

Doctrine

La libération provisoire en vue de l'éloignement peut être octroyée aux condamnés mis à la disposition du tribunal de l'application des peines : une volonté de garder les condamnés sous contrôle qui ne s'applique pas aux étrangers ?

Extraits choisis :

« Les articles 25/3 et 26 précités ne distinguent pas entre l'exécution de la peine principale et celle de la peine complémentaire, d'où il suit que la modalité octroyée par le jugement attaqué est applicable aux deux situations ».

Introduction

L'arrêt commenté concerne le droit de l'exécution des peines, et plus particulièrement l'exécution de la peine de mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (ci-après TAP)¹. La Cour de cassation s'est prononcée sur la légalité de l'octroi d'une modalité de libération provisoire en vue de l'éloignement durant l'exécution d'une mise à disposition du TAP.

La mise à la disposition du TAP est une peine complémentaire prononcée par les juridictions de jugement, qui est tantôt obligatoire tantôt facultative, et dont la durée est comprise entre cinq ans minimum et quinze ans maximum². Quant à la libération provisoire en vue de l'éloignement, il s'agit d'une modalité qui peut être octroyée au condamné qui n'est pas autorisé ou habilité à séjourner sur le territoire belge. Cette modalité lui permet de subir 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 déterminé³.

En l'espèce, la décision attaquée octroie une libération provisoire en vue de l'éloignement à un condamné exécutant une peine complémentaire de mise à disposition du TAP. Un pourvoi en cassation est formé contre cette décision par le ministère public qui invoque le fait que le TAP aurait commis un excès de pouvoir, la loi ne le permettant ni expressément ni implicitement. Aux termes de l'arrêt attaqué, la Cour de cassation tranche en faveur de la décision retenue par le TAP, validant le raisonnement du tribunal qui relève que si la loi ne prévoit pas expressément

1 Au sujet de l'exécution de cette peine complémentaire voy. M.-A. BEERNAERT, *Manuel de droit pénitentiaire*, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2019, pp. 353-365.

2 La mise à la disposition du TAP est prévue aux articles 34bis à 34quinquies du Code pénal (sous-section I^{re} bis – De la mise à la disposition du TAP), « aux fins de protection de la société à l'égard des personnes ayant commis certains faits graves portant atteinte à l'intégrité des personnes ».

3 Voy. 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 (M.B., 15 juin 2006, p. 30.455, ci-après « loi relative au statut juridique externe »).

la possibilité d’octroyer une libération provisoire en vue de l’éloignement durant l’exécution d’une mise à disposition du TAP, elle ne l’interdit pas non plus.

Cette note de jurisprudence⁴ s’ouvre par une mise en contexte qui rappelle le cadre légal dans lequel s’inscrit la décision commentée (1). Nous reviendrons ensuite sur les antécédents de la cause et résumerons les différentes thèses en présence (2). Nous expliquerons en quoi la lecture de la loi retenue par la Cour de cassation nous semble justifiée en tenant compte, notamment, de la *ratio legis* (3). Enfin, nous étudierons les enjeux qui, bien que non discutés à l’occasion des décisions judiciaires, se trouvent au cœur de cette affaire et qui se jouent à deux niveaux. D’une part, la position du ministère public dans cette affaire est révélatrice de la volonté de renforcer le contrôle à l’égard des catégories de condamnés étiquetés comme particulièrement « dangereux » pour la sécurité publique (4). D’autre part, c’est la question épineuse du sort des condamnés sans titre de séjour qui revient ici à l’avant de la scène : considérant ceux-ci comme non réinsérables en Belgique, le politique multiplie les mesures pour les éloigner à tout prix, sans faire grand cas des conséquences que l’éloignement peut entraîner pour le pays d’origine, voire à plus long terme, pour l’État belge (5). Cette jurisprudence est l’occasion de mettre en lumière comment ces deux enjeux entrent en contradiction face à des catégories de personnes que le politique souhaite garder sous surveillance le plus longtemps possible tant qu’elles sont en Belgique, alors qu’il semble renoncer à ce contrôle lorsqu’il est possible de les éloigner (6).

Pour conclure cette introduction, indiquons à l’attention des lecteurs que le cabinet du ministre de la Justice a récemment organisé cinq tables-rondes autour de la problématique de la surpopulation carcérale : la seconde portait sur l’internement, la troisième sur l’exécution des peines et la quatrième sur les personnes détenues sans droit de séjour. À l’occasion de celles-ci, des données chiffrées intéressantes pour les sujets au cœur de cette contribution ont été publiées⁵.

1. Quelques éléments de contextualisation

Dans ce premier point, nous rappellerons brièvement le régime de l’exécution de la mise à la disposition du TAP (1.1.) et le régime de la modalité spécifique de libération en vue de l’éloignement (1.2.).

1.1. La mise à disposition du TAP et l’octroi de modalités durant son exécution

Les personnes dont la peine principale d’emprisonnement ou de réclusion s’accompagne d’une peine complémentaire de mise à la disposition du TAP devront

4 Les auteurs tiennent à remercier Marie-Aude BEERNAERT et Léa TEPER pour leur relecture de cette note et leurs conseils pour l’améliorer.

5 Les données chiffrées et l’enregistrement vidéo des cinq tables-rondes sont accessibles via le lien suivant (consulté le 19 janvier 2023) : https://justice.belgium.be/fr/spf_justice/evenements/tables_rondes_surpopulation_carcerales.

d'abord purger cette peine principale et, à l'expiration de celle-ci, la peine complémentaire prendra son cours⁶.

Tant l'exécution de la peine principale que l'exécution de la peine complémentaire peuvent faire l'objet d'aménagements : le condamné, qui remplit les conditions à cet effet, peut se voir octroyer des « modalités d'exécution de la peine », telles que des permissions de sortie, congés pénitentiaires, surveillance électronique, libération conditionnelle...

L'instance compétente pour décider de l'octroi ou du refus de ces modalités, et puis de leur suivi, varie selon les cas de figure.

En ce qui concerne l'exécution de la peine principale, il faut distinguer les modalités octroyées par le pouvoir exécutif, d'une part⁷, et celles octroyées par le pouvoir judiciaire, d'autre part. En ce qui concerne ces dernières, sous réserve de certaines matières appartenant spécifiquement au juge de l'application des peines (ci-après JAP), c'est la durée de la peine ou des peines principale(s) à exécuter qui déterminera si la compétence reviendra au JAP ou au TAP. Ainsi, si le total à exécuter dépasse trois ans, c'est le TAP qui sera compétent. Si le total à exécuter dépasse deux ans jusqu'à trois ans, c'est depuis le 1^{er} septembre 2022, le JAP qui est compétent. Si ce total est inférieur ou égal à deux ans, l'exécution de la peine principale reste entre les mains du pouvoir exécutif, et ce, jusqu'à ce que la compétence revienne au JAP à partir du 1^{er} septembre 2023⁸.

En ce qui concerne la peine complémentaire, c'est le TAP qui sera compétent⁹, et ce, peu importe la durée de la (des) peine(s) principale(s). Des précisions pratiques quant à la matière sont apportées par la circulaire ministérielle n° 1817 du 15 juillet 2015 (non publiée).

Parmi les modalités que les JAP et TAP peuvent octroyer pour aménager la *peine principale*, la loi du 17 mai 2006, en son titre V, énumère la détention limitée (art. 21), la surveillance électronique (art. 22), la libération conditionnelle (art. 24), la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement et la mise en liberté provisoire en vue de la remise (art. 25/3).

En ce qui concerne les compétences du TAP relatives à l'exécution de la *peine complémentaire*, rappelons que la première décision que le TAP doit prendre est

6 Art. 34*bis* du Code pénal.

7 Les modalités suivantes relèvent de la compétence du pouvoir exécutif : permissions de sortie, congés pénitentiaires, placements en maison de transition, interruption de l'exécution de la peine, libération en vue d'un transfèrement dans un centre fermé en vue d'un éloignement imminent.

8 Voyez à cet égard M.-A. BEERNAERT, J.-F. FUNCK et O. NEDERLANDT, « L'entrée en vigueur du nouveau régime d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans : enjeux et pistes d'action pour éviter l'aggravation de la surpopulation carcérale », *J.T.*, 2022, pp. 461 à 472.

9 Sous réserve des modalités qui restent entre les mains du pouvoir exécutif ou qui appartiennent spécialement au juge de l'application des peines, avec une différence toutefois par rapport à l'exécution de la peine principale : les permissions de sortie et les congés pénitentiaires sont octroyés ici aussi par le TAP.

celle consistant à se prononcer sur la mise à exécution de cette peine, et ce, encore avant l'expiration de la peine principale afin que sa décision soit exécutoire à ce moment-là. Deux possibilités s'ouvrent alors à lui¹⁰ : soit il ordonne la privation de liberté de la personne condamnée¹¹, soit il décide de lui octroyer la libération sous surveillance¹². En l'espèce, le condamné concerné par l'arrêt commenté s'était vu privé de liberté à l'expiration de sa peine principale, le TAP « activant » ainsi la mise à la disposition du TAP.

S'il a ordonné la privation de liberté du condamné, le TAP devient alors, durant la durée de la peine complémentaire, l'instance pouvant accorder les modalités suivantes, comme le prévoit le titre XI*bis*, chapitre I^{er}, de la loi du 17 mai 2006 : les permissions de sortie et les congés pénitentiaires (art. 95/11), la détention limitée et la surveillance électronique (art. 95/18) et la libération sous surveillance (art. 95/21). Les modalités de mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement et de mise en liberté provisoire en vue de la remise ne sont pas expressément visées dans cette partie de la loi. En l'espèce, le tribunal a néanmoins accordé la modalité de libération en vue de l'éloignement au condamné exécutant une mise à disposition du TAP.

La personne condamnée mise à la disposition du TAP est définitivement remise en liberté à l'expiration du délai de la mise à la disposition fixée par la juridiction de fond (art. 95/28). Le TAP peut cependant décider de mettre fin plus tôt à la peine de mise à la disposition du TAP. En effet, après avoir passé deux ans en libération sous surveillance, la personne condamnée peut introduire une demande écrite au TAP pour qu'il soit mis fin à la mise à la disposition du TAP (art. 95/29).

1.2. La modalité de libération provisoire en vue de l'éloignement du territoire réservée aux condamnés non autorisés au séjour

À côté des modalités classiques d'exécution de la peine (surveillance électronique, libération conditionnelle...), le droit de l'exécution des peines prévoit la possibilité d'octroyer une libération en vue de l'éloignement aux condamnés non autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire belge qui font l'objet d'une décision

10 Si la personne condamnée est en libération conditionnelle au moment où le TAP doit se prononcer sur la mise à exécution de la mise à la disposition du TAP, le TAP doit la placer en libération sous surveillance à la fin du délai d'épreuve (art. 95/2, § 2, al. 2). La loi ne le prévoit pas pour la détention limitée et la surveillance électronique ; la personne condamnée bénéficiant de l'une de ces modalités pourrait donc être privée de sa liberté.

11 Le TAP décide de la privation de liberté s'il existe dans le chef de la personne condamnée un risque qu'elle commette des infractions graves portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique de tiers et qu'il n'est pas possible d'y remédier en imposant des conditions particulières (art. 95/2, § 3).

12 La libération sous surveillance correspond à la libération conditionnelle, mais elle porte un nom distinct afin de pouvoir différencier les régimes, selon que la personne condamnée purge sa peine principale ou exécute la modalité de mise à la disposition du TAP. Si le condamné doit solliciter du TAP l'octroi des différentes modalités, ce n'est pas le cas de la libération sous surveillance, puisqu'il sera amené à comparaître de façon automatique devant le TAP pour un contrôle annuel d'office.

d'éloignement¹³. L'article 25/3 de la loi définit la libération en vue de l'éloignement comme consistant en « 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 loi encadre l'octroi de cette modalité pendant la durée de l'exécution de la peine principale¹⁴. Pour autant, elle ne précise pas s'il s'agit exclusivement d'une modalité d'exécution de la peine principale ou s'il peut s'agir également d'une modalité d'exécution de la peine complémentaire, et c'est précisément l'enjeu au cœur de l'arrêt commenté.

L'octroi de cette modalité est subordonné à différentes conditions et relève actuellement de la compétence d'autorités distinctes selon que l'intéressé a été condamné à une peine de plus de trois ans ou à une peine de trois ans ou moins. L'octroi d'une libération en vue de l'éloignement par le TAP, à des condamnés à une peine de plus de trois ans est subordonné à des conditions de temps de même qu'à l'examen de contre-indications relatives au risque de perpétration de nouvelles infractions graves, au risque que le condamné importune les victimes, ainsi qu'aux efforts fournis par le condamné pour indemniser les parties civiles¹⁵. Pour les condamnés à une peine de trois ans ou moins, ces contre-indications portent sur le risque manifeste pour l'intégrité physique de tiers, le risque que le condamné importune les victimes, ainsi que les efforts fournis par le condamné pour indemniser les parties civiles¹⁶. Notons que ces conditions sont moins strictes que celles auxquelles est subordonné l'octroi d'autres modalités exécutables sur le territoire belge¹⁷.

2. Rétroactes et décision de la Cour

2.1. Antécédents de la cause

En l'espèce, une libération provisoire en vue de l'éloignement a été octroyée par le TAP de Bruxelles à un condamné exécutant une peine complémentaire de mise

13 Pour de plus amples explications sur cette modalité voy. C. Macq, « Réinsertion des étrangers condamnés ou internés sans droit de séjour : l'impossible équation ? », *J.T.*, 2022, pp. 497 à 511.

14 Art. 28, § 2, et 47, § 2, de la loi relative au statut juridique externe. L'article 47, § 2, de la loi fixe les conditions d'octroi d'une libération en vue de l'éloignement aux condamnés à une peine de plus de trois ans. L'octroi d'une libération en vue de l'éloignement est subordonné à l'examen de contre-indications relatives au risque de perpétration de nouvelles infractions graves, au risque que le condamné importune les victimes, ainsi qu'aux efforts fournis par le condamné pour indemniser les parties civiles. À la différence de ce qui est prévu pour l'octroi des autres modalités d'exécution de la peine pouvant être accordées aux condamnés à une peine de plus de trois ans, l'absence de perspectives de réinsertion sociale du condamné et l'attitude du condamné à l'égard des victimes ne constituent pas des contre-indications à l'octroi de cette modalité.

15 Art. 47, § 2, de la loi relative au statut juridique externe.

16 Voy. l'article 28, § 2, de la loi relative au statut juridique externe.

17 Voy. l'article 47, § 2, de la loi relative au statut juridique externe.

à disposition du TAP. Celui-ci, sous le coup de plusieurs condamnations, avait été, notamment, condamné par la cour d'appel de Bruxelles à cinq ans d'emprisonnement et à une mise à la disposition du TAP d'une durée de dix ans pour des faits de viol sur personne majeure. Notons que l'intéressé avait également été condamné à une peine de 20 mois d'emprisonnement pour des faits de violation de la législation sur les stupéfiants ainsi qu'une peine de 30 mois d'emprisonnement pour des faits de vol avec violences. Incarcéré le 22 mai 2012, il a purgé l'entière de la peine principale le 11 janvier 2019. Le 24 décembre 2018, le TAP a activé la mise à la disposition du TAP en prononçant la privation de liberté. De nationalité algérienne, et identifié par les autorités consulaires de l'Algérie, il n'a plus droit au séjour en Belgique, ce droit lui ayant été retiré¹⁸. À l'audience du 8 mars 2022, il sollicite une libération provisoire en vue de l'éloignement vers l'Algérie.

Par jugement du 21 mars 2022¹⁹, le TAP fait droit à sa demande et octroie une libération provisoire en vue de l'éloignement, se fondant sur l'article 26 de la loi relative au statut juridique externe. Cette disposition prévoit en substance que la libération en vue de l'éloignement du territoire peut être accordée au condamné pour autant qu'il ait subi un tiers de sa peine. Le tribunal constate par ailleurs qu'il n'existe pas de contre-indications légales à l'octroi de cette modalité.

Dans ses avis écrits et oraux, le ministère public estimait que la demande devait être déclarée irrecevable « étant donné que la libération provisoire en vue de l'éloignement n'est pas prévue légalement pour les condamnés qui exécutent une mesure de mise à disposition du tribunal de l'application des peines ».

A contrario, le tribunal relève qu'« aucune disposition légale ne fait obstacle à l'octroi de cette mesure au condamné qui a été maintenu en détention dans le cadre d'une mise à disposition du tribunal de l'application des peines, dès lors qu'il a exécuté le tiers de sa peine ». Le tribunal estime qu'« une autre interprétation aboutirait à une contre-indication légale puisque la personne condamnée à une peine d'emprisonnement assortie de la mise à disposition du tribunal de l'application des peines pourrait bénéficier de la libération en vue de l'éloignement pendant la période durant laquelle elle exécute sa peine et serait privée de cette possibilité à partir du moment où la mesure de mise à disposition prend cours ».

18 L'intéressé résidant sur le territoire depuis 2003 s'est vu retirer son droit au séjour pour des motifs d'ordre public. Sur le retrait du droit au séjour pour des motifs d'OP voy. C. MACQ, « Le point sur le retrait du droit au séjour et l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal », *Rev. dr. étr.*, n° 198, septembre 2018, pp. 179-219 de même que J. HARDY, « Ordre public : modifications législatives et jurisprudence récente », in S. SAROLÉA (dir.), *Immigration et droits : questions d'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2019. Le jugement souligne le fait que « vu ce retrait, il n'a plus aucune perspective de vie en Belgique quoiqu'une partie de sa famille y vive ».

19 TAP Bruxelles, 80° ch., R.G. n° 21/939/MDT LPE.

2.2. Thèses en présence et décision de la Cour

Le ministère public a introduit un pourvoi en cassation à l'encontre de cette décision, invoquant deux moyens. Le premier moyen reproche au TAP d'avoir commis un excès de pouvoir, en ce qu'aucune disposition de la loi du 17 mai 2006 ne lui permet d'octroyer à un condamné privé de liberté une libération provisoire pour l'éloignement. Il ajoute qu'à la lecture des travaux préparatoires, rien ne permet de considérer que le législateur aurait eu cette volonté et qu'il ne s'agit dès lors pas d'une omission involontaire²⁰. Au contraire, il considère que le fait que le législateur n'ait pas prévu l'octroi de cette modalité s'explique par le fait que la peine de mise à la disposition du TAP vise des auteurs d'infractions représentant une menace importante et durable pour la société. Dans le cadre du second moyen, le ministère public considère que le TAP ne pouvait combler la lacune législative, comme il l'a fait, car il s'agit en l'espèce d'une lacune telle qu'elle exige nécessairement une intervention du législateur, et ce, au vu de la *ratio legis* rendant inconciliable l'octroi de cette modalité avec la finalité de la mise à la disposition du TAP qui vise des personnes devant être maintenues en prison pour des raisons de sécurité publique.

Dans son mémoire en défense, le conseil du condamné invoque, à titre préliminaire, l'irrecevabilité du pourvoi, dès lors que l'article 96, alinéa 2, de la loi du 17 mai 2006 ne vise pas expressément les décisions d'octroi de la libération provisoire comme susceptibles de pourvoi en cassation.

À titre principal, le défendeur fait valoir qu'aucune disposition *n'exclut* le condamné à la mise à disposition du TAP du champ d'application de l'article 26 de la loi. Il fait en outre valoir que l'article 95/4 de la loi du 17 mai 2006, relatif à la procédure d'exécution de la mise à disposition, prévoit que le ministère public rédige un avis motivé au plus tard un mois après le retour sur le territoire du condamné à l'égard duquel le délai d'épreuve a pris fin à la suite d'une libération provisoire en vue de l'éloignement. Il en déduit que le condamné mis à disposition peut demander et obtenir cette mesure, qui suspend la mise à la disposition du TAP. À titre subsidiaire, il soutient qu'il résulterait de la thèse du demandeur une discrimination injustifiable entre les condamnés mis à disposition, qui pourraient demander la libération provisoire en vue de l'éloignement du territoire durant l'exécution de leur peine principale, et ces mêmes condamnés qui ne pourraient solliciter l'octroi de cette modalité durant l'exécution de la mise à disposition²¹ ;

20 Il invoque le fait que les travaux préparatoires de la loi introduisant la mise à disposition du tribunal de l'application des peines précisent que l'objectif est d'introduire une peine complémentaire qui vient s'ajouter à la première peine prononcée par le tribunal à « l'encontre d'auteurs d'infractions qui représentent une menace importante et durable pour la société » afin que ceux-ci « puissent être maintenus en prison pour des raisons de sécurité publique évidentes en vue de les empêcher de commettre de nouvelles infractions ». Projet de loi relatif à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, *Doc. parl.*, Ch. repr., n° 51-2999/03, pp. 3 et 4.

21 Le défendeur invoque, *mutatis mutandis*, l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 148/2017 du 21 décembre 2017, §§ B.90.1 à B.91, relatifs aux dispositions qui excluaient de la possibilité de demander et d'obtenir diverses modalités d'exécution de la peine pour tous les étrangers dont la

il demande de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle à cet égard.

Dans ses conclusions, l'avocat général à la Cour de cassation commence par soutenir que la décision du TAP qui octroie la modalité d'exécution de la peine de mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire est susceptible de pourvoi en cassation. À son estime, il résulte de l'article 96, alinéa 1^{er}, de la loi que « sont susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi en cassation les décisions du tribunal de l'application des peines relatives à l'octroi, au refus, à la révision ou à la révocation des modalités d'exécution de la peine (détention limitée, surveillance électronique, libération conditionnelle ou mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise ou pour raison médicale) »²². Cette disposition ne vise certes pas explicitement ces deux dernières catégories de décisions (de mise en liberté provisoire) mais la Cour considère que les pourvois dirigés contre de telles décisions sont recevables : elle l'a dit explicitement pour « les décisions du juge de l'application des peines qui refusent, octroient avec ou sans condition particulière ou révoquent la libération provisoire pour raisons médicales »²³ et à tout le moins implicitement, à de nombreuses reprises, pour les décisions de cette juridiction qui statuent sur une demande de mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise en application des articles 25/3 et suivants de la loi²⁴.

Quant au fait que l'octroi d'une libération provisoire en vue de l'éloignement pendant la durée de la mise à la disposition du TAP procèderait d'un excès de pouvoir, l'avocat général s'interroge sur l'absence d'argumentation du demandeur quant au fait que la libération provisoire puisse être accordée à la personne condamnée dans le cadre de l'exécution de la peine principale. Il reproche, à cet égard, au demandeur de soutenir que cette exclusion ne s'applique que dans le cadre de l'exécution de la mise à disposition, sans indiquer la justification d'une telle discrimination ni d'où il ressort que le législateur l'aurait voulue. Il admet ensuite que l'article 26 de la loi ne prévoit certes pas explicitement que le TAP peut octroyer au condamné mis à disposition une libération provisoire en vue de l'éloignement du territoire, fût-ce après l'exécution de la peine principale. Il relève toutefois qu'il ne l'exclut pas non plus, pas plus que les autres dispositions invoquées par le demandeur. Il appelle, dès lors, la Cour à considérer que cette

présence sur le territoire n'est pas couverte par une autorisation de séjour au moment où ils en font la demande ; cet arrêt constate que « la différence de traitement créée par les dispositions attaquées entre personnes condamnées à une peine privative de liberté sur la base de leur statut de séjour n'est pas raisonnablement justifiée et entraîne des effets disproportionnés au regard des droits fondamentaux invoqués ».

22 M.-A. BEERNAERT, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 9^e éd., Bruges, la Charte, 2021, t. II, p. 2024.

23 Cass., 21 octobre 2015, RG P.15.1261.F, *Pas.*, 2015, n° 620.

24 Voir p. ex. (décisions implicites) Cass., 26 octobre 2021, R.G. P.21.0027.N, *Pas.*, 2021, à sa date ; Cass., 28 juillet 2021, R.G. P.21.0890.F, *Pas.*, 2021, à sa date ; Cass., 23 juin 2021, R.G. P.21.0710.F, *Pas.*, 2021, à sa date, et concl. de M. VANDERMEERSCH, avocat général ; Cass., 9 juin 2021, R.G. P.21.0670.F, *Pas.*, 2021, à sa date.

disposition est applicable tant avant que pendant la phase d'exécution de cette peine complémentaire.

À titre subsidiaire, plutôt qu'une « contradiction légale », il invite la Cour à constater que l'article 26 de la loi du 17 mai 2006, tel qu'interprété par le demandeur, entraîne une différence de traitement entre deux catégories de condamnés, et considère qu'il revient à la Cour constitutionnelle de juger si cette discrimination est justifiable et proportionnée au regard des articles 10 et 11 de la Constitution. Il suggère, dès lors, de surseoir à statuer sur le pourvoi jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle ait répondu à la question suivante : « L'article 26 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, tel qu'interprété comme ne permettant pas au condamné mis à la disposition du tribunal de l'application des peines de demander la libération provisoire en vue de l'éloignement du territoire pendant la phase d'exécution de cette peine complémentaire, alors qu'il le peut pendant la phase d'exécution de la peine principale ? ».

La Cour de cassation, au terme d'une motivation très courte, rejette le pourvoi au motif que : « Les articles 25/3 et 26 précités ne distinguent pas entre l'exécution de la peine principale et celle de la peine complémentaire, d'où il suit que la modalité octroyée par le jugement attaqué est applicable aux deux situations ».

3. Analyse de la solution retenue par la Cour de cassation

Dans cette affaire, la Cour de cassation n'a pas estimé nécessaire d'interroger la Cour constitutionnelle quant à l'existence d'une différence de traitement injustifiée entre la phase d'exécution de la peine principale et la phase d'exécution de la peine complémentaire. Elle considère que les dispositions légales qui décrivent les modalités d'exécution de la peine, applicables aux peines principales (titre V) s'appliquent également pour les modalités d'exécution de la peine complémentaire de mise à la disposition du TAP.

Soulignons tout d'abord qu'aucun protagoniste ne contestait la possibilité d'octroyer à la personne condamnée, durant l'exécution de la peine principale et donc avant la mise à exécution de la peine complémentaire, la modalité de libération en vue de l'éloignement. Cette lecture s'impose d'autant plus qu'elle est expressément envisagée par le législateur puisque, comme le relevait le conseil du condamné, l'article 95/4 de la loi du 17 mai 2006 prévoit qu'avant l'audience durant laquelle le TAP doit décider de priver, ou non, le condamné de liberté, le ministère public rédige un avis motivé, le cas échéant dans le mois qui suit le retour du condamné sur le territoire belge, lorsque le délai d'épreuve a pris fin à la suite de l'octroi d'une libération provisoire en vue de l'éloignement.

Quant au chapitre 1^{er} du titre XIbis, qui concerne l'exécution de la mise à la disposition du TAP, il ne vise certes pas de manière expresse la modalité de libération

en vue de l'éloignement. Ce que l'on peut néanmoins constater à la lecture de cette partie de la loi, c'est qu'elle se contente généralement de renvoyer aux dispositions qui régissent l'exécution des peines principales, en ce qui concerne l'octroi des modalités, le suivi de celles-ci ou encore les procédures à suivre. Les dispositions ne deviennent plus précises que lorsque le régime de l'exécution de la mise à la disposition du TAP contient des spécificités. Ainsi, il est précisé que la compétence relative à l'octroi des permissions de sortie ou des congés pénitentiaires appartient au TAP – parce que c'est dérogatoire aux règles régissant l'exécution des peines principales qui prévoient que cette compétence appartient au pouvoir exécutif. Ces dispositions apportent également davantage de précisions à l'égard de la libération sous surveillance, car cette modalité se distingue à divers égards de la libération conditionnelle, notamment en ce que la comparution devant le TAP est automatique et non sur demande, et en ce que le TAP ne vérifie pas l'existence d'un plan de réinsertion. La peine complémentaire est en effet une peine de sûreté dont l'objectif principal est de protéger la société, si bien que pour décider de l'octroi de la libération sous surveillance, le TAP ne doit prendre en compte que le risque de récidive, et non les perspectives de réinsertion sociale du condamné.

Une incohérence peut également être relevée à la lecture de cette partie de la loi. En effet, on s'interroge sur les raisons pour lesquelles le législateur a, dans la disposition permettant l'octroi de la détention limitée et de la surveillance électronique aux condamnés mis à la disposition du TAP, indiqué que les articles 47 et 48 étaient d'application, soit les dispositions précisant à quelles conditions ces modalités sont octroyées dans le cadre de l'exécution de la peine principale. Parmi ces conditions, on retrouve celle de présenter au TAP un plan de réinsertion qui contient les perspectives de réinsertion sociale. Pourquoi poser une telle exigence pour ces modalités plus restrictives que la libération sous surveillance alors que cette exigence ne vaut pas pour cette dernière modalité ? À notre sens, ce manque de cohérence ne peut s'expliquer que par un travail législatif réalisé de manière rapide : le législateur, ne pensant pas devoir apporter des informations spécifiques quant à ces modalités dans le cadre de la mise à la disposition des TAP, a simplement renvoyé aux dispositions relatives à ces modalités dans le cadre de l'exécution de la peine principale, sans examiner la question de manière plus approfondie. La lecture des documents parlementaires²⁵ permet d'ailleurs de constater que le projet de loi relative à la peine de mise à la disposition du TAP a suscité peu de discussions et d'observations, et a été adopté très rapidement (deux mois, entre février et avril 2007).

25 Références Sénat : Projet de loi relative à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2006-2007, n° 3-2054/1 ; références Chambre : Projet de loi relative à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2006-2007, n° 51-2999/001.

Il paraît en outre utile de préciser que la loi relative à la mise à la disposition du TAP, bien qu'entrée en vigueur en 2012, date du 26 avril 2007²⁶. En d'autres termes, elle a été adoptée à une époque où la loi du 17 mai 2006 venait à peine d'entrer en vigueur et était encore méconnue. La libération provisoire en vue de l'éloignement constituait alors une nouveauté, qui ne figurait pas dans les textes anciens que les lois du 17 mai 2006 et du 26 avril 2007 sont venues remplacer, soit la loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle et la loi de défense sociale qui réglait la mise à la disposition du gouvernement ; ce qui peut expliquer que le législateur n'ait pas eu à l'esprit la situation des condamnés étrangers mis à la disposition du TAP.

À l'occasion d'un autre commentaire de jurisprudence publié dans cette revue, la seconde auteure avait déjà souligné combien la loi du 17 mai 2006 était parfois incomplète et imprécise, si bien qu'un attachement trop strict à son texte n'était pas toujours adapté²⁷.

De ces constats, l'on peut tirer la supposition que si la libération provisoire en vue de l'éloignement n'a pas été visée expressément dans cette partie de la loi, c'est fort probablement parce que le législateur n'avait rien de spécifique à préciser quant à l'application de cette modalité dans le cadre de la mise à la disposition du TAP²⁸, ou parce qu'il ne l'avait tout simplement pas à l'esprit.

Par ailleurs, force est de constater que le chapitre 1^{er} du titre *XIbis*, qui concerne l'exécution de la mise à la disposition du TAP, reste également muet quant à la possibilité d'octroi d'autres modalités d'exécution de la peine aux condamnés mis à disposition.

Ainsi, s'il précise que le TAP peut octroyer les modalités de permissions de sortie et de congés pénitentiaires au condamné, il ne dit rien de l'éventuel octroi au condamné par le pouvoir exécutif des modalités de placement en maison de transition et d'interruption de l'exécution de la peine, et ne précise pas non plus si le JAP pourrait lui accorder une libération provisoire pour raisons médicales. Pour l'interruption de l'exécution de la peine et la libération provisoire pour raisons médicales, la même explication que celle proposée ci-dessus devrait valoir : le législateur de 2007 n'avait rien de spécifique à prévoir pour l'exécution de ces modalités-là. Pour le placement en maison de transition, cette modalité ayant été

26 Voy. la loi du 26 avril 2007 relative à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, *op. cit.*

27 Voy. O. NEDERLANDT, « L'exécution de la peine privative de liberté doit-elle débiter par un écrou si la détention entraîne des effets préjudiciables évitables ? », obs. sous Cass. (2^e ch.), 16 octobre 2019, *Rev. dr. pén. crim.*, 2021/1, pp. 54-66.

28 Ceci est d'autant plus compréhensible que pour la modalité de libération en vue de l'éloignement, les conditions que le TAP doit examiner sont plus restrictives que celles qu'il doit examiner pour l'octroi de la libération sous surveillance. La libération sous surveillance peut en effet être accordée pour autant qu'il n'existe pas dans le chef du condamné un risque qu'il commette des infractions graves portant atteinte à l'intégrité physique ou psychique de tiers et qu'il n'est pas possible d'y remédier en imposant des conditions particulières (art. 95/21). Pour les conditions d'octroi de la libération en vue de l'éloignement, voir *supra* point 1.

introduite dans la loi du 17 mai 2006 par une loi du 11 juillet 2018²⁹, le législateur de l'époque ne pouvait en avoir connaissance. Cela étant dit, le législateur de 2018 n'a pas cherché à exclure les condamnés à une peine complémentaire de mise à la disposition du TAP de la possibilité de purger leur peine dans une maison de transition s'ils satisfont par ailleurs aux autres conditions. En conséquence, la même solution que celle retenue par la Cour de cassation en l'espèce devrait être systématiquement appliquée : dès lors que les dispositions de la loi du 17 mai 2006 qui organisent une modalité n'excluent pas explicitement les condamnés exécutant une mise à la disposition du TAP, ceux-ci doivent pouvoir en bénéficier.

Cette lecture est encore confortée par le fait qu'à l'occasion de la création récente de nouvelles modalités d'exécution de la peine, les personnes condamnées à une peine de mise à la disposition du TAP ont été expressément exclues de leur champ d'application – ce fut notamment le cas des modalités spécifiques introduites pendant la crise sanitaire³⁰, et c'est actuellement le cas de la modalité de libération anticipée, en vigueur depuis le 18 août 2022³¹.

Un indice supplémentaire orientant vers cette solution peut être trouvé dans la loi relative à l'internement : les personnes qui sont internées pour une durée indéterminée peuvent elles aussi se voir octroyer une libération en vue de l'éloignement (art. 28). Cette comparaison se justifie dès lors que la peine de mise à la disposition du TAP s'apparente à l'internement du fait de son caractère de peine de « sûreté », et par leurs racines communes s'inscrivant dans le mouvement de la défense sociale (*infra*, point 3).

Enfin, la décision de la Cour de cassation peut encore être validée par une interprétation de la loi du 17 mai 2006 prenant en compte l'esprit du législateur. À cet effet, rappelons qu'il est nécessaire de lire ensemble la loi du 17 mai 2006 et la loi de principes du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus³². La loi de principes énonce en effet les grands principes qui régissent l'exécution des peines privatives de liberté, et donc l'exécution de la loi du 17 mai 2006³³. Un des principes les plus fondamentaux consacré par cette loi de principes est d'empêcher autant que possible les effets préjudiciables évitables de la détention (art. 6, § 2). Cette limitation des effets dommageables de la détention ne pourra être atteinte que si la peine s'exécute en étant « axée sur la réparation du tort causé aux victimes par l'infraction, sur la réhabilitation

29 Loi du 11 juillet 2018 portant des dispositions diverses en matière pénale, *M.B.*, 18 juillet 2018 (chapitre 10, art. 68 à 79).

30 Voy. O. NEDERLANDT, « Droits des personnes incarcérées durant la pandémie : quand la crise ordinaire se double d'une crise sanitaire », *e-legal – Revue de droit et de criminologie de l'Université libre de Bruxelles*, dossier spécial Covid-19, 2021, disponible en ligne <http://e-legal.ulb.be/special-covid19/dossier-special-covid19/droits-des-personnes-incarcerees-durant-la-pandemie-quand-la-crise-ordinaire-se-double-d-une-crise-sanitaire>.

31 Voy. M.-A. BEERNAERT, J.-F. FUNCK et O. NEDERLANDT, *op. cit.*

32 *M.B.*, 1^{er} février 2005.

33 Sur l'importance de considérer ensemble les différentes lois pénitentiaires, voy. O. NEDERLANDT, « L'exécution de la peine privative de liberté doit-elle débiter par un écrou si la détention entraîne des effets préjudiciables évitables ? », *op. cit.*, p. 61.

du condamné et sur la préparation, de manière personnalisée, de sa réinsertion dans la société libre » (art. 9, § 2). En l'espèce, il semble assez clair que la *ratio legis* s'oppose à ce que l'on maintienne en détention un condamné qui remplit les conditions légales pour se voir octroyer une libération en vue de l'éloignement, et à ce que l'on retarde d'autant le processus de réinsertion dans son pays d'origine.

Pour toutes ces raisons, la solution retenue par la Cour de cassation nous semble justifiée en l'espèce.

4. Les condamnés étiquetés dangereux : vers une extension infinie du contrôle ?

Dans ses conclusions, l'avocat général près la Cour de cassation pose la question suivante : « La thèse soutenue par le demandeur n'aurait-elle pas dû le conduire à soutenir que le législateur n'a pas voulu que la libération provisoire en vue de l'éloignement du territoire puisse être accordée à la personne condamnée à une mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, et ce, tant dans le cadre de l'exécution de celle-ci que durant l'exécution de la peine principale ? ». L'avocat général met ici le doigt sur l'enjeu de cette affaire : l'octroi d'une libération provisoire en vue de l'éloignement du territoire signifie une perte de surveillance sur le condamné, qui ne fera pas l'objet – contrairement aux condamnés libérés anticipativement en Belgique – du suivi et du contrôle exercé par la police, le parquet et les maisons de justice.

Or le condamné, parce qu'auteur de faits de mœurs et visé par une peine de mise à la disposition du TAP, appartient à une actuelle « figure de danger », nécessitant une surveillance accrue. Le droit pénal et le droit de l'exécution des peines organisent en effet des régimes d'exception autour des récidivistes, des délinquants sexuels et des auteurs d'infractions terroristes ou détenus radicalisés³⁴. Le champ d'application de la mise à la disposition du TAP en est une illustration en ce qu'il vise principalement plusieurs cas de récidive et les auteurs de certaines infractions terroristes et de faits de mœurs. Pourtant, les législations qui prévoient ces régimes d'exception ne s'appuient jamais sur des études scientifiques qui auraient démontré la dangerosité supérieure de ces catégories de condamnés. C'est notamment l'une des raisons pour lesquelles la commission de réforme du droit pénal est favorable à la suppression de la peine de mise à la disposition du TAP³⁵.

34 Pour l'exécution des peines, voyez notamment O. NEDERLANDT, « Actualités en droit de l'exécution des peines privatives de liberté : un état de crise permanent ? », in F. KUTY et Ch. GUILLAIN (dir.), *Actualités en droit pénal et exécution des peines*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 153-167.

35 J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), « Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal », *Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 24, Bruges, la Charte, 2016, p. 34 : « Le maintien ou non de la peine accessoire de mise à la disposition du tribunal de l'application des peines relève d'un *choix politique*. Il est en effet difficile de concilier le maintien de cette peine avec les principes déjà définis de la réforme visée. D'une part, le champ d'application actuel *ratione materiae/ratione personae* est considéré par la doctrine comme arbitraire, ce qui ne

La nécessité d'évaluer et de traiter la « dangerosité » par des dispositifs pénaux renforcés ne date pas d'hier, et prend ses racines dans la doctrine de la « défense sociale », portée en Belgique par Adolphe Prins³⁶. C'est en effet cette doctrine qui est à l'origine des législations relatives à la libération conditionnelle, aux vagabonds et aux mendiants, aux mineurs et aux anormaux et délinquants d'habitude. Dans le cadre de l'émergence de l'État social dans les années 60, ces dispositifs ont été adaptés pour intégrer une approche davantage axée sur la réinsertion, la prise en charge ou les soins à assurer à ces populations. À partir des années 90, les réformes seront influencées par « un double mouvement de renforcement des droits et des garanties juridiques, d'une part, de la sécurité, voire du sécuritaire, d'autre part »³⁷.

La législation pénale actuelle a hérité de ces différents dispositifs permettant de garder une mainmise sur les justiciables étiquetés « dangereux » pour la société. Ainsi, des mesures de sûreté peuvent être prononcées à l'égard des irresponsables (mineurs et internés) pour les garder dans le champ d'application de la justice pénale. La libération conditionnelle permet de surveiller les condamnés à leur sortie de prison, et parfois pendant plus longtemps, lorsque le délai d'épreuve dépasse l'échéance de la peine. La mise à la disposition du TAP, qui a remplacé le 1^{er} janvier 2012³⁸ l'ancienne « mise à la disposition du gouvernement »³⁹, permet de contrôler encore pendant plusieurs années les condamnés ayant purgé leur peine principale. Il existe également la possibilité d'interner des condamnés (*infra*).

Le fait que le contexte politique actuel soit de plus en plus marqué par des enjeux sécuritaires se traduit par une volonté de renforcer ces dispositifs déjà anciens, voire d'en créer de nouveaux ; volonté alimentée par la survenance d'événements qui émeuvent l'opinion publique – on pense notamment aux attentats de 2016

cadre pas avec le principe selon lequel une législation pénale optimale doit être précise. D'autre part, la durée de la mise à disposition revient à une augmentation artificielle mais réelle de la peine, ce qui est inconciliable avec le principe selon lequel les règles de droit doivent être proportionnelles à l'objectif poursuivi ».

36 Voy. à cet égard M. FOUCAULT (dir.), *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, travaux du séminaire qui s'est tenu à l'Université catholique de Louvain, textes recueillis par Fr. TULKENS, Bruxelles, Story-Scientia, 1988.

37 Ph. MARY, D. KAMINSKI, E. MAES et Fr. VANHAMME, « Le traitement de la "dangerosité" en Belgique : internement et mise à la disposition du gouvernement », *Champ pénal*, 2011, vol. VIII, point 2.

38 Loi du 26 avril 2007 relative à la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, *M.B.*, 13 juillet 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

39 Ph. MARY, D. KAMINSKI, E. MAES et Fr. VANHAMME, « Le traitement de la "dangerosité" en Belgique : internement et mise à la disposition du gouvernement », *op. cit.*, point 32 ; F. VANSILIETTE, « Mise à la disposition du gouvernement des condamnés », in *Postal Memorialis. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Kluwer, Verbo M. 140, juin 2014, pp. 391-392.

à Bruxelles, à l'affaire Julie Van Espen de mai 2019⁴⁰ et à celle du petit Dean de janvier 2022⁴¹.

C'est ainsi qu'une loi du 21 décembre 2017⁴² a donné la possibilité pour le juge, au stade de la fixation de la peine, de prononcer une période de sûreté, qui correspond à une période au cours de laquelle la personne condamnée ne pourra pas bénéficier de la libération conditionnelle, alors qu'elle a atteint la date d'admissibilité à cette modalité⁴³. En outre, plusieurs propositions et projets de lois ont été déposés à la Chambre afin d'étendre le champ d'application et d'allonger la durée de la mise à la disposition du TAP⁴⁴. Suite à l'enlèvement et au meurtre du petit Dean, le ministre de la Justice a déclaré le 20 janvier 2022 en séance plénière à la Chambre qu'il convenait de mieux protéger la société contre « ce genre de criminels », notamment grâce à la peine de la mise à la disposition du TAP qu'il convient d'appliquer plus largement et de renforcer, étant entendu que cette peine doit durer aussi longtemps que nécessaire et « au besoin à vie ».

Cette tendance se reflète encore dans la dernière version de l'avant-projet de Code pénal – livre I^{er}, qui a été soumise pour avis au Conseil d'État (le texte n'est, à l'heure d'écrire ces lignes (décembre 2022), pas encore publié). On peut lire dans l'exposé des motifs que la suppression de la peine de mise à la disposition du TAP a suscité « des questions quant à la possibilité de pouvoir suivre des condamnés également après l'exécution de la peine d'emprisonnement »⁴⁵. Ces questions ont émergé notamment sur la base du constat que de nombreux condamnés « choi-

40 Julie Van Espen est une étudiante de 23 ans qui a été tuée par Steve Bakelmans après qu'il a tenté de la violer. Or l'auteur avait déjà été condamné pour des faits de mœurs à plusieurs reprises. Au moment des faits, il venait d'être condamné en première instance à une peine de quatre ans d'emprisonnement pour viol, mais il était libre dans l'attente de l'audience devant la cour d'appel.

41 Dean Verberckmoes est un enfant de quatre ans qui aurait été enlevé puis tué par Dave De Kock, alors que ce suspect avait été condamné à dix ans d'emprisonnement pour des faits de coups ou blessures ayant entraîné la mort du fils de sa compagne, âgé de deux ans, sans intention de la donner en 2010. Sorti en 2018 après avoir fait un an de bracelet électronique (il n'a jamais bénéficié de la libération conditionnelle), il aurait donc récidivé en 2022.

42 Loi du 21 décembre 2017 modifiant diverses dispositions en vue d'instaurer une période de sécurité (lire « sûreté ») et modifiant la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive en ce qui concerne l'arrestation immédiate, *M.B.*, 11 janvier 2018.

43 Voy. à cet égard : Fr. KUTY, « La loi du 21 décembre 2017 modifiant diverses dispositions en vue d'instaurer une période de sûreté. La peine irrémédiable, la loi de la désillusion ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, pp. 573-602 ; J.-F. FUNCK, « Libération conditionnelle : les nouvelles périodes de sûreté », *Cahier du CRIDESP*, n° 2, février 2018.

44 Proposition de loi du 6 août 2019 modifiant les articles 34^{ter} et 34^{quater} du Code pénal ainsi que l'article 95/7 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des condamnés (...) en ce qui concerne la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, *Doc. parl.*, Ch., 2019, 55-0212/001 ; Proposition de loi du 19 novembre 2019 modifiant le Code pénal en ce qui concerne la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, *Doc. parl.*, Ch., 2019-2020, 55-0768/001 ; Proposition de loi du 21 novembre 2019 modifiant le Code pénal en vue d'élargir à toutes les infractions terroristes la liste des infractions entrant en ligne de compte pour la mise à la disposition facultative du tribunal de l'application des peines, *Doc. parl.*, Ch., 2019-2020, 55-0777/001 ; Proposition de loi du 28 janvier 2020 modifiant le Code pénal en vue d'étendre la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines à l'ensemble des infractions terroristes, *Doc. parl.*, Ch., 2019-2020, 55-0969/001.

45 Avant-projet de Code pénal – Livre premier (non publié à l'heure d'écrire ces lignes), Exposé des motifs, p. 252.

sisent d'aller à fond de peine, sans passer par une période de libération conditionnelle » et que les TAP sont réticents à octroyer cette modalité à certains condamnés – notamment ceux souffrant d'une problématique sexuelle ou ayant commis des faits de terrorisme – alors qu'ils auraient besoin d'un suivi lors de leur retour dans la société⁴⁶. Comme résultat de ces débats, l'avant-projet prévoit l'introduction d'une nouvelle peine accessoire – la peine de « suivi prolongé » – ayant pour objectif « d'inciter les condamnés à prendre en mains la problématique qui est source de risque de récidive ou de danger pour la société »⁴⁷. Cette peine, prévue à l'article 46 de l'avant-projet de nouveau Code pénal⁴⁸, consiste en l'obligation

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*

48 L'article 46 intitulé « le suivi prolongé » est actuellement formulé comme suit : (Avant-projet de Code pénal – Livre premier, non publié à l'heure d'écrire ces lignes, pp. 32-33) :

« § 1^{er}. Lorsqu'il prononce une peine de niveau 3 ou une peine d'un niveau supérieur pour une infraction qui a causé une atteinte grave à la vie, à l'intégrité physique, sexuelle ou psychique de la victime ou qui constitue un danger grave pour la sécurité publique, le juge peut imposer un suivi prolongé comme peine accessoire.

Cette peine doit être prononcée lorsque le juge condamne le prévenu ou l'accusé à une peine de niveau 7 ou 8 et que le prévenu ou l'accusé a déjà été condamné antérieurement pour une infraction pour laquelle la loi prévoit une peine de niveau 7 ou 8.

Cette peine doit également être prononcée lorsque le juge condamne le prévenu ou l'accusé à une peine de niveau 4 ou d'un niveau supérieur et que la condamnation est fondée, en cas de concours ou non avec d'autres infractions, sur une des infractions suivantes :

1° la torture ayant entraîné la mort visée à l'article 117 ;

2° le viol d'un mineur d'âge visé aux articles 142, 143 et 144 ;

3° les actes sexuels non consensuels ayant entraîné la mort visés à l'article 138 ;

4° l'enlèvement ayant entraîné la mort visé à l'article 210 ;

5° une infraction terroriste au sens de l'article 345, si celle-ci a occasionné la mort.

Avant de prononcer cette peine, le juge peut solliciter l'avis motivé d'un expert, porteur d'un titre professionnel de psychiatre médico-légal, d'un service spécialisé dans la guidance ou le traitement des délinquants sexuels, d'un service spécialisé dans les problématiques liées au terrorisme et à l'extrémisme violent ou d'un autre établissement spécialisé agréé par le Roi, sur la nature de la problématique éventuelle à laquelle le prévenu ou l'accusé est confronté et sur les possibilités d'accompagnement, de traitement ou de suivi.

§ 2. Le suivi prolongé consiste en l'obligation de respecter, après l'exécution de la peine d'emprisonnement ou du traitement sous privation de liberté, des conditions pendant une période déterminée. Ces conditions sont destinées à rencontrer la problématique éventuelle qui a contribué à la condamnation du prévenu ou de l'accusé et d'éviter la commission de nouveaux faits.

Si le condamné ne respecte pas les conditions imposées, s'il rend impossible l'exécution du suivi prolongé ou s'il donne à connaître qu'il n'est pas disposé à respecter les conditions, il peut être détenu dans un établissement désigné par le tribunal de l'application des peines pour la durée du suivi prolongé. Cet établissement ne peut en aucun cas être une prison.

§ 3. La durée du suivi prolongé est de cinq ans au maximum si une peine de niveau 3 est prononcée, de dix ans au maximum si une peine de niveau 4 est prononcée et de quinze ans au maximum en cas de prononciation d'une peine de niveau 5, 6, 7 ou 8. Si le suivi prolongé est obligatoire, conformément au paragraphe 1^{er}, alinéas 2 et 3, la durée minimale du suivi prolongé est de cinq ans.

Si le tribunal de l'application des peines décide, pour l'un des motifs énumérés au paragraphe 2, alinéa 2, que le condamné doit être privé de liberté et qu'à ce moment, le délai d'épreuve pour la libération conditionnelle ou pour la libération provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise qui aurait été appliqué si aucun suivi prolongé n'avait été prononcé contre lui, est écoulé, le tribunal de l'application des peines tient compte, pour la détermination de la durée du suivi prolongé restant à subir, de la période déjà écoulée durant laquelle les conditions ont été respectées au-delà de ce délai.

§ 4. Le suivi prolongé ne peut être exécuté que lorsque le condamné a exécuté la peine d'emprisonnement ou du traitement sous privation de liberté sans avoir accompli avec succès le délai d'épreuve prévu à l'article 71 par la loi du 17 mai 2006 concernant le statut juridique externe des condamnés à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine.

pour le condamné de respecter, après l'exécution de la peine privative de liberté principale, des conditions pendant une période déterminée – conditions fixées à l'occasion d'une audience contradictoire par le TAP avant l'expiration de la peine principale. La peine est prononcée de manière facultative ou obligatoire selon les cas, son champ d'application matériel vise notamment les infractions sexuelles et terroristes et sa durée maximale est comprise entre 5 et 15 ans. La peine de suivi prolongé n'est pas activée si le condamné est passé par une libération conditionnelle qui s'est bien déroulée, et ce, afin d'encourager les condamnés à opter pour la libération conditionnelle⁴⁹. Si le condamné ne respecte pas les conditions imposées dans le cadre du suivi prolongé, le TAP pourra le priver de liberté ; le condamné sera alors enfermé, non pas dans une prison, mais dans un lieu adapté (tel qu'un centre de psychiatrie légale)⁵⁰.

En d'autres termes, la possibilité de mettre à exécution une peine complémentaire à l'issue de la peine principale pour les justiciables considérés comme dangereux est conservée dans la proposition de loi, à la différence que cette peine complémentaire ne serait plus exécutée par principe en prison, mais par principe hors les murs et avec un suivi. Si cette évolution semble positive, le diable se cache dans les dispositions transitoires. L'exposé des motifs nous indique en effet que les dispositions organisant la peine de suivi prolongé n'entreront en vigueur qu'ultérieurement, à savoir lorsqu'il y aura une capacité suffisante en dehors des prisons pour exécuter cette peine, notamment dans les centres de psychiatrie légale. L'article 167 de l'avant-projet de loi contenant les dispositions modificatives fixe le moment de cette entrée en vigueur à 2035. Dans l'attente de la création de cette capacité, le texte laisse subsister la mise à la disposition du TAP par le biais des dispositions transitoires⁵¹.

Les conditions imposées comprennent toujours les conditions générales suivantes :

1° ne pas commettre d'infractions ;

2° avoir une adresse fixe et, en cas de changement de celle-ci, communiquer sans délai l'adresse de sa nouvelle résidence au service des communautés chargé de l'accompagnement ;

3° donner suite aux convocations du tribunal de l'application des peines et, le cas échéant, à celles du service des communautés chargé de l'accompagnement.

Le tribunal d'application peut, à tout moment, suspendre totalement ou partiellement, préciser ou adapter aux circonstances les conditions imposées, soit d'office, soit sur réquisition du ministère public, soit à la demande du condamné. Si le tribunal de l'application des peines estime que le suivi prolongé a atteint son objectif, il décide d'y mettre fin, même lorsque le délai fixé par la juridiction de jugement n'est pas écoulé.

§ 5. En vue de l'exécution de cette peine, le tribunal de l'application des peines détermine, après avoir entendu le condamné, six mois avant la date d'expiration de la peine, ou dès que possible après cette date, les conditions concrètes que le condamné devra respecter au terme de la peine d'emprisonnement ou du traitement sous privation de liberté. En vue de l'audience, le ministère public constitue un dossier contenant l'avis du directeur de l'établissement pénitentiaire ou, le cas échéant, de l'institution de soins et celui d'un expert mentionné au paragraphe 1^{er} concernant la problématique à laquelle est confronté le condamné.

49 Avant-projet de Code pénal – Livre premier (non publié à l'heure d'écrire ces lignes), Exposé des motifs, pp. 253-255.

50 *Ibid.*, p. 257.

51 *Ibid.*, p. 9 et pp. 253-255. Voy. également p. 31 de l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi contenant les dispositions modificatives, abrogatoires, transitoires et d'entrée en vigueur, non publié à ce jour.

Cet avant-projet de loi prévoit deux étapes quant à la prolongation du régime de la mise à la disposition du TAP⁵². *Dans un premier temps*, cette peine subsisterait telle qu'elle est actuellement prévue et ce, jusqu'à ce que les dispositions du nouveau Code pénal entrent en vigueur, à savoir dans un délai de deux ans après la publication de la loi au *Moniteur belge*⁵³, avec une modification toutefois. L'article 83 de l'avant-projet de loi contenant les dispositions modificatives, qui entrerait en vigueur dès la publication de la loi au *Moniteur belge*, entend réformer l'article 34^{ter} du Code pénal actuel afin de prévoir un nouveau cas dans lequel la peine complémentaire devrait être obligatoirement prononcée. Il s'agit en l'espèce des actes à caractère sexuel non consentis commis au préjudice de personnes mineures, visés aux articles 417/16 et 417/17 de l'actuel Code pénal. *Dans un second temps*, à partir de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, non seulement la peine de mise à la disposition du TAP subsisterait, mais son champ d'application serait également élargi. En effet, l'article 166 de l'avant-projet contenant les dispositions modificatives s'appliquera alors et cette disposition prévoit que cette peine pourrait dorénavant être prononcée pour sanctionner toute infraction qui porte gravement atteinte à la vie, à l'intégrité physique, sexuelle ou psychologique de la victime ou présentant un risque grave pour la sécurité publique, pour autant que la peine principale soit de niveau 3. Pour la durée de la peine complémentaire, trois seuils maximum seraient prévus : cinq ans, dix ans ou quinze ans, en fonction du niveau de la peine ; il n'y a par contre plus de seuil minimum imposé.

La contradiction flagrante entre la volonté affichée dans le projet de Code pénal d'éviter au maximum le recours à la privation de liberté et de favoriser les mesures dans la communauté, et le durcissement de la peine de mise à la disposition du TAP dans le cadre des dispositions transitoires témoigne de la difficulté de se détacher de la prison comme réponse pénale prioritaire.

Outre cette persistance et ce renforcement de la mise à la disposition du TAP, l'avant-projet contenant les dispositions modificatives qui accompagnent l'adoption du Code pénal, Livre I^{er}, contient une illustration supplémentaire et éclatante de la volonté politique d'étendre constamment la durée du contrôle sur les condamnés. L'article 157 de l'avant-projet prévoit en effet d'étendre la possibilité d'interner des condamnés. Actuellement, la chambre de protection sociale du TAP, après la réalisation d'une expertise psychiatrique médico-légale et une audience contradictoire, a la possibilité d'interner un condamné qui fait l'objet d'au moins une condamnation pour un crime ou un délit portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers et chez qui le psychiatre de la prison constate, au cours de la détention, un trouble mental ayant un caractère durable qui abolit ou altère gravement sa capacité de discernement ou de contrôle de ses actes

52 Voyez les articles 166 et 167 de l'avant-projet de loi contenant les dispositions modificatives, abrogatoires, transitoires et d'entrée en vigueur, non publié à ce jour, et l'exposé des motifs, pp. 31 à 33.

53 Article 167 de l'avant-projet de loi contenant les dispositions modificatives, abrogatoires, transitoires et d'entrée en vigueur, non publié à ce jour.

et qui risque de commettre de nouvelles infractions portant atteinte à ou menaçant l'intégrité physique ou psychique de tiers en raison de son trouble mental⁵⁴.

Les articles 157 et 158 prévoient la possibilité d'interner une nouvelle catégorie de personnes condamnées, à savoir celles qui font l'objet d'au moins une condamnation pour des faits qui ont porté atteinte à ou menacé l'intégrité physique ou psychique de tiers, qui font aussi l'objet d'au moins une mise à la disposition du TAP, qui se trouvent à un an de la fin de cette peine complémentaire et qui la subissent sous la forme d'une privation de liberté, sans bénéficier de modalité d'exécution de la peine, si elles souffrent d'un trouble mental de caractère permanent, sans toutefois que ce trouble n'abolisse ou n'altère gravement leur capacité de discernement ou de contrôle de leurs actes, et s'il existe un risque grave et permanent de récidive en raison de ce trouble. En d'autres termes, cette disposition vise à rendre possible l'internement de personnes n'étant pas considérées comme irresponsables pénalement. L'exposé des motifs justifie cette mesure en expliquant que certains condamnés ne remplissent pas les conditions actuelles de l'internement (à savoir qu'ils ne souffrent pas d'un trouble mental qui abolit ou altère gravement la capacité de discernement ou de contrôle de leurs actes) mais qui sont néanmoins atteints d'un trouble mental qui peut entraîner « un sérieux risque de récidive de commission d'infraction portant atteinte sérieux [sic] à l'intégrité physique ou psychique de tiers, risque qui ne peut, dans l'état actuel de la science, pas encore être neutralisé par des interventions ou traitements thérapeutiques, ou ne peut pas encore être contré parce que la personne n'est pas encore disponible sur le plan thérapeutique ». Afin de protéger la société contre ce risque, ces personnes devraient donc pouvoir être internées. En outre, il n'est pas précisé qu'il doit s'agir d'un trouble mental qui s'est développé pendant la détention ; ce trouble pourrait dès lors déjà avoir été présent au moment où la condamnation a été prononcée et où la mesure d'internement n'a justement pas été retenue. L'article 167 réglant les dispositions transitoires indique que ces articles 157 et 158 entreraient en vigueur immédiatement, le jour de la publication de la loi au *Moniteur belge*.

La possibilité de faire entrer dans le régime de l'internement des personnes qui ne sont pas considérées comme irresponsables, et ce, uniquement dans l'objectif de les garder sous contrôle, alors qu'elles ont déjà exécuté leur peine, nous semble violer de manière évidente le principe de proportionnalité des peines. En outre, l'internement est « une mesure de sûreté destinée à la fois à protéger la société et à faire en sorte que soient dispensés à la personne internée les soins requis par son état en vue de sa réinsertion dans la société » (art. 2 de la loi relative à l'internement) : orienter dans le régime de l'internement des personnes dont on dit qu'elles ne peuvent faire l'objet de traitements thérapeutiques est donc contraire

54 Art. 77/1 à 77/9 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement ; voy. aussi à cet égard E. DEROUAUX, O. NEDERLANDT et A. SERVAIS, « Les situations complexes dans l'exécution de la mesure d'internement / Complexe situaties bij de uitvoering van de interneringsmaatregel », in A. JONCKHEERE et E. MAES, *Calcul, exécution et cumul des peines en Belgique / Strafberekening, uitvoering en cumul van straffen in België*, Gompel & Svacina, 2022, pp. 186-189.

à l'esprit de la loi relative à l'internement. Il reste donc à espérer que ces dispositions seront supprimées de l'avant-projet à la suite de l'avis du Conseil d'État.

Ces quelques lignes relatives à l'actualité législative illustrent bien combien l'enjeu du contrôle sur les condamnés étiquetés dangereux est primordial, et peuvent dès lors mettre en perspective la volonté du ministère public dans cette affaire d'éviter qu'un condamné faisant l'objet d'une mise à la disposition du TAP n'échappe au contrôle judiciaire.

5. Les condamnés sans titre de séjour : avant tout, un problème à éloigner

Alors que la loi pénitentiaire prévoit que l'exécution de la peine privative de liberté vise à la réinsertion de tous les condamnés, sans distinction⁵⁵, le politique part du postulat que les personnes sans titre de séjour ne sont pas en mesure de se réinsérer en Belgique.

Les autorités politiques ont, à plusieurs reprises, clairement affirmé leur intention de donner priorité, dans la détermination des modalités d'exécution de la peine accessibles aux condamnés non autorisés au séjour, à la poursuite d'un objectif de rapatriement effectif de ces condamnés⁵⁶.

Ceci s'est traduit par l'adoption de deux types de dispositions.

D'une part, des possibilités d'aménagement de peine ou de libération anticipée visant à garantir l'éloignement du territoire des condamnés et internés non autorisés au séjour ont été introduites en droit de l'exécution des peines⁵⁷. La libération

55 Voy. l'article 9, § 2, de la loi du 12 janvier 2005 de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus, l'article 2 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement et l'article 107.1 de la Recommandation Rec(2006)2-rev du Comité des ministres aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes adoptée par le Comité des ministres le 11 janvier 2006, lors de la 952^e réunion des Délégués des ministres et révisée et modifiée par le Comité des ministres le 1^{er} juillet 2020, lors de la 1380^e réunion des Délégués des ministres.

56 L'exposé d'orientation politique, Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-21, n° 55-1610/15, p. 35. Dans sa note d'orientation politique 2020, le ministre de la Justice affirmait poursuivre les efforts fournis afin de garantir que les détenus qui n'ont pas de droit au séjour en Belgique soient rapatriés en fin ou au cours de leur peine et se félicitait des initiatives prises en ce sens au cours des années précédentes. Ces intentions de mettre le droit de l'exécution des peines au service du rapatriement effectif de ces condamnés ont auparavant déjà été affirmées à plusieurs reprises par le politique. Voy. not. à cet égard le Plan Justice 2015 dans lequel le ministre de la Justice consacre un point particulier aux condamnés sans droit de séjour. Il estimait que ces derniers ne devaient pas pouvoir bénéficier des modalités alternatives d'exécution de la peine axées sur l'intégration dans la société belge (Plan Justice du ministre de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2014-2015, n° 54 1019/001, pp. 243-244).

57 Via l'adoption de dispositions introduites dans la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe ou via l'adoption de textes par l'exécutif (circulaires ministérielles, instructions ministérielles). Actuellement, la plupart des dispositions de la loi régissant les modalités d'exécution de la peine accessibles aux condamnés à une peine de trois ans ou moins n'étant pas entrées en vigueur, la définition des modalités accessibles et leurs conditions d'octroi sont régies par l'exécutif. Le régime de l'exécution des peines applicables aux peines de moins de trois ans entrera en vigueur, progressivement à partir du mois de septembre 2022 (conformément aux dispositions de la loi du

provisoire en vue de l'éloignement fait partie de ces mesures visant à garantir la bonne réalisation d'objectifs de politique migratoire.

D'autre part, l'accès des étrangers non autorisés ou habilités au séjour aux modalités d'exécution de la peine accessibles, en principe, à tous les condamnés et internés, quel que soit leur statut de séjour et exécutables sur le territoire belge, a fait l'objet de diverses restrictions. Le politique a été jusqu'à exclure, par une loi du 5 février 2016⁵⁸, les condamnés non autorisés au séjour de la majorité des modalités d'exécution de la peine exécutables sur le territoire belge. Cette loi a été annulée par la Cour constitutionnelle. Pour celle-ci, en excluant de manière absolue les condamnés non autorisés au séjour de ces modalités « quels que soient les faits qu'ils ont commis, la peine prononcée à leur égard, leur comportement depuis leur incarcération, l'historique de leur situation administrative de séjour, leurs attaches familiales en Belgique et la possibilité d'éloignement en ce qui les concerne »⁵⁹, le législateur a adopté des dispositions disproportionnées au but poursuivi et par conséquent discriminatoires. Notons qu'en pratique il reste difficile pour les condamnés en séjour irrégulier de se voir octroyer des modalités à exécuter sur le territoire belge en raison de leur situation de séjour⁶⁰. Ceci s'explique notamment par l'association que certains TAP continuent d'opérer automatiquement entre illégalité du séjour et absence de perspective de reclassement⁶¹. En outre, lorsqu'une appréciation des perspectives de réinsertion sociale est effectuée *in concreto*, les TAP se trouvent confrontés à la difficulté, pour ces condamnés non autorisés au séjour, de proposer un plan de reclassement incluant un projet occupationnel et des sources de revenus suffisantes en raison du fait qu'ils ne sont pas autorisés à travailler légalement et n'ont pas accès à l'aide sociale⁶².

Dans ce contexte, on peut se réjouir de ce que l'arrêt commenté permette à certains condamnés sans droit de séjour, exécutant une mise à la disposition du TAP, de bénéficier de la libération provisoire en vue de l'éloignement lorsque les conditions légales sont remplies, cette modalité étant bien souvent l'unique modalité qu'ils peuvent espérer se voir octroyer. Comme souligné plus haut, cela paraît plus conforme aux grands principes du droit pénitentiaire qui visent à empêcher

18 mai 2022 visant à reporter l'entrée en vigueur des dispositions relatives à l'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins, *M.B.*, 25 mai 2022, p. 44775).

58 Loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 19 février 2016, p. 13130.

59 C.C., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017, B. 90.2., *J.T.*, 2018, p. 97, *Rev. dr. pén. crim.*, 2018, p. 455, note E. DELHAISE et O. NEDERLANDT, « Légiférer coûte que coûte ? », pp. 541-566. Voy. également M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La Cour constitutionnelle recadre le législateur "pot-pourri II" », *J.T.*, 2018, pp. 81-96.

60 O. NEDERLANDT, « Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté », Thèse de doctorat, 2020, UCLouvain, Saint-Louis Bruxelles, pp. 609-610 ; C. MACQ, « Réinsertion des étrangers condamnés ou internés sans droit de séjour : l'impossible équation ? », *J.T.*, 2022, pp. 497 à 511.

61 *Ibid.*

62 L'article 57, § 2, de la loi organique des CPAS limite l'aide sociale à laquelle ils peuvent avoir accès à l'aide médicale urgente (loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale, *M.B.*, 5 août 1976).

autant que possible les effets préjudiciables évitables de la détention, de manière à favoriser la réinsertion des condamnés dans la société. D'un point de vue pragmatique, cela présente également incontestablement un intérêt en termes de gestion de la surpopulation carcérale⁶³.

On peut toutefois s'interroger quant aux conséquences de la logique dans laquelle s'inscrit cette interprétation du droit pénitentiaire qui consiste à réserver un traitement particulier aux étrangers non autorisés au séjour dans le but de garantir, à tout prix et quelle que soit leur situation administrative, personnelle ou familiale, leur éloignement du territoire.

On peut s'en inquiéter, d'une part, parce qu'un certain nombre de ces condamnés non autorisés au séjour sont inéloignables, en raison d'un risque de violation de leurs droits fondamentaux⁶⁴ ou d'une absence de collaboration du pays d'éloignement, celui-ci refusant d'identifier l'étranger ou de délivrer un laissez-passer⁶⁵. Ces condamnés-là seront donc, dans la majorité des cas, vu la pratique des TAP n'octroyant que très peu de modalités à exécuter sur le territoire belge, contraints à purger l'intégralité de leur peine en prison sans bénéficier d'aucune modalité propre à préparer leur réinsertion dans la société. D'autres resteront également incarcérés pour toute la durée de leur peine car ils ne pourront pas bénéficier d'une libération provisoire en vue de l'éloignement en raison de l'existence de contre-indications légales à l'octroi de cette modalité. La loi relative au statut juridique

63 Notons que le dernier rapport contenant des statistiques pénitentiaires publié au niveau européen évalue la proportion d'étrangers détenus à 44,7 % de la population pénitentiaire belge (voy. M.F. AEBI et M.M. TIAGO, *Space I – 2020. Prison populations*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2020, p. 44). Parmi les détenus de nationalité étrangère, la proportion d'étrangers non autorisés au séjour était évaluée, en 2015, à 54 % (L. BREULS, S. DE RIDDER et S. BELLEMANS, « Détenus sans droit de séjour. Réinsérer ou rapatrier à tout prix ? », INCC, mars 2017, <https://nicc.fgov.be/upload/publicaties/jsjv10fr.pdf>, p. 3).

64 La décision de renvoi vers le pays d'origine de la personne concernée peut, sous certaines conditions, porter atteinte au droit à la vie privée et familiale des individus concernés, en violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit à la vie privée et familiale (voy. parmi d'autres l'arrêt Cour eur. D.H., *I.M. c. Suisse*, 19 avril 2019). Cette décision de renvoi peut également exposer la personne concernée à un risque d'être soumise à des traitements inhumains ou dégradants ou à de la torture, en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit que « nul ne peut être soumis à la torture ou aux traitements inhumains ou dégradants ». La Cour européenne des droits de l'homme juge, de manière constante, que lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'étranger faisant l'objet d'une décision d'expulsion court un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention dans le pays de destination, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays (voy. parmi d'autres Cour eur. dr. h. (GC), *F.G. c. Suède*, 23 mars 2016, § 111 ; Cour eur. D.H., *M.A. c. France*, 1^{er} février 2018, §§ 51 à 57).

65 Pour de plus amples développements quant à la situation des étrangers non expulsables en droit européen voy. Ch. GOSME, « Les limbes de l'inéloignabilité : la nouvelle condition juridique de l'étranger », *Revue critique de droit international privé*, 2015, pp. 43 à 88 ; F. LUTZ, « Non-Removable Returnees under Union Law: Status Quo and Possible Developments », *European Journal of Migration and Law*, vol. 20, 2018, pp. 28-52 ; B.M. QUEIROZ, « Non-Removable Migrants in Europe: An Atypical Migration Status? », *European Public Law*, vol. 24, 2018, pp. 281-310 ; J.-B. FARCY, « Neither Here nor There: the Legal Exclusion of Non-Removable Migrants », in Q. CORDIER *et al.* (dir.), *The Strong, the Weak and the Law*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 159-172. Pour une étude de leurs conditions et trajectoires de vie : J.-B. FARCY et S. SMITH, « Status (Im) Mobility and the Legal Production of Irregularity: A Sociolegal Analysis of Temporary Migrants' Lived Experiences », *Social & Legal Studies*, vol. 29, 2020, pp. 629-649.

externe prévoit plusieurs contre-indications à l'octroi de cette mesure, lesquelles sont strictement évaluées par les TAP⁶⁶. Notons que le législateur a allégé celles-ci en supprimant la condition relative à un logement dans le pays d'origine⁶⁷. En pratique, les TAP continuent, dans certains cas, à prendre en compte les conditions dans lesquelles l'étranger pourra être accueilli dans son pays d'origine, estimant, en cas d'absence de garanties suffisantes à cet égard, qu'il existe un risque de perpétration de nouvelles infractions graves découlant de la difficulté d'évaluer la réelle motivation de l'intéressé à quitter la Belgique⁶⁸. Les TAP attachent, par ailleurs, beaucoup d'importance à l'indemnisation des victimes⁶⁹. La contre-indication relative aux efforts d'indemnisation consentis en faveur des victimes est appréciée de manière stricte par ceux-ci, en raison du risque accru de perdre la trace de ces condamnés à leur sortie et de la difficulté de garantir ensuite le suivi de l'indemnisation⁷⁰.

Dans ce contexte, les pratiques et le droit de l'exécution des peines axés sur l'éloignement plutôt que sur la préparation de la réinsertion de ces condamnés ont pour effet de priver nombre de condamnés sans droit de séjour de toute perspective de libération anticipée quels que soient et peu importe les effets sur leur situation personnelle administrative ou familiale de cette privation de liberté prolongée.

Certains n'y voient pas d'inconvénients quand il s'agit de condamnés mis à la disposition du TAP, le maintien en détention de ces condamnés jusqu'à la fin de leur peine étant, selon eux, nécessaire à garantir la sécurité publique. C'est en substance ce que plaidait le ministère public, partie demanderesse, dans l'affaire commentée. Or, à supposer que le maintien en détention de ces condamnés jusqu'à l'expiration de leur peine complémentaire permette de rencontrer l'objectif sécuritaire pendant la durée de la privation de liberté, on peut sérieusement douter de l'efficacité à cet égard d'une détention prolongée exécutée jusqu'à son terme, dès lors que celle-ci ne s'accompagne d'aucune préparation de la réinsertion de ces condamnés, que celle-ci ait *in fine* lieu à l'étranger ou sur le territoire belge. À l'issue de l'exécution de leur mise à disposition du TAP, ces condamnés seront

66 Voy. *supra*, point 1.

67 Par la loi du 5 février 2016 *op. cit.*

68 Ce raisonnement qui consiste à fonder le risque de perpétration de nouvelles infractions sur l'absence de logement ou de cadre structurel à l'étranger a, par le passé, été validé par la Cour de cassation : Cass., 5 août 2014, P.14.1152.F. Voy. pour le commentaire de cette décision, L. BREULS, « De voorlopige invrijheidstelling met het oog op verwijdering van het grondgebied: nood aan sociale reclasseringsperspectieven? », *T. Strafr.*, 2017, pp. 124-128.

69 Pour rappel, la loi prévoit que peut constituer une contre-indication à l'octroi de cette modalité, l'insuffisance des 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 ». Voy. l'article 47, § 2, 4^e, de la loi relative au statut juridique externe.

70 Voy. O. NEDERLANDT, « Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté », Thèse de doctorat, 2020, UCLouvain Saint-Louis – Bruxelles, pp. 620-621 et pour des illustrations jurisprudentielles : C. MACQ, « Réinsertion des étrangers condamnés ou internés sans droit de séjour : l'impossible équation ? », *J.T.*, 2022, pp. 497 à 511.

libérés, dans certains cas sur le territoire belge, sans que les autorités judiciaires ne puissent plus exercer aucun contrôle sur eux. Ce raisonnement pose, par ailleurs, question au regard des grands principes du droit pénitentiaire pour les mêmes raisons qu'exposées dans le cadre du point 4 de cette contribution. La proposition relevée ci-dessus de remplacer la mise à la disposition par une peine de suivi prolongé laisse, à cet égard, espérer une évolution du système de contrôle existant vers une vision à plus long terme. Il est à craindre toutefois que le politique continue à donner priorité à l'éloignement des étrangers en séjour irrégulier, négligeant de ce fait la préparation de leur réinsertion, et prévoient à nouveau un régime d'exception pour ceux-ci.

D'autre part, la logique consistant à axer le droit de l'exécution des peines sur l'éloignement des condamnés non autorisés au séjour sans préparation de leur réinsertion, inquiète dès lors qu'elle vaut également pour ceux qui pourront avec succès être éloignés vers leur pays d'origine. Ceux-ci ne pourront pas davantage bénéficier d'une préparation et d'un contrôle de leur réinsertion à l'étranger. Il n'est en effet pas prévu dans le cadre de l'exécution d'une libération provisoire en vue de l'éloignement, une possibilité de contrôle de la bonne exécution de cette mesure à l'étranger par les autorités judiciaires belges. Ceci inquiète les TAP, comme en témoignent les décisions refusant l'octroi d'une libération provisoire en vue de l'éloignement, en raison de l'absence d'indemnisation suffisante des victimes. Dans ces décisions, les tribunaux soulignent en effet l'absence de possibilité de contrôler la bonne poursuite de cette indemnisation une fois l'étranger renvoyé dans son pays d'origine⁷¹. Ceci a également préoccupé le ministère public dans la présente affaire, comme l'illustre son plaidoyer pour que l'on garde la mainmise sur ces condamnés au motif que ce serait nécessaire à garantir la sécurité publique. Cette inquiétude n'apparaît pas totalement déraisonnable dans la mesure où la privation de liberté ne s'accompagne pratiquement d'aucune préparation de la réinsertion du condamné. Il est expressément prévu dans les instructions communiquées aux services psychosociaux un accompagnement « au rabais » des condamnés non autorisés au séjour au motif que ceux-ci seraient de toute façon destinés à être éloignés⁷². Notons qu'une réinsertion à l'étranger peut pourtant se préparer par le biais de l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine « classique » telle que la libération conditionnelle, à la condition que celle-ci soit exécutée à l'étranger⁷³. Cette possibilité de l'octroi de modalités classiques à exé-

71 *Ibid.*

72 Voy. Service Public Fédéral Justice – Direction Générale des Établissements Pénitentiaires, Instructions de service SPS, Gestion des détenus et statut externe, 2017, Ces instructions prévoient que pour les étrangers qui ne sont pas en ordre de séjour, il n'y a pas lieu de réaliser des investigations psychosociales. Le canevas à utiliser est la « note en vue de libération provisoire en vue d'éloignement/de remise » (p. 17). Cette note « ne nécessite ni investigation ni avis ». La note reprend les rubriques suivantes : « Milieu d'accueil dans le pays de retour et qualité des attaches en Belgique ; source des revenus & activités professionnelles/occupationnelles (au sens large) ; efforts pour l'indemnisation des parties civiles (p. 21) ».

73 Nous renvoyons, sur les perspectives offertes par le cadre international et européen, aux contributions déjà existantes en la matière, citées en introduction : F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », *op. cit.*

cuter à l'étranger sous le contrôle des autorités judiciaires est toutefois à notre connaissance peu exploitée par les TAP, sans doute en raison de leur méconnaissance de ces mécanismes.

Dans ce contexte, on pourrait voir dans la logique consistant à éloigner plutôt que de prolonger la privation de liberté de ces condamnés non autorisés au séjour une forme de lâcher-prise de la part des autorités politiques et judiciaires qui accepteraient de ne plus avoir le contrôle sur ces condamnés. Il nous semble toutefois que cette volonté d'éloigner à tout prix résulte plutôt du présupposé selon lequel l'étranger ne constituerait plus une menace pour l'ordre public dès lors qu'il serait en dehors des frontières de la Belgique. La capacité de ce type de dispositions à atteindre l'objectif sécuritaire qu'elles poursuivent est, pourtant, régulièrement remise en cause. D. Perrin, commentant les dispositions autorisant à retirer la nationalité et éloigner des personnes condamnées pour des faits de terrorisme soulignait à cet égard que renvoyer un étranger considéré comme menaçant pour l'ordre public national vers son pays d'origine et espérer ainsi se prémunir de la menace qu'il représente revient à nier le caractère transnational de certaines formes de criminalité⁷⁴. Dans le même sens, commentant les dispositions autorisant à éloigner des étrangers pour des motifs d'ordre public, J.-Y. Carlier et G. Renaudière s'interrogeaient sur l'intérêt à renvoyer la menace vers un autre État « sachant que, ce faisant, d'une part, on risque de perdre la trace de l'intéressé, d'autre part, on n'empêchera nullement la poursuite des actes terroristes ou délinquants concernés, aux répercussions transfrontières aisées ? »⁷⁵.

Plus efficace et sans doute même moins coûteuse⁷⁶ serait l'adoption d'une politique axée prioritairement sur la préparation de la réinsertion de ces étrangers, non autorisés dans la société, quelle qu'elle soit. Ceci nécessiterait pour le politique d'adopter une vision à plus long terme en investissant dans les structures permettant de garantir la bonne réinsertion de ces condamnés non autorisés au séjour. En cela, le projet visant à remplacer la mise à la disposition du TAP par une peine de suivi prolongé permet de nourrir quelques espoirs. Inclure dans ce projet avec succès les condamnés non autorisés au séjour supposera de sortir de la logique consistant à éloigner plutôt que réinsérer et d'axer les dispositions du droit de l'exécution des peines avant tout sur la réinsertion du condamné, quel que soit son statut de séjour.

et S. NEVEU, *Le transfert interétatique de la peine privative ou restrictive de liberté en droit européen. À la recherche d'un équilibre entre intérêts individuels et collectifs*, op. cit.

74 D. PERRIN, « Réflexions sur la déchéance de nationalité en contexte terroriste – (pluri-)appartenance et (sous-) citoyenneté en France et au Maghreb », *L'Année du Maghreb*, n° 22, 2020.

75 J.-Y. CARLIER et G. RENAUDIÈRE, « Libre circulation des personnes dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2018, p. 150.

76 Comme souligné plus haut, presque la moitié des condamnés sont de nationalité étrangère et la moitié de ces étrangers détenus sont en séjour illégal. Une politique visant prioritairement à la réinsertion de ces étrangers en leur permettant d'accéder à des modalités d'exécution de la peine de manière progressive permettrait de « vider » quelque peu les prisons de cette population.

Conclusion : l'arrêt commenté comme révélateur de politiques à court terme axées sur la répression et l'exclusion

L'arrêt commenté met en tension les politiques de répression et d'exclusion sous-jacentes à la mise à la disposition du tribunal de l'application des peines et à la libération provisoire en vue de l'éloignement.

D'un côté, on veut absolument garder la mainmise sur les condamnés étiquetés dangereux, en ce compris ceux non autorisés au séjour, au motif que cela constituerait l'unique voie propre à garantir la sécurité publique. Dans cette optique, le condamné « dangereux » sera privé de liberté le plus longtemps possible. C'est la position du ministère public, demandeur dans l'affaire commentée, qui estime qu'une modalité de libération provisoire en vue de l'éloignement ne peut être octroyée à un condamné sans droit de séjour durant l'exécution d'une mise à la disposition du TAP, celle-ci s'adressant à des condamnés particulièrement « dangereux » dont la dangerosité ne pourrait être contenue que par une privation de liberté. De l'autre, l'exclusion de ces condamnés du territoire national est vue, par certains, comme prioritaire et indispensable à protéger la sécurité publique. Dans cette optique, le condamné non autorisé au séjour ne devrait se voir offrir que deux options : une option prioritaire qui consisterait à être éloigné dans son pays d'origine ou, à défaut, une option secondaire qui consisterait à purger sa peine, derrière les barreaux, jusqu'à son terme.

Ces politiques de répression et d'exclusion, en tension dans l'affaire commentée, sont toutes deux le résultat d'une vision étriquée et court-termiste du politique, préoccupé avant tout par la protection de la sécurité publique, dans l'immédiat et sur son territoire.

Vision à court terme du politique lorsqu'il multiplie les mesures sécuritaires à l'égard de certaines catégories de condamnés comme les délinquants sexuels : il ne fait mention d'aucune recherche scientifique pour justifier le choix de ces catégories⁷⁷ ou l'efficacité des mesures répressives prises à leur égard. La société est-elle vraiment davantage protégée par une réponse répressive accrue quand on sait que la prison renforce l'exclusion sociale et peut dès lors conduire à la récidive⁷⁸ ?

77 Dans les débats parlementaires ayant récemment été menés autour de la réforme du droit pénal sexuel, il a pourtant été mis en avant que les auteurs d'infractions sexuelles n'étaient pas ceux qui récidivaient le plus et qu'il était important de distinguer le type de délinquance sexuelle à l'heure d'analyser la question de la récidive (Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2020-2021, n° 55-2141/001, p. 78). Il est aussi particulièrement éclairant de lire l'intervention du regretté professeur Christophe Adam devant la commission spéciale relative au traitement d'abus sexuels et de faits de pédophilie dans une relation d'autorité, en particulier au sein de l'église, *Doc. parl.*, 2010-2011, Audition du mercredi 23 février 2011 après-midi, CRIV 53-D039, pp. 1 à 17 (sur la récidive en matière de délinquance sexuelle, voy. p. 8 : « le taux est donc significativement plus bas que la moyenne pour les crimes et délits à caractère sexuel »).

78 Le risque de récidive est plus élevé chez les personnes qui ont purgé une peine privative de liberté : B. MINE et L. ROBERT, *La récidive après une décision judiciaire. Des chiffres nationaux sur la base du casier judiciaire central*, Rapport final/Eindrapport, Institut National de Criminalistique et de

Vision à court terme pour ce qui concerne les condamnés étrangers non autorisés au séjour à l'égard desquels le droit de l'exécution des peines et sa pratique, axés sur l'éloignement du territoire plutôt que la préparation d'une réinsertion vue comme impossible, ne permet pas non plus de rencontrer efficacement les objectifs sécuritaires poursuivis par le politique. Elle s'inscrit par ailleurs en contradiction avec les grands principes du droit de l'exécution des peines. La logique consistant à éloigner plutôt que réinsérer découle, en outre, d'une vision protectionniste fondamentalement égoïste et exclusive des intérêts dépassant le territoire belge, le politique ne prenant à aucun moment en compte les intérêts sécuritaires du pays dans lequel l'étranger est renvoyé. Il apparaît indispensable, vu les effets pervers de cette logique, en partie exposés ci-dessus⁷⁹, de repenser le régime légal particulier aux personnes sans titre de séjour en justice pénale, de manière à sortir de la logique consistant à se débarrasser de ces condamnés en les renvoyant vers leur pays d'origine, quels que soient les éléments propres à leur situation personnelle.

Enfin, l'affaire commentée est l'occasion de pointer à nouveau l'urgence qu'il y a à légiférer en vue d'adopter un Code de l'exécution des peines sous-tendu d'une vision globale et à long terme des effets que le droit de l'exécution des peines et sa mise en œuvre génèrent⁸⁰. À cet égard, on peut espérer que la perspective de l'adoption du nouveau Code pénal s'accompagne de l'adoption d'un tel Code de l'exécution des peines⁸¹.

Christelle MACQ,
Assistante et doctorante en droit à l'UCLouvain,
Membre du CRID&P et de l'EDEM

Olivia NEDERLANDT,
Professeure et chercheuse F.R.S.-FNRS à l'Université Saint-Louis – Bruxelles,
Membre du GREPEC

Criminologie, Département de Criminologie/Nationaal Instituut voor Criminalistiek en Criminologie, Hoofdafdeling Criminologie, Bruxelles/Brussel, 2015.

79 Voy. pour de plus amples développements sur ces effets pervers, outre les publications des auteures déjà citées ci-dessus, not. : L. BREULS et S. DE RIDDER, « De Wet op de Externe Rechtspositie als werkinstrument bij het repatriëren van vreemdelingen zonder recht op verblijf », *Fatik*, 2014, n° 144 ; L. BREULS, S. DE RIDDER et S. BELLEMANS, « Détenus sans droit de séjour. Réinsérer ou rapatrier à tout prix ? », *op. cit.* ; L. BREULS et E. VANDENNIEUWENHUYSEN, « De vrijlatingsprocedures voor nietverblijfsgerechtigde gedetineerden: evoluties sinds de inwerkingtreding van de Wet Externe Rechtspositie », *Fatik*, n° 173, 2022.

80 E. MAES, A. JONCKHEERE et O. NEDERLANDT, « Editoriaal. Strafvuitvoering in België anno 2020 », *Panopticon*, vol. 40, 2019/4, pp. 237-253 ; D. VANDERMEERSCH, « La réforme des Codes en matière pénale : un saut nécessaire du XIX^e au XXI^e siècle », *J.T.*, 2020, pp. 553-555.

81 L'avant-projet de Code pénal, Livre 1^{er}, évoque en effet le futur Code de l'exécution des peines ; voy. aussi l'avant-projet de loi contenant les dispositions modificatives et transitoires qui y fait référence dans son exposé des motifs, p. 30.