en vue de mettre un terme, indirectement, à une différence de traitement jugée discriminatoire par la Cour en ce qui concerne l'exécution de la peine, comme il est dit en B.1.2, ne conduit pas à une autre conclusion.

Partant, il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre du recours présentement examiné, de vérifier si les différences de traitement critiquées sont compatibles avec le principe d'égalité et de non-discrimination, à la lumière notamment des arrêts nos 185/2014, 102/2017 et 15/2018, précités. B.7.

Le second moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs,

la Cour

rejette le recours.

Note

Correctionnalisation des crimes et récidive légale : les problèmes subsistent, les solutions aussi…

Par arrêt n° 138/2021 du 14 octobre 2021, la Cour constitutionnelle a rejeté le recours en annulation que la Ligue des droits humains avait introduit contre la loi du 5 mai 2019 « insérant dans le Code pénal un article 55*bis*, en ce qui concerne la récidive ». Cette loi avait pour objectif de remédier aux multiples discriminations qui découlaient – tant au stade de la détermination de la peine qu'à celui de son exécution – de l'absence de récidive légale de crime sur délit. On pouvait donc être tenté de conclure que le rejet du recours en annulation introduit contre la loi confirmait que les problèmes étaient désormais solutionnés. En réalité, il n'en est rien, car dans son arrêt n° 138/2021, la Cour constitutionnelle ne dit nullement qu'il ne subsiste plus de discriminations, mais bien que les discriminations qui persistent éventuellement – et qui étaient dénoncées par la Ligue des droits humains – ne découlent pas du nouvel article 55*bis* du Code pénal mais d'autres dispositions.

Pour bien comprendre la portée de l'arrêt, il nous paraît utile de revenir sur les données de base du problème et les précédents constats de violation que la Cour constitutionnelle avait opérés, de manière à montrer que ceux-ci demeurent très largement d'actualité malgré le nouvel article 55*bis* et le rejet du recours en annulation formé contre celui-ci. C'est au demeurant ce que la Cour de cassation a confirmé quelques semaines plus tard dans son arrêt du 3 novembre 2021.

1. Les données de base du problème : l'absence initiale de récidive légale de crime sur délit, couplée à la dénaturation d'infractions criminelles en infractions correctionnelles

Au risque d'enfoncer une porte ouverte, il convient de rappeler que tous les cas dans lesquels une personne commet une nouvelle infraction après avoir déjà encouru précédemment une condamnation pénale définitive ne sont pas constitutifs de récidive légale. C'est ainsi que, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2019 insérant un article 55*bis* dans le Code pénal, la récidive de crime sur délit n'existait pas dans le Code pénal.

La récidive de délit sur délit, par contre, est légalement organisée de longue date par l'article 56, alinéa 2, du Code pénal : elle suppose une première condamnation à une peine d'emprisonnement d'au moins un an et présente un caractère temporaire, le nouveau délit devant avoir été commis avant l'expiration de cinq ans depuis que le prévenu a subi ou prescrit sa première peine. Par l'effet de la correctionnalisation, ce régime de récidive de délit sur délit est toutefois également susceptible de s'appliquer à un crime commis dans les cinq ans qui suivent l'exécution ou la prescription d'une peine d'emprisonnement d'un an ou plus. Le crime qui, suite à l'application de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, n'est plus sanctionné que d'une peine correctionnelle doit en effet être traité comme un délit, puisque c'est la peine effectivement prononcée par le juge du fond qui détermine, *in fine*, la nature criminelle ou correctionnelle de l'infraction.

L'auteur d'un crime renvoyé au tribunal correctionnel pouvait ainsi se retrouver en situation de récidive légale alors même que, s'il avait été jugé en cour d'assises et condamné à une peine criminelle de réclusion, il n'aurait pas été considéré comme récidiviste. Or la récidive est susceptible d'emporter plusieurs conséquences défavorables – et en l'occurrence potentiellement discriminatoires – puisqu'elle permet de prononcer une peine majorée et qu'elle retarde la date d'admissibilité à la libération conditionnelle.

2. Récidive et prononcé d'une peine majorée

Lorsque les conditions de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal sont réunies, l'état de récidive de délit (ou crime correctionnalisé) sur délit permet au juge correctionnel de prononcer une peine d'emprisonnement correspondant au double du maximum porté par la loi pour l'infraction commise. Paradoxalement, cette peine majorée pouvait alors être plus longue que la peine que le même auteur aurait encourue s'il avait été jugé en cour d'assises et condamné à la réclusion.

Cette situation a fait l'objet de questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle et a donné lieu à deux arrêts, prononcés à une semaine d'intervalle, les 15 et

22 décembre 2011 (a). Lors du vote de la loi pot-pourri II, le législateur a entendu rencontrer cette jurisprudence de la Cour, sans toutefois y parvenir complètement (b). Avec le vote de la loi du 5 mai 2019, il a tenté de faire disparaître le problème originel en introduisant un régime de récidive de crime sur délit dans le Code pénal (c), mais sans davantage de succès (d).

a) Les arrêts n^{os} 193/2011 et 199/2011 de la Cour constitutionnelle

Les deux affaires à l'origine des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 portaient sur une situation largement comparable : un prévenu était poursuivi devant les juridictions correctionnelles pour une tentative d'assassinat, commise moins de cinq ans après qu'il ait subi ou prescrit une peine d'emprisonnement (d'un an dans un cas, de cinq ans dans l'autre).

La tentative d'assassinat étant punissable de vingt à trente ans de réclusion (art. 52 et 394 C. pén.), le maximum de la peine d'emprisonnement encourue devant les juridictions correctionnelles était en principe de vingt ans (art. 25, al. 4, C. pén.). Eu égard aux antécédents judiciaires, constitutifs de récidive, ce taux pouvait toutefois être théoriquement doublé et porté à quarante ans d'emprisonnement (art. 56, al. 2, C. pén.). Or, si les intéressés avaient été renvoyés devant la cour d'assises (juge naturel pour connaître des crimes aux termes de l'article 150 de la Constitution), ils n'auraient été passibles que de trente ans de réclusion maximum – voire même de vingt ans seulement si la cour d'assises avait admis des circonstances atténuantes (art. 80, al. 2, C. pén.) – sans majoration possible eu égard à la nature criminelle de l'infraction et à l'absence de récidive de crime sur délit.

Il y avait là, de toute évidence, des différences de traitement bien difficiles à justifier raisonnablement et la Cour constitutionnelle va y voir une discrimination. Certes, l'emprisonnement (correctionnel) et la réclusion (criminelle) sont des peines de nature différente mais, à l'estime de la Cour, cette circonstance ne saurait être déterminante : les deux sanctions ayant en commun de priver le condamné de sa liberté, elles peuvent être comparées en termes de durée ; et il ne saurait être raisonnablement justifié que celui qui est jugé en correctionnelle puisse être condamné à une peine plus longue que s'il avait été renvoyé, pour le même fait, en assises.

À l'estime de la Cour, il appartenait au législateur de remédier à la discrimination constatée. Dans l'attente, toutefois, elle va inviter les juges correctionnels à s'autocensurer, en veillant à ne pas condamner « à une peine privative de liberté dont la durée excède le délai maximum de la peine privative de liberté qui pourrait être imposée par la cour d'assises » (formule de l'arrêt n° 193/2011) « ayant constaté des circonstances atténuantes » (ajout de l'arrêt n° 199/2011).

Le deuxième arrêt est donc plus précis (et à notre sens aussi plus correct) sur ce point que le premier : il invite à comparer ce qui est réellement comparable, c'est-

à-dire le sort susceptible d'être réservé à l'auteur d'un crime auquel on reconnaît des circonstances atténuantes, soit pour le faire juger au tribunal correctionnel, soit pour diminuer la peine de réclusion prononcée en assises. La peine susceptible de lui être infligée dans le premier cas ne saurait excéder celle applicable dans le second. Pour une tentative d'assassinat punissable de maximum vingt ans de réclusion lorsque la cour d'assises admet des circonstances atténuantes, il ne saurait donc être question pour les juridictions correctionnelles d'aller au-delà de vingt ans d'emprisonnement, même si elles constatent un état de récidive sur pied de l'article 56 du Code pénal.

b) La réforme législative de 2016

Pour tenter de rencontrer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le législateur a ajouté un alinéa 3 à l'article 56 du Code pénal, lors du vote de la loi pot-pourri II du 5 février 2016. Aux termes de ce nouvel alinéa, il est désormais prévu qu'en cas de récidive de crime correctionnalisé sur délit, « la durée de la peine d'emprisonnement ne pourra excéder celle de la peine de réclusion maximale prévue par la loi pour ce crime ». En réalité, et compte tenu de l'enseignement de l'arrêt n° 199/2011, le législateur aurait dû viser comme plafond, non pas la peine de réclusion maximale « prévue par la loi », mais bien la peine de réclusion maximale « susceptible d'être appliquée par la cour d'assises pour le même crime, après admission de circonstances atténuantes ». Cette première intervention du législateur ne suffisait donc pas à remédier à la discrimination constatée par la Cour constitutionnelle[1].

c) La réforme législative de 2019

En 2019, le législateur a tenté une nouvelle approche en insérant dans le Code pénal un article 55*bis*, qui prévoit dorénavant une récidive temporaire de crime sur délit. Ce faisant, le législateur cherchait à ce que « personne ne [soit] "avantagé" désormais en cas de renvoi devant une cour d'assises lorsqu'une condamnation correctionnelle a déjà été prononcée antérieurement »[2].

La nouvelle disposition détermine des aggravations de la peine dans trois hypothèses de récidive de crime (non correctionnalisé) sur délit (ou crime correctionnalisé) :

– en cas de crime emportant la réclusion de cinq à dix ans commis dans les cinq ans après une condamnation à un an d'emprisonnement au moins, la peine pourra être de dix à quinze ans de réclusion (récidive générale, temporaire et facultative) ;

---

1 Dans le même sens, voy. D. Vandermeersch, « L'effet papillon de la généralisation de la correctionnalisation », in M. Cadelli et T. Moreau (dir.), *La loi pot-pourri II : un recul de civilisation ?*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 96-97 et C. Noirhomme, « La récidive légale et la correctionnalisation : suite et fin ? », *J.T.*, 2017, p. 141.

2 *Doc. parl.*, Chambre, S.O. 2017-2018, n° 54-3213/003, p. 4.

- en cas de crime emportant la réclusion de dix à quinze ans commis dans les cinq ans après une condamnation à un an d'emprisonnement au moins, la peine pourra être de quinze à vingt ans de réclusion (récidive générale, temporaire et facultative) ;
- en cas de crime emportant la réclusion de quinze à vingt ans commis dans les cinq ans après une condamnation à un an d'emprisonnement au moins, la peine sera de dix-sept ans de réclusion au moins (récidive générale, temporaire et obligatoire).

Par contre, il n'y a toujours aucune aggravation de peine prévue par le Code pour les crimes passibles de la réclusion à perpétuité ou de la réclusion de vingt à trente ans, pour lesquels il est admis que la peine encourue se situe déjà à un niveau suffisamment élevé.

Si, pour les crimes passibles de la réclusion de cinq à dix ans ou de dix à quinze ans, la nouvelle disposition gomme la discrimination entre les accusés passibles de peines criminelles et les prévenus passibles de peines correctionnelles en raison de la correctionnalisation opérée, il n'en va pas de même pour les crimes punis de plus de quinze ans de réclusion commis dans les cinq ans après une condamnation à un an d'emprisonnement au moins. Pour ceux-ci, la durée maximale de la peine d'emprisonnement susceptible d'être prononcée en cas de correctionnalisation continue en effet d'excéder la durée maximale de la peine de réclusion que la cour d'assises pourrait prononcer en cas d'admission de circonstances atténuantes :

- pour les crimes punissables de la réclusion de quinze à vingt ans, il est ainsi théoriquement possible de prononcer un maximum de vingt ans d'emprisonnement (en cas de correctionnalisation) contre seulement quinze ans de réclusion aux assises ;
- de même, pour les crimes punissables de la réclusion de vingt à trente ans, un maximum de trente ans d'emprisonnement pourrait théoriquement être prononcé en cas de correctionnalisation contre seulement vingt ans de réclusion aux assises ;
- et pour les crimes punissables de la réclusion à perpétuité, ce serait théoriquement quarante ans d'emprisonnement qui pourraient être prononcés par les juridictions correctionnelles au lieu de trente ans de réclusion aux assises[3].

C'est précisément ce que la Ligue des droits humains dénonçait dans le premier moyen à l'appui de son recours en annulation. La Cour constitutionnelle va déclarer ce moyen non fondé en considérant que la possibilité de prononcer une peine privative de liberté plus longue devant le tribunal correctionnel que devant la

3 Pour un tableau détaillé reprenant les différentes situations discriminatoires qui subsistent, voy. M.-A. Beernaert et D. Vandermeersch, « La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55*bis* : un nouvel essai manqué pour pallier les discriminations épinglées par la Cour constitutionnelle en matière de récidive », *J.T.*, 2019, p. 492.

cour d'assises résulte non pas de l'article 55*bis* nouveau du Code pénal, mais bien de l'article 56 du Code pénal, combiné avec l'article 25 du même Code et avec l'article 2 de la loi sur les circonstances atténuantes.

d) Des discriminations qui subsistent et qui doivent être neutralisées par les juges correctionnels

En réalité, la discrimination identifiée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 199/2011 du 22 décembre 2011 continue bien d'exister dans les hypothèses identifiées ci-avant. Et puisque l'intervention du législateur n'a donc pas (encore) suffi à remédier à la discrimination constatée, il nous paraît que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle doit continuer d'être prise en compte et primer sur le libellé de l'article 56 du Code pénal. Concrètement, pour les crimes punissables de la réclusion de quinze à vingt ans, de vingt à trente ans ou à perpétuité, le juge correctionnel qui constate un état de récidive sur pied de l'article 56 du Code pénal doit donc continuer de s'autocensurer pour ne pas prononcer de peines d'emprisonnement d'une durée plus longue que celle de la réclusion que la cour d'assises aurait pu prononcer pour les mêmes faits, après admission de circonstances atténuantes.

3. Récidive et exécution de la peine

La constatation de l'état de récidive légale n'a pas qu'une incidence sur le taux de la peine maximale qui peut être prononcée. Elle entre aussi en ligne de compte pour calculer la date d'admissibilité à la libération conditionnelle[4] – et, par référence à celle-ci, à la plupart des autres modalités d'exécution de la peine[5] – pour les condamnés à des peines privatives de liberté de plus de trois ans[6] mais de moins de trente ans[7].

L'article 25, § 2, de 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, « loi relative

---

4 Ou à la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise (art. 26 de la loi relative au statut juridique externe).

5 Puisque, dans la loi relative au statut juridique externe, la date d'admissibilité à la libération conditionnelle détermine à son tour les moments à partir desquels un condamné peut bénéficier de permissions de sortie périodiques (deux ans avant ; art. 4, § 3), d'un placement en maison de transition (dix-huit mois avant ; art. 9/3), de congés pénitentiaires (un an avant ; art. 7, 1°) ou encore d'une surveillance électronique ou d'une détention limitée (six mois avant ; art. 23, § 1er, 1°).

6 Pour les condamnés à des peines privatives de liberté dont le total à exécuter n'excède pas trois ans, la libération conditionnelle et la libération en vue de l'éloignement ou de la remise peuvent en effet être octroyées dès qu'un tiers des peines a été subi, sans que la loi relative au statut juridique externe ne fasse de distinction en fonction d'une éventuelle situation de récidive légale (art. 25, § 1er et 26, § 1er) ; ces articles, non encore en vigueur, devraient en principe être applicables à partir du 1er juin 2022.

7 Pour les condamnations à la réclusion de trente ans ou à perpétuité, des seuils spécifiques de quinze, dix-neuf ou vingt-trois ans sont prévus par l'article 25, § 2, c), d) et e), de la loi relative au statut juridique externe en fonction des antécédents de l'auteur, mais sans faire référence à un état de récidive légale.

au statut juridique externe ») réserve en effet un sort sensiblement moins avantageux aux détenus condamnés en état de récidive[8] qu'aux condamnés primaires : les premiers ne seront, en principe, admissibles à la libération conditionnelle qu'aux deux tiers de leurs peines prononcées en état de récidive au lieu du tiers pour les premiers.

Indépendamment de toute majoration de la peine susceptible d'être *prononcée*, le seul fait de retenir, à l'égard de l'auteur d'un crime correctionnalisé renvoyé devant les juridictions correctionnelles, un état de récidive légale qui n'aurait pas existé si l'intéressé avait été condamné à une peine criminelle en cour d'assises, a donc une influence sur le *régime d'exécution* de la peine applicable, en soumettant le condamné au seuil des deux tiers au lieu du tiers de la peine. Cette situation a également conduit la Cour constitutionnelle à constater diverses discriminations (a), que le législateur a cru faire disparaître par l'insertion d'un nouvel article 55*bis* dans le Code pénal (b), mais sans y parvenir (c).

a) Les arrêts n^{os} 185/2014, 102/2017 et 15/2018 de la Cour constitutionnelle

Saisie d'une question préjudicielle à ce sujet, la Cour constitutionnelle avait, dans son arrêt n° 185/2014 du 18 décembre 2014, jugé inconstitutionnel le fait que « une personne qui, après une condamnation à un emprisonnement d'un an au moins, est condamnée du chef de tentative d'assassinat moins de cinq ans après avoir subi sa peine ou après que cette peine fut prescrite, soit traitée différemment, en ce qui concerne la possibilité d'une libération conditionnelle, selon qu'elle est renvoyée devant la cour d'assises et condamnée à une peine criminelle ou que, le crime ayant été correctionnalisé en raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, elle est condamnée à une peine correctionnelle par le tribunal correctionnel ou la cour d'appel ».

Dans son arrêt n° 102/2017 du 26 juillet 2017, la Cour eut ensuite l'occasion de préciser que le constat de violation contenu dans l'arrêt n° 185/2014 qui visait la personne condamnée du chef d'un crime correctionnalisé, initialement punissable de vingt à trente ans de réclusion, était transposable à l'égard d'un crime punissable de la réclusion de quinze à vingt ans ayant été correctionnalisé.

En toute logique, il devait en aller de même pour les crimes correctionnalisés initialement punissables de dix à quinze ans de réclusion[9].

---

8 Défini par l'article 2, 7°, de la loi relative au statut juridique externe comme visant les cas où la récidive est prévue par le Code pénal ou les lois pénales particulières et est établie dans le jugement ou l'arrêt de condamnation par le renvoi exprès à la condamnation qui en forme la base.

9 Ce que la Cour constitutionnelle a entre-temps confirmé par son arrêt n° 15/2018 dans lequel elle affirme que toute personne condamnée par une juridiction correctionnelle, en état de récidive légale, à une peine d'emprisonnement du chef d'un crime initialement punissable d'une autre peine de réclusion que celle de cinq à dix ans, est admissible à la libération conditionnelle après avoir subi un tiers de sa peine.

Pour les crimes punis avant leur correctionnalisation de la réclusion de cinq à dix ans, les choses étaient par contre plus complexes, dans la mesure où l'état de récidive légale prévu par l'article 56, alinéa 2, du Code pénal leur était applicable qu'ils soient jugés en assises ou en correctionnelle, la peine maximale après admission de circonstances atténuantes étant, dans les deux cas, de cinq ans d'emprisonnement. Pour autant, n'était-il pas discriminatoire, ici aussi, d'admettre que le seuil des deux tiers soit applicable à celui qui est condamné pour des faits moins lourdement sanctionnés par la loi, alors que c'est un seuil d'un tiers qui serait applicable, d'après les arrêts n^{os} 185/2014 et 102/2017, en cas de correctionnalisation de crimes plus sévèrement punis ?

Et le même raisonnement ne devait-il pas aussi, et même *a fortiori*, être tenu à l'égard de l'auteur condamné en état de récidive pour un délit (et non plus un crime correctionnalisé) commis dans les cinq ans de l'exécution ou de la prescription d'une précédente peine d'emprisonnement d'un an au moins ? Ne serait-il pas également discriminatoire de lui appliquer le seuil des deux tiers, là où un condamné pour crime (fût-il correctionnalisé et générateur, à ce titre, d'un même état de récidive) serait admissible à la libération conditionnelle au tiers de sa peine ?

Ce sont ces deux dernières situations qui ont donné lieu à l'arrêt n° 15/2018 du 7 février 2018.

La Cour y a relevé une nouvelle discrimination : à son estime, il était contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution qu'une personne condamnée par une juridiction correctionnelle, en état de récidive légale, à une peine d'emprisonnement du chef d'un *délit* ou d'un *crime correctionnalisé initialement punissable*, avant sa correctionnalisation, *de la peine de réclusion de cinq à dix ans*, soit admissible à la libération conditionnelle après avoir subi deux tiers de sa peine, alors qu'une personne condamnée par une juridiction correctionnelle, en état de récidive légale, à une peine d'emprisonnement du chef d'un crime correctionnalisé initialement punissable, avant sa correctionnalisation, d'une autre peine de réclusion était admissible à la libération conditionnelle après avoir subi un tiers de cette peine. Une telle différence de traitement est en effet dépourvue de justification raisonnable, dès lors qu'elle remet en cause l'échelle des peines au stade de leur exécution, les condamnés en état de récidive légale à une peine d'emprisonnement pour un fait puni plus sévèrement par la loi étant susceptibles d'être admissibles à la libération conditionnelle plus tôt que les condamnés en état de récidive légale à une peine d'emprisonnement pour un fait puni moins sévèrement par la loi.

À la suite de ce dernier arrêt, l'administration pénitentiaire a admis que tous les condamnés à des peines privatives de liberté de moins de trente ans[10] devraient

10 Rappelons que les condamnés à trente ans ou à perpétuité sont soumis à des régimes d'exception prévus par l'article 25, § 2, c) à e), de la loi relative au statut juridique externe.

dorénavant être considérés comme libérables au tiers de leur peine, sans plus faire de distinction selon qu'une récidive légale avait ou non été constatée dans leur chef[11].

b) La réforme législative de 2019

En instaurant une récidive de crime sur délit, le législateur a cru mettre, indirectement, un terme aux différences de traitement jugées discriminatoires en ce qui concerne l'exécution de la peine, puisque l'obligation d'avoir subi au minimum deux tiers de sa peine avant d'être admissible à la libération conditionnelle s'appliquerait désormais aussi pour ce type de récidive. Mais comme, malgré l'introduction du nouvel article 55*bis* du Code pénal, il n'existe toujours pas de récidive légale pour les crimes emportant la réclusion de vingt à trente ans ou la réclusion à perpétuité (voy. *supra*), certaines discriminations subsistent qui continuer d'empêcher d'appliquer la règle des deux tiers.

L'auteur qui commet un crime punissable de la réclusion à perpétuité ou de vingt à trente ans, soit après une première condamnation à une peine criminelle (art. 54 C. pén.), soit dans les cinq ans qui suivent l'exécution ou la prescription d'une peine d'emprisonnement d'au moins un an (art. 55*bis* C. pén.) n'est en effet toujours pas en situation de récidive. Ce qui signifie que si la cour d'assises prononce à son égard une peine de réclusion de moins de trente ans[12] (le cas échéant en lui reconnaissant des circonstances atténuantes), cet auteur sera admissible à une libération conditionnelle au tiers de sa peine, conformément à l'article 25, § 2, a), de la loi du 17 mai 2006.

Or, un auteur qui aurait les mêmes antécédents mais qui commettrait soit un délit, soit un crime punissable de maximum vingt ans de réclusion devrait, quant à lui, être considéré comme récidiviste au sens de l'article 25, § 2, b), de la même loi et attendre dès lors les deux tiers de sa peine avant d'être admissible à la libération conditionnelle. C'est à l'évidence une différence de traitement injustifiable et constitutive d'une discrimination.

Il suffit de prendre un exemple pour s'en convaincre. Considérons la situation d'une personne condamnée à une peine privative de liberté de quinze ans du chef de tentative d'assassinat alors qu'elle avait encouru dans les cinq ans qui précèdent une condamnation à une peine d'emprisonnement d'un an ou plus[13]. Si c'est la cour d'assises qui a prononcé la condamnation de quinze ans de réclusion,

---

11 Instructions du directeur général de l'administration pénitentiaire du 8 juin 2018.

12 En cas de condamnation à la réclusion de trente ans ou à perpétuité, ce sera en effet l'article 25, § 2, e), de la loi du 17 mai 2006 qui sera applicable pour l'auteur ayant déjà un antécédent criminel, et l'article 25, § 2, d), de la même loi pour l'auteur ayant déjà certains antécédents correctionnels. Ces deux dispositions prévoient des seuils d'accès majorés à la libération conditionnelle, portés respectivement à vingt-trois ou dix-neuf ans (au lieu de quinze normalement).

13 On part de l'hypothèse que cette peine est déjà exécutée.

elle sera admissible à la libération conditionnelle au tiers de sa peine (soit après cinq ans) n'étant pas en état de récidive légale (puisqu'il n'y a toujours pas de récidive prévue pour les crimes punissables de la réclusion vingt à trente ans). En revanche, si elle a été condamnée par le tribunal correctionnel à une peine d'emprisonnement de quinze ans, elle ne sera pas admissible à la libération conditionnelle avant les deux tiers de la peine (soit après dix ans) puisqu'elle se trouve en état de récidive légale en application de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal.

On ne saurait justifier qu'une personne condamnée pour une infraction identique, voire plus grave au regard du Code pénal, bénéficie d'un régime d'exécution de peine plus favorable que la personne condamnée à une peine de même durée pour une infraction identique, voire moins grave. Comme la Cour constitutionnelle l'a relevé dans son arrêt n° 15/2018 du 7 février 2018, une telle différence de traitement remet en effet en cause « l'échelle des peines au stade de leur exécution », puisque les condamnés pour un fait puni plus sévèrement par la loi sont susceptibles d'être admissibles à la libération conditionnelle plus tôt que les condamnés pour un fait puni moins sévèrement par la loi.

Cela devrait logiquement conduire aux mêmes constats de discrimination en cascade qu'avant la loi de 2019 : s'il reste discriminatoire de retenir un seuil majoré (deux tiers au lieu d'un tiers) à l'égard d'une personne qui n'a pu être condamnée en état de récidive que parce que le *crime* (punissable de vingt à trente ans ou de perpétuité) qu'elle a commis a été *correctionnalisé*, il serait du coup pareillement contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution de retenir le seuil de deux tiers à l'encontre d'une personne condamnée pour un *crime mois grave* ou pour un *délit* commis en état de récidive légale.

C'est également ce que la Ligue des droits humains dénonçait, cette fois dans le second moyen à l'appui de son recours en annulation. La Cour constitutionnelle va déclarer ce moyen non fondé en considérant à nouveau que les différences de traitement dénoncées ne découlent pas directement du nouvel article 55*bis* du Code pénal, mais bien des articles 25, § 2, et 2, 7°, de loi relative au statut juridique externe.

c) Des discriminations qui subsistent et qui doivent être neutralisées par les tribunaux de l'application des peines

Suite à l'entrée en vigueur du nouvel article 55*bis* du Code pénal, l'administration pénitentiaire a considéré qu'il avait été mis un terme aux discriminations constatées par la Cour constitutionnelle et qu'il était donc à nouveau possible de tenir compte d'un état de récidive dans le calcul de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, à tout le moins pour les condamnations basées sur des faits commis à partir du 7 juin 2019 (date de l'entrée en vigueur du nouvel article 55*bis*)[14].

14 Instructions du directeur général de l'administration pénitentiaire du 15 juillet 2019, complétées par des explications complémentaires du 13 novembre 2019.

Comme expliqué ci-avant, il nous semble au contraire que les discriminations subsistent et que les enseignements des arrêts n[os] 185/2014, 102/2017 et 15/2018 de la Cour constitutionnelle demeurent applicables. C'est aussi la conclusion à laquelle sont arrivés tant le tribunal de l'application des peines de Bruxelles que celui de Mons dans deux jugements récents[15]. L'un et l'autre ont considéré qu'il n'y a toujours pas lieu de tenir compte de l'état de récidive dans la détermination de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle[16] dans la mesure où l'article 55*bis* nouveau du Code pénal n'a pas mis fin aux discriminations constatées par la Cour constitutionnelle. Et ils ont estimé, de surcroît, qu'il n'était pas nécessaire d'interroger à nouveau la Cour constitutionnelle à ce sujet, puisque l'article 26, § 2, 2°, de loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle dispense les juridictions de poser une question préjudicielle à cette dernière lorsqu'elle a déjà statué sur un objet identique.

Cette analyse a entre-temps été validée par la Cour de cassation, d'abord implicitement, puis de manière tout à fait explicite.

Dans un arrêt du 20 juillet 2021, elle a rejeté le pourvoi formé par le ministère public contre le jugement du tribunal de l'application des peines de Bruxelles[17]. Après avoir déclaré irrecevable le mémoire du ministère public dont la preuve de l'envoi recommandé avait été déposée tardivement au greffe, la Cour n'a soulevé aucun moyen d'office, confirmant ainsi de manière implicite la légalité de la décision attaquée.

L'arrêt du 3 novembre 2021 est plus clair encore : en considérant que le tribunal de l'application des peines de Mons avait légalement justifié sa décision de fixer la date d'admissibilité à la libération conditionnelle au tiers de la peine, nonobstant la récidive, dès lors que les différences de traitement épinglées par la Cour constitutionnelle n'ont pas été supprimées par l'entrée en vigueur du nouvel article 55*bis* du Code pénal, la Cour vient dissiper les derniers doutes, s'il en subsistait encore...

Pour conclure

L'arrêt n° 138/2021 de la Cour constitutionnelle a une portée somme toute très limitée. La Cour y a simplement jugé que, dans le cadre du recours en annulation dont elle était saisie et qui portait uniquement sur l'article 55*bis* nouvellement inséré dans le Code pénal, il ne lui appartenait pas de se prononcer sur les discriminations qui préexistaient à cette réforme et que celle-ci avait éventuellement laissé subsister.

---

15 TAP Bruxelles (80[e] ch.), 28 juin 2021 ; TAP Mons (37[e] ch.), 7 octobre 2021.

16 Et, par référence à celle-ci, aux autres modalités d'exécution de la peine prévues par la loi relative au statut juridique externe.

17 Cass., 20 juillet 2021, RG P.20.0886.F.

De telles discriminations perdurent pourtant bel et bien, tant au stade du prononcé de la peine qu'à celui de son exécution, et il revient donc au pouvoir judiciaire d'en tirer les conséquences : les juges correctionnels, en refusant de prononcer des peines plus sévères que celles qui pourraient être prononcées après admission de circonstances atténuantes aux assises, et les tribunaux de l'application des peines en retenant le seuil d'un tiers pour tous les condamnés à des peines de moins de trente ans de réclusion, indépendamment d'un état de récidive éventuel.

Deux tribunaux de l'application des peines ont récemment ouvert la voie, à cet égard. Leur analyse, désormais expressément validée par la Cour de cassation, fera assurément jurisprudence, à tout le moins tant qu'une solution enfin cohérente n'aura pas été trouvée par le législateur.

Marie-Aude Beernaert,
Professeure ordinaire à l'UCLouvain

Addendum :

La direction générale des établissements pénitentiaires a entretemps également tiré les enseignements de l'arrêt de cassation du 3 novembre 2021. Par instructions du 7 décembre 2021, elle a annulé sa précédente communication du 15 juillet 2019 (voy. *supra,* note de bas de page n° 14) et appelé à nouveau à ne plus tenir compte de l'état de récidive légale pour le calcul de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle sur pied de l'article 25, § 2 b) de la loi relative au statut juridique externe. Tous les condamnés à des peines de moins de trente ans redeviennent donc admissibles à la libération conditionnelle après avoir subi un tiers de leurs peines.