

**ENQUÊTE AUPRÈS DES TRIBUNAUX
DE L'APPLICATION DES PEINES EN BELGIQUE :
QUE DEVIENT LE POUVOIR JUDICIAIRE,
ET LE DROIT QU'IL PROTÈGE,
LORSQU'IL FRANCHIT LA PORTE DES PRISONS ?**

Olivia NEDERLANDT

Professeure à l'Université Libre de Bruxelles

Professeure invitée à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Chercheuse postdoctorante F.R.S.-FNRS

Il a fallu attendre le XXI^e siècle pour que le législateur belge procède à la légalisation et à la judiciarisation de la matière pénitentiaire¹. Légalisation, car les lois pénitentiaires de 2005 et 2006² ont fait passer les différents aménagements de la peine de prison, appelés les « modalités d'exécution de la peine privative de liberté » (« modalités »), du statut de faveur à celui de véritables droits subjectifs. Judiciarisation, car elles ont transféré, en grande partie, la compétence décisionnelle à l'égard de ces modalités du pouvoir exécutif au pouvoir judiciaire. Pour les condamnées à des peines jusqu'à trois ans, la décision revient au juge de l'application des peines (« JAP »), et, pour les condamnées à des peines supérieures à trois ans, au tribunal de l'application des peines (« TAP »). Si les TAP ont été créés début 2007, les JAP ne sont pas encore compétent·e·s pour aménager les peines jusqu'à trois ans ; dans l'attente, c'est l'administration pénitentiaire qui conserve cette compétence³.

1. Pour un retour sur les raisons pour lesquelles ce processus de légalisation et de judiciarisation a été très lent, v. O. NEDERLANDT, « La légalité en matière pénitentiaire : une illusion ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 141-177.

2. Les trois lois pénitentiaires de 2005 et 2006 sont les suivantes : la première est la loi de principes du 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus (*M.B.*, 1^{er} févr. 2005), la seconde est 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) et la troisième est la loi du 17 mai 2006 instaurant des tribunaux de l'application des peines (*M.B.*, 15 juin 2006).

3. La partie de la loi confiant cette compétence aux JAP devrait entrer en vigueur en avril 2021, mais rien ne garantit que cette date, déjà reportée à de nombreuses reprises, ne soit pas une nouvelle fois renvoyée (à cet égard, v. O. NEDERLANDT, « Actualités en

Les TAP sont composés de trois juges : un-e magistrat-e professionnel-le et deux assesseur-es, l'un-e spécialisé-e en matière pénitentiaire, l'autre en matière de réinsertion sociale. Ils prennent leur décision à l'issue d'une audience contradictoire, qui se tient à huis clos, généralement en prison et en présence d'un-e directeur-trice de la prison où a lieu l'audience (« la direction »). Pour décider de l'octroi d'une modalité, les TAP vérifient l'absence de cinq contre-indications : l'absence de perspectives de réinsertion sociale, le risque de perpétration de nouvelles infractions graves, le risque d'importuner les victimes, l'attitude à l'égard des victimes et les efforts consentis pour indemniser la partie civile. Ces modalités, qui sont, entre autres, la détention limitée⁴, la surveillance électronique et la libération conditionnelle, permettent aux condamné-es d'exécuter leur(s) peine(s) privative(s) de liberté au sein de la communauté, tout en devant respecter une série de conditions. Le respect de ces conditions est contrôlé à la fois par le ministère public⁵ et un-e assistant-e de justice. En cas de non-respect des conditions, le TAP peut décider de révoquer la modalité, ce qui entraîne la réincarcération du-de la condamné-e.

Entre octobre 2015 et janvier 2019, j'ai réalisé une recherche doctorale⁶ comportant deux grands volets. Le premier s'appuie sur une étude des sources juridiques du droit de l'exécution des peines privatives de liberté, qui ne fera pas l'objet de cette contribution. Le second présente les résultats d'une recherche empirique menée au sein de l'ensemble des TAP de Belgique (soit dix chambres de l'application des peines⁷, réparties entre six TAP : Bruxelles francophone et

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, p. 128-130, p. 177-223 et p. 243-247.

4. La détention limitée est une modalité d'exécution de la peine privative de liberté qui permet à la personne condamnée de quitter l'établissement pénitentiaire de manière régulière pour une durée déterminée d'un maximum de seize heures par jour (cette modalité est généralement utilisée pour permettre à la personne condamnée de quitter l'établissement durant la journée, afin de travailler).

5. En Belgique, le statut du ministère public, aussi désigné sous le nom de « parquet » (magistrat-e-s de « parquet ») ou de « procureur-e du Roi », est complexe dès lors qu'il est associé, pour l'exercice de ses fonctions, tant à l'administration de la justice qu'à l'autorité gouvernementale. Au sein du pouvoir judiciaire, il est indépendant à l'égard des cours et tribunaux. Par contre, son indépendance à l'égard du pouvoir exécutif est relative dans la mesure où la politique criminelle est menée sous la responsabilité du-de la ministre de la Justice en concertation avec le collège des procureur-e-s généraux-les.

6. O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté*, thèse présentée en vue de l'obtention du grade académique de docteur en sciences juridiques, sous la dir. de Y. CARTUYVELS et C. GUILLAIN, Université Saint-Louis – Bruxelles, 2020, inédit, 862 pages.

7. Les TAP comportent des chambres de l'application des peines (compétentes pour l'exécution des peines privatives de liberté) et des chambres de protection sociale (compétentes pour l'exécution de la mesure d'internement).

néerlandophone, Liège, Mons, Gand et Anvers). Pendant environ huit mois, répartis entre mars 2016 et septembre 2017, j'ai assisté à 44 audiences, durant lesquelles 568 dossiers ont été traités, et j'ai analysé les 425 jugements prononcés à l'issue de celles-ci, ainsi que 150 dossiers sélectionnés par les TAP. L'étude de terrain était nécessaire pour faire état de la pratique des TAP, au vu de leur grande liberté d'appréciation, qui découle, d'une part, du fait que les catégories légales sont abstraites et peu précises, et, d'autre part, de l'absence de possibilité d'appel de leurs décisions. La démarche empirique a impliqué un apprentissage des outils de recherche et d'analyse des sciences sociales, outils avec lesquels les juristes sont souvent moins familiers. Outre le caractère encore novateur d'une démarche visant à faire de l'empirie en droit, c'est un « point de vue externe modéré »⁸ qui a été adopté pour mener cette recherche. Cela signifie qu'il s'agit d'une thèse en droit, avec une ouverture sur la sociologie et la criminologie. L'analyse des résultats de ma recherche de terrain a en effet été réalisée en prenant appui sur différentes recherches criminologiques et sociologiques⁹.

Cette contribution propose d'analyser les enjeux de frontières dans cette matière à deux niveaux et, dès lors en deux temps. Dans la première partie, qui analyse le *processus décisionnel* des TAP, la frontière étudiée est celle de la ligne de répartition des compétences entre deux pouvoirs : le judiciaire et l'exécutif.

8. Le « point de vue externe modéré » est défini comme suit par Michel van de Kerchove et François Ost, qui se sont appuyés sur les travaux de Herbert Hart : « Alors que le point de vue interne constitue en quelque sorte un point de vue “en miroir” qui consiste à adhérer au discours que les institutions juridiques tiennent à propos d'elles-mêmes et à partager la “précompréhension” qui lui est sous-jacente, le point de vue externe suppose, au contraire, une “rupture épistémologique” ou une mise à distance théorique qui consistera soit à rendre compte en termes descriptifs et explicatifs du point de vue interne adopté par les acteurs du système juridique (point de vue externe “modéré”), soit à opérer une reconstruction théorique qui fasse entièrement abstraction de l'existence de ce point de vue interne (point de vue externe “radical”) » (M. VAN DE KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 26).

9. J'ai ainsi constamment confronté le résultat de ma recherche avec les deux enquêtes ethnographiques précédemment menées sur les TAP (J. BASTARD, *Le travail de la décision. Les processus de l'application des peines en Belgique francophone*, thèse de doctorat présentée à l'Université de Liège en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences politiques et sociales, sous la dir. de Ch. Dubois, 2017, et V. SCHEIRS, *De strafuitvoeringsrechtbank aan het werk*, Anvers, Maklu, 2014). J'ai également utilisé deux recherches empiriques menées sur la scène de la justice pénale belge : d'une part, une recherche menée au stade de la condamnation, à des fins de comparaison entre ce stade et celui de l'exécution de la peine (Fr. VANHAMME, *La rationalité de la peine. Enquête au tribunal correctionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2009), et, d'autre part, une recherche menée, entre autres, sur le travail social en justice, dans ses volets d'aide à la décision judiciaire et de suivi des décisions judiciaires (Fr. DE CONINCK, Y. CARTUYVELS, A. FRANSEN, D. KAMINSKI, Ph. MARY, A. RÉA, L. VAN CAMPENHOUDT, *Aux frontières de la justice, aux marges de la société. Une analyse en groupes d'acteurs et de chercheurs*, Gand, Academia Press, 2005).

Il s'agit d'étudier les difficultés de la judiciarisation de la matière, c'est-à-dire les difficultés pour le judiciaire d'investir le champ pénitentiaire. En pratique, on constate en effet une domination de l'administration pénitentiaire dans le processus décisionnel, rendue possible parce que le législateur voulait que ce processus soit multidisciplinaire et suscite la participation de cette administration. En outre, le pouvoir judiciaire lui-même s'affirme avec moins de poids car la justice qui se déploie au niveau de l'exécution des peines est informelle et consensuelle, atténuant le rituel judiciaire. Dans la seconde partie, consacrée à l'analyse des *critères décisionnels* des TAP, la frontière étudiée est celle qui sépare le registre du droit et de la faveur : les modalités d'exécution de la peine peuvent-elles être considérées comme des droits subjectifs dans le chef des personnes condamnées ? Mais c'est aussi la question de la frontière entre la prison et la vie dans la communauté qui est au cœur de l'analyse : sur la base de quels éléments les TAP décident-ils que la personne condamnée pourra exécuter sa-ses peine(s) *dedans* ou *dehors* ? Cette étude montrera que le pouvoir d'inclure ou d'exclure une personne condamnée de la vie dans la société libre est utilisé à la fois comme outil de gestion du risque de récidive et comme outil de discipline et d'activation des personnes condamnées, et que les aménagements de peines sont restés confinés dans le statut de faveurs sans accéder à celui de droit subjectif.

I. LE PROCESSUS DÉCISIONNEL DES TAP

La recherche empirique a mis en évidence que le processus décisionnel, se voulant multidisciplinaire et judiciarisé, confère en réalité une place prépondérante à l'administration pénitentiaire (A), et se caractérise par un effacement du rituel judiciaire (B). Ces constats sont en outre plus marquants si la personne est en détention.

A. – L'administration pénitentiaire occupe le terrain

En adoptant les lois pénitentiaires, le législateur a voulu mettre en place un tribunal multidisciplinaire : le cœur de la matière réside dans la réinsertion sociale, et celle-ci implique des connaissances non seulement juridiques, mais aussi criminologiques, sociologiques ou psychologiques, dont ne disposent pas les juges-juristes. On leur a donc adjoint deux assesseur-es spécialisé-es, l'un-e en matière pénitentiaire et l'autre en réinsertion sociale. En pratique cependant, la multidisciplinarité, l'équilibre entre expériences professionnelles, sont mis à mal au sein des TAP même et dans le cadre du processus décisionnel, au vu du rôle important joué par l'administration pénitentiaire.

Au sein des TAP tout d'abord, la majorité des assesseur-es sont issu-es de l'administration pénitentiaire (11/20) ou du parquet (4/20). Un quart des assesseur-es

seulement (5/20) provient des maisons de justice¹⁰ ou des services d'aide aux détenu·es. Ceci témoigne d'un déséquilibre entre personnes issues du milieu pénitentiaire et personnes issues du milieu de la réinsertion sociale. En outre, on peut s'interroger sur la portée de la spécialisation des assesseur·es, dès lors que des personnes ayant exercé les mêmes fonctions précédemment à leur mandat au TAP se retrouvent sous les deux spécialisations (par exemple, on trouve des ancien·es directeur·trices de prison tant sous la spécialisation « pénitentiaire » que sous la spécialisation « réinsertion sociale »). La question de l'effectivité d'une approche multidisciplinaire peut aussi être soulevée au vu du fait que dans certains TAP, le travail de préparation des dossiers est réparti entre les trois juges. Or, si le dossier n'est lu que par un·e juge, la plus-value de la multidisciplinarité semble moindre.

Le législateur de 2005/2006 voulait impliquer l'administration pénitentiaire *dans le processus décisionnel* concernant les personnes condamnées *en détention*. Il a considéré qu'il était contre-productif de la mettre « sur la touche » au vu du rôle crucial qu'elle doit jouer dans la préparation de la réinsertion des condamné·es. Cette implication s'est concrétisée à plusieurs niveaux. Outre la présence d'un·e assesseur·e en matière pénitentiaire au sein du TAP, on relève le rôle important de la direction de la prison (direction) et de la Direction Gestion de la Détention (DGD). La direction est responsable de l'élaboration du dossier ; elle va également émettre un avis quant à l'octroi de la modalité et quant aux éventuelles conditions qui devraient être imposées ; elle sera présente aux audiences du TAP qui ont lieu en prison. Les TAP accordent une grande importance à l'avis de la direction, qui est une source d'informations précieuses pour eux. La DGD est un organe de l'administration pénitentiaire qui dispose d'un pouvoir important : celui de décider de l'octroi ou non des permissions de sortie et congés pénitentiaires. Ces permissions de sortie et congés pénitentiaires sont essentiels pour les personnes condamnées pour deux raisons. En premier lieu, ces sorties leur permettent de concrétiser leur plan de réinsertion. En second lieu, les TAP souhaitent que les personnes condamnées aient fait leur preuve à l'occasion de ces sorties avant de leur octroyer des modalités plus larges. Si la DGD refuse l'octroi de ces modalités, elle peut bloquer le trajet de sortie d'un·e condamné·e. Les TAP disposent de la possibilité de débloquent le dossier en octroyant, à titre exceptionnel, ces modalités. L'évaluation du caractère exceptionnel de la situation varie cependant d'un TAP à l'autre, si bien que certains ne débloquent pas les dossiers des condamné·es arrêté·es par l'administration pénitentiaire. Lorsque le processus décisionnel concerne une personne condamnée *en guidance* (ou en

10. Les maisons de justice sont en charge de compétences nombreuses et variées, qui visent tant à l'aide à la décision judiciaire qu'au suivi des décisions judiciaires. En matière d'exécution des peines privatives de liberté, les assistant·e·s de justice exercent une mission consultative (ils-elles rendent des avis aux TAP), une mission de suivi (ils-elles apportent une aide aux personnes condamnées en vue de leur réinsertion et à veillent à ce qu'elles respectent les conditions qui leur ont été imposées) et une mission à l'égard des victimes (les informer sur la procédure devant le TAP, les accompagner à l'audience, etc.).

probation)¹¹, les assistant-es de justice sont peu présent-es aux audiences, qui se tiennent par ailleurs souvent en prison bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation légale. Les TAP entretiennent donc des relations importantes avec le monde pénitentiaire, avec lequel ils sont régulièrement en contact par leur présence même au sein de la prison. Une telle relation n'existe par contre pas avec les assistant-es de justice et encore moins avec les services d'aide aux détenu-es, les acteur-trices qui accompagnent la personne condamnée dans sa réinsertion. Ces constats attestent d'un déséquilibre dans la multidisciplinarité recherchée, en faveur de l'administration pénitentiaire, dont l'action est guidée prioritairement par des enjeux sécuritaires, plutôt que par la réinsertion¹².

*B. – Rendre justice en prison et de manière informelle :
l'effacement du rituel judiciaire*

Les audiences du TAP, qui ont lieu à huis clos, sont particulières à trois égards. Elles sont régulièrement tenues en prison¹³, un lieu non spécialement dédié à la justice ; elles sont marquées par la présence à l'audience, outre des juges, du ministère public et de la personne condamnée (les victimes sont très peu présentes¹⁴), d'un quatrième acteur-trice, à savoir la direction de la prison ; lorsqu'elles ont lieu en prison, elles se déroulent de manière informelle, dans des salles de réunion où tout le monde est assis autour de la table, à la même hauteur. Ce particularisme des audiences TAP soulève de nombreuses questions.

11. La personne condamnée en guidance ou en probation purge sa peine dans la communauté car elle s'est vu octroyer une modalité par le TAP. Elle peut comparaître devant le TAP dans le cadre de deux types de procédures : soit en vue de solliciter une modalité plus large (par exemple : elle est en surveillance électronique et demande au TAP une libération conditionnelle), soit parce que le ministère public demande la révocation de sa modalité pour non-respect des conditions.

12. « Bien que souvent affiché dans les discours, ce triple objectif (réparation, réhabilitation et réinsertion) reste en pratique, "résiduel et utopique". En prison, la fonction sécuritaire prime donc sur l'objectif de réinsertion. De fait, œuvrer en faveur de la réinsertion n'est possible que si les exigences en matière de sécurité sont satisfaites » (Ch. DUBOIS, « L'état et le réseau. Recompositions des contextes de travail des équipes de direction pénitentiaire », *Justice et Sécurité* 2016, p. 6).

13. Lorsque la personne condamnée est détenue, les audiences ont nécessairement lieu en prison. Lorsque la personne condamnée est en guidance, les audiences peuvent avoir lieu en prison mais ce n'est pas obligatoire, les TAP peuvent les tenir au palais de justice. La recherche a cependant mis en évidence que la moitié des TAP tenaient néanmoins les audiences de guidance en prison plutôt qu'au palais de justice.

14. Notons à cet égard que les victimes ont le droit de participer à la procédure devant le TAP, elles peuvent venir à l'audience, mais uniquement pour s'exprimer quant aux conditions qu'elles souhaitent voir imposer dans leur intérêt. Lorsque ces conditions ont été discutées, elles doivent sortir de la salle d'audience et ne participent dès lors pas au reste des débats. Les victimes sont très peu présentes aux audiences TAP.

La présence de la direction de la prison à l'audience et la délocalisation de l'audience hors du palais de justice questionnent le rituel judiciaire pénal. En principe, ce rituel suppose un jeu à trois acteur-trices, avec un-e juge en position de tiers qui tranche le conflit entre le ministère public et le-la justiciable dans un lieu de justice. Or l'audience a ici lieu en prison, un lieu non neutre, et une quatrième protagoniste entre en jeu, la direction de la prison, qui dispose d'un rôle important dans le processus décisionnel (*supra*). L'opportunité de sa présence à l'audience peut être questionnée du fait qu'elle peut intimider la personne condamnée. La direction a en effet un grand pouvoir sur les conditions de détention de la personne condamnée, si bien que cette dernière peut ne pas se sentir en mesure de s'exprimer librement à l'audience. Dès lors que la justice doit procéder d'une mise à distance, on peut se demander si la position du-de la juge comme tiers indépendant et impartial n'est pas mise à mal lorsque le monde pénitentiaire investit de manière aussi importante la sphère judiciaire et lorsque l'audience se déplace en prison¹⁵. Cette question se pose d'autant plus qu'on a pointé que les professionnel·les du monde pénitentiaire sont fortement représenté·es au sein des TAP.

Si les TAP favorisent la tenue d'audiences en prison, même quand la loi ne la leur impose pas, c'est en raison de l'absence de formalisme qui y est possible. Ils sont en effet attachés à ce que les audiences se déroulent sans décorum, sans toge, dans de petites salles permettant une proximité entre acteur-trices, où tous·tes sont assis·es à la même hauteur autour d'une table et où l'acoustique est meilleure, car ces éléments faciliteraient la communication. La communication est de fait un enjeu essentiel pour les TAP, qui conçoivent l'audience comme l'occasion de faire passer des messages à la personne condamnée : à la personne en détention, ils indiquent ce qu'elle doit mettre en place pour obtenir une modalité ; à la personne en guidance qui n'a pas respecté des conditions, ils expliquent ce qu'elle doit faire pour éviter un retour en prison. Or la dimension informelle de l'audience conduit à un affaiblissement du rituel judiciaire, qui peut entraîner des atteintes à diverses garanties procédurales. On a en effet constaté le non-respect du *principe de publicité* puisque les audiences ont lieu à huis clos et que les prononcés, devant se faire en audience publique, ne le sont que rarement. Les *principes du contradictoire* et les *droits de la défense* sont également mis à mal. Ainsi, le rapport du service psychosocial et l'enquête sociale externe, pièces essentielles du dossier, sont rédigés de manière non contradictoire et leur contenu

15. Le choix de tenir les audiences en prison peut d'autant plus être questionné que les objectifs du législateur ayant conduit à ce choix ne sont régulièrement pas atteints. En effet, le législateur a prévu que le TAP tienne ses audiences en prison lorsque les personnes condamnées sont détenues afin d'éviter les transferts de ces personnes et de s'assurer de la présence d'un membre de la direction qui connaît le-la condamné·e à l'audience. Or, en pratique, il arrive régulièrement que les condamné·es qui comparaissent à l'audience sont détenu·es dans une autre prison que celle où a lieu l'audience : ils-elles sont donc transféré·es et comparaissent en l'absence de la direction qui les connaît.

est peu discuté à l'audience. Plusieurs TAP sont indifférents à l'intervention d'un·e avocat·e et ne vont pas veiller à ce que la personne condamnée soit assistée d'un conseil. Des discussions sur le contenu des dossiers ont parfois lieu hors de la présence du·de la condamné·e et de son avocat·e, et la victime est parfois entendue en-dehors de la présence du·de la condamné·e. Le principe du contradictoire est d'autant plus bouleversé que la justice de l'exécution des peines est informelle, mais également consensuelle. Non seulement les acteur·trices sont tous·tes assis·es à la même hauteur autour de la table sans signe distinctif, mais ils·elles font également preuve d'une mobilité des rôles. Dès lors que les critères décisionnels sont établis de manière consensuelle¹⁶, les intervenant·es parlent parfois les un·es à la place des autres : le ministère public explique à la personne condamnée la jurisprudence du TAP (« on n'octroie pas dans ces conditions, c'est notre jurisprudence »), le TAP annonce les intentions du ministère public (« sinon monsieur le procureur du roi vous fera revenir devant le tribunal »), la direction rend à l'audience un avis qui se rapproche d'une plaidoirie d'avocat·e, etc. Ajoutée à l'absence de signe distinctif des protagonistes, cette mobilité des rôles, induite par la justice consensuelle, réduit la possibilité du·de la juge de se présenter comme « extérieur·e » ou en surplomb et relativise fortement la *distinction entre siège et parquet*. Sur la *séparation entre les pouvoirs judiciaire et exécutif*, on a déjà souligné combien l'administration pénitentiaire (pouvoir exécutif) a un poids prépondérant dans la justice de l'exécution des peines, si bien que l'on ne peut parler que d'une judiciarisation partielle de la matière et donc d'une séparation très relative des pouvoirs.

L'affaiblissement du rituel judiciaire va également faciliter la possibilité pour les juges de pénétrer dans l'intimité des justiciables, ce qui entraîne un plus grand contrôle de l'État dans leur vie¹⁷. J'ai en effet pu constater que la justice informelle favorise les incursions dans la vie privée des personnes condamnées, sous couvert de la recherche d'un dialogue plus authentique et égalitaire. Même si le souhait des TAP est celui d'une conversation plus égalitaire, la parole de la personne condamnée est contrainte, limitée par le cadre imposé par les juges. Certes, le langage est plus familier et accessible, mais la relation de pouvoir entre les juges et les condamné·es et surtout, ce qui est en jeu – la liberté –, ont pour conséquence que le dialogue ne sera jamais égal. Le souhait d'un dialogue plus spontané vise aussi à faciliter le travail d'analyse : l'audience est l'occasion de sonder le for intérieur des personnes condamnées afin d'évaluer leur capacité réflexive quant à leurs besoins criminogènes (*infra*, II.1). Ceci met en évidence le fait que la justice informelle favorise l'hybridation des mondes judiciaire et thérapeutique¹⁸.

16. J. BASTARD, *op. cit.*, p. 161-162, p. 205 et p. 273-352 (« La décision en interaction ») et p. 363-364 ; V. SCHEIRS, *op. cit.*, p. 120, p. 149 et p. 160.

17. A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1997, p. 262-263.

18. *Ibid.*, p. 256 et p. 260.

Un constat intéressant qui ressort de la recherche est que les audiences où la personne condamnée est en guidance s'inscrivent davantage dans le cadre du rituel judiciaire que celles où la personne est en détention. L'audience en révocation met aux prises le ministère public et la personne condamnée : le premier reproche à la seconde de ne pas avoir respecté les conditions qui lui ont été imposées par le TAP. Le dossier est ici constitué par le ministère public, et la personne condamnée est appelée à se défendre à l'égard de ce qu'avance le ministère public. Le TAP doit au bout du compte trancher la question du retour ou du non-retour en prison. Cette audience se déroule hors de la présence de la direction. Si un-e assistant-e de justice est présent-e, il-elle aura davantage le rôle de témoin-tes. Le TAP occupe ici de façon claire une position de tiers entre le ministère public et la personne condamnée. Les audiences où la personne condamnée est en guidance et sollicite une modalité plus large s'inscrivent également davantage dans cette dynamique d'audience plus proche du rituel judiciaire, même si la direction est présente à l'audience. La personne condamnée n'étant plus en détention, la direction n'est en effet plus l'actrice clé de l'audience détenant les informations pertinentes pour le TAP. Bien entendu, aux audiences de guidance, les juges emploient également un ton familier, peuvent poser des questions intrusives dans la vie des personnes condamnées, et cherchent toujours à sonder le for intérieur de celles-ci pour évaluer leur intention de respecter à l'avenir le dispositif conditionnel. Néanmoins, il faut bien constater qu'il y a deux dynamiques distinctes qui sont à l'œuvre selon que la personne condamnée est en détention ou non, et ce quand bien même l'audience se déroule dans les deux cas en prison.

II. LES CRITÈRES DÉCISIONNELS DES TAP

Cette seconde partie analyse les *critères décisionnels* des TAP : quels sont les éléments pris en compte par les juges pour permettre aux personnes condamnées de retourner dans la société libre (en octroyant une modalité) ou pour décider de les maintenir ou de les renvoyer dans l'espace carcéral (en refusant ou en révoquant une modalité) ?

Les lois pénitentiaires sont à cet égard très claires : les modalités sont des droits subjectifs et doivent être accordées par les TAP en l'absence de contre-indications. Si les TAP constatent la présence d'une contre-indication, ils doivent encore, avant de refuser l'octroi de la modalité, vérifier s'il n'est pas possible de contrer cette contre-indication par l'imposition d'une ou plusieurs conditions. Le législateur a voulu faire des modalités « la norme » : toute personne condamnée devrait purger une partie de sa peine en prison, puis obtenir des permissions de sortie et congés pénitentiaires et enfin une libération conditionnelle, et ce afin de favoriser sa réinsertion sociale et de limiter les effets dommageables de la détention. La loi pénitentiaire pose en effet pour principe que l'exécution des peines privatives de liberté doit être axée sur la réinsertion sociale des personnes condamnées, soit le

retour réussi de la personne condamnée au sein de la société, en tant que citoyen. ne jouissant de ses droits fondamentaux. La finalité de la réinsertion sociale est de restituer aux personnes condamnées leur citoyenneté, de viser leur inclusion dans la société en tant que citoyen.ne à part entière¹⁹ ; la réinsertion sociale découle du droit à l'insertion sociale, consacré par l'article 23 de la Constitution belge. La réduction du risque de récidive est un autre objectif assigné aux modalités, à côté de la réinsertion. Ces objectifs, complémentaires, ne doivent pas être confondus.

La recherche empirique a cependant conduit au constat que les TAP inscrivent moins leurs décisions dans une logique de droits fondamentaux que dans une logique disciplinaire²⁰ et dans une logique post-disciplinaire. La logique disciplinaire signifie que les TAP ont la volonté de transformer, de normaliser la personne condamnée, en cherchant à la discipliner et à l'activer²¹. La logique post-disciplinaire est celle de la gestion des risques, en l'occurrence du risque de récidive²². Le paradigme post-disciplinaire n'a donc pas évincé le paradigme disciplinaire, la pénalité s'étant déployée en matière d'exécution des peines privatives de liberté de façon hybride²³. Ces paradigmes sont intimement liés : les exigences imposées par les TAP, que doivent satisfaire les condamné-es pour obtenir une

19. V. SCHEIRS, « Doing reintegration? The quest for reintegration in Belgian sentence implementation », *European Journal of Probation* 2016, p. 83 ; S. SNACKEN, « Tien jaar basiswet – “Back to Basics” », in T. DAEMS *et. al.* (red.), *Quo vadis ? Tien jaar basiswet gevangeniswezen en rechtspositie van gedetineerden*, Anvers, Maklu, 2015, p. 186-190.

20. F. BRION, « Chronique de criminologie. Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle », *Rev. dr. pén. crim.* 2001, p. 416-417.

21. L'activation renvoie au passage, fin des années 1990-début des années 2000, de l'État social à celui d'État social actif, soit le passage du développement de dispositifs de solidarité et d'assurances collectives face aux risques, à une montée en puissance de la responsabilisation individuelle (v. D. DUMONT, « Vers un Etat social “actif” », *J.T.* 2008, p. 133-139). Ce nouveau paradigme d'État social actif va conditionner l'accès au droit, activer les individus pour les sortir d'une logique assistancielle et s'incarner dans la figure du contrat. Cette évolution dans les rapports entre action publique et subjectivité a été constatée dans divers domaines de l'action publique, mais aussi dans la pénalité contemporaine, où la gouvernementalité se déploie autour des notions d'/de : « activation et responsabilisation, subjectivation et autonomisation, (auto)contrôle et exclusion » (Y. CARTUYVELS, « Politiques pénales et gouvernementalité par le risque : vers une culture post-disciplinaire ? », in Y. CARTUYVELS (dir.), *Les ambivalences du risque. Regards croisés en sciences sociales*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2008, p. 153 ; Y. CARTUYVELS, « Chapitre 4. Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », in F. CANTELLI et J.-L. GÉNARD (coord.), *Action publique et subjectivité*, Paris, LGDJ, 2007, n° 46, p. 87-101).

22. Y. CARTUYVELS, « Politiques pénales et gouvernementalité », art. cité, p. 149-185.

23. Pat O'Malley a ainsi qualifié la pénalité contemporaine de « volatile et contradictoire » (P. O'MALLEY, « Volatile and contradictory punishment », *Theoretical Criminology* 1999, 3(2), p. 175-196). Les études empiriques mettent aussi en évidence que les pratiques témoignent davantage d'une hybridation des différents paradigmes, v. par. ex : Y. CARTUYVELS, art. cité.

modalité ou pour rester en modalité, visent à réduire le risque de récidive (II.1) *en* disciplinant et *en* activant ceux-celles-ci (II.2). Ce maintien d'une logique disciplinaire aboutit à ce que les modalités d'exécution de la peine restent confinées dans le statut de faveur, sans accéder à celui de droits subjectifs. À nouveau, les constats sont différenciés selon que la personne est ou non en détention : les exigences des TAP sont plus importantes à l'égard des personnes condamnées détenues qu'à l'égard des personnes condamnées qui sont en guidance.

A. – Les modalités comme outil de gestion du risque de récidive

Pour obtenir une modalité, la personne condamnée doit notamment disposer d'un plan qui présente des « perspectives de réinsertion sociale » et ne pas présenter un risque de commission de nouvelles infractions graves, étant entendu qu'il convient de vérifier si ce risque ne peut être encadré par l'imposition de conditions (un suivi psychologique par exemple). Si le plan de réinsertion contribue indirectement à une réduction du risque de récidive, il ne peut se limiter à viser un tel objectif. Ce plan va en effet bien au-delà en ce qu'il participe à la concrétisation du principe selon lequel la peine est exécutée en vue de limiter les effets dommageables de la détention et de poursuivre la réinsertion sociale des condamnés. De même, si l'imposition de conditions que doit respecter la personne condamnée en guidance doit permettre de rendre acceptable et contrôlable le risque de récidive, ces conditions doivent plus largement viser la réinsertion²⁴. En d'autres termes, réinsérer la personne condamnée dans la communauté et limiter le risque de récidive sont les deux finalités des modalités d'exécution de la peine, le plan de réinsertion et l'imposition des conditions constituant les moyens pour y parvenir.

En pratique, cependant, la logique du risque a absorbé celle de la réinsertion : la réinsertion est conçue comme un moyen de réduction du risque de récidive, et non comme une finalité en elle-même ; pour désigner cette évolution, Gwen Robinson parle de « managerial rehabilitation »²⁵.

Les TAP exigent en effet bien plus que de simples « perspectives ». Ils attendent des personnes condamnées qu'elles élaborent un plan de réinsertion qui présente leur logement, le cadre dans lequel elles entendent vivre (milieu d'accueil), ce qu'elles entendent faire de leur emploi du temps (occupation) et ce qu'elles comptent mettre en place pour prendre en charge leurs problématiques

24. Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-2005, n° 3-1128/1, p. 65-66 : Commission « Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine », *Rapport final* (dit et ci-après « Rapport Holsters »), non publié, p. 74-77.

25. G. ROBINSON, « Late-modern rehabilitation. The evolution of a penal strategy », *Punishment & Society* 2008, p. 434.

criminogènes (suivi(s) psychosocial, psychiatrique, financier ou autre). Le plan doit être tout à fait concrétisé, c'est-à-dire que les trois volets du plan doivent être immédiatement accessibles et disponibles : il faut que la personne condamnée puisse directement rejoindre le milieu d'accueil, qu'elle puisse immédiatement commencer son occupation et entamer son(s) suivi(s). Les exigences imposées dans le cadre de ces trois volets du plan de réinsertion sociale visent avant tout à limiter le risque de récidive. Ainsi, les TAP regardent si le *milieu d'accueil* n'est pas criminogène : existe-t-il dans l'entourage de la personne condamnée des personnes « à risque » (mode de vie marginal, ex-condamnés-es, etc.) susceptibles de l'attirer dans la voie de la récidive ? Ou, à l'inverse, les personnes qui s'y trouvent pourront-elles l'encadrer et la contrôler ? La nécessité de disposer d'une *occupation*, à savoir de préférence un emploi, ou une formation (ou dans certains cas rares une occupation bénévole), – outre le contrôle social qu'elle procure – est très souvent mise en relation avec l'idée que l'oisiveté conduit à la délinquance. L'employeur-euse ne peut avoir d'antécédents judiciaires et l'emploi dans des secteurs « à risque », comme l'horeca²⁶ ou le milieu de la nuit, est souvent refusé. Les TAP sont aussi réticents face à une occupation n'apportant pas de possibilité de contrôle (statut d'indépendant-e, homme-femme au foyer,...). Et, si les TAP imposent des *suivis* aux condamnés-es, c'est parce que ces suivis s'adressent aux potentielles causes de récidive (problèmes d'assuétude, problèmes financiers, etc.). Ce plan de réinsertion est « calibré » en fonction du degré de risque de récidive. Si le risque de récidive est élevé, certaines exigences seront renforcées. Par exemple, les TAP exigeront un suivi spécialisé plutôt qu'un suivi général²⁷, voire demanderont que ce suivi ait été entamé *intra muros*. À l'inverse, si le risque de récidive n'est pas considéré comme élevé, certains TAP peuvent assouplir leurs exigences à l'égard du plan de réinsertion, par exemple en autorisant une occupation moins cadrante pour une personne présentant un risque de récidive faible.

Pour évaluer ce risque à l'égard des personnes condamnées *en détention*, les TAP s'appuient sur le rapport rédigé par le service psychosocial de la prison (SPS). Ce service organise son travail d'évaluation autour de l'élaboration de la criminogénèse. Celle-ci consiste à identifier les « besoins criminogènes », c'est-à-dire les raisons de la délinquance des condamnés-es, pour ensuite déterminer les types d'interventions à mener²⁸. On comprend donc que les SPS travaillent dans une optique qui mêle une démarche de compréhension et de traitement du sujet mais aussi de contrôle des risques que celui-ci représente. Kelly Hannah-Moffat

26. L'horeca est un acronyme désignant le secteur d'activités de l'hôtellerie, de la restauration et des cafés.

27. Un suivi général désigne une aide psychosociale apportée par un service d'aide aux personnes détenues ou ex-détenues généralistes, tandis qu'un suivi « spécialisé » sera axé sur la prise en charge d'une problématique précise (par exemple : une problématique d'assuétude).

28. DGEPI, *Instructions de service SPS. Gestion des détenus et statut externe 2017*, non publiées, p. 11.

a montré que la fluidité du discours sur le risque a permis la fusion des concepts de besoin (*need*) et de risque (*risk*) en matière pénale pour créer la notion de besoin criminogène (*criminogenic need*), soit un besoin sur lequel il est possible d'agir pour éviter le risque de récidive. Cette approche conçoit la personne délinquante comme un sujet à risque transformable (*transformative risk subject*) au moyen d'interventions thérapeutiques à caractère comportemental. L'évaluation des besoins et des traitements à mettre en place a donc été incorporée dans la logique de prédiction et de gestion du risque de récidive²⁹. Les rapports SPS présentent généralement un bilan complet et détaillé de la vie de la personne condamnée sur la base de ce que celle-ci aura raconté. Tous les pans de la vie de la personne condamnée sont pris en compte dans l'analyse : situation sociale, familiale, financière, administrative, état de santé, comportement, situation judiciaire, etc. Il va donc y avoir une approche « psychologisante » et « globalisante » de la personne condamnée et de ses comportements. Les TAP mobilisant ce savoir psychologique, leurs critères décisionnels reflètent une hybridation entre judiciaire et thérapeutique.

Comme cette lecture psychologisante et globalisante de la personne condamnée est au cœur de l'entreprise d'évaluation des risques, on comprend qu'elle rend le risque de récidive omniprésent. On constate « un glissement des faits incriminés aux comportements, aux attitudes et aux assuétudes de l'intéressé, dont la situation sociale, économique et familiale est décortiquée, la personnalité mise à nu, l'état de santé physique et psychologique évalué »³⁰. Sont alors prises en compte les « situations *potentiellement risquées*, où se multiplient à l'envi les liens de causalité entre des faits et des comportements (alcoolisme et violence, dépression et troubles sexuels, isolement affectif et social et surendettement, etc.) »³¹. L'observation montre en effet que, dans leur appréciation du risque de récidive, les TAP ne prennent pas seulement en compte le risque de commission de nouvelles infractions *graves*, mais toutes les situations potentiellement « à risque ». Ils veulent s'assurer que la personne condamnée ne commettra pas d'infractions, même peu graves (infractions au Code de la route par exemple), qu'elle n'adoptera pas de comportements déviants (consommation de stupéfiants, etc.), ou qu'elle ne se retrouvera pas en compagnie de personnes criminogènes ou dans des situations potentiellement à risque (lieux fréquentés par des toxicomanes, débits de boisson, etc.). En conséquence, les TAP prennent en considération de multiples facteurs à côté des contre-indications légales liées au plan de réinsertion sociale et aux victimes. Ces facteurs sont liés au profil du/de la délinquant-e (gravité des faits commis, existence d'un passé judiciaire, réussite ou échec précédent d'autre mesure probatoire), au profil socio-économique (situation financière, familiale,

29. K. HANNAH-MOFFAT, « Criminogenic need and the transformative risk subject: the hybridizations of risk/need in penalty », *Punishment and Society* 2005, p. 29-51.

30. Fr. de CONINCK *et al.*, *op. cit.*, p. 131.

31. *Ibid.*, p. 131.

sociale, de santé, situation de séjour), à l'existence d'une assuétude (alcool, stupéfiants, automédication, addiction aux jeux de hasard), au comportement (en détention, à l'audience ou en guidance), à l'écoulement du temps ou à l'existence d'affaires pénales à l'information ou à l'instruction. Tous ces éléments sont analysés parce qu'ils sont potentiellement susceptibles d'alimenter le risque de récidive.

L'approche en termes de « besoins » aboutit en outre à présenter la personne condamnée comme vulnérable ou carencée ; la situation de carence justifiant alors la mise en place d'un contrôle³². Une fois que la personne condamnée s'est vue octroyer une modalité et purge sa peine dans la communauté, le plan de réinsertion se mue en effet en « outil de contrôle », à la fois contrôlant et contrôlable. *Contrôlant*, car il vise à remplacer les barreaux de la prison par toute une série de contrôles sociaux qui s'ajouteront à la surveillance officielle exercée par l'assistant-e de justice et le ministère public. Les personnes avec qui le-la condamné-e va vivre (milieu d'accueil) et va travailler ou se former (occupation) doivent exercer un contrôle social quotidien sur la personne condamnée. Les services d'aide exerceront un suivi spécifique, spécialisé, de la personne condamnée, axé sur ses problématiques ou sur des situations sociales potentiellement criminogènes. Les TAP exigent que ces relais de contrôle soient « cadrants », c'est-à-dire en mesure de contrôler la personne condamnée. Mais le plan de reclassement doit en outre être *contrôlable*. Les relais de contrôle, que ce soit le milieu d'accueil, l'employeur-euse, le-la formateur-trice ou les personnes en charge du suivi, doivent « faire rapport ». Le milieu d'accueil devra expliquer à l'assistant-e de justice comment se sont déroulés les premiers congés pénitentiaires, le-la formateur-trice devra remettre des attestations de présence, etc. Ces divers cercles de contrôle vont déployer autour de la personne condamnée un « panoptique *bis* »³³, si bien qu'elle peut avoir le sentiment que tout son entourage est, au moins partiellement, un-e auxiliaire de la justice : cela concerne tant son foyer que son milieu de travail ou encore son suivi thérapeutique, et vient finalement brouiller les frontières entre vie privée et vie publique. Un tel contrôle ne vise pas seulement à inciter la personne condamnée à respecter les lois et à ne pas récidiver. Il s'agit plutôt de la transformer en sujet capable de respecter les normes qui reflètent les valeurs dominantes de la société. De fait, les besoins criminogènes (*supra*, II.1) renvoient généralement à l'emploi, à la situation familiale, aux addictions, au comportement, ... des éléments qui, présentés comme objectifs et apolitiques, reflètent en réalité les valeurs et styles de vie des classes moyennes blanches et hétérosexuelles³⁴. Lorsqu'il s'agit d'évaluer le degré de « normalité » des justiciables et de les normaliser par la voie psychosociale, on est toujours plus ou moins dans la norme, au contraire de la

32. *Ibid.*, p. 143 et p. 174.

33. Georges Kellens qualifie le passage de la prison à la libération conditionnelle, d'un passage du panoptique au « panoptique-*bis* » : G. KELLENS, « Entre l'État et les communautés : le monde pénitentiaire hors les murs », *J.T.* 1988, p. 369.

34. K. HANNAH-MOFFAT, art. cité, p. 37-38.

loi qui tranche ce qui est dans les limites ou en-dehors de celle-ci. L'approche psychologique ouvre la possibilité d'une responsabilisation personnelle du/de la justiciable potentiellement infinie et d'une intervention illimitée³⁵. On comprend donc que l'évaluation des risques impliquant une lecture globale de la vie de la personne condamnée ouvre la voie au déploiement d'un contrôle totalisant, exercé sur tous les pans de sa vie. Une telle intrusion dans la vie des justiciables a déjà été qualifiée de « tutelle de l'intime »³⁶.

Pour réaliser l'évaluation des risques à l'égard des personnes condamnées *en guidance*, les TAP disposent des rapports rédigés par les assistant-es de justice, lesquels travaillent au sein d'une institution (l'administration générale des maisons de justice) qui cherche à implémenter le concept de désistance³⁷, défini comme « le processus par lequel, avec ou sans l'intervention des services de justice pénale, l'auteur d'infraction met un terme à ses activités délinquantes et mène une vie respectant la loi par le développement de son capital humain (par exemple ses capacités individuelles et ses connaissances) et de son capital social (par exemple l'emploi, la création d'une famille, les relations et les liens sociaux et l'engagement dans la société civile) »³⁸. La recherche a mis en évidence que les exigences des TAP à l'égard des personnes en guidance sont moindres qu'à l'égard des personnes en détention³⁹. Les juges prennent donc plus facilement la décision de laisser des condamné-es en prison plutôt que celle de les renvoyer en prison. Un parallèle peut être fait avec le stade de la fixation de la peine : les personnes en détention préventive sont plus souvent condamnées à une peine privative de liberté⁴⁰.

B. – Les modalités comme outil de discipline et d'activation des personnes condamnées

Les TAP exigent une discipline de la personne condamnée, dont ils attendent un certain comportement. Il s'agit pour celle-ci de se soumettre et de réaliser un travail réflexif, de s'activer et se responsabiliser, mais aussi de collaborer de

35. Fr. de CONINCK *et al.*, *op. cit.*, p. 214-215.

36. *Ibid.*, p. 226.

37. S. REISSE, B. VAN BOVEN et A. VAUTHIER, « Chronique de criminologie – Désistance et maisons de justice : construction d'un modèle par et pour l'administration », *Rev. dr. pén. crim.* 2019, p. 1216-1236.

38. Annexe II à la recommandation CM/Rec (2010) 1 du Comité des ministres aux États membres sur les règles du Conseil de l'Europe relatives à la probation, adoptée par le Comité des ministres le 20 janvier 2010 (la recommandation utilise le terme « désistement »).

39. Dans le même sens : K. BEYENS, L. BREULS, L. DE PELECJN, M. ROOSEN et V. SCHEIRS, « Recall to prison in Belgium : back-end sentencing in search of reintegration », *Probation Journal* 2020, 67/1, p. 6-25.

40. Ph. MARY, « Effets sur la détention, effets de la détention », in L. AUBERT (dir.), *La détention préventive : comment sans sortir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 182-184.

manière loyale avec la justice pénale. Cette triple injonction, que j'ai qualifiée dans ma thèse de « soumission active et loyale », aboutit à une responsabilisation de la personne condamnée pour tous les problèmes qu'elle pourrait rencontrer dans la préparation de sa réinsertion et, une fois libérée, dans le déroulement de sa guidance.

Soumission. Les TAP tiennent compte de très nombreux éléments pour prendre leurs décisions, parmi lesquels, le comportement de la personne condamnée et sa capacité réflexive à l'égard de la source de sa délinquance. La personne condamnée va devoir se raconter, se dévoiler, car le travail d'évaluation des risques implique que la personne condamnée livre un récit narratif au SPS. Son comportement, en détention, à l'audience ou en guidance, fera l'objet d'une grande attention : un comportement inadéquat peut conduire au rejet d'une demande de modalité ou à une révocation de modalité. Un travail de prise de conscience est aussi exigé de la personne condamnée. Celle-ci est considérée comme un être moral qui doit être en mesure de réévaluer ses actes, de comprendre l'origine de sa délinquance et de prendre conscience des conséquences de celles-ci à l'égard des victimes.

Activation. Les TAP attendent également de la personne condamnée qu'elle s'active à l'élaboration de son plan de réinsertion, bien qu'en pratique peu, voire rien ne soit mis en place pour aider les personnes condamnées à cet effet. Les personnes condamnées devront l'élaborer par elles-mêmes (ce qui suppose qu'elles disposent de permissions de sortie ou de congés pénitentiaires) et/ou avec l'aide de leurs proches à l'extérieur, et/ou en sollicitant dans la mesure du possible l'aide des services qui interviennent en prison, bien que l'offre de ces services soit limitée (si pas absente dans certaines prisons). Cette injonction à l'activation (contradictoire vu que l'institution carcérale réduit l'autonomie des détenu-es⁴¹) se traduit en pratique par le fait que les TAP ne travaillent qu'avec les condamné-es qui sont motivé-es : « aide-toi et le TAP t'aidera ». Le plan de réinsertion représente alors moins un outil de réalisation de soi, d'autonomisation, qu'un obstacle à la sortie pour les personnes condamnées qui ne disposent pas des ressources nécessaires pour trouver, depuis la prison, un logement, un emploi et les suivis pour leurs problématiques. La personne condamnée est contrainte d'élaborer le « projet de vie sans déviance » qu'on lui impose pour espérer sortir. La réinsertion n'est alors pas tant une finalité en soi que la condition pour obtenir une modalité. Activation et responsabilisation sont étroitement liées : pour chaque problème rencontré dans son parcours, la personne condamnée sera mise face à sa responsabilité individuelle ; si elle ne parvient pas à rencontrer les exigences posées par les TAP, c'est qu'elle n'a pas fourni les efforts nécessaires. Le résultat est pour le moins paradoxal : on enferme plus longtemps des personnes dans l'objectif qu'elles trouvent les ressources (qu'on ne leur donne pas) pour s'autonomiser. Dans le contexte actuel caractérisé par une pénurie d'aide sociale,

41. V. en ce sens : G. CHANTRAINE, *Par-delà les murs. Expériences et trajectoires en maison d'arrêt*, Paris, PUF, 2004, p. 255.

cela aboutit à discriminer les personnes vulnérables socio-économiquement. En se concentrant sur la responsabilisation des personnes condamnées, les TAP limitent leur lecture de la délinquance et de la sortie de la délinquance à une problématique individuelle, éclipçant de l'analyse les problèmes sociaux structurels. Ce constat interpelle, dès lors que le législateur avait veillé à une composition multidisciplinaire du TAP justement pour que les juges-juristes soient assistés-es de personnes ayant une « connaissance des difficultés sociales, économiques et autres auxquelles les justiciables sont confrontés de manière quotidienne », ainsi qu'une connaissance du réseau social local et des « ressources psycho-médico-sociales sur lesquelles les libérés doivent pouvoir s'appuyer dans le cadre de leur réinsertion »⁴². La question se pose de savoir si le fait que les assesseur-es sont majoritairement issu-es de l'administration pénitentiaire, et non du réseau social associatif, joue un rôle dans cette non – ou très faible – prise en compte par les TAP du contexte socio-économique dans son processus décisionnel.

Loyauté et fiabilité. La personne condamnée doit être digne de confiance⁴³. Cette confiance ne pourra être obtenue que si elle adopte un comportement loyal et transparent envers les acteur-trices de l'exécution des peines. Ces exigences de transparence, de loyauté et de bonne foi font écho au processus global visant à autonomiser et responsabiliser la personne condamnée : elle doit devenir l'actrice principale de sa propre prise en charge⁴⁴. Le critère de la collaboration permet de faire le tri entre les bon-nes et les mauvais-es justiciables, d'identifier ceux-celles qui se montrent loyaux-ales et ceux-celles « ne jouant pas le jeu du tout, (...) ne le jouant pas vraiment ou pas assez »⁴⁵. La loyauté dans la collaboration apparaît avant tout comme une question de confiance : on ne peut travailler qu'avec le-la condamné-e qui est fiable⁴⁶. La non-collaboration avec le SPS peut conduire au rejet d'une demande, tout comme la non-collaboration avec l'assistant-e de justice peut entraîner la révocation de la modalité octroyée lorsque cette non-collaboration traduit une rupture du lien de confiance.

Cette logique disciplinaire implique un système de sanction-récompense, au sein duquel la prison est la sanction et les modalités d'exécution de la peine privative de liberté la récompense. On comprend dès lors que ces modalités

42. Rapport fait au nom de la commission de la justice, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2005-2006, n° 2170/010, p. 54-55.

43. V. dans le même sens, F. MC. NEILL, N. BURNS, S. HALLIDAY, N. HUTTON, C. TATA, « Risk, responsibility and reconfiguration. Penal adaptation and misadaptation », *Punishment & Society* 2009, 11(4), p. 426 et p. 431-432 ; Fr. DE CONINCK *et al.*, *op. cit.*, p. 192-193, v. le point « Adhésion, loyauté, bonne foi ou l'impératif de la collaboration ».

44. *Ibid.*, p. 194.

45. *Ibid.*, p. 177.

46. Dans le même sens, v. D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, Namur, PUN, 2009, p. 129 : « De nombreuses mesures assorties de conditions consenties par le justiciable semblent utilisées aujourd'hui pour éprouver la fiabilité de ce dernier dont on a d'abord évalué le faible "danger" ».

continuent à s'inscrire dans le registre des faveurs plutôt que dans celui de droits subjectifs – ce constat étant d'ailleurs posé pour l'ensemble des alternatives à la prison⁴⁷. Les modalités ne sont octroyées qu'aux condamné-es qui auront été en mesure de prouver qu'ils-elles les méritent au vu de leur bon comportement et de leurs efforts et qui sont en mesure de concrétiser un plan de réinsertion sociale. Il n'y a pas de *droit* subjectif à obtenir une modalité pour se réinsérer, il y a un *devoir* de se réinsérer pour *mériter* sa sortie. Cette réinsertion, elle doit être prouvée aux juges, la charge de cette preuve reposant sur la personne condamnée – on parle à juste titre de « probation » : il s'agit, constamment, d'être mis à l'épreuve et de faire ses preuves.

CONCLUSION

À LA FRONTIÈRE ENTRE PRISON ET SOCIÉTÉ LIBRE : QUELS TRIBUNAUX ET QUEL DROIT DE L'APPLICATION DES PEINES ?

Lorsque la libération conditionnelle a été introduite dans le système pénal belge en 1888, il s'agissait d'une faveur octroyée aux personnes condamnées qui la méritaient. Un tri sélectif était opéré entre les bon-nes condamné-es et les irrécupérables. Le principe était celui de la sélection positive : ne sortent que ceux-celles qui sont choisi-e-s parce qu'ils-elles ont pu apporter la preuve de leur amendement. En adoptant les lois pénitentiaires de 2005 et 2006, le législateur a voulu faire des modalités des droits subjectifs accordés aux personnes condamnées à l'issue d'une procédure contradictoire devant un-e juge, qui appliquerait le principe de la sélection négative. Celle-ci signifie que la modalité doit être accordée par principe, sauf si des contre-indications peuvent être retenues. Cela s'est traduit par l'idée que les congés pénitentiaires et la libération conditionnelle doivent faire partie du « trajet standard » que doivent suivre les personnes condamnées. En résumé, la volonté était de remplacer un système de faveurs accordées par l'administration pénitentiaire par un système de droits garantis par des juges. Il s'agissait, finalement, de faire entrer le droit, et son gardien, le pouvoir judiciaire, en prison.

Dix ans après la promulgation des lois pénitentiaires, j'ai mené une recherche empirique visant à m'interroger sur l'entrée du-de la juge dans le champ

47. La persistance du discours de faveur n'est pas spécifique à la matière pénitentiaire, mais est commune à l'ensemble des alternatives à la prison : qu'il s'agisse de la libération en alternative à la délivrance d'un mandat d'arrêt ou des peines alternatives à la peine privative de liberté (v. D. KAMINSKI, *op. cit.*, p. 97). Ceci illustre le fait que la justice pénale continue, dans une vision rétributive, à penser la peine de prison comme la seule véritable « peine », la seule qui semble pouvoir infliger des « souffrances », tandis que la « probation » relèverait du privilège.

pénitentiaire et sur le statut de droit subjectif des modalités d'exécution de la peine, et ce en analysant le processus décisionnel des TAP, d'une part, et leurs critères décisionnels, d'autre part.

À l'égard du *processus décisionnel* des TAP, la recherche a mis en évidence que la judiciarisation reste limitée en pratique, parce que l'administration pénitentiaire conserve un rôle important dans le processus décisionnel. Il a aussi été montré que la justice de l'exécution des peines se déploie de manière informelle et consensuelle, ce qui affaiblit le rituel judiciaire et les garanties juridiques qui l'accompagne.

En ce qui concerne les *critères décisionnels* des TAP, la recherche a mis en lumière que le pouvoir d'inclure ou d'exclure une personne condamnée de la vie dans la société libre est utilisé à la fois comme outil de gestion du risque de récidive (paradigme post-disciplinaire) et comme outil de discipline et d'activation des personnes condamnées (paradigme disciplinaire). Cette logique disciplinaire aboutit à ce que les modalités d'exécution de la peine restent confinées dans un statut de « faveur », de récompense pour les condamné-es qui ont pu faire leur preuve et méritent de purger leur peine dans la communauté plutôt qu'en prison. Les modalités sont donc instrumentalisées dans une optique post-disciplinaire et disciplinaire, plutôt qu'elles ne viennent consacrer un droit à la réinsertion.

Ces logiques disciplinaires et post-disciplinaires qui guident la jurisprudence des TAP aboutissent à ce que trois grands groupes de personnes condamnées restent exclus du processus de sortie anticipée et encadrée : celles qui sont socio-économiquement vulnérables, celles qui sont considérées comme présentant un risque de récidive trop élevé et celles qui se démotivent. Paradoxalement, ce sont probablement ces personnes condamnées qui auraient le plus besoin du contrôle et du soutien que peut offrir le dispositif conditionnel. Pour le *premier groupe*, les possibilités de sortie anticipée sont largement exclues en raison de l'illusion méritocratique sur laquelle repose le processus décisionnel. Ce processus présuppose que chaque individu soit en mesure de s'activer pour avoir accès au logement, à l'emploi et à l'aide sociale alors que c'est généralement la difficulté ou le défaut d'accès à ces ressources qui a conduit ces personnes en prison. Pour le *second groupe* des condamné-es « à risque », le plan de réinsertion et le dispositif conditionnel ne semblent pas suffisants pour endiguer le risque de récidive. Ceci peut parfois s'expliquer par une insuffisance de structures permettant d'assurer une prise en charge des besoins criminogènes de ces condamné-es, notamment les délinquant-es sexuel-les. Mais le maintien en prison de ces personnes s'explique aussi par le manque d'étude en matière de récidive, qui peut conduire les juges à voir leur prise de décision comme un véritable « pari ». Une autre donnée pouvant jouer est celle de la responsabilité des juges lorsqu'ils-elles libèrent. Cette question reste à explorer, certainement dans une matière où les décisions prises dans les dossiers médiatiques ou dans les cas où la personne condamnée a récidivé se retrouvent systématiquement sous les feux des projecteurs. Si l'échec de la prison et la responsabilité des juges qui prononcent des peines privatives

de liberté restent peu interrogés lorsqu'une personne condamnée récidive après avoir purgé l'entièreté de sa peine en prison, le prétendu « laxisme » des TAP et les failles du contrôle des condamné-es en guidance sont eux pointés du doigt lorsqu'une personne récidive après avoir été libérée par le TAP. Le *troisième groupe* des personnes condamnées comprend toutes celles qui se démotivent en raison des exigences des TAP et du processus décisionnel, qui est long et lent dès lors qu'il implique l'intervention de multiples acteur-trices dans la chaîne décisionnelle. En conséquence, il n'est pas rare que les personnes condamnées soient confrontées à de nombreuses audiences de remises et décisions de rejets, ce qui génère des expériences négatives telles que la frustration, la déception, le stress, ... et, au bout du compte, le « choix » d'aller à fond de peine.

Si le tableau dressé ici en matière de réinsertion des personnes condamnées peut paraître sombre, il doit toutefois être nuancé au vu des constats suivants. *En premier lieu*, la recherche a mis en évidence que certains TAP adoptent une jurisprudence plus souple sur certaines exigences, en vue de favoriser la réinsertion. *En second lieu*, il ressort des observations que, si les exigences des TAP sont élevées en ce qui concerne l'octroi d'une modalité, leur jurisprudence est plus souple et individualisée lorsqu'ils doivent statuer sur la révocation d'une modalité. *En troisième lieu*, si le droit est une ressource peu mobilisée dans cette matière éminemment factuelle, les juges y recourent néanmoins à diverses occasions afin de défendre les droits des personnes condamnées. C'est ainsi que la majorité des juges ne prennent pas en compte les affaires pénales en cours à l'occasion de leur prise de décision, en faisant expressément référence à la présomption d'innocence. Bien que cela ne ressorte pas de mon observation, mais de la doctrine et de la jurisprudence publiée et étudiée dans le cadre de ma recherche, il convient également de relever le rôle joué par les TAP pour obtenir de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation des décisions favorables aux personnes condamnées. *En quatrième lieu* enfin, au vu de la médiatisation de la matière, on aurait pu penser de prime abord que les dossiers particulièrement médiatiques feraient l'objet d'un blocage devant les TAP. Or la médiatisation des dossiers, bien qu'elle appelle généralement des décisions prudentes, n'est pas un obstacle à l'octroi de modalités. Elle peut même conduire à des décisions audacieuses, comme on a pu le voir dans certains dossiers très médiatisés en Belgique, comme celui de Michelle Martin ou, plus récemment, de Michel Lelièvre, tous deux liés à l'affaire Dutroux⁴⁸. Ces considérations permettent de penser que, si

48. L'affaire Dutroux fait référence à une affaire criminelle belge au retentissement mondial. L'auteur principal des faits, Marc Dutroux, a été condamné pour avoir enlevé, séquestré et violé des fillettes et jeunes filles, et pour le meurtre de certaines d'entre elles, alors qu'il avait bénéficié d'une libération conditionnelle. Sa compagne, Michelle Martin, et son complice, Michel Lelièvre, ont également été reconnus coupables de certains faits et condamnés. Cette affaire a mis à jour différents dysfonctionnements au sein de la police et du système judiciaire, et a conduit à une grande mobilisation citoyenne : la « marche blanche » du 20 octobre 1996, rassemblant environ 350 000 personnes. Cette

le risque de récidive a certes un poids prépondérant dans la jurisprudence des TAP, les juges ont également la volonté d'encourager la réinsertion des personnes condamnées et la protection de leurs droits, et disposent d'un cadre légal souple qui le leur permet, ce qui est porteur d'espoir.

En résumé, quels tribunaux et quel droit de l'application des peines trouve-t-on à la frontière entre la prison et la vie dans la communauté ? L'époque où les modalités d'exécution de la peine privative de liberté étaient des pures faveurs accordées de manière arbitraire par le pouvoir exécutif sans qu'aucun recours ne soit prévu pour les personnes condamnées est certes révolue. Celle d'une judiciarisation complète de l'exécution des peines, qui ne confierait pas un rôle important à l'administration pénitentiaire dans le processus décisionnel, et d'une consécration des modalités d'exécution de la peine comme droits subjectifs découlant du droit à l'intégration sociale, n'est pas encore avenue. Dans cet entre-deux, les personnes condamnées bénéficient certes, pour les modalités tombant dans la compétence des TAP, de garanties juridiques et d'une procédure contradictoire au cours de laquelle elles peuvent se faire entendre, mais leur accès à la sortie anticipée de prison reste en pratique un véritable parcours d'obstacles, que nombre d'entre elles ne sont pas en mesure de franchir.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- J. BASTARD, *Le travail de la décision. Les processus de l'application des peines en Belgique francophone*, thèse de doctorat présentée à l'Université de Liège en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences politiques et sociales, sous la direction de Christophe Dubois, 2017, disponible en ligne : <https://orbi.uliege.be/handle/2268/206931>.
- K. BEYENS, L. BREULS, L. DE PELECIJN, M. ROOSEN et V. SCHEIRS, « Recall to prison in Belgium : back-end sentencing in search of reintegration », *Probation Journal* 2020, vol. 67/1, p. 6-25.
- F. BRION, « Chronique de criminologie. Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle », *Rev. dr. pén. crim.* 2001, p. 409-433.
- Y. CARTUYVELS, « Politiques pénales et gouvernementalité par le risque : vers une culture post-disciplinaire ? », in Y. CARTUYVELS (dir.), *Les ambivalences du*

marche a poussé le pouvoir politique à entamer différentes réformes, parmi lesquelles on compte notamment la réforme des polices, la réforme de la procédure pénale, la création des maisons de justice, des services psychosociaux, et la réforme de la libération conditionnelle. Michelle Martin, ex-femme et complice de Dutroux, s'est vu octroyer la libération conditionnelle en août 2012 et Michel Lelièvre en septembre 2019. Ces deux libérations ont défrayé la chronique et suscité un grand émoi public. La libération de Michelle Martin a par ailleurs conduit à une réforme du régime légal de la libération conditionnelle, ayant abouti à durcir les conditions d'accès à celle-ci.

- risque. Regards croisés en sciences sociales*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2008, p. 149-185.
- Y. CARTUYVELS, « Chapitre 4. Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ? », in F. CANTELLI et J.-L. GÉNARD (coord.), *Action publique et subjectivité*, Paris, LGDJ, 2007, n° 46, p. 87-101.
- G. CHANTRAINE, *Par-delà les murs. Expériences et trajectoires en maison d'arrêt*, Paris, PUF, 2004.
- Fr. DE CONINCK, Y. CARTUYVELS, A. FRANSSSEN, D. KAMINSKI, Ph. MARY, A. RÉA, L. VAN CAMPENHOUDT, *Aux frontières de la justice, aux marges de la société. Une analyse en groupes d'acteurs et de chercheurs*, Gand, Academia Press, 2005.
- C. DUBOIS, « L'étau et le réseau. Recompositions des contextes de travail des équipes de direction pénitentiaire », *Justice et Sécurité* 2016, p. 1-15.
- A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 1997.
- K. HANNAH-MOFFAT, « Criminogenic need and the transformative risk subject: the hybridizations of risk/need in penalty », *Punishment and Society* 2005, p. 29-51.
- D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, Namur, PUN, 2009.
- G. KELLENS, « Entre l'État et les communautés : le monde pénitentiaire hors les murs », *J.T.* 1988, p. 369-371.
- Ph. MARY, « Effets sur la détention, effets de la détention », in L. AUBERT (dir.), *La détention préventive : comment sans sortir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 181-196.
- F. MC NEILL, N. BURNS, S. HALLIDAY, N. HUTTON, C. TATA, « Risk, responsibility and reconfiguration. Penal adaptation and misadaptation », *Punishment & Society* 2009, 11(4), p. 419-442.
- O. NEDERLANDT, « La légalité en matière pénitentiaire : une illusion ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 141-177.
- O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit de l'exécution des peines privatives de liberté*, thèse présentée en vue de l'obtention du grade académique de docteur en sciences juridiques, sous la dir. de Y. Cartuyvels et C. Guillaïn, Université Saint-Louis – Bruxelles, 2020, inédit, 862 pages.
- 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, p. 127-247.

- P. O'MALLEY, « Volatile and contradictory punishment », *Theoretical Criminology* 1999, 3(2), p. 175-196.
- S. REISSE, B. VAN BOVEN et A. VAUTHIER, « Chronique de criminologie – Désistance et maisons de justice : construction d'un modèle par et pour l'administration », *Rev. dr. pén. crim.* 2019, p. 1216-1236.
- G. ROBINSON, « Late-modern rehabilitation. The evolution of a penal strategy », *Punishment & Society* 2008, 10(4), p. 429-445.
- V. SCHEIRS, *De strafuitvoeringsrechtbank aan het werk*, Anvers, Maklu, 2014.
- V. SCHEIRS, « Doing reintegration? The quest for reintegration in Belgian sentence implementation », *European Journal of Probation* 2016, 8(2), p. 82-101.
- S. SNACKEN, « Tien jaar basiswet – “Back to Basics” », in T. DAEMS *et. al.* (red.), *Quo vadis ? Tien jaar basiswet gevangeniswezen en rechtspositie van gedetineerden*, Anvers, Maklu, 2015, p. 179-203.
- M. VAN DE KERCHOVE et FR. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988.