinction entre les étrangers qui sont légalement sur le territoire et ceux qui y sont illégalement. L'arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas* de la grande chambre du 3 octobre 2014, qui concerne précisément une personne en séjour irrégulier, marque une évolution à cet égard⁹³. En fait, en changeant le point de vue à partir duquel l'affaire doit être examinée, la Cour adopte une nouvelle approche qui a pour effet de relativiser singulièrement, au regard de l'article 8 de la Convention, la distinction entre les étrangers « légaux » et « illégaux ». Au titre des considérations générales, la Cour estime que [l]orsqu'un État contractant tolère la présence sur son sol d'un ressortissant étranger, lui donnant ainsi la possibilité d'attendre la décision relative à sa demande d'octroi d'un permis de séjour, à un recours contre une telle décision ou à une nouvelle demande de permis de séjour, il lui permet de participer à la vie sociale du pays dans lequel il se trouve, d'y nouer des relations et d'y fonder une famille »⁹⁴.

Certes, poursuit-elle, « [l]a situation d'un immigré établi et celle d'un étranger sollicitant l'admission sur le territoire national étant, en fait et en droit, différentes (même si, comme la requérante, l'étranger a sollicité à plusieurs reprises un permis de séjour et réside sur le territoire depuis plusieurs années), les critères que la Cour a élaborés au fil de sa jurisprudence pour apprécier si le retrait du permis de séjour d'un immigré établi est compatible avec l'article 8 ne peuvent être transposés automatiquement à la situation de la requérante. En l'espèce, la question à examiner est plutôt celle de savoir si, eu égard aux faits de la cause pris dans leur ensemble, les autorités néerlandaises étaient tenues en vertu de l'article 8 d'octroyer un permis de séjour à la requérante afin de lui permettre de mener sa vie familiale sur leur territoire. La présente affaire concerne donc non seulement la vie familiale mais aussi l'immigration. Pour cette raison, elle doit être examinée sous l'angle d'un non-respect par l'État

92. Cour eur. D.H. (gde ch.), 18 octobre 2006, arrêt *Üner c. Pays-Bas*, § 54.

93. Cour eur. D.H. (gde ch.), 3 octobre 2014, arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas*.

94. *Ibid.*, § 103.

défendeur d'une obligation positive lui incombant en vertu de l'article 8 de la Convention (...)»⁹⁵.

Dès lors, la Cour énonce comme principe pertinent que, « dans une affaire qui concerne la vie familiale aussi bien que l'immigration, l'étendue de l'obligation pour l'État d'admettre sur son territoire des proches de personnes qui y résident varie en fonction de la situation particulière des personnes concernées et de l'intérêt général. Les facteurs à prendre en considération dans ce contexte sont la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des attaches que les personnes concernées ont dans l'État contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine de l'étranger concerné et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (par exemple, des précédents d'infractions aux lois sur l'immigration) ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion »⁹⁶. Pour terminer, tout en rappelant que la requérante se trouve en situation de séjour irrégulier aux Pays-Bas, la Cour juge que les circonstances entourant son cas « doivent être considérées comme exceptionnelles. Dès lors, elle conclut que les autorités néerlandaises n'ont pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu et qu'elles n'ont ainsi pas assuré à la requérante le droit au respect de sa vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention »⁹⁷.

C'est dès lors dans cette perspective qu'il nous semble utile de rappeler l'état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant de l'expulsion des étrangers condamnés.

Dans l'arrêt *Boultif c. Suisse* du 2 août 2001, la Cour a établi les critères à appliquer pour apprécier la nécessité, dans une société démocratique, d'une mesure d'expulsion et son caractère proportionné au but légitime poursuivi⁹⁸. C'est dès lors dans cette perspective et en tenant compte de cette évolution qu'il nous semble utile de les énumérer ici de manière exhaustive: la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant et, à cet égard, la délinquance liée au trafic de drogue est très souvent considérée comme grave par la Cour; la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé; la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période; la nationalité des diverses personnes concernées; la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple; le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de

95. *Ibid.*, § 105.

96. *Ibid.*, § 107.

97. *Ibid.*, § 122.

98. Cour eur. D.H., 2 août 2001, arrêt *Boultif c. Suisse*, § 48.

la relation familiale; la naissance d'enfants légitimes et, le cas échéant, leur âge; et la gravité des difficultés que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse. La principale vertu d'une telle «check-list» consiste à «encadrer le débat» et à assurer une certaine égalité des différents requérants⁹⁹. *A contrario*, elle ne peut être appliquée de façon mécanique et, en définitive, la solution retenue dépendra toujours des circonstances propres à chaque espèce.

Dans l'arrêt *Yilmaz c. Allemagne* du 17 avril 2003, la Cour a ajouté un critère supplémentaire: la durée de la mesure d'expulsion ou de l'interdiction de séjour. Dans cette affaire, la Cour n'a pas jugé la mesure d'expulsion disproportionnée en soi mais a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention en raison de la durée de la mesure qui était indéterminée, sans limitation dans le temps. *A contrario*, une mesure d'éloignement temporaire aurait pu suffire à réaliser les objectifs poursuivis¹⁰⁰.

Dans l'affaire *Üner c. Pays-Bas*, la Cour a souhaité expliciter deux critères qui se trouvaient peut-être déjà implicitement contenus dans ceux identifiés dans l'arrêt *Boultif*: l'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé; et la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination. Elle relève en particulier que «si le requérant dans l'affaire *Boultif* était déjà adulte lors de son arrivée en Suisse, la Cour a jugé que les "critères Boultif" s'appliquent à plus forte raison dans les cas où les requérants sont nés dans le pays hôte ou y sont arrivés à un jeune âge (...). En effet, le motif sous-jacent à la décision de faire de la durée du séjour d'une personne dans le pays hôte l'un des éléments à prendre en considération réside dans la supposition que plus longtemps une personne réside dans un pays particulier, plus forts sont ses liens avec ce pays et plus faibles sont ses liens avec son pays d'origine. À la lumière de ces considérations, il est évident que la Cour tiendra compte de la situation particulière des étrangers qui ont passé la majeure partie, sinon l'intégralité, de leur enfance dans le pays hôte, qui y ont été élevés et qui y ont reçu leur éducation»¹⁰¹.

99. S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2002-2004*, vol. 2, *Articles 7 à 59 de la Convention, Protocoles additionnels*, Bruxelles, Larcier, coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 57, 2006, p. 49.

100. Cour eur. D.H., 17 avril 2003, arrêt *Yilmaz c. Allemagne*, §§ 48-49. Voy. aussi Cour eur. D.H., 10 juillet 2003, arrêt *Benhebba c. France*, § 37.

101. Cour eur. D.H. (gde ch.), 18 octobre 2006, arrêt *Üner c. Pays-Bas*, § 58. Voy., en ce sens, Cour eur. D.H., 20 septembre 2011, arrêt *A.A. c. Royaume-Uni*; Cour eur. D.H., 14 février 2012, arrêt *Antwi et autres c. Norvège*; Cour eur. D.H., 11 juillet 2002, arrêt *Amrollahi c. Danemark*; Cour eur. D.H., 11 juin 2013, arrêt *Hasanbasic c. Suisse*. Dans toutes ces affaires la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention.

Enfin, s'agissant de l'expulsion de mineurs délinquants, dans l'arrêt *Jakupovic c. Autriche* du 6 février 2003, la Cour a jugé qu'il faut avancer de solides raisons pour pouvoir justifier l'expulsion d'un jeune homme (âgé en l'espèce de 16 ans), vers un pays qui vient de traverser une période de conflit armé et alors que rien ne prouve que l'intéressé y ait des parents proches. La Cour a examiné très soigneusement le passé délictueux du requérant et, tenant compte de l'absence de tout élément de violence, elle a estimé qu'expulser le requérant constituerait une atteinte disproportionnée à son droit au respect de la vie privée et familiale¹⁰². Dans l'arrêt *Radovanovic c. Autriche* du 22 avril 2004, la Cour a également conclu que, dans les circonstances de l'espèce, le prononcé d'une interdiction de séjour illimitée représentait une mesure par trop rigoureuse¹⁰³. L'arrêt *Maslov c. Autriche* de la grande chambre du 23 juin 2008 concernait quant à lui l'interdiction de séjour prononcée à l'encontre du requérant en raison de condamnations pour des infractions essentiellement non violentes commises alors qu'il était mineur. Cette interdiction faisait suite aux condamnations à des peines d'emprisonnement infligées au requérant par un tribunal pour mineurs pour des infractions de cambriolage aggravé, chantage et voies de fait commises alors qu'il avait entre quatorze et quinze ans. La Cour estime que l'imposition et l'exécution de la mesure d'interdiction de séjour ont porté atteinte à la fois à la vie privée du requérant et à sa vie familiale¹⁰⁴. Les actes dont l'intéressé s'était rendu coupable relevaient essentiellement de la délinquance juvénile. En ce qui concerne l'expulsion d'un mineur, l'obligation de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant exige de faciliter sa réintégration dans la société. Ce but ne peut pas être atteint si les liens familiaux et sociaux sont rompus par l'expulsion, qui doit demeurer une mesure de dernier recours dans le cas d'un délinquant juvénile¹⁰⁵.

7

Conclusion

Celle-ci sera toute provisoire car le sujet que nous avons choisi d'aborder ici est en évolution. Nous nous limiterons donc à évoquer un thème qui nous tient particulièrement à cœur, celui du droit comme un récit écrit à plusieurs mains.

Entre le juge national et le juge international, en matière de droits de l'homme, il y a clairement une responsabilité commune. Les autorités

102. Cour eur. D.H., 6 février 2003, arrêt *Jakupovic c. Autriche*, §§ 27-33.

103. Cour eur. D.H., 22 avril 2004, arrêt *Radovanovic c. Autriche*, § 37. Voy. toutefois les décisions d'irrecevabilité *Hizir Kilic c. Danemark* et *Ferhat Kilic c. Danemark* du 22 janvier 2007.

104. Cour eur. D.H. (gde ch.), 23 juin 2008, arrêt *Maslov c. Autriche*, § 81.

105. *Ibid.*, § 83. Voy., dans le même sens, Cour eur. D.H., 22 mai 2008, arrêt *Emre c. Suisse*, § 86.

nationales assument la responsabilité première du respect des droits de l'homme, par tous les organes de l'État; la Cour européenne des droits de l'homme en assume la responsabilité dernière car, pour être crédible, la protection des droits de l'homme doit accepter de s'exposer à un regard extérieur, un regard international qui fait office de tiers objectif. Mais l'essentiel de la tâche concrète de protection des droits fondamentaux incombe et doit incomber aux juges nationaux. Dans l'ouvrage sur le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national, O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck analysent, au départ des arrêts de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Cour d'arbitrage, le dialogue entre le droit international des droits de l'homme et le droit national¹⁰⁶. Ils montrent de manière lumineuse que si, sur certains points, les instruments internationaux de protection des droits de l'homme constituent des modèles d'interprétation et des valeurs de référence, sur d'autres points, le droit interne va plus loin et anticipe très largement sur des évolutions futures.

Nous souhaitons donc ouvrir, poursuivre et intensifier le dialogue avec tous ceux qui, dans les cours et les tribunaux, à tous les échelons et surtout aux premiers échelons qui sont les plus essentiels, assument la tâche unique et irremplaçable de faire respecter les droits de l'homme. Le premier juge des droits de l'homme est le juge national. Nous sommes personnellement convaincus que les avancées les plus importantes et sans doute les plus significatives dans le domaine des droits humains fondamentaux proviendront d'un dialogue constant, continu et respectueux entre tous ceux pour lesquels la justice n'est pas simplement une fonction et un souci mais également une expérience et une vertu. Nous devons être à la fois modestes et ambitieux. Modestes car nul n'a le monopole en cette matière. Ambitieux car il y va de notre humanité commune.

106. Voy. O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBOECK, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999; voy. aussi *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national* (S. VAN DROOGHENBOECK dir.), Bruxelles, Larcier, 2014.