

L'individualisation dans le prononcé et l'exécution de la peine : machine arrière toute ?

Marie-Aude BEERNAERT

Professeure à l'UCL

Centre de recherche interdisciplinaire sur la déviance et la pénalité (CRID&P)

1. Parmi les très nombreuses dispositions de la loi du 5 février 2016 « modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice » (ci-après « la loi du 5 février 2016 » ou « la loi pot-pourri II »), nous avons choisi d'examiner plus avant celles qui concernent le prononcé et l'exécution des peines.

2. S'agissant du prononcé des peines, les changements introduits concernent principalement la redéfinition du champ d'application des peines autonomes de travail, de probation et de surveillance électronique (section 1), ainsi que de la suspension du prononcé de la condamnation (section 2) et du sursis (section 3).

3. Dans le champ de l'exécution des peines, c'est surtout le nouveau régime réservé aux condamnés sans droit de séjour en Belgique qui retiendra notre attention (section 4).

Section 1

Les peines autonomes de travail de probation et de surveillance électronique

4. Jusqu'ici, la peine de travail pouvait être prononcée, conformément à l'article 37^{ter}, § 1^{er}, du Code pénal (renuméroté en art. 37^{quinquies} par la loi du 7 février 2014 qui entrera en vigueur le 1^{er} mai 2016¹), pour des faits « de nature à entraîner une peine de police ou une peine correctionnelle ». Ce

¹ Conformément à l'article 47 de la loi pot-pourri II et à l'article 13 de la loi du 23 novembre 2015 relative à l'entrée en vigueur de dispositions diverses en matière de justice.

seuil étant apprécié *in concreto*, il permettait en réalité que le tribunal correctionnel ou la cour d'assises prononce une peine de travail pour des crimes également, moyennant l'admission de circonstances atténuantes (ou d'une cause d'excuse)², les seules exceptions, limitativement prévues par la loi, étant les faits visés :

- à l'article 347*bis* (prise d'otages) ;
- aux articles 375 à 377 (viol et certains attentats à la pudeur) ;
- aux articles 379 à 387 (prostitution et outrage aux mœurs) pour autant que les faits aient été commis sur ou à l'aide de mineurs ;
- aux articles 393 à 397 (meurtre et ses diverses espèces) ; ou
- à l'article 475 du Code pénal (meurtre pour faciliter le vol).

5. Le champ d'application de la peine de probation autonome, tel que défini par l'article 37*octies* inséré dans le Code pénal par la loi du 10 avril 2014, était en tous points identique à celui de la peine de travail.

6. Quant à la peine de surveillance électronique, elle devait, aux termes du nouvel article 37*ter* inséré dans le Code pénal par la loi du 7 février 2014, pouvoir être prononcée pour un fait « tel qu'il doit être puni d'une peine d'emprisonnement d'un an au maximum », à l'exclusion des mêmes infractions spécifiques que les deux autres (prise d'otages, viol ...). Le seuil maximum d'un an pris en compte renvoyant également à la peine concrète que le juge pourrait prononcer après application éventuelle de circonstances atténuantes, il incluait en réalité tous les crimes punissables *in abstracto* d'une peine n'excédant pas vingt ans de réclusion (mais excluait, par contre, les crimes passibles de la réclusion de vingt à trente ans ou à perpétuité)³.

7. Les choses ont quelque peu changé avec l'entrée en vigueur de la loi pot-pourri II.

8. Pour la peine de surveillance électronique, le champ d'application est resté sensiblement le même, malgré la réécriture de l'article 37*ter* du Code pénal.

Aux termes de celui-ci, la peine de surveillance électronique peut désormais être prononcée pour un fait « de nature à entraîner une peine d'emprisonnement d'un an au maximum » (il s'agit toujours d'un seuil à apprécier *in concreto*,

² Dans le même sens, voy. notamment D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, la Chartre, 2015, pp. 220-221 ainsi que A. DE NAUW et F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, Bruges, die Keure, 2015, p. 129, n° 310.

³ D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, pp. 212-213 ; A. DE NAUW et F. DERUYCK, *op. cit.*, p. 127, n° 305.

identique donc à celui qui était précédemment prévu), à l'exclusion des faits visés aux articles :

- 375 à 377 (viol et certains attentats à la pudeur) ;
- 379 à 387 (prostitution et outrage aux mœurs) pour autant que les faits aient été commis sur ou à l'aide de mineurs ;
- 393 à 397 (meurtre et ses diverses espèces).

À première vue, on pourrait penser que certaines infractions (celles visées aux art. 347*bis* et 475 C. pén.) ont été sorties du régime d'exclusion, mais cette sortie n'est qu'apparente : étant punissables respectivement de la réclusion de vingt à trente ans ou à perpétuité, la peine minimale qui leur est applicable après admission de circonstances atténuantes est de trois ans d'emprisonnement, ce qui les exclut de la peine de surveillance électronique réservée aux faits « de nature à entraîner une peine d'un an d'emprisonnement au maximum »⁴.

Inversement, alors, on pourrait se demander pourquoi le législateur a jugé nécessaire de continuer à mentionner, parmi les infractions spécifiquement exclues, le meurtre et ses diverses espèces (art. 393 à 397 C. pén.), également punissables de la réclusion de vingt à trente ans ou à perpétuité selon les cas. L'exposé des motifs⁵ indique qu'il s'agit d'éviter que la peine de surveillance électronique ne puisse être prononcée pour ces infractions, même excusées en application des articles 411 à 414 du Code pénal, après application de la cause d'excuse^{6 7}.

9. Le champ d'application de la peine de travail et de la peine de probation se retrouve par contre sensiblement resserré puisqu'aux faits déjà précédem-

⁴ Dans le même sens, voy. le projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 39 : « La peine de surveillance électronique ne pouvant sanctionner qu'un fait "tel qu'il doit être puni d'une peine d'un an d'emprisonnement au maximum", il serait donc inutile de préciser qu'elle n'est pas applicable aux faits punissables de la réclusion à perpétuité ou de vingt à trente ans : en effet, la peine minimale applicable à ces crimes après admission de circonstances atténuantes est de trois ans d'emprisonnement ».

⁵ *Ibid.*

⁶ Quelques paragraphes plus tôt, l'exposé des motifs semblait laisser entendre le contraire, en indiquant que l'exclusion « n'incluait pas les crimes excusés par une excuse atténuante (p. ex. un meurtre excusé par la provocation) » (*ibid.*, pp. 38-39), mais toute ambiguïté a été dissipée sur ce point lorsque, en Commission de la justice, le ministre a explicitement confirmé que la peine de surveillance électronique n'est pas possible en cas d'homicide excusable et précisé que, là où il affirmait le contraire, l'exposé des motifs devait être corrigé sur ce point (Rapport de la première lecture, fait au nom de la Commission de la justice, n° 54-1418/005, p. 90).

⁷ Dans son audition en Commission de la justice de la Chambre, M. Philippe Gorlé, représentant du Collège des cours et tribunaux, a précisé que le Collège ne comprenait pas que l'on écarte le meurtre provoqué du champ d'application de la surveillance électronique. Il a rappelé, à cet égard, que « le critère de gravité d'un délit est défini par la peine qui le sanctionne. Or, la peine pour le meurtre provoqué est identique à celle sanctionnant le vol. Dès lors, si l'exclusion se justifie par le fait que le meurtre provoqué est considéré comme une infraction particulièrement grave, il conviendrait d'en tirer les conséquences et d'adapter la peine » (Rapport de la première lecture, fait au nom de la Commission de la justice, n° 54-1418/005, pp. 183-184).

ment exclus s'ajoutent désormais tous les faits punissables *in abstracto* d'une peine de plus de vingt ans de réclusion.

Aux termes des articles 12 et 51 de la loi du 5 février 2016, la peine de travail et la peine de probation ne pourront en effet plus être prononcées pour les faits qui « seraient punissables, s'ils n'étaient transmués en délits, d'une peine maximale supérieure à vingt ans de réclusion »⁸, ni pour ceux visés aux articles :

- 375 à 377 (viol et certains attentats à la pudeur) ;
- 379 à 387 (prostitution et outrage aux mœurs) pour autant que les faits aient été commis sur ou à l'aide de mineurs ;
- ou 393 à 397 du Code pénal (meurtre et ses diverses espèces).

À comparer l'ancien et le nouveau régime, on constate que deux catégories d'infractions explicitement exclues jusqu'ici ne se retrouvent plus spécifiquement visées au nombre des exceptions : la prise d'otages (art. 347*bis* C. pén.) et le meurtre pour faciliter le vol (art. 475 C. pén.). En réalité, elles continuent d'être exclues mais sans qu'il soit encore besoin de les viser spécifiquement dès lors qu'elles tombent sous le coup du nouveau motif d'exclusion qui inclut, de manière générique, tous les faits punissables de plus de vingt ans de réclusion.

Inversement, on pourrait s'étonner que le législateur ait jugé nécessaire d'encore viser spécifiquement le meurtre et ses diverses espèces, alors qu'il s'agit de faits punissables de la réclusion de vingt à trente ans ou à perpétuité selon les cas, et donc apparemment exclus désormais à titre générique. L'exposé des motifs nous révèle⁹ qu'il s'agissait, ici aussi, d'éviter que même excusé par la provocation, un meurtre ou un assassinat puisse se voir sanctionner par une peine de travail ou de probation autonome.

10. En excluant systématiquement tous les crimes passibles de la réclusion de vingt à trente ans ou à perpétuité du bénéfice de la peine de travail comme de la peine de probation autonome, la loi nouvelle réduit très nettement le champ d'application de ces deux peines. Ne pourront par exemple plus donner lieu au prononcé de ces sanctions, mais devront nécessairement être punis d'une peine privative de liberté, des faits tels que l'empoisonnement ayant causé la mort sans intention de la donner et motivé par le racisme (art. 405*quater*, 6° C. pén.), l'entrave méchante à la circulation ayant entraîné la mort (art. 408 C. pén.), les

⁸ Le seuil est cette fois apprécié au regard de la peine comminée par la loi, sans tenir compte des possibilités de réduction résultant de l'application éventuelle de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse. Comme le précise l'exposé des motifs, « il s'agit des faits qui seraient punissables de la réclusion de vingt à trente ans ou plus s'ils n'avaient été transmués en délits, c'est-à-dire s'ils ne s'étaient vu reconnaître des circonstances atténuantes ou une excuse atténuante lors de leur correctionnalisation ou par la cour d'assises » (Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 9).

⁹ *Ibid.*

tortures ayant causé involontairement la mort (art. 417^{ter}, al. 3, 2° C. pén.), ou encore le vol avec violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (art. 474 C. pén.), tous punissables de vingt à trente ans de réclusion, mais non repris dans la liste des faits spécifiquement exclus jusqu'ici.

La justification donnée à ce resserrement du champ d'application de la peine de travail et de probation est plutôt sommaire. L'exposé des motifs se contente de préciser que « la gravité des faits qui n'étaient jusqu'ici pas correctionnalisables impose de les exclure du champ d'application des peines autonomes (surveillance électronique, travail  probation) »¹⁰.

Or, même s'il s'agissait de crimes non correctionnalisables, les quelques faits cités ci-dessus auraient théoriquement pu donner lieu au prononcé d'une peine autonome de travail ou de probation en cour d'assises. Certes, il s'agit d'infractions qui *a priori* paraissent toutes plutôt graves. Mais, comme nombre d'intervenants l'ont souligné durant les débats parlementaires, la qualification d'une infraction peut recouvrir des réalités très diverses¹¹. Et quelles que soient celles-ci, le juge se retrouve désormais privé de la possibilité de prononcer des peines alternatives à la privation de liberté.

Section 2

La suspension du prononcé de la condamnation

11. La loi supprime également la possibilité d'accorder une suspension du prononcé dans des cas qui l'auraient précédemment permis.

12. Jusqu'ici, la suspension du prononcé de la condamnation était soumise à trois types de limites (cumulatives). Aux termes de l'article 3 de la loi du 29 juin 1964, elle était en effet exclue :

- en cour d'assises ;
- en cas de condamnation antérieure à une peine criminelle ou à un emprisonnement principal de plus de six mois ;
- ainsi que pour les faits paraissant de nature à entraîner comme peine principale un emprisonnement correctionnel supérieur à cinq ans ou une peine plus grave.

13. Ces trois restrictions demeurent, mais la loi en ajoute une quatrième en excluant désormais aussi tous les faits « punissables d'une peine d'emprisonnement correctionnel supérieure à vingt ans ».

¹⁰ *Ibid.*, p. 8.

¹¹ Voy. notamment les auditions en Commission de la justice de MM. Paul Martens et Patrick Henry (Doc. n° 54-1418/005, pp. 218 et 246 respectivement).

La formule est un peu maladroite. Classiquement, l'adjectif « punissable » renvoie en effet à la peine *in abstracto*, telle qu'elle est comminée par la loi. Or, la peine d'emprisonnement abstraitement prévue par loi n'excède jamais cinq ans. En réalité, ce n'est qu'en cas de correctionnalisation d'un crime que l'on peut aller au-delà et prononcer désormais des peines de plus de vingt ans d'emprisonnement si le fait était originellement punissable de la réclusion de vingt à trente ans ou à perpétuité. Et c'est manifestement bien cette dernière hypothèse qui est visée, l'exposé des motifs indiquant que la nouvelle exclusion vaut pour « les crimes punissables – avant correctionnalisation par admission de circonstances atténuantes – de la réclusion à perpétuité ou de vingt à trente ans »¹².

14. Contrairement à ce que le même exposé des motifs pourrait laisser penser, il ne s'agit pas, ce faisant, de simplement corriger un effet indésirable (de plus) de la généralisation de la correctionnalisation, en « maintenant hors du champ d'application » de la suspension du prononcé des faits qui n'étaient « jusqu'ici pas correctionnalisables » et pour lesquels la cour d'assises ne pouvait pas accorder « la faveur extraordinaire que constitue la suspension »¹³.

Au nombre des crimes punissables de la réclusion à perpétuité ou de vingt à trente ans désormais exclus, il y en avait en effet déjà un grand nombre (tous ceux visés à l'ancien art. 2, al. 3, de la loi sur les circonstances atténuantes) qui étaient correctionnalisables et pour lesquels le tribunal correctionnel pouvait donc prononcer une suspension (si les antécédents du prévenu le permettaient et que le fait ne paraissait pas mériter, *in concreto*, une peine de plus de cinq ans d'emprisonnement).

En outre, même pour les crimes qui n'étaient jusqu'ici pas correctionnalisables et qui devaient nécessairement être jugés en assises, toute possibilité de prononcer une suspension n'était pas exclue. Certes, la cour d'assises ne pouvait (et ne peut toujours) pas le faire. Mais la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation étaient, quant à elles, autorisées à prononcer la mesure lors du règlement de la procédure, si elles estimaient que la publicité des débats risquait de « provoquer le déclassement de l'inculpé ou compromettre son reclassement »¹⁴ (art. 3, al. 2, de la loi du 29 juin 1964).

¹² Exposé des motifs, n° 54-1418/001, pp. 29-30.

¹³ *Ibid.*, p. 29.

¹⁴ Dans son ouvrage *Éléments de droit pénal et de procédure pénale* (op. cit., p. 277), Damien Vandermeersch évoque ainsi un dossier d'infanticide où des parents qui avaient refusé toute assistance médicale pour leur enfant, né gravement prématuré et décédé quelques heures plus tard, ont obtenu la suspension du prononcé de la condamnation devant la chambre du conseil de Namur.

Section 3

Le sursis

15. En ce qui concerne le sursis à l'exécution de la peine, les changements introduits par la loi pot-pourri II entraînent tout à la fois un resserrement et un élargissement des conditions d'application de la mesure : resserrement dès lors que le sursis ne pourra plus assortir les peines autonomes de travail et de surveillance électronique, ni les peines subsidiaires (§ 1) ; élargissement dès lors que les conditions liées à l'absence d'antécédents judiciaires d'une certaine gravité sont assouplies, à tout le moins pour l'octroi d'un sursis probatoire (§ 2).

§ 1. De nouvelles exclusions

16. Le sursis, déjà exclu pour les peines de confiscation et de probation autonome (art. 8, § 1^{er}, de la loi du 29 juin 1964), le sera dorénavant aussi pour les peines autonomes de travail et de surveillance électronique, de même que pour les peines subsidiaires (art. 37 et 58 de la loi pot-pourri II)¹⁵.

17. Pour les peines subsidiaires, l'exclusion du sursis serait une question de crédibilité. À l'estime du ministre, « la peine subsidiaire ne peut être assortie d'un sursis, sans quoi elle perd tout son sens »¹⁶, ce que l'on peut somme toute comprendre : comment justifier en effet, « que la peine applicable au cas où le condamné n'effectue pas par exemple sa peine de travail ou s'il ne respecte pas les conditions probatoires qu'il a acceptées, ne sera elle-même pas applicable, étant assortie d'un sursis ? »¹⁷

18. Exclure du bénéfice du sursis les peines autonomes de travail et de surveillance électronique paraît par contre plus difficilement justifiable. Deux types de considérations ont été invoqués en la matière, mais qui ne nous convainquent ni l'un ni l'autre.

19. Le ministre a d'abord fait valoir que la révocation d'un sursis assortissant une peine autonome poserait des problèmes « insolubles ».

¹⁵ Le sursis reste par contre possible pour les peines privatives de liberté ne dépassant pas cinq ans, les peines d'amende et les peines accessoires. S'agissant de la première catégorie de peines, la réécriture de l'article 8 a toutefois emporté une restriction supplémentaire qui ne semble pas avoir été voulue par le législateur (ou au sujet de laquelle il ne s'est en tout cas pas explicitement prononcé) : en excluant désormais les peines privatives de liberté supérieures à cinq ans *d'emprisonnement*, là où précédemment c'étaient les peines dépassant cinq ans (sans autre précision) qui étaient exclues, la loi interdit désormais que le sursis porte sur une peine de *réclusion* de cinq ans.

¹⁶ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 31.

¹⁷ Rapport de la première lecture, fait au nom de la Commission de la justice, n° 54-1418/005, p. 8.

L'exposé des motifs cite, à cet égard, l'exemple d'une peine de travail assortie d'un sursis de trois ans qui serait révoqué parce que le condamné a entre-temps commis de nouveaux faits lui ayant valu d'être condamné à quatre ans d'emprisonnement. En pareille hypothèse, le sursis est révoqué de plein droit et la peine de travail doit donc être mise à exécution, ce qui serait à la fois techniquement impossible (à tout le moins dans le délai de douze mois normalement prévu) et dénué de sens, compte tenu de la condamnation à une lourde peine d'emprisonnement ferme intervenue dans l'intervalle¹⁸.

L'argument n'a pas emporté la conviction du Conseil d'État qui s'est demandé si « le cumul d'une peine d'emprisonnement avec une peine de surveillance électronique ou une peine de travail pose réellement problème ». À son estime, « il ne doit pas être impossible de purger d'abord une peine d'emprisonnement et de subir ensuite une peine de surveillance électronique ou une peine de travail »¹⁹.

Les difficultés évoquées auraient en tout cas pu être résolues autrement que par une suppression des possibilités d'octroyer le sursis : par exemple en renonçant à la révocation automatique obligatoire du sursis²⁰ et/ou en allongeant le délai d'exécution de la peine de travail²¹.

20. Un deuxième ordre d'arguments invoqués par le ministre tenait cette fois à la nature même des peines autonomes : étant « moins dissuasives que la peine d'emprisonnement », il faudrait, pour leur conserver « quelque efficacité », qu'elles fassent l'objet d'une exécution « effective et inconditionnelle ».

L'exposé des motifs affirme, sur ce point, que « si l'on veut que [ces peines] restent malgré tout un signal clair, si l'on vise à leur conserver une lisibilité, un sens, quelque "efficacité", elles ne peuvent être assorties d'un sursis », ajoutant que s'il peut déjà « être difficile de faire comprendre à un condamné qu'une peine d'emprisonnement avec sursis n'équivaut pas à un acquittement, que dire d'une peine autonome, déjà plus clémente par nature, qui serait en outre assortie d'un sursis, et dont l'exécution ne serait, partant, que conditionnelle et donc hypothétique ? »²²

Dans le même sens, le Ministre Koen Geens affirmait en Commission de la justice qu'il serait « incohérent que les peines autonomes, qui se veulent plus resocialisantes et moins brutales que l'emprisonnement, l'amende ou l'inter-

¹⁸ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 30.

¹⁹ Avis du Conseil d'État n° 57 792/1/V du 23 septembre 2015, n° 54-1418/001, point 49, p. 290.

²⁰ Piste évoquée en Commission de la justice par le professeur Frank Verbruggen qui suggérait « d'apprécier au cas par cas s'il est souhaitable ou non de révoquer le sursis », de manière à permettre « au ministère public et aux assistants de justice de se concentrer sur les cas les plus importants » (Doc. n° 54-1418/005, p. 281).

²¹ Piste suggérée par AVOCATS.BE dans son communiqué de presse du 6 octobre 2015, p. 10.

²² Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 31.

diction professionnelle, ne doivent être exécutées qu'en cas de commission de nouveaux faits ou de non-respect des conditions probatoires»²³.

Ce point de vue nous semble également discutable. Les peines autonomes sont en effet des peines à part entière²⁴. Comme le soulignait le professeur Frank Verbruggen, il est dès lors justifié d'y «recourir avec parcimonie» et, par conséquent, d'accorder le sursis dans tous les cas où «menacer d'une peine peut suffire». D'autant que, sur un plan plus pragmatique, l'on est déjà confronté à un engorgement des maisons de justice et des lieux de prestation, que la suppression de toute possibilité de sursis risque d'aggraver encore²⁵.

§ 2. Condition relative aux antécédents assouplie pour le sursis probatoire

21. La loi élargit par contre les possibilités d'obtenir un sursis probatoire, en portant de douze mois à trois ans le seuil des antécédents judiciaires au-delà duquel la mesure ne peut plus être prononcée (nouvel art. 8 de la loi du 29 juin 1964, tel que modifié par l'article 37 de la loi pot-pourri II).

La modification procède apparemment d'un souci de s'aligner sur les peines autonomes (peine de travail, de probation ou de surveillance électronique) qui peuvent, quant à elles, être octroyées indépendamment des antécédents judiciaires de l'intéressé²⁶.

Sans guère s'en expliquer, le législateur n'a toutefois pas opté pour une assimilation complète des régimes. À la différence des peines autonomes, le sursis probatoire continuera en effet d'être exclu en cas de condamnation antérieure à une peine privative de liberté de plus de trois ans. Ce seuil a apparemment été choisi par référence à la loi relative au statut juridique externe des condamnés (où il sert à départager les peines de la compétence du juge ou du tribunal de l'application des peines²⁷)²⁸.

²³ Rapport de la première lecture, fait au nom de la Commission de la justice, n° 54-1418/005, p. 8.

²⁴ Dans le cas de la peine de travail, il s'agit même d'une peine censée être privilégiée par le juge, puisque s'il refuse de l'octroyer, le législateur lui impose de motiver son refus (art. 37ter – renuméroté en 37quinquies – § 3, al. 2 C. pén.).

²⁵ Rapport de la première lecture, fait au nom de la Commission de la justice, n° 54-1418/005, p. 281.

²⁶ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 32; Rapport de la première lecture, fait au nom de la Commission de la justice, n° 54-1418/005, p. 8.

²⁷ En théorie à tout le moins: rappelons en effet que le statut juridique externe des condamnés à des peines privatives de liberté dont la partie exécutoire n'excède pas trois ans reste, à l'heure actuelle, exclusivement régi par voie de circulaires ministérielles et décidé par l'administration pénitentiaire, les articles de la loi du 17 mai 2006 qui conféraient compétence en la matière au juge de l'application des peines n'étant jamais entrés en vigueur.

²⁸ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 32.

22. Quant au sursis simple, il reste exclu à l'égard de toute personne ayant déjà été condamnée par le passé à une peine d'emprisonnement supérieure à douze mois, le gouvernement ayant jugé qu'aller au-delà serait « une faveur excessive »²⁹. Cela signifie concrètement que, dans un certain nombre de cas, seul le sursis probatoire pourra être accordé et non le sursis simple.

23. On peut se demander si cela n'entraînera pas des probations « superflues »³⁰ et, plus généralement, si les maisons de justice seront en mesure d'assurer le suivi de ces nouvelles probations, sans un renforcement significatif de leurs moyens humains et logistiques³¹.

24. Mais l'on peut surtout regretter que le même élargissement n'ait pas été prévu en matière de *suspension* probatoire, comme le Conseil supérieur de la Justice l'avait préconisé dans son avis d'office rendu en décembre 2013 sur l'avant-projet de loi instaurant la probation comme peine autonome³² et comme AVOCATS.BE l'avait également fait valoir dans son avis à propos du projet pot-pourri II³³.

Section 4

Le nouveau statut juridique externe des condamnés sans droit de séjour

25. Ce sont essentiellement les condamnés sans droit de séjour qui ont retenu l'attention du législateur dans le cadre du vote de la loi pot-pourri II³⁴. La modification principale introduite à leur égard consiste à les priver désormais

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Voy. la remarque en ce sens du professeur Verbruggen devant la Commission de la justice (*Doc. n° 54-1418/005*, p. 281).

³¹ Le Conseil supérieur de la justice a également souligné que la mesure devrait s'accompagner « d'un renforcement des maisons de justice, au risque qu'elle soit très difficile, sinon impossible à mettre en œuvre en pratique » (avis d'office du 24 juin 2015, p. 2).

³² Avis d'office du 6 décembre 2013 sur l'avant-projet de loi insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle ainsi que la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, p. 5 : « La majorité des magistrats et des maisons de justice sont demandeurs d'une adaptation de la loi sur la probation sur ce point, en vue de leur permettre, tout en respectant les conditions fixées par le législateur, d'accorder une suspension probatoire ou un sursis probatoire quel que soit le passé judiciaire du prévenu. »

³³ Communiqué de presse du 6 octobre 2015, p. 10.

³⁴ Parmi les autres modifications introduites dans la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine (ci-après « loi relative au statut juridique externe »), signalons :

- la possibilité d'une révision, d'une suspension ou d'une révocation des permissions de sortie en vue de réinsertion ou des congés pénitentiaires lorsque le détenu présente un comportement qui ne constitue pas un non-respect des conditions mais bien une contre-indication dans son chef qui n'existait pas au moment de l'octroi de la modalité (art. 12, §§ 1^{er} et 2) ;

de la possibilité de bénéficier de presque toutes les modalités prévues par la loi relative au statut juridique externe (§ 1), pour ne quasiment plus leur permettre de bénéficier que d'une mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire (§ 2) ou d'un rapatriement dans les six mois précédant la fin de leur(s) peine(s) (§ 3). Toute idée de réinsertion de ce type de condamnés paraît avoir disparu, au profit du seul souci de faciliter leur éloignement du territoire (§ 4).

§ 1. L'impossibilité d'encore bénéficier de la plupart des modalités prévues par la loi relative au statut juridique externe

26. Aux termes des nouveaux articles 20, 25/2 et 59, alinéa 3, de la loi relative au statut juridique externe tels que modifiés par les articles 148, 153 et 163 de la loi du 5 février 2016, les condamnés pour lesquels il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'ils ne sont pas autorisés ou habilités à séjourner en Belgique ne pourront plus³⁵ bénéficier de permissions de sortie destinées à préparer la réinsertion³⁶, de congés pénitentiaires, d'une interruption de l'exé-

-
- l'introduction d'un motif de révocation supplémentaire des mêmes mesures (art. 12, § 3) ou des modalités octroyées par le tribunal de l'application des peines (art. 64, 7°) lorsque le condamné ne se trouve plus dans les conditions de temps prévues par la loi;
 - le passage de douze à seize heures du temps maximal qu'un condamné peut quotidiennement passer en dehors de l'établissement en régime de détention limitée (art. 21, § 1^{er});
 - la suppression du caractère automatique de l'octroi d'un congé lorsque le condamné le sollicite dans le cadre de sa demande de surveillance électronique ou de détention limitée, couplée à l'instauration d'une procédure permettant de demander un congé même après l'octroi de la détention limitée ou de la surveillance électronique (art. 43, §§ 1^{er} et 2);
 - la possibilité pour le tribunal de l'application des peines d'octroyer une permission de sortie ou un congé pénitentiaire au condamné dont la modalité d'exécution de la peine est (temporairement) suspendue (art. 66, § 2/1);
 - la possibilité pour le tribunal de l'application des peines de décider, dans le cadre de la procédure de révision, de remplacer la modalité d'exécution octroyée par une autre (art. 67);
 - l'instauration d'un contrôle par l'assistant de justice du respect des conditions liées à la libération provisoire pour raisons médicales (art. 75/1), la possibilité pour le juge de l'application des peines de revoir ces conditions (art. 75/2 et 76, § 2), et la limitation à dix ans maximum de la durée de libération provisoire pour raisons médicales avant que le condamné ne soit libéré définitivement (art. 80);
 - la possibilité de revoir (et non plus simplement révoquer ou suspendre) la libération sous surveillance octroyée dans le cadre de l'exécution de la peine de mise à la disposition du tribunal de l'application des peines (art. 95/27)
 - la réduction de quinze à cinq jours du délai dont le condamné dispose pour se pourvoir en cassation (art. 97).

³⁵ Sur le droit antérieur, voy. Fr. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté? », in *Actualités de droit pénal. Hommage à Ann Jacobs*, coll. CUP, vol. 160, Bruxelles, Larcier, 2015, spéc. pp. 124-132.

³⁶ C'est-à-dire celles qui sont spécifiquement visées à l'article 4, § 3, de la loi sur le statut juridique externe. Rappelons, à cet égard, qu'il existe deux types de permissions de sortie : celles, visées au § 3 de l'article 4, qui sont destinées à préparer la réinsertion du condamné et peuvent être accordées dans les deux années précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle; et celles, prévues par le § 2 de l'article 4, qui visent à répondre à des situations ou impératifs requérant la présence ponctuelle du condamné à l'extérieur de la prison et qui

cution de la peine, d'une détention limitée, d'une surveillance électronique ou d'une libération conditionnelle.

27. D'après l'exposé des motifs, ces modalités sont toutes « clairement octroyées en vue de la réinsertion sociale en Belgique », laquelle ne serait « pas possible pour cette catégorie de personnes »³⁷. Il s'agirait en outre d'éviter que des personnes sans droit au séjour ne soient en quelque sorte indirectement autorisées à séjourner en Belgique par une décision du ministre de la Justice (pour les permissions de sortie, les congés pénitentiaires ou l'interruption de l'exécution de la peine) ou du tribunal de l'application des peines (pour la détention limitée, la surveillance électronique et la libération conditionnelle, voire, exceptionnellement³⁸, pour la permission de sortie ou le congé pénitentiaire également)³⁹.

28. Ce dernier argument n'est toutefois pas pleinement convaincant. Comme le Conseil d'État l'a relevé, la décision d'octroyer une modalité d'exécution de la peine ne peut – pas plus d'ailleurs que la décision sur la détention elle-même – se concevoir « comme une décision portant sur le statut du séjour ou comme une décision qui l'implique et, partant, elle n'a pas pour effet que l'intéressé séjournerait légalement dans le pays »⁴⁰.

29. Mais c'est surtout le caractère systématique de l'exclusion de quasi toutes les modalités qui pose question : en réalité, à part la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire et le rapatriement au plus tôt six mois avant la fin de leur peine (dont il sera question ci-après), les seules modalités qui restent ouvertes aux condamnés sans droit de séjour sont les permissions de sortie occasionnelles et la libération provisoire pour raisons médicales.

En ce qui concerne la libération provisoire pour raisons médicales, on ne sait si le fait que les condamnés sans droit de séjour puissent continuer d'en bénéficier résulte d'un choix délibéré ou d'une inadvertance du législateur. Les travaux préparatoires sont en effet muets sur la question.

peuvent, quant à elles, être octroyées à tout moment de la détention. L'exclusion nouvelle ne concerne que la première de ces deux catégories de permissions de sortie.

³⁷ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, pp. 132-133.

³⁸ Sur pied de l'article 59 de la loi sur le statut juridique externe.

³⁹ Voy., en ce sens, les explications fournies par le délégué du ministre et relayées dans l'avis du Conseil d'État (Doc. n° 54-1418/001, p. 283) : « De ratio legis [...] is om personen die definitief veroordeeld zijn wegens het plegen van strafbare feiten en die geen recht hebben op verblijf, tijdens hun detentie niet via een beslissing van de minister van Justitie [...] of van de strafuitvoeringsrechtbank [...] toch de toelating te geven om zich vrij op het grondgebied te begeven of daar verblijfplaats te houden. Deze ministeriële of rechterlijke beslissingen zouden in strijd zijn met de beslissingen van verbod op verblijf die op grond van het vreemdelingenrecht door de bevoegde autoriteiten of personen zijn genomen ».

⁴⁰ Avis du Conseil d'État n° 57 792/1/V du 23 septembre 2015, n° 54-1418/001, point 40.1, pp. 283-284.

Pour les permissions de sortie occasionnelles, par contre, les choses sont plus claires : l'avant-projet de loi prévoyait d'exclure les condamnés sans droit de séjour du bénéfice de toutes les permissions de sortie⁴¹, mais le Conseil d'État fit remarquer qu'il ne paraissait « pas justifié de refuser une permission de sortie (de courte durée) pour raisons médicales, pour résoudre des problèmes administratifs (notamment justement à propos du séjour) ou pour préserver des intérêts familiaux, compte tenu du droit à la vie familiale, garanti par le droit international et la Constitution »⁴². À la suite de cela, le projet fut adapté de manière à permettre aux condamnés sans droit de séjour de continuer à bénéficier de permissions de sortie visées à l'article 4, § 2, de la loi relative au statut juridique externe, c'est-à-dire celles qui peuvent être accordées à un condamné en vue de « défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels qui requièrent sa présence hors de la prison », ou en vue de « subir un examen ou un traitement médical en dehors de la prison ».

30. Ce faisant, le gouvernement n'a toutefois rencontré que partiellement les objections du Conseil d'État, qui considérait qu'il n'y avait pas davantage de raison de refuser toute interruption de l'exécution de la peine aux condamnés non autorisés ou habilités à séjourner en Belgique. S'agissant en effet d'une mesure octroyée pour des « motifs graves et exceptionnels à caractère familial » (art. 15 de la loi relative au statut juridique externe), même les condamnés sans droit de séjour devraient pouvoir en bénéficier en l'absence de contre-indications (telles que définies par l'article 16 de la même loi), à peine de porter atteinte à leur droit au respect de la vie familiale garanti par le droit international et la Constitution⁴³.

31. Plus largement, on peut se demander si les diverses modalités dont les condamnés sans droit de séjour sont désormais exclus peuvent réellement n'être pensées que dans la perspective d'une réinsertion en Belgique. Ainsi, par exemple, pourquoi des congés ou une détention limitée ne pourraient-ils pas servir à préparer une réinsertion à l'étranger, en permettant au condamné sans droit de séjour de suivre une formation ou un traitement durant le temps de l'exécution de sa peine⁴⁴ ? À défaut d'un droit à la réinsertion *en Belgique*, où ils ne sont pas autorisés ou habilités à rester séjourner, on pourrait tout au moins reconnaître à ces condamnés un droit à la réinsertion sociale *tout court*...

⁴¹ Voy. art. 144 de l'avant-projet soumis à l'avis du Conseil d'État, n° 54-1418/001, pp. 219-220.

⁴² Avis du Conseil d'État n° 57 792/1/V du 23 septembre 2015, n° 54-1418/001, point 40.2, p. 284.

⁴³ *Ibid.* Lors de son audition en Commission de la justice, Paul Martens a lui aussi rappelé que l'illégalité du séjour ne prive pas le condamné de l'exercice de ses droits fondamentaux, dont le droit au respect de sa vie familiale (Doc. n° 54-1418/005, pp. 218 et 234).

⁴⁴ Dans le même sens, voy. Fr. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », *op. cit.*, pp. 126-127.

§ 2. La mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire : un régime revu et complété

32. La mesure de mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire faisait jusqu'ici l'objet d'une réglementation lacunaire : la loi n'en donnait pas de définition, pas plus qu'elle ne fixait de délai d'épreuve applicable en la matière ou qu'elle ne déterminait les conséquences d'un éventuel retour du condamné étranger en Belgique.

33. Ces différentes lacunes sont désormais comblées.

Une définition de la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire⁴⁵ est ainsi insérée au nouvel article 25/3 de la loi, aux termes duquel il s'agit d'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 ».

Le délai d'épreuve en question correspond, par analogie avec ce qui est d'application pour la libération conditionnelle, au solde de la peine que le condamné devait encore subir au jour où il a bénéficié de la mesure, avec un maximum de dix ans et un minimum de deux ou cinq ans, selon les cas⁴⁶. Quant aux conditions à respecter durant ce délai, il s'agit essentiellement pour le condamné de ne pas commettre de nouvelles infractions, de quitter effectivement le territoire belge et de ne pas y revenir sauf s'il est en règle en ce qui concerne le droit de séjour et que le tribunal de l'application des peines lui en donne l'autorisation⁴⁷.

S'il omet ou refuse de quitter effectivement le territoire, ne coopère pas à son éloignement, ne coopère pas à son identification en vue de l'obtention d'un document de voyage ou revient en Belgique sans l'autorisation du tribunal de l'application des peines normalement requise, le condamné s'expose à une révocation de la mesure⁴⁸. À l'instar de ce qui est prévu en matière de libération conditionnelle, la révocation emporte réincarcération pour une durée que le tribunal de l'application des peines fixe en tenant compte de la période du

⁴⁵ Au § 2 du même art. 25/2, la loi donne désormais également une définition de la mise en liberté provisoire en vue de la remise, que nous n'examinerons toutefois pas plus avant car elle concerne un cas de figure assez différent (condamnés à l'égard desquels une décision d'extradition a été prise ou un mandat d'arrêt européen a été décerné).

⁴⁶ Art. 71 de la loi du 17 mai 2006, tel que complété par l'article 170 de la loi du 5 février 2016.

⁴⁷ Art. 55 de la loi du 17 mai 2006, tel que complété par l'article 161 de la loi du 5 février 2016.

⁴⁸ Art. 64 de la loi du 17 mai 2006, tel que complété par l'article 166 de la loi du 5 février 2016.

délai d'épreuve qui s'est bien déroulée et des efforts fournis par le condamné pour respecter les conditions qui lui étaient imposées⁴⁹.

34. Un autre changement a toutefois été apporté au régime de la mise en liberté en vue de l'éloignement du territoire qui a suscité davantage de réserves : alors que jusqu'ici, le condamné désireux d'obtenir ce type de mesure devait attester d'une possibilité de logement à l'étranger, cette exigence est désormais supprimée⁵⁰. L'exposé des motifs justifie cette modification par le fait que «le tribunal de l'application des peines est dans l'impossibilité de contrôler si cette contre-indication est remplie», d'autant qu'elle donne lieu à des trafics d'attestations en prison⁵¹.

Le Conseil supérieur de la Justice a toutefois dénoncé le caractère «potentiellement contre-productif» de ce changement, en soulignant que les condamnés qui n'ont aucun lien avec le pays vers lequel ils sont éloignés (ni famille, ni hébergement) risquent fort de revenir en Belgique dans la clandestinité, avec tous les risques de récidive que cela engendre⁵².

§ 3. Le rapatriement au (presque) terme de la peine : plus tôt mais plus sévère

35. La mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire est une mesure qui permet, certes, au condamné sans droit de séjour d'être libéré bien avant le terme de sa peine (dans la plupart des cas, après un tiers ou deux tiers de celle-ci), mais elle suppose que le condamné en fasse la demande et que le tribunal de l'application des peines l'accorde, en estimant qu'il n'existe pas de contre-indications.

Si le condamné ne sollicite pas de mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement, ou qu'il ne l'obtient pas du tribunal de l'application des peines, il restera en principe incarcéré jusqu'au terme de sa peine... ou presque. Depuis 2012, la possibilité a en effet été introduite d'organiser déjà son rapatriement dans les deux mois qui précèdent la fin de sa peine⁵³.

Ce délai est porté à six mois par la loi pot-pourri II. En outre, il est désormais prévu qu'en cas de retour illégal dans les deux ans, le condamné pourra être réincarcéré pour exécuter le solde de la peine qui n'avait pas été subie⁵⁴.

⁴⁹ Art. 68 de la loi du 17 mai 2006, tel que modifié par l'article 169 de la loi du 5 février 2016.

⁵⁰ Art. 47 de la loi du 17 mai 2006, tel que modifié par l'article 159 de la loi du 5 février 2016.

⁵¹ Exposé des motifs, n° 54-1418/001, p. 135.

⁵² Avis d'office du 24 juin 2015, p. 13. Dans le même sens, voy. aussi l'audition de M^{me} Magali Clavie en Commission de la justice (Doc. n° 54-1418/005, p. 252).

⁵³ Art. 20/1 inséré dans la loi du 17 mai 2006 par la loi du 15 mars 2012.

⁵⁴ Art. 20/1 tel que modifié et complété par l'article 149 de la loi du 5 février 2016.

§ 4. Au final : une instrumentalisation du statut juridique externe pour faciliter la gestion des mesures d'éloignement ?

36. Au travers des réformes votées, il semble que le législateur ait avant tout cherché à faciliter la gestion des mesures d'éloignement, en abandonnant au passage tout objectif de réinsertion des condamnés sans droit de séjour.

37. Ceux-ci se retrouvent en effet placés devant une alternative assez simple :

- purger leur peine en Belgique (presque) jusqu'au bout et sans pouvoir bénéficier de la moindre mesure *extra-muros*, sauf peut-être l'une ou l'autre permission de sortie (voire, très exceptionnellement, une libération provisoire pour raisons médicales) ; ou
- solliciter une mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire, qui leur permettra de sortir de prison au tiers ou aux deux tiers de leur peine, mais qui les oblige à coopérer à leur propre éloignement.

38. Si, déjà en 2006, il était prévu qu'à la différence d'une libération conditionnelle, la libération provisoire en vue d'éloignement du territoire ne serait pas soumise à la présentation d'un plan de réinsertion sociale, le législateur va désormais encore un pas plus loin en supprimant même l'exigence d'un logement à l'étranger. La mesure n'a en réalité jamais aussi bien porté son nom : elle ne vise nullement à réinsérer, accompagner ou prévenir la récidive dans le chef d'un condamné, mais uniquement à faciliter la mise en œuvre de son éloignement...

En guise de conclusion

39. Si l'on excepte l'assouplissement de la condition relative aux antécédents judiciaires pour le prononcé d'une mesure de sursis probatoire, l'ensemble des autres modifications introduites par la loi du 5 février 2016 que nous avons passées en revue ont en commun de restreindre la marge d'appréciation reconnue au pouvoir judiciaire, qu'il s'agisse des juges du fond ou des tribunaux de l'application des peines : les premiers se retrouvent privés de la possibilité de prononcer une peine autonome de travail ou de probation, une suspension ou un sursis dans des cas qui l'auraient précédemment autorisés ; les seconds se voient contraints de refuser désormais pratiquement tout aménagement de peine ou mesure d'exécution *extra-muros* aux condamnés sans droit de séjour.

40. Beaucoup d'observateurs y ont vu une forme de défiance à l'égard des juges et une remise en cause du principe d'individualisation de la sanction.

Même s'il s'agit d'une « politique répressive choisie parmi plusieurs concevables, plutôt qu'un principe général de droit s'imposant au législateur »⁵⁵, l'individualisation de la peine permet notamment « de prendre en considération les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise, d'avoir égard à l'amendement du délinquant, de favoriser sa réintégration, de tenir compte de considérations socio-professionnelles et de proportionner la peine à la gravité des faits »⁵⁶. La réduire au profit d'une politique répressive qui restreint le pouvoir d'appréciation du juge et le contraint à la sévérité n'est pas nécessairement inconstitutionnel⁵⁷, mais peut effectivement être perçu comme une forme de « recul de civilisation »⁵⁸...

⁵⁵ C. arb., arrêts n° 38/2002 du 29 mars 2002 (B.6.2), n° 40/2000 du 6 avril 2000 (B.42) et n° 153/2001 du 28 novembre 2001 (B.7). La Cour de cassation a également jugé, dans le même sens, qu'il n'existe pas de principe général de droit relatif à l'individualisation de la peine : Cass., 8 juin 2005, R.G. n° P.05.0349.F, *Pas.*, 2005, n° 327.

⁵⁶ C. arb., arrêts n° 40/97 du 14 juillet 1997 (B.6.1) et n° 45/97 du 4 juillet 1997 (B.6.1).

⁵⁷ Sous la réserve qu'il ne peut prendre une mesure manifestement déraisonnable, le législateur démocratiquement élu peut vouloir déterminer lui-même la politique répressive et exclure ainsi le pouvoir d'appréciation du juge (C. arb., arrêt n° 8/2006 du 18 janvier 2006, B.7), en le contraignant à la sévérité quand une infraction nuit particulièrement à l'intérêt général (C. const., arrêt n° 112/2014 du 17 juillet 2014, B.5.2).

⁵⁸ Pour reprendre les termes de l'opinion commune de Françoise Tulkens, Paul Martens, Patrick Henry et Robert De Baerdemaeker, parue dans *La Libre Belgique* du 26 octobre 2015 : « Retirer au juge la possibilité d'ainsi appliquer la règle abstraite en faisant en sorte qu'elle s'applique de façon adéquate, personnalisée, aux prévenus, victimes ou condamnés, qui sont confrontés à une situation de crise, c'est conférer à la loi, par essence générale, un pouvoir qu'elle n'a pas, qu'elle ne peut avoir. Une Justice humaine est une Justice individualisée, qui dépasse le caractère mécanique de l'application des textes, nécessairement conçus pour servir de cadre général. Refuser ce pouvoir d'appréciation au juge, c'est ce que nous n'hésitons pas à appeler un recul de civilisation. »