

Jurisprudence

Cour constitutionnelle,

28 janvier 2015

n° 10/2015

(extraits)

Président : M. J. Spreutels, président

Rapporteurs : MM. R. Leysen et Th. Giet, juges

Pl. : M^e F. Gosselin (du barreau de Bruxelles)

PROCÉDURE PÉNALE – tribunal de l'application des peines – condamnés à une peine privative de liberté de trente ans ou à une peine privative de liberté à perpétuité, assortie d'une mise à disposition du tribunal de l'application des peines – 1. composition élargie de la chambre du tribunal de l'application des peines – 2. règle de l'unanimité – 3. absence de régime transitoire pour les condamnés dont la condamnation est passée en force de chose jugée avant l'entrée en vigueur de la loi.

Les articles 2, 3 et 16 de la loi du 17 mars 2013 modifiant le Code judiciaire et 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 de la peine, en ce qu'ils prévoient respectivement que, pour les seuls condamnés à une peine privative de liberté de trente ans ou à une peine privative de liberté à perpétuité, assortie d'une mise à disposition du tribunal de l'application des peines, la décision d'accorder une modalité d'exécution de la peine est prise, dans ce cas, par une chambre du tribunal de l'application des peines composée de cinq membres – et non de trois –, lesquels statuent à l'unanimité – et non à la majorité – des voix et en ce que ces mesures s'appliquent indifféremment aux condamnés précités, que leur condamnation soit antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2013, ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec, selon le cas, les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, et avec le principe de non-rétroactivité.

ARRÊT

En cause : les questions préjudicielles concernant les articles 2, 3 et 16 de la loi du 17 mars 2013 « modifiant le Code judiciaire et 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 de la peine », posées par le Tribunal de l'application des peines de Bruxelles.



(...)

- B -

B.1. La Cour est interrogée au sujet des articles 2, 3 et 16 de la loi du 17 mars 2013 « modifiant le Code judiciaire et 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 de la peine », lesquels disposent :

« Art. 2. L'article 78 du Code judiciaire, modifié en dernier lieu par la loi du 3 décembre 2006, est complété par un alinéa rédigé comme suit :

'Les chambres du tribunal de l'application des peines visées à l'article 92bis sont composées d'un juge au tribunal de l'application des peines, qui préside, de deux juges au tribunal correctionnel et de deux assesseurs en application des peines, l'un spécialisé en matière pénitentiaire et l'autre spécialisé en réinsertion sociale.' ».

« Art. 3. Dans le même Code, il est inséré un article 92bis rédigé comme suit :

'Art. 92bis. En matière d'application des peines, les affaires relatives aux condamnations à une peine privative de liberté de trente ans ou à une peine privative de liberté à perpétuité, assortie d'une mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, conformément aux articles 34ter ou 34quater du Code pénal, sont attribuées à des chambres composées conformément à l'article 78, alinéa 6.' ».

« Art. 16. L'article 54 de la même loi, modifié par la loi du 27 décembre 2006, dont le texte actuel formera le § 1^{er}, est complété par un § 2, rédigé comme suit :

'§ 2. Si l'affaire concerne une condamnation à une peine privative de liberté de trente ans ou à une peine privative de liberté à perpétuité, assortie d'une mise à disposition du tribunal de l'application des peines conformément aux articles 34ter ou 34quater du Code pénal, le tribunal de l'application des peines rend sa décision dans les quatorze jours de la mise en délibéré. Si le tribunal de l'application des peines prend la décision d'accorder une modalité d'exécution de la peine, la décision est prise à l'unanimité.

Si le tribunal de l'application des peines n'accorde pas la modalité d'exécution de la peine sollicitée, il indique dans son jugement la date à laquelle le condamné peut introduire une nouvelle demande.

Ce délai est de six mois au moins et de dix-huit mois au plus à compter du jugement.' ».

L'article 21 de la même loi du 17 mars 2013 dispose :

« Art. 21. Les articles 4, 6 et 18 s'appliquent aux condamnations qui sont passées en force de chose jugée après l'entrée en vigueur de la présente loi.



Les articles 25, § 2, c), 26, § 2, c) et 71, alinéa 3 et alinéa 4 de 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, tels qu'ils étaient rédigés avant l'entrée en vigueur de la présente loi, restent en vigueur à titre transitoire pour les condamnations qui sont passées en force de chose jugée avant cette entrée en vigueur ».

B.2. La Cour est interrogée sur la compatibilité des articles 2, 3 et 16 précités avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec, selon le cas, les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, et avec le principe de non-rétroactivité, en ce que, d'une part, pour les seuls condamnés à une peine privative de liberté de trente ans ou à une peine privative de liberté à perpétuité, assortie d'une mise à disposition du tribunal de l'application des peines, la décision d'accorder une modalité d'exécution de la peine est prise, dans ce cas, par une chambre du tribunal de l'application des peines composée de cinq membres – et non de trois –, lesquels statuent à l'unanimité – et non à la majorité – des voix (première question préjudicielle) et en ce que, d'autre part, ces mesures s'appliquent indifféremment aux condamnés précités, que leur condamnation soit antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2013 (seconde question préjudicielle).

Quant à la composition élargie de la chambre du tribunal de l'application des peines et à la règle de l'unanimité

B.3. L'objectif poursuivi par le législateur en adoptant les dispositions en cause a été indiqué comme suit lors des travaux préparatoires :

« Le projet de loi à l'examen vise donc une meilleure différenciation entre la fixation de la peine et l'exécution de la peine et ce, en vue d'instaurer un traitement plus sévère, et partant plus acceptable pour la société, de certaines catégories de condamnés » (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1953/3, p. 3).

« [Le] processus décisionnel sera renforcé pour les condamnés aux peines les plus lourdes, à savoir les personnes condamnées à 30 ans de réclusion ou à perpétuité et mises à disposition.

Les juges devront prendre une décision sur laquelle ils marquent tous leur accord. La décision doit donc être prise à l'unanimité. Actuellement, une majorité simple suffit.

De plus, 2 juges du fond viendront compléter le TAP [tribunal d'application des peines] lorsque celui-ci doit examiner le cas d'une personne condamnée à 30 ans de réclusion ou à perpétuité et mise à disposition. Il s'agit de 2 juges correctionnels, qui se prononcent quotidiennement sur la fixation des peines et qui sont donc bien familiarisés avec la problématique. Ils assisteront le juge de l'application des peines et les 2 juges non professionnels (assesseurs spécialisés en matière pénitentiaire et en réinsertion).

Les dispositions en projet visant à rendre plus stricte la procédure sont toutes de nature procédurale et, par conséquent, s'appliquent immédiatement. Dès lors, elles pourront s'appliquer aux personnes qui ont déjà été condamnées.

Le ministre souligne que le durcissement de la modalité d'exécution de la peine dont il est question se limite à la catégorie réduite des délinquants les plus dangereux contre lesquels la société doit être protégée davantage » (*Doc. parl.*, Chambre., 2012-2013, DOC 53-2603/004, p. 8).

Il a également été précisé :

« Pour ce qui est de l'extension des effectifs du tribunal de l'application des peines de trois à cinq juges, la ministre souligne que les deux juges qui sont ajoutés sont des juges correctionnels experts en fixation de la peine. Il n'est donc nullement question d'une quelconque motion de méfiance ; il s'agit seulement de renforcer l'expertise des tribunaux de l'application des peines pour les condamnés aux peines les plus lourdes. Il est donc logique que l'unanimité soit requise pour ces condamnés. Il est vrai que le projet initial exigeait que des avis conformes soient rendus par le ministère public et le directeur de la prison. Mais à la suite de l'avis du Conseil d'État, le choix s'est porté sur un élargissement du tribunal de l'application des peines » (*Doc. parl.*, Sénat, précité, p. 33).

Il découle de ce qui précède que le législateur entendait, par l'adoption des mesures en cause, renforcer les modalités d'exécution des peines les plus lourdes pour la catégorie des délinquants les plus dangereux, à l'égard desquels la société doit être particulièrement protégée.

B.4. La différence de traitement entre certaines catégories de personnes qui découle de l'application de règles procédurales différentes dans des circonstances différentes n'est pas discriminatoire en soi. Il ne pourrait être question de discrimination que si la différence de traitement qui découle de l'application de ces règles de procédure entraînait une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

B.5.1. Le critère de différenciation retenu par les mesures en cause, tiré de l'importance de la condamnation – réclusion de 30 ans ou à perpétuité, assortie d'une mise à disposition du tribunal – constitue un critère objectif.

B.5.2. Par ailleurs, ces mesures apparaissent pertinentes au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, consistant à mieux protéger la société à l'égard des risques que peut présenter pour elle l'octroi de modalités d'exécution des peines précitées, prononcées à l'égard des délinquants les plus dangereux.

En particulier, il apparaît pertinent au regard de cet objectif que, pour de telles peines, le législateur ait, d'une part, entendu renforcer l'expertise du siège appelé



à connaître des demandes de modalités d'exécution de la peine (*Doc. parl.*, Sénat, précité, pp. 5 et 33) – en complétant le siège de deux magistrats professionnels – et, que, d'autre part, dans la même logique, il ait voulu prévenir le risque que, s'il était fait application des règles de droit commun, le magistrat professionnel puisse être mis en minorité par les deux assesseurs (*Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, DOC 53-2603/001, pp. 14-15).

Il y a lieu toutefois de vérifier si ces mesures n'entraînent pas une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

B.5.3. Les mesures en cause, si elles ont renforcé la procédure de décision concernant l'examen des demandes d'octroi d'une modalité d'exécution de la peine, n'ont pas rendu impossible l'octroi même d'une telle modalité ni modifié les conditions de fond de cet octroi.

B.5.4. La différence de traitement visée par la première question préjudicielle n'est dès lors pas sans justification raisonnable.

B.6. La combinaison des articles 10 et 11 de la Constitution avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne conduit pas à une autre conclusion.

B.7. La première question préjudicielle appelle une réponse négative.

Quant à l'application dans le temps des articles 2, 3 et 16 de la loi du 17 mars 2013

B.8. Par la seconde question préjudicielle, la Cour est interrogée sur la compatibilité des mesures en cause avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec le principe de non-rétroactivité, en ce que ces mesures s'appliquent indifféremment aux condamnés concernés, que leur condamnation soit antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2013.

L'article 21 de la loi du 17 mars 2013 n'inclut en effet pas ses articles 2, 3 et 16 parmi les dispositions dont l'application est limitée aux condamnations passées en force de chose jugée après l'entrée en vigueur de cette loi. La Cour est interrogée sur la compatibilité, avec les normes et principe précités, de l'absence de régime transitoire pour les condamnés dont la condamnation est passée en force de chose jugée avant l'entrée en vigueur de cette loi.

B.9. Si le législateur estime qu'un changement de politique s'impose, il peut décider de lui donner un effet immédiat et il n'est pas tenu, en principe, de prévoir un régime transitoire. Les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont violés que si le régime transitoire ou l'absence d'un tel régime entraîne une différence de trai-



tement non susceptible de justification raisonnable ou s'il est porté une atteinte excessive au principe de la confiance légitime. Tel est le cas lorsqu'il est porté atteinte aux attentes légitimes d'une catégorie déterminée de justiciables sans qu'un motif impérieux d'intérêt général puisse justifier l'absence d'un régime transitoire établi à leur profit.

B.10. Comme il a été dit en B.3, le législateur entendait, par l'adoption des mesures en cause, renforcer l'octroi des modalités d'exécution des peines les plus lourdes pour la catégorie des délinquants les plus dangereux, à l'égard desquels la société doit être particulièrement protégée.

Le champ d'application dans le temps de la loi en cause a été commenté comme suit dans l'exposé des motifs :

« À l'exception des articles 4, 6 et 14 du projet, ce dernier article ayant été ajouté suite à l'avis du Conseil d'État, tous les articles du présent projet portent sur des règles de procédure qui seront immédiatement d'application. Les articles 4, 6 en revanche, augmentent sensiblement pour certaines catégories de condamnations le seuil d'admissibilité pour l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine. Étant donné qu'il s'agit d'un alourdissement important pour la situation de détention et les conditions pour le condamné, le gouvernement a décidé que les nouvelles conditions de temps ne seront applicables qu'aux condamnations qui ont force de chose jugée après l'entrée en vigueur de la présente loi » (*Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, DOC 53-2603/001, p. 16).

Il a également été précisé lors des travaux préparatoires, s'agissant des articles 2, 3 et 16 en cause :

« Le procès devant le tribunal de l'application des peines est une procédure. [...] En conséquence, les procédures s'appliqueront immédiatement après l'entrée en vigueur de la loi, donc également aux personnes déjà condamnées » (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1953/3, p. 5).

« Cette réforme ne concerne que l'exécution des peines et s'applique immédiatement, y compris aux personnes condamnées sous l'empire de la loi ancienne. Il n'est apporté aucune modification à la peine prononcée par la juridiction de fond compétente » (*Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, DOC 53-2603/004, p. 20).

B.11. L'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

« Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

La Cour européenne des droits de l'homme a jugé :

« [...] dans leur jurisprudence, la Commission comme la Cour ont établi une distinction entre une mesure constituant en substance une 'peine' et une mesure relative à l' 'exécution' ou à l' 'application' de la 'peine'. En conséquence, lorsque la nature et le but d'une mesure concernent la remise d'une peine ou un changement dans le système de libération conditionnelle, cette mesure ne fait pas partie intégrante de la 'peine' au sens de l'article 7 (voir, entre autres, *Hogben*, décision précitée, *Hosein c. Royaume-Uni*, n° 26293/95, décision de la Commission du 28 février 1996, non publiée, *Grava*, précité, § 51, et *Uttley*, décision précitée) » (Cour eur D.H., grande chambre, 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, § 142).

La Cour européenne des droits de l'homme a également jugé :

« 89. Au vu de ce qui précède, la Cour n'exclut pas que des mesures prises par le législateur, des autorités administratives ou des juridictions après le prononcé d'une peine définitive ou pendant l'exécution de celle-ci puissent conduire à une redéfinition ou à une modification de la portée de la 'peine' infligée par le juge qui l'a prononcée. En pareil cas, la Cour estime que les mesures en question doivent tomber sous le coup de l'interdiction de la rétroactivité des peines consacrée par l'article 7, § 1 *in fine* de la Convention. S'il en allait différemment, les États seraient libres d'adopter – par exemple en modifiant la loi ou en réinterprétant des règles établies – des mesures qui redéfiniraient rétroactivement et au détriment du condamné la portée de la peine infligée, alors même que celui-ci ne pouvait le prévoir au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine. Dans de telles conditions, l'article 7, § 1, se verrait privé d'effet utile pour les condamnés dont la portée de la peine aurait été modifiée *a posteriori*, et à leur détriment. La Cour précise que pareilles modifications doivent être distinguées de celles qui peuvent être apportées aux modalités d'exécution de la peine, lesquelles ne relèvent pas du champ d'application de l'article 7, § 1 *in fine*.

90. Pour se prononcer sur la question de savoir si une mesure prise pendant l'exécution d'une peine porte uniquement sur les modalités d'exécution de celle-ci ou en affecte au contraire la portée, la Cour doit rechercher au cas par cas ce que la 'peine' infligée impliquait réellement en droit interne à l'époque considérée ou, en d'autres termes, quelle en était la nature intrinsèque. Ce faisant, elle doit notamment avoir égard au droit interne dans son ensemble et à la manière dont il était appliqué à cette époque (*Kafkaris*, précité, § 145) » (Cour eur. D.H., grande chambre, 21 octobre 2013, *Del Río Prada c. Espagne*).

B.12. La Cour doit dès lors examiner si les mesures en cause, consistant, pour les demandes de modalités d'exécution des peines concernées, à élargir la composition de la chambre du tribunal de l'application des peines et à imposer la règle de l'unanimité – y compris pour les condamnés qui l'ont été avant l'entrée en



vigueur de la loi du 17 mars 2013 -, constituent en substance une 'peine' ou bien si de telles mesures relèvent exclusivement de l' 'exécution' ou de l' 'application' de la peine.

B.13.1. Lors de la détermination du champ d'application dans le temps des mesures qu'il adoptait, le législateur a examiné si ces mesures nouvelles constituaient ou non des 'peines'.

Les travaux préparatoires indiquent :

« À l'exception des articles 3 et 5 (désormais 4 et 6), tous les articles du présent projet portent sur des règles de procédure qui seront immédiatement d'application. Les articles 3 et 5, en revanche, augmentent sensiblement pour certaines catégories de condamnation le seuil d'admissibilité pour l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine. Étant donné qu'il s'agit d'un alourdissement important pour la situation de détention et les conditions pour le condamné, le gouvernement a décidé que les nouvelles conditions de temps ne seront applicables qu'aux condamnations qui seront prononcées après l'entrée en vigueur de la présente loi » (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1953/3, p. 38).

B.13.2. Ni la composition élargie de la chambre du tribunal de l'application des peines appelée à connaître des demandes de modalités d'exécution de la peine concernées, ni la règle de l'unanimité n'impliquent une modification des condamnations prononcées ou des conditions de fond de l'octroi des modalités d'exécution de la peine telles qu'elles existaient au moment des faits ou des condamnations.

Par ailleurs, par son arrêt précité *Kafkaris* qui concernait une affaire dans laquelle, du fait de modifications apportées au droit pénitentiaire, le bénéfice de remises de peine avait été, purement et simplement, supprimé pour tous les condamnés à la réclusion à perpétuité, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que :

« [...] cette question se rapporte à l'exécution de la peine et non à la 'peine' imposée à l'intéressé, laquelle demeure celle de l'emprisonnement à vie. Même si le changement apporté à la législation pénitentiaire et aux conditions de libération ont pu rendre l'emprisonnement du requérant en effet plus rigoureux, on ne peut y voir une mesure imposant une 'peine' plus forte que celle infligée par la juridiction de jugement (*Hogben et Hosein*, décisions précitées). La Cour rappelle à ce propos que les questions relatives à l'existence, aux modalités d'exécution ainsi qu'aux justifications d'un régime de libération relèvent du pouvoir qu'ont les États membres de décider de leur politique criminelle (*Achour*, précité, § 44). Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 7 de la Convention à cet égard » (§ 151).

B.13.3. Il résulte de ce qui précède que l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas applicable en l'espèce.



B.14. En ce qu'il est reproché aux articles 2, 3 et 16 en cause de s'appliquer indifféremment, du fait de l'absence d'un régime transitoire, aux condamnés concernés, que leur condamnation soit antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2013, ce traitement identique n'apparaît pas dénué de justification raisonnable, compte tenu de la réponse à la première question préjudicielle.

B.15. La seconde question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,
la Cour
dit pour droit :

Les articles 2, 3 et 16 de la loi du 17 mars 2013 « modifiant le Code judiciaire et 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 de la peine » ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(...)

Note

Une étape dans la neutralisation des « monstres » jugée constitutionnelle¹

L'arrêt commenté a été rendu à la suite de questions préjudicielles posées par le Tribunal de l'application des peines (TAP) de Bruxelles à propos des articles 2, 3 et 16 de la loi du 17 mars 2013² modifiant le Code judiciaire et la loi du 17 mai 2006³.

La loi du 17 mars 2013 modifie le statut juridique des détenus sur les points suivants : le rehaussement des seuils d'admissibilité à la libération conditionnelle et à la libération provisoire en vue de l'éloignement du territoire, la suppression de lancement automatique de la procédure d'octroi de ces mesures, la composition et le fonctionnement du TAP lorsqu'il traite de ces mesures et l'allongement du délai d'épreuve à la libération conditionnelle⁴.

- 1 Nous tenons à remercier les Professeurs I. HACHEZ et M. EL BERHOUMI pour leurs remarques et critiques pertinentes qui ne nous exonèrent évidemment pas de la responsabilité de ce texte.
- 2 Loi du 17 mars 2013 modifiant le Code judiciaire et 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.*, 19 mars 2013.
- 3 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.
- 4 Curieusement, ni le législateur de 2006 ni celui de 2013 n'ont prévu expressément qu'une libération provisoire en vue de l'éloignement du territoire soit assortie d'un délai d'épreuve. Cette distraction serait-elle liée au fait que le condamné étranger ne soit plus sur le territoire belge ? Réinsérer ou simplement éloigner.

La première question préjudicielle évoque la composition (élargie de trois à cinq juges) et le processus de décision (de la majorité à l'unanimité) du TAP. Les normes de référence de cette première question sont les articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La seconde question préjudicielle concerne le champ d'application (application immédiate) des dispositions litigieuses. Les normes de référence de cette seconde question sont les articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et le principe de non-rétroactivité de la loi (pénale).

L'analyse de la décision de la Cour constitutionnelle va se faire en quatre temps. Nous présenterons d'abord les mesures contestées devant cette Cour (1). Ensuite, nous aborderons les objectifs du législateur (2). Ceci nous permettra enfin de commenter les réponses données aux deux questions préjudicielles (3 et 4).

1. Mesures contestées

Les mesures contestées concernent la composition du TAP (a) et le fonctionnement de celui-ci (b).

a. La composition élargie : cinq juges plutôt que trois

Pour les condamnés à une peine privative de liberté de trente ans ou à une peine privative de liberté à perpétuité, assortie d'une mise à la disposition du TAP, le siège de cette juridiction passe de trois à cinq juges. Le Conseil des ministres rappelle les arguments justifiant la composition élargie.

Cette composition permet de bénéficier « d'un éclairage complémentaire donné par des magistrats disposant d'une expertise en matière de sanctions et plus particulièrement sur la corrélation entre la nature de la peine prononcée et la nature des faits commis par le condamné »⁵. La mesure ne doit pas s'interpréter comme une « motion de méfiance » vis-à-vis du TAP de l'époque mais cette composition élargie permettra de « renforcer l'expertise » des TAP grâce aux savoirs de deux « experts en fixation de la peine », donc de deux personnes « qui sont (...) bien familiarisées avec la problématique »⁶.

Ce premier argument étonne : en quoi des experts en « fixation de la peine » sont-ils requis au moment où il est question de voir si le plan de réinsertion du

⁵ C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. A.2.2.

⁶ *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2603/4, p. 8 ; *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1953/3, p. 33.

condamné est cohérent et s'il n'y a pas de contre-indications à la libération liées aux perspectives de réinsertion sociale, aux risques de récidive et d'importuner les victimes ? Ce ne sont donc pas des savoirs « juridiques » axés sur la « condamnation »⁷ qui semblent centraux à ce moment. C'est d'ailleurs pour cela qu'à la suite du Rapport Holsters, le législateur de 2006 s'était prononcé en faveur d'une « pluridisciplinarité réfléchie » : l'assesseur spécialisé en matière pénitentiaire et l'assesseur spécialisé en réinsertion sociale ont « une excellente connaissance des difficultés sociales, économiques et autres auxquelles les justiciables sont confrontés de manière quotidienne. Ils connaissent également mieux le réseau social local et les ressources psycho-médico-sociales sur lesquelles les libérés doivent pouvoir s'appuyer dans le cadre de leur réinsertion »⁸. On fait revenir des spécialistes en « rétribution » (la peine est tournée vers le « passé ») à un moment qui mobilise davantage la notion de « réinsertion » (la peine est tournée vers l'« avenir »). On reconnaît de moins en moins la pourtant toute relative autonomie de l'exécution de la peine par rapport à la fixation de la peine (promue par le Rapport Holsters). La question de la « fixation » de la peine (et l'objectif de rétribution qui y est attaché) ne devrait plus guider le raisonnement à ce moment puisque si le TAP est amené à se prononcer, c'est que la partie incompressible de la peine a été purgée en cellule.

Le second argument (fort conservateur) justifiant l'élargissement à cinq juges est que celui-ci n'est aucunement une nouveauté puisqu'il est déjà prévu dans notre droit (à l'article 93 du C. jud.).

Ce second argument peut être retourné contre le « conservatisme » de son auteur, car l'élargissement du siège dont il est question ici concerne non pas un cas « juridiquement » difficile (l'article 93 du C. jud. évoque le renvoi d'une affaire civile après cassation) mais un cas « politiquement » difficile. On peut donc arguer qu'il y a « nouveauté ».

b. Le processus de décision resserré : l'unanimité plutôt que la majorité

Pour les condamnés visés (*cf. supra*), l'octroi de la mesure suppose l'unanimité des membres du TAP. Le Conseil des ministres rappelle les arguments justifiant cette exigence d'unanimité.

Premièrement, cette exigence permet « d'obtenir les garanties maximales que la décision la plus adéquate soit prise »⁹.

7 La « problématique » à laquelle ces deux magistrats du tribunal correctionnel sont « familiarisés » (*cf. supra*) est celle de la condamnation. Voy. D. KAMINSKI, *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Érès, 2015.

8 *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 2170/010, p. 54.

9 C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. A.2.2.

Ce premier argument présuppose que la décision la plus « frileuse » est toujours la plus adéquate. La règle de l'unanimité n'offre pas les garanties maximales qu'une décision la plus adéquate soit prise mais bien que les garanties maximales que la décision de refus soit prise. Pour qui la décision est-elle « adéquate » ? Pas tellement pour le condamné (pour qui l'argument postule que l'exécution de la peine privative de liberté « en cellule » est par principe la meilleure décision) mais plutôt pour le ministre de la Justice qui doit faire face à l'opinion publique.

Deuxièmement, l'unanimité permet également d'éviter que le « juge professionnel puisse être mis en minorité par deux assesseurs »¹⁰.

Le second argument illustre la manière de raisonner par « catégories » (on postule chez quelqu'un un certain nombre de traits en raison de son appartenance à une catégorie). Tout comme il y a des catégories de délinquants plus dangereux que d'autres (*cf. infra*), il y a des catégories de magistrats (ici, les assesseurs), moins doués que d'autres.

Enfin, un dernier argument (à nouveau fort conservateur) justifiant l'unanimité est que celle-ci n'est aucunement une nouveauté puisqu'elle est déjà prévue dans notre droit (à l'article 211*bis* du C.i. cr.).

Ce dernier argument peut (à nouveau) être retourné contre le « conservatisme » de son auteur, car l'unanimité dont il est question ici peut être considérée comme une nouveauté par rapport à l'unanimité prévue à l'article 211*bis* du C.i. cr. En effet, si cette dernière était établie en faveur du justiciable poursuivi (l'unanimité est requise par l'article 211*bis* du C.i. cr. pour aggraver, dans certains cas, sa situation en degré d'appel), elle l'est maintenant en sa défaveur.

2. Objectifs (cachés) du législateur

Le passage devant la Cour constitutionnelle est l'occasion pour le Conseil des ministres de reformuler l'objectif de la réforme de 2013. Le Conseil des ministres rappelle l'objectif général de « protection de la société » et ce « à l'égard de la catégorie réduite des condamnés les plus lourds »¹¹.

Dans les travaux préparatoires, le ton était quelque peu différent. Certes, la « protection de la société »¹² n'était pas absente mais il était surtout question d'augmenter la « sévérité »¹³ vis-à-vis des « auteurs d'infractions particulièrement

¹⁰ C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. A.2.2.

¹¹ C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. A.2.1.

¹² *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2603/1, p. 6.

¹³ *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1953/3, p. 3.

graves »¹⁴ : il s'agissait alors de prévoir « une *différenciation* plus approfondie (...) de l'exécution des peines en vue d'une approche plus stricte et plus acceptée par la société de *certaines catégories* de condamnés »¹⁵.

Le législateur corrèle donc la sévérité d'une part avec la demande de la société et d'autre part avec la protection de la société. Quant à la première corrélation, les résultats du Baromètre de la Justice 2010 peuvent faire l'objet d'une analyse nuancée sur ce point¹⁶. Nous reviendrons sur la seconde corrélation qui fait de la sévérité accrue un gage de la protection de la société (*cf. infra*).

Bref, face à la Cour constitutionnelle, on insiste sur la « protection de la société » tandis que face à l'opinion publique, on met l'accent sur une plus grande « sévérité ».

Ces deux objectifs officiels ne sont sans doute pas les seuls du législateur. Les modifications litigieuses, ne concernant qu'un nombre très limité de condamnés (on parle d'une dizaine de condamnés¹⁷), ne peuvent avoir qu'un faible impact sur les volontés d'augmenter la sévérité et de davantage protéger la société. Ce qui semble important pour le législateur c'est que Monsieur Dutroux fasse partie de ce nombre peu élevé de condamnés¹⁸. Un dernier objectif, plus discret, du législateur serait donc de montrer à (une partie de) l'opinion publique (choquée par la libération de Madame Martin et par la demande de libération conditionnelle de Monsieur Dutroux) sa capacité à réagir en urgence à une affaire particulière (par ce qu'il est convenu d'appeler une « législation de circonstance »).

La Cour constitutionnelle « s'interdit en principe de porter un jugement sur la valeur de l'objectif poursuivi (...) même s'il lui arrive régulièrement de noter que l'objectif est 'légitime' »¹⁹. Dans cet arrêt, la Cour ne souligne nulle part la légitimité de l'objectif. Elle ne digresse pas non plus sur l'articulation entre les deux objectifs officiels, pas plus qu'elle n'évoque l'objectif plus « discret » mais symbolique

14 *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2603/1, p. 5.

15 *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2603/1, p. 5, nous soulignons.

16 Ainsi, ce Baromètre (disponible sur www.csj.be) nous apprend que 36 % des répondants estiment que les « prisonniers doivent pouvoir être libérés plus tôt [que la fin de la peine] et continuer à subir une partie de leur peine sous surveillance, dans la société » (p. 73). Ce taux augmente chez les répondants ayant un diplôme de l'enseignement supérieur. De plus, ce Baromètre nous apprend également que 66 % des répondants sont favorables au bracelet électronique et que ce taux passe à 82 % pour le travail d'intérêt général (p. 75). Ces résultats se confirment dans le Baromètre de la Justice 2014 (disponible sur www.csj.be).

17 C. MULIER et M. GIACOMETTI, « Le durcissement du régime de la libération conditionnelle : une réforme opportune ? », *Ann. dr.*, 2013, vol. 73, n° 2, p. 212.

18 Il était initialement prévu que les modifications légales rentreraient en vigueur le 31 janvier 2013, soit quelques jours avant la comparution (4 février 2013) de Monsieur Dutroux devant le T.A.P. (*Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2603/1, p. 59).

19 B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, sous la direction de M. VERDUSSEN et N. BONBLED, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, p. 589.



du législateur de se montrer capable de réagir rapidement face à une demande de sévérité de l'opinion publique.

Nous pensons que cette attitude fort neutre de la Cour constitutionnelle quant aux objectifs est liée au respect par celle-ci, du principe de la séparation des pouvoirs. Une telle attitude ne devrait donc pas être interprétée comme l'approbation (tacite) de ce qui est, nous tâcherons de le démontrer, un véritable changement de paradigme lié à une « obsession sécuritaire »²⁰. En effet, pour une infime catégorie de « monstres » (puisque'il est question d'une « différenciation plus approfondie (...) de l'exécution des peines », cf. *supra*) la peine privative de liberté apporte la protection de la société non plus par sa fonction de réinsertion sociale, mais par sa fonction de neutralisation²¹.

3. Réponses à la première question préjudicielle

L'analyse d'une décision de la Cour constitutionnelle peut théoriquement se faire en trois temps. Après avoir présenté les objectifs du législateur (cf. *supra*), il convient de voir si le critère de distinction utilisé par ce dernier, dans le cadre du contrôle d'égalité, est objectif et pertinent (a). Enfin, il s'agit de contrôler la pertinence et la proportionnalité des mesures prévues (b).

a. Objectivité et pertinence du critère de distinction

Le critère de distinction retenu par le législateur de 2013 est assurément objectif²². En effet, le *quantum* de la peine est retenu pour distinguer les condamnés visés par les mesures relatives à la composition et au fonctionnement du TAP. L'examen de l'objectivité du critère de distinction ne fait du reste quasi jamais problème devant la Cour constitutionnelle²³. Le Conseil des ministres a pourtant montré à la Cour constitutionnelle que derrière ce critère, le législateur a en tête le vieux fantasme, fort peu objectif, de la « dangerosité ». En effet, les mesures concernent « la catégorie réduite de délinquants les plus *dangereux* »²⁴. C'est certainement involontairement que le Conseil des ministres a pu laisser croire à son adhésion aux théories

20 P. MARTENS, « Des raisons de ne pas désespérer des juges », note sous T.A.P. Bruxelles, 27 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, n° 13, p. 629.

21 La Cour constitutionnelle conclut sur l'objectif du législateur par une formule étrange : « le législateur entendait (...) *renforcer* les modalités d'exécution des peines *les plus lourdes* pour la catégorie des délinquants les plus dangereux » (cons. B.3., nous soulignons). Même si le mot « renforcer » est polysémique, la formule employée ici peut donner l'impression qu'il s'agit d'« augmenter » le nombre des modalités alternatives, ce qui est tout le contraire. Il s'agit en effet de durcir les conditions d'accès aux modalités alternatives.

22 C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. B.5.1.

23 B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 585.

24 C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. A.2.1., nous soulignons ; *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2603/1, p. 4.



criminologiques²⁵ faisant de la réaction sociale à la déviance une des causes de l'entrée dans une carrière déviante : « ces différences de traitement (...) reposent sur un critère objectif, à savoir l'importance de la condamnation du détenu, *et donc* sa dangerosité pour la société »²⁶.

En plus d'être objectif, le critère de distinction doit être pertinent, c'est-à-dire qu'il doit « présente[r] un lien avec l'objet de la mesure ou avec l'objectif poursuivi par celle-ci »²⁷. La pertinence du critère de distinction renvoie à la question du « champ d'application » de la mesure : « lorsque rien ne fait apparaître pourquoi l'objectif poursuivi ne serait pas valable, ou le serait moins, pour la catégorie de personnes exclue de la mesure en cause que pour les catégories auxquelles elle s'applique, la différence de traitement, quoique basée sur un critère objectif, se révèle non pertinente au regard de cet objectif »²⁸.

Le *quantum* de la peine est-il suffisamment pertinent pour justifier à lui seul que la protection de la société soit atteinte, pour les condamnés à 30 ans ou à perpétuité qui sont par ailleurs mis à la disposition du TAP, prioritairement par des mesures neutralisantes tandis que cette même protection de la société soit atteinte pour tous les autres condamnés par des mesures axées sur la réinsertion sociale ? La probabilité de passage à l'acte (la « dangerosité criminologique »), puisque le Conseil des ministres s'aventure sur ce terrain glissant (cf. *supra*), ne s'opérationnalise pas de manière pertinente avec le seul *quantum* de la peine. Une telle évaluation de la « dangerosité criminologique » devrait faire appel à une multitude de critères²⁹, par exemple l'âge au moment de la condamnation, le type de fait, le sexe, le nombre d'antécédents judiciaires, le nombre d'antécédents pénitentiaires, la durée de l'usage de stupéfiants... Les dérives sont immédiates avec une pénalité qui est liée à une dangerosité puisque ce ne sont plus les actes criminels mais une « subjectivité », une personnalité criminelle qui est condamnée³⁰.

En quoi le *quantum* de la peine serait-il pertinent pour déterminer que, comme le prévoit la loi litigieuse, l'éclairage de deux juges supplémentaires ne se justifie que pour certains condamnés et pas pour tous ? En quoi le *quantum* de la peine serait-il pertinent pour affirmer que la prise de décision à l'unanimité ne permet d'« obtenir les garanties maximales que la décision la plus adéquate soit prise »³¹ que pour certains condamnés et pas pour tous ?

25 Voy., H. BECKER, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, New York, The Free Press, 1963 ; E. LEMERT, *Social Pathology. Systematic Approaches to the Study of Sociopathic Behavior*, New Jersey, Prentice Hall, 1951.

26 C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. A.2.1., nous soulignons.

27 B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 585.

28 B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 585 et 586.

29 B. MINE et L. ROBERT, *Recidive na een rechterlijke beslissing. Nationale cijfers op basis van het Centraal Strafregister. La récidive après une décision judiciaire. Des chiffres nationaux sur la base du Casier judiciaire central*, sous la promotion de E. MAES et L. ROBERT, Bruxelles, INCC, 2015.

30 V. VORUZ, « Comment les sociétés 'se débarrassent de leurs vivants' : dangerosité et psychiatrie, la donne contemporaine », *Cultures & Conflicts*, 2014, n° 94/95/96, p. 207.

31 *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2603/1, p. 15.

Nous avons vu que la protection de la société n'était pas le seul objectif du législateur. Celui-ci veut également que les décisions soient plus sévères et par ricochet qu'elles soient mieux acceptées par la société. Le critère du *quantum* des peines peut sembler pertinent si cette sévérité accrue ne doit concerner que les délinquants les plus punis³². Cependant, cette sévérité demandée par la société l'est-elle pour les condamnés déjà les plus punis (critère du *quantum* des peines) ou plutôt en fonction d'autres critères dont par exemple le type de faits commis (e.a. la délinquance sexuelle) ?

b. Pertinence et proportionnalité des mesures

La mesure pertinente est celle dont la mise en œuvre permet de réaliser (ou de concourir à la réalisation de) l'objectif. L'examen de la pertinence est une analyse de l'efficacité de la mesure. Il n'est pas aisé de déterminer l'efficacité réelle d'une mesure, mais pour qu'elle soit considérée comme pertinente, la mesure ne doit pas être manifestement inapte à réaliser l'objectif, sans quoi elle pourrait être qualifiée de déraisonnable³³.

La mesure proportionnée est celle qui n'occasionne pas aux droits ou aux intérêts des personnes concernées un « dommage trop important par rapport au bénéfice, en termes d'objectif poursuivi, qui est escompté de son application »³⁴. Le critère de la proportionnalité est une affaire de balance qui dépend donc de l'importance de l'objectif poursuivi. Cet examen de la proportionnalité est très délicat et reste toujours « imprévisible » et « indéterminé »³⁵ même si le critère de la mesure moins attentatoire (possibilité d'atteindre l'objectif avec des moyens moins attentatoires) peut être utile.

La pertinence des mesures litigieuses pour l'objectif d'accroissement de la sévérité semble atteinte, car il est raisonnable de penser que les alternatives à l'emprisonnement vont être moins fréquemment octroyées aux condamnés visés par les mesures. Il est incontestable de penser qu'il est moins aisé d'obtenir l'unanimité d'un siège à cinq juges que la majorité d'un siège à trois juges.

La pertinence des mesures pour l'objectif de protection de la société est délicate. En effet, si la protection de la société rime avec neutralisation des condamnés, les mesures sont pertinentes à court terme. Par contre, si la protection de la société se conçoit en lien avec la réinsertion sociale, à moyen et long terme, les mesures

32 Pratiquement la neutralisation ne peut être que « sélective », il faut choisir à qui elle doit s'appliquer prioritairement (T. SLINGENEYER, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs de la pénalité », *Champ pénal/ Penal field*, 2007, <https://champpenal.revues.org/2853>).

33 B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 590 et 591.

34 B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 591 et 592.

35 S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL, 2001.



ne sont pas pertinentes. En retardant la libération conditionnelle (et par ricochet les autres modalités d'exécution de la peine privative de liberté), les mesures sont contre-productives puisque des recherches scientifiques ont pu montrer que « plus la part de la peine privative de liberté exécutée en détention est longue, et plus le risque de récidive est important »³⁶. Ainsi une étude française a pu montrer que le risque de « recondamnation » est 1,6 fois plus élevé pour les libérés en fin de peine que pour les libérés conditionnels³⁷. Le contrôle (et l'aide ?) de ces derniers pendant un délai d'épreuve joue à cet égard un rôle déterminant. Dans un registre davantage politique, mais allant dans le même sens que les études scientifiques citées, la Recommandation Rec (2003) 22 du Conseil de l'Europe reconnaît que « la libération conditionnelle est une des mesures les plus efficaces et les plus constructives pour prévenir la récidive et pour favoriser la réinsertion sociale des détenus dans la société ». La Cour constitutionnelle n'aurait-elle pas tout à gagner à mobiliser ces savoirs scientifiques et ces considérations politiques pour se montrer davantage critique dans l'évaluation de la pertinence des mesures critiquées ?

La proportionnalité des mesures pour l'objectif d'accroissement de la sévérité est une question délicate. Les mesures litigieuses sont, à ce point pertinentes (efficaces) qu'elles risquent de ne plus être proportionnées. En effet, le risque est que la libération conditionnelle soit fondamentalement moins octroyée, voire qu'elle ne soit plus demandée en justice par les condamnés, qui préféreront aller à fond de peine. Dans cette balance des droits et intérêts, l'objectif d'aggravation de la sévérité pour satisfaire une partie de l'opinion publique ne devrait pas être survalorisé puisque non seulement cet objectif ne semble que faiblement légitime mais encore potentiellement « sans limites » et donc source de dérives sécuritaires. Il nous semble finalement que dans ce contrôle de proportionnalité, le fait que la privation de droits ne concerne qu'une catégorie très faible de personnes ne devrait pas être pris en compte tant la nature du principe en cause (liberté d'aller et de venir) est fondamental dans un État démocratique.

La proportionnalité des mesures pour l'objectif de protection de la société semble ne se poser qu'à court terme. En effet, nous avons montré (*cf. supra*) qu'à moyen et long terme les mesures ne sont pas pertinentes (et que donc il n'y a pas beaucoup de sens d'interroger leur proportionnalité). Si on accepte l'idée que la protection de la société s'obtient par la neutralisation de certains condamnés (prémisse à laquelle nous n'adhérons pas), les mesures proposées ne semblent pas, c'est en tout cas la position de la Cour constitutionnelle, être disproportionnées. Avec un

36 M.-A. BEERNAERT, « La libération conditionnelle dans la tourmente », *La justice : enjeux et perspectives pour demain*, sous la direction de E. BOYDENS et R. DE BAERDEMAEKER, Limal, Anthémis, p. 55 ; P. TOURNIER, *Inflation carcérale et aménagement des peines*, Paris, La Documentation française, 1995, p. 16 ; C. MULIER et M. GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 221.

37 A. KENSEY et A. BENAOUA, *Les risques de récidive des sortants de prison, une nouvelle évaluation*, Paris, Direction de l'administration pénitentiaire, Cahiers d'études pénitentiaires et criminologiques, n° 36, 2011, p. 7.



peu d'imagination³⁸, cet objectif potentiellement sans limites de la neutralisation pourrait faire des dégâts encore plus inquiétants. Un législateur qui pense que l'opinion publique est un principe de légitimité de son action, a tout intérêt à avancer à petit pas et ce pour pouvoir avancer autant de fois que nécessaire (à chaque fois qu'il pense que l'opinion publique (le) « gronde »), et retarder le plus longtemps possible la sanction inéluctable de la Cour constitutionnelle. Inéluctable, sauf si celle-ci accepte à son tour de se sentir la cible de l'opinion publique.

4. Réponses à la seconde question préjudicielle

Le législateur a choisi de ne pas distinguer entre les condamnations rendues avant et après la date d'entrée en vigueur de la loi. Il a donc décidé une application immédiate des mesures sans prévoir un régime transitoire.

Choisir une application immédiate des mesures (plutôt que d'avoir mis en place un régime transitoire), semble être pertinent lorsqu'il s'agit d'atteindre les objectifs de protection de la société et de renforcement de la sévérité³⁹. On peut néanmoins se demander si cette absence de régime transitoire n'a pas un impact sur la proportionnalité des mesures litigieuses.

Le législateur pouvait-il prévoir que les nouvelles mesures s'appliquent aux personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de la loi sans violer le principe d'égalité et de non-discrimination ? En effet, le TAP, en posant la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, rappelle que ce principe « est considéré comme violé si l'absence de régime transitoire entraîne une différence de traitement dénuée de justification raisonnable ou s'il est porté atteinte excessive au principe de confiance légitime, sans qu'un motif impérieux général puisse justifier l'absence d'un régime transitoire »⁴⁰. Dans le cas d'espèce, le TAP estime que l'objectif du législateur ne constitue pas un tel motif. Rappelons comment le Conseil de l'Europe opérationnalise le principe de confiance légitime en la matière : « *Au commencement de l'exécution de leur peine*, les détenus devraient connaître le moment où la libération conditionnelle pourra leur être accordée » (Rec (2003) 22, règle 5, nous soulignons). Ne peut-on considérer que ce soit à ce même moment que les détenus connaissent les règles applicables à l'octroi de cette mesure ?

38 Pour ne donner de mauvaises idées à personne, nous n'illustrerons pas ce point, mais il suffit de voir les mesures que la ministre de la Justice de l'époque avait concoctées dans l'avant-projet de loi (M.-A. BEERNAERT et R. DE BÉCO, « Un désastreux avant-projet de loi en matière de récidive et de libération conditionnelle », *J.T.*, 2012, pp. 661 à 663 ; P. MARTENS, *op. cit.*, pp. 628 et 629).

39 Par contre, retenir la date de la commission des faits aurait été davantage pertinent si le législateur avait également comme objectif de permettre au citoyen tenté par l'infraction de connaître précisément ce qu'il risque en matière d'exécution de la peine (objectif de dissuasion).

40 T.A.P. Bruxelles, 27 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, n° 13, pp. 625 et 626.

Dans son arrêt, le TAP estime également que le législateur « semble (...) peu respectueux de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme »⁴¹.

Le Conseil des ministres justifie l'application immédiate des mesures visées par le fait qu'elles sont des « règles de procédure (...) et non des règles de fond »⁴² et qu'elles « n'alourdissent pas de manière disproportionnée la situation [des] condamnés »⁴³. Le Conseil des ministres estime que les nouvelles règles de procédure, qu'il reconnaît lui-même comme « plus strictes »⁴⁴, respectent la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, cette dernière distingue la mesure qui constitue « en substance une 'peine' » et la mesure « relative à l' 'exécution' ou à l' 'application' de la 'peine' »⁴⁵. L'article 7 de la Convention européenne ne s'applique qu'à la première de ces mesures. Cependant, dans une jurisprudence plus récente (que le Conseil des ministres n'élude pas⁴⁶), la Cour européenne des droits de l'homme précise que la distinction évoquée n'est pas toujours nette et que l'article 7 de la Convention s'applique aux mesures qui peuvent « conduire à une redéfinition ou à une modification de la portée de la 'peine' »⁴⁷. Pour déterminer si une mesure prise pendant l'exécution d'une peine affecte ou non la portée de la « peine », la Cour européenne des droits de l'homme indique qu'il faut « rechercher au cas par cas ce que la 'peine' infligée impliquait *réellement* en droit interne à l'époque considérée (...) [et donc] avoir égard au droit interne dans son ensemble et à la manière dont il était appliqué à cette époque »⁴⁸.

La Cour constitutionnelle tranche la question en indiquant que les mesures critiquées « n'impliquent [pas] une modification des condamnations prononcées ou des conditions de fond de l'octroi des modalités d'exécution de la peine »⁴⁹. En disant cela, la Cour constitutionnelle a-t-elle procédé à l'examen, demandé par la Cour européenne des droits de l'homme, de l'implication « réelle » des mesures visées ? Nous proposons les éléments de réponse suivants. Premièrement, si on accepte l'idée que la peine a une dimension afflictive, mais aussi une dimension infamante⁵⁰, on pourrait défendre l'idée que ces mesures sont très proches d'une « peine ». En effet, elles présentent ces deux dimensions. Elles vont faire en sorte que la peine privative de liberté soit davantage exécutée en cellule et non en libération conditionnelle (dimension afflictive). Elles vont également stigmatiser les condamnés auxquels elles s'appliquent, eux qui, étant présentés comme les plus « dangereux », doivent être scrutés « spécialement »⁵¹ (dimension infamante).

41 T.A.P. Bruxelles, 27 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, n° 13, p. 626.

42 C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. A.2.3.

43 C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. A.3.2.

44 C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. A.2.3.

45 Cour eur. D.H., 12 février 2008, *Kafkaris c. Chypre*, § 142.

46 C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. A.3.3.

47 Cour eur. D.H., 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, § 89. Voy. en ce sens, Cass., 13 mai 2015, *Rev. dr. pén. crim.*, 2015, pp. 980 à 989.

48 Cour eur. D.H., 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, § 90, nous soulignons.

49 C.C., 28 janvier 2015, n° 10/2015, cons. B.13.2.

50 M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal*, Bruxelles, FUSL, 2005.

51 P. PASQUINO, « Naissance d'un savoir spécial : la criminologie », *Sociétés & Représentations*, 1996,



Deuxièmement, la Cour constitutionnelle ne semble pas s'intéresser à déterminer comment étaient appliquées « réellement » les peines de 30 ans et à perpétuité. Il est vrai qu'elle est peu outillée pour le faire. En effet, par manque de sources scientifiques et administratives⁵², il n'est pas évident de savoir après combien d'années ces condamnés étaient libérés en moyenne. Troisièmement, malgré ce doute sur la peine infligée « réellement » (ce doute ne devrait-il pas profiter au condamné ?), il semble raisonnable (c'est d'ailleurs le but du législateur) de penser que la situation des condamnés se dégrade en raison des mesures de 2013. À cet égard, la recherche de la peine infligée « réellement » ne devrait pas être guidée par la distinction entre mesure de fond et mesure de procédure. Ce qui « était réel » est très probablement moins strict que ce qui « sera réel » avec l'application des mesures critiquées ; le raisonnement devrait, selon nous, se limiter à cela. La distinction entre les mesures « de fond » et les mesures « de procédure » fait tourner le débat autour de la question du fondement du pouvoir de l'État et de la légitimité des moyens utilisés par celui-ci. Or, il nous semble que, dans des hypothèses proches du cas d'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme invite à ce que le débat porte sur les conséquences réelles (quels que soient les moyens utilisés – fond et procédure) de l'exercice du pouvoir de l'État.

Thibaut SLINGENEYER,

Chargé de cours à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
et à l'Université catholique de Louvain

52 pp. 173 à 186.
Nous pensons prioritairement aux Rapports d'activités de la Direction générale des Établissements pénitentiaires, qui permettent pas de répondre à cette question.