

# 1.2

## LA RÉCIDIVE DE CRIME SUR DÉLIT : UN COUP D'ÉPÉE DANS L'EAU ?

Christine GUILLAIN

professeure à Université Saint-Louis – Bruxelles (USL-B)  
responsable du GREPEC (Groupe de recherche en matière pénale et criminelle)

### Sommaire

---

|                                                                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Introduction                                                                                                       | 46 |
| Section 1                                                                                                          |    |
| Rétroactes : l'absence de récidive de crime sur délit : un choix délibéré lors de l'adoption du Code pénal en 1867 | 46 |
| Section 2                                                                                                          |    |
| La profusion de textes soumis à l'examen du Parlement : quand l'incohérence préside à l'adoption d'une loi         | 47 |
| Section 3                                                                                                          |    |
| La jurisprudence de la Cour constitutionnelle : une valse de critiques                                             | 48 |
| Section 4                                                                                                          |    |
| Analyse de la loi du 5 mai 2019 introduisant un nouvel article 55 <i>bis</i> dans le Code pénal                    | 57 |
| Section 5                                                                                                          |    |
| Les conséquences de la loi du 5 mai 2019 sur la fixation de la peine réduites à peau de chagrin                    | 60 |
| Section 6                                                                                                          |    |
| L'insoutenable légèreté du législateur : quand l'adoption d'une loi entraîne des problèmes en cascade              | 62 |
| Section 7                                                                                                          |    |
| Quelques pistes de solution                                                                                        | 67 |
| Conclusion                                                                                                         | 70 |

## Introduction

La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55*bis*, en ce qui concerne la récidive<sup>1</sup>, introduit une nouvelle forme de récidive légale dans le livre 1<sup>er</sup> du Code pénal : la récidive de crime sur délit, aux côtés des récidives de crime sur crime, de délit sur crime et de délit sur délit.

Le législateur entend apporter une réponse à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle ayant constaté une double violation du principe d'égalité et de non-discrimination, tant au niveau de la fixation de la peine qu'au niveau de ses modalités d'exécution, entre les prévenus selon qu'ils voient leur crime déféré au tribunal correctionnel ou renvoyé devant la cour d'assises.

L'objectif de la loi vise ainsi à éviter qu'un condamné puisse tirer « avantage » d'un renvoi devant la cour d'assises puisque l'aggravation de la peine liée à l'état de récidive, et les conséquences qui en découlent, pourra être prononcée indépendamment de la juridiction de comparution<sup>2</sup>.

Une lecture attentive de la jurisprudence constitutionnelle vient cependant nuancer la nécessité de légiférer en la matière, tandis que les nouvelles dispositions du Code pénal font apparaître d'autres discriminations sur lesquelles la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle seront – inévitablement – prochainement invitées à se pencher.

### Section 1

## Rétroactes : l'absence de récidive de crime sur délit : un choix délibéré lors de l'adoption du Code pénal en 1867

La matière de la récidive est une matière complexe qui réunit, tant sur le plan théorique que pratique, certaines des questions parmi les plus significatives du droit pénal<sup>3</sup>.

Si la récidive est contemporaine du droit pénal moderne, la récidive de crime sur délit n'existait pas, jusqu'il y a peu, dans notre arsenal juridique<sup>4</sup>. Comme l'a rappelé à plusieurs reprises la Cour constitutionnelle<sup>5</sup>, le législateur de 1867 a considéré que les fourchettes de peines criminelles (entre le minimum et le maximum) laissent une latitude suffisante au juge pour individualiser la répression : « la peine criminelle, applicable à cette récidive, est pourvue

<sup>1</sup> M.B., 28 mai 2019, entrée en vigueur le 7 juin 2019, soit dix jours après la publication de la loi au *Moniteur*.

<sup>2</sup> Proposition de loi portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3515/001, p. 89.

<sup>3</sup> Voy., notamment, O. MICHIELS, « Les grands principes de la récidive », *J.T.*, 1998, pp. 505 et s.

<sup>4</sup> Cass., 9 août 1989, *Pas.*, I, p. 1212; Cass., 30 juin 1999, *Pas.*, I, p. 411.

<sup>5</sup> C.C., arrêt n° 193/2011 du 15 décembre 2011, cons. B.17; C.C., arrêt n° 185/2014 du 18 décembre 2014, cons. B.9.

d'une force suffisante et laisse au juge assez de latitude pour satisfaire à tous les besoins d'aggravation que cette récidive a fait surgir, l'inefficacité de la première condamnation trouvant alors son remède dans la sévérité nécessaire de la deuxième»<sup>6</sup>. La position adoptée par le législateur de 1867 est également dictée par des considérations d'ordre criminologique, celui-ci ayant estimé que la condamnation antérieure à une peine correctionnelle ne représente pas un incitant suffisant à ne pas commettre d'infraction punie d'une peine criminelle<sup>7</sup>.

Il existe suffisamment d'outils pour mettre à l'écart un condamné récidiviste au motif qu'il a commis des infractions graves ou qu'il est considéré comme dangereux pour la société. Pourtant, propositions et projets de loi se sont succédé pour tenter de combler ce vide juridique. Sans pouvoir en faire l'inventaire ici<sup>8</sup>, citons l'avant-projet de loi ayant mené à l'adoption des lois du 17 mars 2013 modifiant entre autres la procédure de libération conditionnelle. Ce projet de loi prévoyait à l'origine d'instaurer une récidive de crime sur délit, mais l'idée a été abandonnée suite à l'avis du Conseil d'État qui soulevait, notamment, un risque de discrimination entre justiciables<sup>9</sup>. Nous y reviendrons par la suite.

## Section 2

### La profusion de textes soumis à l'examen du Parlement : quand l'incohérence préside à l'adoption d'une loi

C'est au départ d'un avant-projet de loi, soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État<sup>10</sup>, que le gouvernement projeta d'introduire la récidive de crime sur délit dans le Code pénal<sup>11</sup>. Par la suite de la démission du gouvernement, survenue le 21 décembre 2018, le texte ne fut pas déposé

<sup>6</sup> Code pénal, Rapport fait au nom de la commission par A. Roussel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1850-1851, séance du 2 juillet 1851, n° 245, pp. 41-42.

<sup>7</sup> Rapport fait par J.J. Haus au nom de la Commission du gouvernement, in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1897-1870, t. II, p. 111, n° 248.

<sup>8</sup> Voy., notamment, les notes de bas de page 79 et 80 ainsi que les propositions et projets de loi cités par J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), *Commission de réforme du droit pénal – Proposition d'avant-projet de livre 1<sup>er</sup> du Code pénal*, Dossier n° 24 de la Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, la Charte, 2016, p. 152, note de bas de page 498.

<sup>9</sup> Projet de loi modifiant le Code d'instruction criminelle et modifiant 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, Avis du Conseil d'État n° 52.102/AG du 16 octobre 2012, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2603/001, pp. 29 et s. Voy. C. HOFFMANN, « Le tribunal de l'application des peines : enjeux et perspectives », in Chr. Guillaïn et P. Jadoul (dir.), *Droit pénal en questions*, Limal, Anthemis, 2013, plus particulièrement, pp. 151-213.

<sup>10</sup> Assez étonnamment, le Conseil d'État n'a rien trouvé à redire sur les dispositions du projet de loi concernant la récidive, Avis du Conseil d'État n° 64.229/1-2-3-4 du 14 novembre 2018, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3515/005, p. 240.

<sup>11</sup> Art. 69 du Projet de loi portant des dispositions diverses en matière pénale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3515/005, p. 152.

à la Chambre. Ses dispositions furent reproduites dans une proposition de loi portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes qui, comportant plus de deux cents articles, fut examinée au pas de charge en fin de législature<sup>12</sup>. Les dispositions relatives à la récidive furent toutefois supprimées du texte original, la majorité préférant travailler à partir d'une proposition de loi distincte, déposée par la NV.A, et visant à modifier 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, en ce qui concerne l'état de récidive. Dans l'attente d'une réforme globale du Code pénal, la proposition initiale n'entendait pas toucher aux dispositions du Code, pour se limiter à introduire la situation de la récidive de crime sur délit, dans la loi relative au statut juridique externe des personnes condamnées<sup>13</sup>. Un amendement de la majorité proposa cependant de faire marche arrière afin de privilégier la modification du Code pénal sur l'adaptation de la loi du 17 mai 2006<sup>14</sup>. On peut déplorer cette technique législative consistant à requalifier un projet en proposition de loi tout en modifiant son contenu, sans (re)passer par la case « Conseil d'État »<sup>15</sup>.

Relevons enfin, qu'en cours de législature, le ministre de la Justice a annoncé vouloir modifier les seuils d'admissibilité à la libération conditionnelle pour réintroduire le seuil des deux tiers de la peine en cas de récidive nonobstant la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Cette annonce, outre qu'elle a pesé sur les débats, a entraîné la démission des deux commissaires à la réforme du Code pénal, les professeurs Joëlle Rozie et Damien Vandermeersch<sup>16</sup>.

### Section 3

## La jurisprudence de la Cour constitutionnelle : une valse de critiques

Dans plusieurs arrêts, la Cour constitutionnelle a estimé que le prévenu qui, après avoir encouru une peine d'au moins un an d'emprisonnement, est renvoyé devant la cour d'assises du chef d'un crime correctionnalisable mais non

<sup>12</sup> Art. 67 de la Proposition de loi portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3515/005, p. 308.

<sup>13</sup> Proposition de loi modifiant 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, en ce qui concerne l'état de récidive, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3213/001, p. 5.

<sup>14</sup> Amendement déposé par les députés Raf Terwingen (CD&V), Sarah Smeyers (N-VA), Carina Van Cauwter (Open Vld), Sophie De Wit (N-VA) et Philippe Goffin (MR), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3213/002. Voy. aussi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3213/003.

<sup>15</sup> Voy. l'audition de la Ligue des Droits Humains (LDH), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3515/001, p. 14.

<sup>16</sup> Voy. D. VANDERMEERSCH et J. ROZIE, « Commission de réforme du Code pénal : les raisons d'une démission », *J.T.*, 2018, pp. 679-680.

correctionnalisé, se trouve dans une situation nettement plus favorable que s'il était renvoyé devant le tribunal correctionnel, tant au niveau de la fixation de la peine qu'au stade de son exécution<sup>17</sup>.

## A. Le premier volet de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : la discrimination au niveau de la fixation de la peine

Le premier volet de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle s'inscrit dans la foulée de l'adoption de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises<sup>18</sup> qui avait augmenté le nombre de crimes pouvant être déférés au tribunal correctionnel par l'admission de circonstances atténuantes et, dans la foulée, alourdi les peines pouvant être prononcées par le tribunal correctionnel. Quelques années plus tard, la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (loi dite pot-pourri II) a autorisé la correctionnalisation de tous les crimes tout en augmentant, une nouvelle fois, l'échelle des peines correctionnelles prévue à l'article 25 du Code pénal. Cette modification a néanmoins été annulée par la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 21 décembre 2017<sup>19</sup>. Il convient dès lors de lire l'article 25 du Code pénal, tel que rétabli dans sa version de 2009, à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui a soulevé, dans ses arrêts des 15 et 22 décembre 2011, des problèmes de discrimination en matière de récidive.

En effet, en cas de correctionnalisation d'un crime par l'admission d'une cause d'excuse ou de circonstances atténuantes, l'article 25 du Code pénal connaît un système de paliers permettant au tribunal correctionnel de prononcer des peines d'emprisonnement dont le maximum correspond au minimum des peines de réclusion prévues par le Code pénal. Ainsi, les crimes passibles de cinq à dix ans, de dix à quinze ans et de quinze à vingt ans de réclusion, ne peuvent, respectivement, emporter de peine supérieure à cinq, dix et quinze ans d'emprisonnement tandis que les crimes punissables d'une réclusion de vingt à trente ans ou à perpétuité plafonnent à vingt ans d'emprisonnement.

Le mécanisme de la correctionnalisation ayant pour effet de transformer le crime correctionnalisé en délit<sup>20</sup>, l'article 56, alinéa 2, du Code pénal concernant la récidive de délit (ou crime correctionnalisé) sur délit (ou crime correc-

<sup>17</sup> Sur ce point, voy. M. JADOUL et J. WAYNTRAUB, « Récidive et discriminations : quand les juridictions s'en mêlent... », in L. KENNES, *Questions d'actualité en droit pénal et en procédure pénale*, Actes du colloque du 12 mai 2017, Limal, Anthemis, 2017, pp. 9-38 ; M.-A. BEERNAERT, « Récidive et crimes correctionnalisés dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », in *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 353-367.

<sup>18</sup> M.B., 11 janvier 2010.

<sup>19</sup> C.C., arrêt n° 148/2017 du 21 décembre 2017.

<sup>20</sup> Voy., notamment, C.C., arrêt n° 185/2014 du 18 décembre 2014, cons. B.4.3.

tionnalisé) lui est applicable. Il autorise dès lors les juridictions correctionnelles à infliger une peine allant jusqu'au double du maximum porté par la loi, à l'encontre d'un prévenu qui, après avoir été condamné à une peine d'emprisonnement d'au moins un an, est renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef d'un délit (ou crime correctionnalisé) commis moins de cinq ans après avoir subi ou prescrit sa peine. Les juges peuvent ainsi prononcer jusqu'à quarante ans d'emprisonnement, ce qui correspond au plafond prévu par l'article 56, alinéa 3, du Code pénal qui stipule que «si le nouveau délit est un crime qui a été correctionnalisé ou pour lequel la cour d'assises a admis l'existence de circonstances atténuantes, la durée de la peine d'emprisonnement ne pourra excéder celle de la peine de réclusion maximale prévue par la loi pour ce crime ou quarante ans si ladite peine est la réclusion à perpétuité»<sup>21</sup>.

Dans la mesure où, jusqu'ici, le Code pénal ne connaissait pas l'hypothèse de récidive de crime sur délit, le prévenu qui, dans la même situation, était renvoyé devant la cour d'assises du chef d'un crime correctionnalisable – mais non correctionnalisé – ne pouvait voir sa peine aggravée.

La Cour constitutionnelle n'a pas tardé à se pencher sur le sort réservé à un prévenu poursuivi pour tentative d'assassinat commis en état de récidive selon qu'il soit déféré à la cour d'assises ou renvoyé devant le tribunal correctionnel. Dans deux arrêts des 15 et 22 décembre 2011, la Cour constitutionnelle a considéré que la différence de traitement violait les articles 10 et 11 de la Constitution dans la mesure où «ni la nature de la peine criminelle ni le souci de réduire la charge de travail de la cour d'assises» ne peuvent raisonnablement la justifier<sup>22</sup>.

Dans son arrêt du 22 décembre 2011, la Cour constitutionnelle précise que «dans l'attente de l'intervention du législateur, le juge correctionnel doit, lorsqu'il détermine la peine, veiller à ne pas condamner en pareil cas à une peine privative de liberté dont la durée excède le délai maximum de la peine privative de liberté qui pourrait être imposée par la cour d'assises ayant constaté des circonstances atténuantes». Si la Cour constitutionnelle était saisie de questions relatives à une tentative de crime punissable de la réclusion à perpétuité, la portée de son arrêt s'étend à tous les crimes dont les taux de peines prévus par la loi pourraient amener à des situations comparables. En d'autres mots, elle invite les juridictions correctionnelles qui doivent connaître de crimes correctionnalisés, à ne pas prononcer de peines d'emprisonnement supérieures au

<sup>21</sup> L'article 56, alinéa 3, du Code pénal a été rétabli par la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (loi dite «pot-pourri II») et n'a pas été annulé par l'arrêt n° 148/2017 du 21 décembre 2017 de la Cour constitutionnelle.

<sup>22</sup> C.C., arrêt n° 193/2011 du 15 décembre 2011 ; C.C., arrêt n° 199/2011 du 22 décembre 2011. Voy. D. DE BÉCO et Chr. GUILLAIN, «Commentaire des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 à propos de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises», *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, n° 6, pp. 670 et s.; A. MASSET et D. VANDERMEERSCH, «La loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises : première lecture critique» *J.T.*, 2010, p. 223.

minimum des peines de réclusion prévues par la loi pour ces crimes, même si elles constatent l'état de récidive.

Le défaut de constitutionnalité soulevé par la Cour ne provient pas tant de l'absence de récidive de crime sur délit dans le Code pénal, que de l'alourdissement des peines correctionnelles censé compenser le mécanisme accru de la correctionnalisation des crimes. En principe synonyme d'adoucissement, ce mécanisme vient au contraire renforcer la répression au point d'aboutir à une situation pour le moins paradoxale : le prévenu qui se voit reconnaître le bénéfice de circonstances atténuantes, risque de se voir infliger une peine de plus longue durée que celui qui est poursuivi devant la cour d'assises, indépendamment de la nature de l'infraction. La Cour constitutionnelle a en effet relativisé le caractère plus sévère de la peine de réclusion sur la peine d'emprisonnement : « même si la peine correctionnelle d'emprisonnement est une peine qui diffère de la peine criminelle de la réclusion, ces deux sanctions ont en commun de priver le condamné de sa liberté »<sup>23</sup>. La discrimination découle ainsi d'une lecture combinée des articles 25 et 56, alinéa 2, du Code pénal ainsi que de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, comme le précise la Cour elle-même :

« L'article 56, alinéa 2, du Code pénal, lu en combinaison avec l'article 25 du même Code, avec l'article 216<sup>novies</sup> du Code d'instruction criminelle et avec l'article 2, alinéas 1<sup>er</sup> et 3, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, mais uniquement dans la mesure où il autorise la condamnation de l'inculpé renvoyé au tribunal correctionnel du chef d'un crime correctionnalisé commis moins de cinq ans après qu'il a subi ou prescrit une peine d'emprisonnement d'au moins un an, à une peine supérieure à celle qui peut être prononcée à l'égard de l'inculpé renvoyé du chef du même crime commis dans cette même circonstance à la cour d'assises ayant constaté l'existence de circonstances atténuantes »<sup>24</sup>.

En tenant compte de la jurisprudence de la Cour, nous pouvons esquisser un tableau ~~duquel il~~ ressort que, pour diverses raisons, la discrimination ne concerne pas les crimes passibles de la réclusion minimale ou maximale. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour nous conduit à soulever une autre incohérence, dans la mesure où les peines sont identiques pour les crimes passibles de la réclusion de cinq à dix ans ou de dix à quinze ans, les premiers pouvant se voir appliquer l'aggravation de la peine liée à l'état de récidive, au contraire des seconds<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> C.C., arrêt n° 193/2011 du 15 décembre 2011, cons. B.3.; C.C., arrêt n° 185/2014 du 18 décembre 2014, cons. B.12.

<sup>24</sup> C.C., arrêt n° 199/2011 du 22 décembre 2011 (dispositif).

<sup>25</sup> Dans le même sens, voy. M.-A. BEERNAERT, « Récidive et crimes correctionnalisés dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 359.



**bleau 1. ~~Récidive de crime correctionnalisé sur délit~~**  
**(Jurisprudence Cour constitutionnelle)**  
**Comparaison peines ~~tribunal correctionnel/cour d'assises~~**  
**(avec circonstances atténuantes)**

| Crime                                | <del>Tribunal correctionnel</del><br>(art. 25 et 56 C. pén.) | <del>Cour d'assises</del><br>(art. 9 et 80 C. pén.)                     |
|--------------------------------------|--------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|
| Réclusion <sup>26</sup> 5 à 10 ans   | Emprisonnement 10 ans max                                    | Emprisonnement 10 ans max <sup>27</sup>                                 |
| Réclusion 10 à 15 ans                | Emprisonnement 10 ans max                                    | Réclusion <del>/</del><br><del>Détention</del> 10 ans max               |
| Réclusion de 15 à 20 ans             | Emprisonnement 15 ans max                                    | Réclusion <del>/</del><br><del>Détention</del> 15 ans max               |
| Réclusion de 20 à 30 ans             | Emprisonnement 20 ans max                                    | Réclusion <del>/</del><br><del>Détention</del> 20 ans max               |
| Réclusion à perpétuité <sup>28</sup> | Emprisonnement 30 ans max <sup>29</sup>                      | Réclusion <del>/</del><br><del>Détention</del> 30 ans max <sup>30</sup> |

<sup>26</sup> De manière générale, lorsque nous utilisons le terme «réclusion», nous parlons indistinctement de la réclusion et de la détention.

<sup>27</sup> Par application de l'article 80, alinéa 5, du Code pénal, l'infraction originellement passible d'une peine criminelle peut, par l'admission de circonstances atténuantes, être passible d'une peine correctionnelle, autorisant l'application de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal, de sorte que le maximum de la peine peut être doublé.

<sup>28</sup> Comme le souligne Marie-Aude Beernaert, les crimes punissables de la réclusion à perpétuité qui peuvent être correctionnalisés se résument à deux hypothèses à la suite de l'arrêt n° 148/2017 de la Cour constitutionnelle du 21 décembre 2017 : prise d'otages avec circonstances aggravantes (art. 347bis, §§ 2, al. 2 et 4, C. pén.) et tentative de vol avec meurtre (art. 476 C. pén.) («Récidive et crimes correctionnalisés dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle», *op. cit.*, p. 358).

<sup>29</sup> ~~Sur ce point, l'article 56, alinéa 3, du Code pénal n'est pas conforme à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.~~ Voy. D. VANDERMEERSCH, «L'effet papillon de la généralisation de la correctionnalisation», in M. Cadelli et Th. Moreau (dir.), *La loi pot-pourri II : un recul de civilisation ?*, Limal, Anthemis, 2016, p. 97, qui souligne également que la situation dénoncée par la Cour constitutionnelle, en cas de correctionnalisation, vaut également lorsque la cour d'assises admet des circonstances atténuantes et dénature le crime en délit.

<sup>30</sup> Contrairement à ce que pourrait laisser penser une lecture combinée des articles 9 et 80, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal. À la suite de la loi du 5 février 2016, l'article 9 du Code pénal a été complété d'un 5° pour viser la réclusion de 30 à 40 ans. Cette peine «fantôme», qui ne sanctionne aucune infraction dans le Code pénal, vise à aligner les plafonds maximums des peines d'emprisonnement et de réclusion/détention. Par application de l'article 56, alinéa 3, du Code pénal, également introduit par la loi du 5 février 2016, le tribunal correctionnel peut en effet prononcer un emprisonnement de 40 ans maximum en cas de récidive. Il faut néanmoins considérer que les peines d'emprisonnement et de réclusion/détention de 40 ans ne sont pas conformes à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Voy. M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, «La Cour constitutionnelle recadre le législateur "pot-pourri II" : l'arrêt 148/2017 du 21 décembre 2017», *J.T.*, 2018, pp. 81-96.

## **B. Le second volet de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : la discrimination au niveau de l'exécution des peines**

La Cour constitutionnelle allait inévitablement être amenée à se pencher sur une autre inégalité de traitement liée, cette fois, aux modalités d'exécution de la peine privative de liberté. En effet, le prévenu, condamné en état de récidive par le tribunal correctionnel, est confronté à une situation plus défavorable que s'il avait été renvoyé aux assises. Conformément à l'article 25, § 2, b), 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 (ci-après la loi du 17 mai 2006), ce prévenu est considéré comme un délinquant secondaire et n'est admissible à la libération conditionnelle qu'aux deux tiers de sa peine, tandis qu'en cas de renvoi devant la cour d'assises et en l'absence de récidive de crime sur délit, il est traité comme un délinquant primaire, pouvant solliciter sa libération au tiers de sa peine (art. 25, § 2, a), de la loi du 17 mai 2006)<sup>31</sup>. Une personne, ayant commis un crime, pourrait ainsi subir une peine effective de privation de liberté supérieure, s'il est condamné, en état de récidive, par le tribunal correctionnel, en lieu et place de la cour d'assises, qui ne peut retenir l'état de récidive, et ce, même en l'absence de circonstances atténuantes.

Partant du constat que, dans ses arrêts n° 193/2011 et 199/2011, la Cour constitutionnelle ne statue pas sur les effets du constat ou non de l'état de récidive au stade de l'exécution des peines, la Cour de cassation va poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. Dans un arrêt du 18 décembre 2014, concernant un individu condamné en état de récidive légale à une peine de dix ans d'emprisonnement, la Cour constitutionnelle va considérer que l'article 56, alinéa 2, du Code pénal, lu en combinaison avec l'article 25 du même Code, avec l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes et avec l'article 25, § 2, b), de la loi du 17 mai 2006, viole les articles 10 et 11 de la Constitution « en ce qu'il a pour conséquence d'exclure plus longtemps une personne qui, pour une tentative d'assassinat, a été condamnée par le tribunal correctionnel du chef d'un crime correctionnalisé commis moins de cinq ans après qu'elle a subi ou prescrit une peine d'emprisonnement d'au moins un an, de la possibilité d'une libération conditionnelle, que la personne

<sup>31</sup> À l'exception des condamnations à une peine privative de liberté de trente ans au minimum qui subissent des seuils d'admissibilité spécifiques (art. 25, § 2, c) à e)). Par ricochet, il en va de même des autres modalités d'exécution de la peine dont les seuils d'admissibilité se calquent sur ceux de la libération conditionnelle : mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise (art. 26), permissions de sortie (art. 4, § 3), congés pénitentiaires (art. 7, 1°), surveillance électronique ou détention limitée (art. 23, § 1<sup>er</sup>, 1°).

qui est condamnée à une peine criminelle par la cour d'assises du chef du même crime commis dans la même circonstance»<sup>32</sup>.

Le Conseil des ministres estimait que, compte tenu des arrêts précités de la Cour constitutionnelle, la question préjudicielle n'appelait pas de réponse, étant donné que l'intéressé ne pouvait être condamné, par le tribunal correctionnel, à un emprisonnement supérieur à celui que la cour d'assises aurait pu lui infliger. Il considérait ensuite que la question préjudicielle n'appelait pas de réponse dans la mesure où l'inégalité de traitement découle, non de la disposition en cause, mais de la loi du 17 mai 2006, de sorte que la différence de traitement est étrangère à la sanction, mais porte sur l'exécution de la peine, de la compétence du tribunal de l'application des peines et non du juge du fond.

La Cour ne suivra pas le raisonnement du gouvernement pour considérer que la différence de traitement quant à la prise en compte de la libération conditionnelle, est la conséquence directe du constat de l'état de récidive légale par le tribunal correctionnel, sur la base de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal. La Cour maintient toutefois les effets de la disposition «jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi qui met fin à cette discrimination et au plus tard jusqu'au 31 juillet 2015».

La Cour de cassation fut ensuite amenée à se pencher sur la question de la discrimination soulevée par la Cour constitutionnelle à l'encontre d'un individu condamné, en état de récidive, à une peine de dix-sept d'emprisonnement du chef de vol avec violences ou menaces ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Dans un arrêt du 19 octobre 2016, la Cour de cassation refusa de poser la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sollicitée par le prévenu au motif qu'elle porte sur le même objet que celle sur laquelle ladite Cour a statué dans son arrêt du 18 décembre 2014. Elle rejeta le pourvoi au motif que la peine infligée par le tribunal correctionnel était légale, dans la mesure où elle n'excède pas celle que la cour d'assises aurait pu infliger après admission des circonstances atténuantes<sup>33</sup>. À défaut pour le législateur d'avoir supprimé la discrimination dénoncée par la Cour constitutionnelle et considérant qu'un «arrêt préjudiciel constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition légale est déclaratoire et s'impose tant à la juridiction qui a posé la question préjudicielle qu'à celle qui en est dispensée»<sup>34</sup>, la Cour de cassation décide, néanmoins, que

<sup>32</sup> C.C., arrêt n° 185/2014 du 18 décembre 2014 (dispositif) ; M. BOUHON, « La récidive en matière de libération conditionnelle : le compte à rebours est lancé ! », *J.T.*, 2015, pp. 282-283. Voy. aussi, Gand (6<sup>e</sup> ch.), 4 février 2013 où la Cour décide, à la suite de l'arrêt n° 193/2011 de la Cour constitutionnelle, de ne pas constater l'état de récidive conformément à l'article 56, alinéa 2, du Code pénal, parce qu'il en résulterait une aggravation de la situation du condamné, en ce qui concerne l'exécution de la peine, cité par l'arrêt de la Cour constitutionnelle précité, p. 5.

<sup>33</sup> Comme le précise l'Avocat général Damien Vandermeersch dans ses conclusions précédant l'arrêt, « dès lors que la prévention déclarée établie est passible d'une peine de 20 à 30 ans de réclusion, la cour d'assises pouvait prononcer une peine allant jusqu'à vingt ans de réclusion maximum après admission des circonstances atténuantes par application de l'article 80, alinéa 2, dans sa version applicable au moment des faits ».

<sup>34</sup> Conclusions de l'Avocat général D. Vandermeersch précédant l'arrêt.

l'état de récidive « ne pourra plus être pris en considération pour fixer la durée de la détention à subir avant d'être admis à saisir le tribunal de l'application des peines d'une demande de libération conditionnelle »<sup>35</sup>.

Se conformant à cette jurisprudence, le tribunal francophone de l'application des peines de Bruxelles décida de ne plus tenir compte de l'état de récidive légale dans le calcul de la date d'admissibilité de la libération conditionnelle, de sorte que tous les condamnés étaient admissibles au tiers de leur peine<sup>36</sup>. Saisie d'un pourvoi par le parquet à l'encontre d'un de ces jugements, la Cour de cassation formula une nouvelle question préjudicielle à l'encontre de la Cour constitutionnelle qui réitéra son propos dans un arrêt du 26 juillet 2017. L'affaire concernait cette fois un prévenu condamné à cinq ans d'emprisonnement du chef d'un crime correctionnalisé (vol à l'aide de violences avec arme et vol à l'aide d'effraction), commis en état de récidive. Se ralliant à l'analyse de l'Avocat général près la Cour de cassation et se référant à la circulaire du Collège des procureurs généraux n° 3/2017 du 23 février 2017<sup>37</sup>, le Conseil des ministres estimait que la discrimination était ineffective et théorique, dès lors, qu'en pratique, les personnes ayant commis un crime punissable de la réclusion de quinze à vingt ans ou d'une peine criminelle inférieure, sont systématiquement soustraites à la cour d'assises en raison de l'admission de circonstances atténuantes. Ici, encore, la Cour constitutionnelle ne fait pas droit à l'argumentation du gouvernement.

« L'article 25, § 2, b), de la loi du 17 mai 2006 [...], lu en combinaison avec les articles 25, 56, alinéa 2, et 80 du Code pénal et 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il a pour effet qu'une personne qui se trouve en état de récidive légale au sens de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal et qui est condamnée par le tribunal correctionnel du chef d'un crime punissable de la peine de la réclusion de quinze à vingt ans qui a été correctionnalisé, ne peut prétendre à une libération conditionnelle qu'après avoir subi les deux tiers de sa peine, alors qu'une personne qui a été renvoyée devant la cour d'assises du chef du même crime commis dans la même circonstance et qui est condamnée à une peine criminelle peut déjà prétendre à une libération conditionnelle après avoir subi un tiers de sa peine »<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Cass., 19 octobre 2016, *J.T.*, 2017, p. 138, avec concl. Av. gén. D. VANDERMEERSCH et note C. NOIRHOMME, « La récidive légale et la correctionnalisation : suite et fin ? ».

<sup>36</sup> Voy. les jugements du TAP francophone de Bruxelles cités par C. NOIRHOMME, « La récidive légale et la correctionnalisation : suite et fin ? », *op. cit.*, p. 141. L'auteur évoque également des instructions adressées le 23 décembre 2016 par le directeur général des établissements pénitentiaires afin que le calcul des dates d'admissibilité à la libération conditionnelle tienne compte de l'arrêt de la Cour de cassation.

<sup>37</sup> Circulaire concernant le « point de vue du Collège concernant les effets de l'état de récidive légale sur la date d'admissibilité à la libération conditionnelle » ([www.om-mp.be/om\\_mp/files/en-savoir-plus/circulaires/COL%20PG-2017/FR/COL03\\_2017.pdf](http://www.om-mp.be/om_mp/files/en-savoir-plus/circulaires/COL%20PG-2017/FR/COL03_2017.pdf)).

<sup>38</sup> C.C., arrêt n° 102/2017 du 26 juillet 2017 (dispositif).

Par la suite, la Cour de cassation rejeta les pourvois formés par le procureur du Roi à l'encontre de jugements du tribunal de l'application des peines de Bruxelles et confirma que la discrimination soulevée par la Cour constitutionnelle ne se limite pas aux crimes punis de la réclusion de vingt à trente ans<sup>39</sup>.

Enfin, dans un dernier arrêt du 7 février 2018, la Cour constitutionnelle pousse le raisonnement encore plus loin en constatant que la discrimination à l'encontre du seuil d'admissibilité pour la libération conditionnelle pour un condamné en état de récidive, s'opère également pour les délits et les crimes punissables de cinq à dix ans de réclusion qui ont été correctionnalisés, ceux-ci étant assimilés aux délits.

«La différence de traitement en cause qui consiste à retenir un seuil d'admissibilité à la libération conditionnelle plus sévère pour les personnes condamnées par une juridiction correctionnelle, en état de récidive légale, à une peine d'emprisonnement du chef d'un crime punissable de la peine de réclusion de cinq à dix ans correctionnalisé ou d'un délit, est dépourvue de justification raisonnable. En effet, elle a pour conséquence qu'il n'est pas garanti que l'échelle des peines est respectée au stade de l'exécution des peines dès lors que les condamnés en état de récidive légale à une peine d'emprisonnement pour un fait puni plus sévèrement par la loi sont susceptibles d'être admissibles à la libération conditionnelle plus tôt que les condamnés en état de récidive légale à une peine d'emprisonnement pour un fait puni moins sévèrement par la loi»<sup>40</sup>.

À l'instar de ce que nous avons soulevé pour la fixation de la peine, nous devons ici aussi constater que la discrimination soulevée par la Cour constitutionnelle provient d'une lecture combinée de différents articles et pas uniquement de ceux relatifs à la récidive, comme le souligne les travaux parlementaires de la loi du 5 mai 2019: «La violation du principe d'égalité constatée par la Cour constitutionnelle dans toutes les hypothèses précitées trouve son origine dans la constatation d'une situation de récidive dans la phase de la fixation de la peine et la répercussion de cet état de récidive sur l'exécution de la peine, plus précisément son effet sur la détermination de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle»<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3515/001, p. 85; Cass., 2 août 2017, R.G. n° P.17 0766.N/1; Cass., 27 septembre 2017, R.G. n° P.17.0461.F.

<sup>40</sup> C.C., arrêt n° 15/2018 du 7 février 2018, cons. B.12.

<sup>41</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3515/001, p. 87.

## Section 4

# Analyse de la loi du 5 mai 2019 introduisant un nouvel article 55bis dans le Code pénal<sup>42</sup>

1.2

Par l'introduction, dans le Code pénal, d'une récidive de crime sur délit, le législateur entend éviter qu'un condamné puisse tirer « avantage » d'un renvoi devant la cour d'assises en décrétant que l'aggravation de la peine et les conséquences qui en découlent, pourront être prononcées indépendamment de la juridiction de renvoi<sup>43</sup>.

La commission d'un crime après une condamnation à une peine correctionnelle n'est cependant pas nécessairement constitutive d'un état de récidive. En effet, seules trois hypothèses sont prévues par la loi, liées aux nouvelles infractions commises et à l'aggravation de la peine que l'état de récidive est susceptible d'entraîner.

« Quiconque, ayant été condamné à un emprisonnement d'un an au moins et avant l'expiration de cinq ans depuis qu'il a subi ou prescrit sa peine, commettra un crime emportant la réclusion de cinq ans à dix ans ou la détention de cinq ans à dix ans, pourra être condamné respectivement à la réclusion de dix ans à quinze ans ou à la détention de dix ans à quinze ans.

Si le crime emporte la réclusion de dix ans à quinze ans ou la détention de dix ans à quinze ans, le coupable pourra être condamné respectivement à la réclusion de quinze ans à vingt ans ou à la détention de quinze ans à vingt ans.

Il sera condamné respectivement à dix-sept ans au moins de réclusion ou à dix-sept ans au moins de détention, si le crime emporte la réclusion de quinze ans à vingt ans ou la détention de quinze ans à vingt ans » (art. 55bis C. pén.).

Avant toute analyse, il semble utile de rappeler que les règles relatives à la récidive se calculent sur la base de la peine appliquée (*in concreto*) et non sur la base de la peine applicable (*in abstracto*), tant pour le premier terme (condamnation antérieure) que pour le second terme (nouvelle infraction) de la récidive<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Pour un premier aperçu, voy. M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55bis : un nouvel essai manqué pour pallier les discriminations épinglées par la Cour constitutionnelle en matière de récidive », *J.T.*, 2019, pp. 490-492 ; J. ROZIE, « De recidivewet van 5 mei 2019 : de vergiftigde kers op de repressieve taart », *N. C.*, 2019, pp. 291-302. À la suite de l'adoption de la loi du 5 mai 2019, le Code pénal prévoit désormais cinq types de récidives : les articles 54 et 55 concernent la récidive de *crime sur crime* ; l'article 55bis concerne la récidive de *crime* (non correctionnalisé) sur *délit* (ou crime correctionnalisé) ; l'article 56, alinéa 1<sup>er</sup>, concerne la récidive de *délit* (crime correctionnalisé) sur *crime* ; l'article 56, alinéa 2, concerne la récidive de *délit* (crime correctionnalisé) sur *délit* (crime correctionnalisé), tandis que l'article 565 du Code pénal organise un régime propre de récidive en matière de *contraventions*.

<sup>43</sup> Proposition de loi modifiant 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, en ce qui concerne l'état de récidive, Rapport de première lecture fait au nom de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3213/3, p. 4.

<sup>44</sup> G. SCHUIND, « Remarques sur la récidive pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1923, p. 637.

## A. Le premier terme de la récidive

La condamnation antérieure, qui est le premier terme de la récidive, doit répondre à certaines conditions.

Il doit s'agir d'une condamnation à une peine<sup>45</sup> prononcée et coulée en force de chose jugée<sup>46</sup>. L'antécédent judiciaire doit être un emprisonnement correctionnel d'un an au moins afin d'éviter de faire jouer le système aggravant de la récidive quand le premier délit est mineur. La durée d'un mois d'emprisonnement étant de trente jours, conformément à l'article 25 du Code pénal, la condamnation à une peine de douze mois d'emprisonnement (360 jours) est inférieure à celle d'un an d'emprisonnement (365 jours) et ne peut dès lors fonder l'état de récidive prévu à l'article 55*bis* du Code pénal. Il en va de même pour la condamnation à une peine d'amende, une peine de travail, de probation ou de surveillance électronique, ne s'agissant pas de peine d'emprisonnement. La condamnation antérieure peut porter sur un délit ou un crime correctionnalisé de sorte qu'il peut s'agir tant d'une récidive de crime sur délit que d'une récidive de crime sur crime correctionnalisé.

Comme pour la récidive de délit sur délit (art. 56, al. 2, C. pén.), la récidive de crime sur délit est temporaire, entraînant la prescription de l'état de récidive après l'expiration d'un délai de cinq ans depuis que le condamné a subi ou prescrit sa peine<sup>47</sup>.

## B. Le second terme de la récidive

Concernant le second terme de la récidive, l'individu en état de récidive doit obligatoirement être déféré à la cour d'assises puisqu'il doit être condamné à une peine de réclusion. L'article 55*bis* du Code pénal ne vise dès lors ni l'hypothèse du crime correctionnalisé (déféré au tribunal correctionnel et trans-

<sup>45</sup> S'agissant d'une condamnation, il va de soi qu'un classement sans suite ou un non-lieu, une transaction ou une médiation pénale ne peuvent constituer le premier terme de la récidive. S'agissant d'une condamnation à une peine, ne remplissent pas non plus cette condition : la suspension du prononcé de la condamnation, les déclarations de culpabilité, les mesures de sûreté prises à l'égard des mineurs ou des malades mentaux, les sanctions administratives, les condamnations disciplinaires ainsi que les condamnations civiles. En revanche, une peine assortie d'un sursis ne fait pas obstacle à la récidive.

<sup>46</sup> Cass., 22 septembre 2004, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005, p. 211, *J.L.M.B.*, 2005, p. 518 : « L'état de récidive requiert qu'au moment où l'infraction nouvelle est commise, la condamnation déjà encourue soit passée en force de chose jugée » ; Cass., 2 mai 2012, *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 1297. Il a été jugé qu'une condamnation par défaut peut servir de base à la récidive, à l'expiration du délai d'opposition, et pour autant qu'aucun recours n'ait été exercé (Cass., 25 avril 2001, *J.T.*, 2001, p. 631, *Pas.*, 2001, I, p. 692).

<sup>47</sup> Voy. Liège, 23 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1012, note F. KÉFER, « Le point de départ du délai de cinq ans en matière de récidive » ; Cass., 2 mai 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 752, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 1013, qui précise que, lorsque la condamnation constitutive du premier terme de la récidive a été prononcée avec sursis et que le sursis n'a pas été révoqué, la peine est réputée subie à l'expiration du délai d'épreuve et le délai de cinq ans prend cours à ce moment et non au jour de la condamnation. Il en va de même en cas de libération conditionnelle, où la peine n'est réputée subie qu'à l'expiration du délai d'épreuve, soit lorsque la libération conditionnelle est devenue définitive.

formé en délit), ni l'hypothèse de l'individu condamné par la cour d'assises à une peine correctionnelle. Dans ces deux cas, c'est l'article 56, alinéa 2, du Code pénal – concernant la récidive de délit sur délit – qui sera d'application.

La récidive est générale, de sorte qu'il ne doit pas y avoir identité entre les infractions commises<sup>48</sup>. Enfin, la nouvelle infraction commise peut être soit de droit commun (réclusion), soit politique (détention).

Concernant l'aggravation de la peine, le législateur s'est calqué sur les termes des articles 54 et 55 du Code pénal, concernant la récidive de crime sur crime. Dans les deux premières hypothèses de l'article 55*bis* du Code pénal (al. 1<sup>er</sup> et 2), le point de départ de l'aggravation est la peine normalement prévue pour la nouvelle infraction sans la récidive, que le juge peut augmenter de cinq ans. Ainsi, s'il s'agit de la réclusion ou de la détention de cinq à dix ans, le juge pourra condamner pour un terme de dix à quinze ans ; s'il s'agit de la réclusion ou de la détention de dix à quinze ans, il pourra condamner pour un terme de quinze à vingt ans. L'aggravation de la peine étant laissée à l'appréciation du juge, est facultative<sup>49</sup>.

En revanche, dans la dernière hypothèse visée à l'article 55*bis*, alinéa 3, du Code pénal, si le crime emporte la réclusion ou la détention de quinze à vingt ans, le prévenu sera condamné à dix-sept ans au moins. L'aggravation de la peine est ici, en principe, obligatoire, ce que l'on peut regretter alors que les auteurs du Code pénal de 1867 soulignaient déjà que « la récidive n'étant qu'une présomption défavorable à l'accusé, présomption qui peut être détruite par les circonstances de fait, le législateur doit laisser au juge la faculté de ne pas lui imposer l'obligation d'aggraver la peine »<sup>50</sup>.

Tableau 2. Récidive de crime sur délit (ou crime correctionnalisé)

| 1 <sup>er</sup> terme récidive<br>(antécédent judiciaire)     | 2 <sup>e</sup> terme récidive<br>(nouvelle infraction) | Aggravation peine                             |
|---------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| Emp. min. 1 an<br>(art. 55 <i>bis</i> , al. 1 <sup>er</sup> ) | Réclusion 5 à 10 ans                                   | Réclusion 10 à 15 ans<br>(facultatif)         |
| Emp. min. 1 an<br>(art. 55 <i>bis</i> , al. 2)                | Réclusion 10 à 15 ans                                  | Réclusion 15 à 20 ans<br>(facultatif)         |
| Emp. min. 1 an<br>(art. 55 <i>bis</i> , al. 3)                | Réclusion 15 à 20 ans                                  | Réclusion de 17 ans au moins<br>(obligatoire) |
| -                                                             | Réclusion 20 à 30 ans                                  | -                                             |
| -                                                             | Réclusion à perpétuité                                 | -                                             |

<sup>48</sup> Rappelons que depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1967 (*Pas.*, I, p. 611, concl. Av. gén. CHARLES), il peut y avoir récidive entre les infractions du livre 2 du Code pénal et celles contenues dans les lois particulières.

<sup>49</sup> Ce que confirment les travaux parlementaires, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3515/001, p. 89 : « La base de la récidive est facultative ».

<sup>50</sup> Code pénal, Rapport fait au nom de la Commission par A. Roussel, Ch. repr., sess. ord. 1850-1851, séance du 2 juillet 1851, n° 245, p. 43.

Section 5

Les conséquences de la loi du 5 mai 2019 sur la fixation de la peine réduites à peau de chagrin

Comme nous venons de le voir, la récidive de crime sur délit n'est admise qu'à certaines conditions, définies à l'article 55bis du Code pénal. La commission d'un crime après la condamnation à une peine correctionnelle n'est dès lors pas nécessairement constitutive d'un état de récidive.

Ainsi, l'article 55bis du Code pénal n'envisage pas la récidive lorsque le nouveau crime commis emporte une peine de réclusion de vingt à trente ans ou à perpétuité. Aucune explication ne peut être trouvée dans les travaux préparatoires, le législateur s'étant contenté de reproduire le dispositif des articles 54 et 55 du Code pénal concernant la récidive de crime sur crime. C'est ici la même logique qui préside, à savoir que la peine élevée que le condamné est susceptible d'encourir pour le nouveau crime englobe l'état de récidive<sup>51</sup>. Comme le soulignent Beernaert et Vandermeersch, cette situation est pour le moins paradoxale dans la mesure où la discrimination soulevée par la Cour constitutionnelle portait essentiellement sur des tentatives d'assassinat, punies de la réclusion de vingt à trente ans<sup>52</sup>.

Par ailleurs, si l'on compare les situations avant et après l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2019 (tableau 3<sup>53</sup>), en partant de l'hypothèse que le second terme de la récidive est un crime soumis à la cour d'assises, l'aggravation de la peine prévue n'est pas toujours marquée du sceau de la cohérence.

Tableau 3. Comparaison aggravation peine liée à l'état de récidive en cas de condamnation par la cour d'assises (avant et après l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2019)

| Antécédent judiciaire | Nouvelle infraction   | Aggravation peine avant 7 juin 2019 sans et avec circ. att. |                      | Aggravation peine après 7 juin 2019 sans et avec circ. att. |                      |
|-----------------------|-----------------------|-------------------------------------------------------------|----------------------|-------------------------------------------------------------|----------------------|
| Emp. min. 1 an        | Réclusion 5 à 10 ans  | Réclusion 5 à 10 ans                                        | Emp. 10 ans max      | Réclusion 10 à 15 ans                                       | Réclusion 10 ans max |
| Emp. min. 1 an        | Réclusion 10 à 15 ans | Réclusion 10 à 15 ans                                       | Réclusion 10 ans max | Réclusion 15 à 20 ans                                       | Réclusion 15 ans max |

<sup>51</sup> Rapport fait par J.J. Haus au nom de la Commission du gouvernement, in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique*, op. cit., p. 111, n° 248.

<sup>52</sup> M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, «La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55bis: un nouvel essai manqué pour pallier les discriminations épinglées par la Cour constitutionnelle en matière de récidive», op. cit., p. 490.

<sup>53</sup> Pour plus de précisions, voy., *supra*, les tableaux 1 et 2.

|                   |                           |                           |                                              |                                 |                                |
|-------------------|---------------------------|---------------------------|----------------------------------------------|---------------------------------|--------------------------------|
| Emp.<br>min. 1 an | Réclusion<br>15 à 20 ans  | Réclusion<br>15 à 20 ans  | Réclusion<br><u>15 ans</u> max               | Réclusion<br>17 ans au<br>moins | Réclusion<br><u>15 ans</u> max |
| -                 | Réclusion<br>20 à 30 ans  | Réclusion<br>20 à 30 ans  | Réclusion<br><u>20 ans</u> max               | Réclusion<br>20 à 30 ans        | Réclusion<br><u>20 ans</u> max |
| -                 | Réclusion<br>à perpétuité | Réclusion<br>à perpétuité | Réclusion<br><u>30 ans</u> max <sup>54</sup> | Réclusion<br>à perpétuité       | Réclusion<br><u>30 ans</u> max |

Ainsi, partant du constat, d'une part, que l'aggravation de la peine prévue par l'article 55*bis* du Code pénal est facultative (sauf al. 3) et, d'autre part, que l'admission des circonstances vient anéantir l'aggravation de la peine liée à l'état de récidive, la loi du 5 mai 2019 ne devrait pas fondamentalement changer les peines pouvant être prononcées par la cour d'assises. En effet, seule l'hypothèse du nouveau crime emportant la réclusion de dix à quinze ans entraîne une différence dans les peines applicables, après admission des circonstances atténuantes (quinze ans contre dix auparavant). Si la question de l'application de la loi dans le temps n'a pas été abordée par le législateur, il convient de rappeler que, s'agissant d'une matière qui relève de la fixation de la peine, la loi ne pourra s'appliquer qu'aux crimes commis après son entrée en vigueur, soit après le 7 juin 2019, en application de l'article 2 du Code pénal. Les travaux parlementaires soulignent d'ailleurs qu'«il va de soi que la modification proposée ne s'appliquera qu'à l'avenir»<sup>55</sup>. Il s'agit ici de prendre en considération le second terme de la récidive, soit le crime nouvellement commis, indépendamment de la date de commission du premier terme de la récidive, à savoir la condamnation antérieure<sup>56</sup>.

Dans son avis sur l'avant-projet de loi ayant mené à l'adoption des lois du 17 mars 2013 modifiant la procédure de libération conditionnelle, le Conseil d'État avait relevé que l'introduction d'une récidive de crime sur délit relève du droit pénal substantiel et est, de ce fait, soumise au principe de la non-rétroactivité en matière pénale, régie par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne, le Conseil avait considéré que «la règle aggravant la peine assortissant le second terme de la récidive peut, sans violer cet article 7, s'appliquer aux faits qui sont constitutifs de ce second terme, pourvu qu'ils soient postérieurs à l'entrée en vigueur de cette règle. La circonstance que les faits constitutifs du premier terme de la récidive soient, pour leur part, antérieurs à cette entrée en vigueur, n'énervé en rien la conclusion qui précède. Par contre, l'article 7 est violé en cas d'application de la règle d'aggravation à des faits qui, constitutifs

<sup>54</sup> Voy., *supra*, la note de bas de page 39.

<sup>55</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3515/005, p. 23. Dans la mesure où la nouvelle loi n'instaure pas de régime plus favorable, il ne saurait être question d'application rétroactive de la loi pénale.

<sup>56</sup> Sur ce point, voy. J. ROZIE, «De recidivewet van 5 mei 2019: de vergiftigde kers op de repressieve taart», *op. cit.*, p. 298, qui précise qu'en cas d'infraction continue, c'est la date de la dernière infraction qui forme le concours qui doit être prise en considération.

du second terme de la récidive, ont été commis antérieurement à la date de l'entrée en vigueur de ladite règle, mais ne sont appelés à être jugés qu'après cette date»<sup>57</sup>.

On remarquera, au passage, que la peine maximale pouvant être prononcée par la cour d'assises, toujours après admission des circonstances atténuantes, est identique que le nouveau crime commis emporte la peine de réclusion/détention de dix à quinze ans ou celle de quinze à vingt ans.

Enfin, ~~on peut supposer que~~ l'article 55bis du Code pénal ~~connaîtra~~ peu d'applications dans la mesure où la récidive de crime sur délit reste exceptionnelle. Elle vise en effet quelqu'un qui, après avoir été condamné pour un délit ou pour un crime correctionnalisé (soit à une peine correctionnelle), est poursuivi devant la cour d'assises où il est condamné à peine de réclusion (soit à une peine criminelle). Or, la majorité des crimes sont correctionnalisés et portés à la connaissance du tribunal correctionnel, sans compter que la cour d'assises peut prononcer des peines correctionnelles, à la suite de l'admission de causes d'excuse ou de circonstances atténuantes.

## Section 6

### **L'insoutenable légèreté du législateur : quand l'adoption d'une loi entraîne des problèmes en cascade**

Si la loi du 5 mai 2019 entend mettre fin aux discriminations soulevées par la Cour constitutionnelle, force est de constater que celles-ci sont loin d'être résolues, tandis qu'elle en crée d'autres, tant au niveau de la fixation de la peine qu'à celui de son exécution.

#### **A. Au niveau de la fixation de la peine**

La comparaison de l'aggravation des peines selon que le nouveau crime est correctionnalisé (récidive de délit sur délit) ou non (récidive de crime sur délit ou crime correctionnalisé), reprise au tableau 4, laisse apparaître divers problèmes. Pour que comparaison soit raison, cette situation implique de prendre en compte les circonstances atténuantes, soit au stade présentenciel pour opérer la correctionnalisation, soit au moment du jugement par la cour d'assises. Contrairement au tableau 1, nous ne tenons plus compte ici de la correction des peines opérée à la suite de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans la mesure où il ne devrait plus exister, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 mai

<sup>57</sup> Projet de loi modifiant le Code d'instruction criminelle et modifiant 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, Avis du Conseil d'État n° 52.102/AG du 16 octobre 2012, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2603/001, p. 52.

2019, de discriminations à l'encontre du prévenu qui, après avoir été condamné à une peine d'au minimum un an d'emprisonnement, commet un crime, selon qu'il soit déféré au tribunal correctionnel ou à la cour d'assises. En revanche, il nous faut prendre en considération les peines prévues aux articles 25 et 56 du Code pénal, modifiées par la loi du 5 février 2016 et non annulées par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 148/2017 du 21 décembre 2017.

**Tableau 4. Comparaison récidive crime correctionnalisé sur délit et récidive de crime non correctionnalisé sur délit**

| Antécédent judiciaire | Nouvelle infraction       | <del>Tribunal correctionnel</del><br>(art. 25 et 56 C. pén.) | <del>Cour d'assises</del><br>(art. 55bis et 80 C. pén.) |
|-----------------------|---------------------------|--------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| Emp.<br>min. 1 an     | Réclusion<br>5 à 10 ans   | Emp.<br><u>10</u> ans max                                    | Réclusion<br><u>10</u> ans max                          |
| Emp.<br>min. 1 an     | Réclusion<br>10 à 15 ans  | Emp.<br><u>15</u> ans max                                    | Réclusion<br><u>15</u> ans max                          |
| Emp.<br>min. 1 an     | Réclusion<br>15 à 20 ans  | Emp.<br><u>20</u> ans max                                    | Réclusion<br><u>15</u> ans max                          |
| Emp.<br>min. 1 an     | Réclusion<br>20 à 30 ans  | Emp.<br><u>30 ans</u> max                                    | Réclusion<br><u>20</u> ans max                          |
| Emp.<br>min. 1 an     | Réclusion<br>à perpétuité | Emp.<br><u>40 ans</u> max                                    | Réclusion<br><u>30 ans</u> max                          |

La comparaison fait apparaître de nouvelles sources de discrimination. Ainsi, le prévenu qui, après avoir encouru une peine d'au moins un an d'emprisonnement, est renvoyé devant la cour d'assises du chef d'un crime correctionnalisable – mais non correctionnalisé – punissable d'une peine de réclusion de quinze à vingt ans, de vingt à trente ans ou de la réclusion à perpétuité, se trouve toujours dans une situation nettement plus favorable que s'il était renvoyé devant le tribunal correctionnel. En effet, par l'admission de circonstances atténuantes, la cour d'assises ne peut prononcer une peine supérieure, respectivement, à quinze, vingt et trente ans de réclusion, là où le tribunal peut le condamner à vingt, trente et quarante ans d'emprisonnement<sup>58</sup>. Conformément aux enseignements des arrêts n°s 193/2011 et 199/2011 de la Cour constitutionnelle, le juge correctionnel, confronté à cette situation, ~~doit~~ veiller à ne pas condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement dont la durée excède le maximum de la peine de réclusion qui aurait pu être imposée par la cour d'assises, ayant constaté des circonstances atténuantes.

<sup>58</sup> Voy. le tableau annexé à l'article de M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, «La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55bis: un nouvel essai manqué pour pallier les discriminations épinglées par la Cour constitutionnelle en matière de récidive», *op. cit.*, p. 492.

## B. Au niveau de l'exécution de la peine

Comme nous venons de le voir, le prévenu qui, après avoir été condamné à une peine d'au moins un an d'emprisonnement, est poursuivi devant la cour d'assises pour un crime non correctionnalisé, ne devrait pas voir son sort aggravé quant à la peine qu'il est susceptible d'encourir.

Qu'en est-il des modalités d'exécution de la peine dont les seuils d'admissibilité s'imposent au tribunal de l'application des peines aux termes de la loi du 17 mai 2006 ? Pour ne s'attacher qu'aux seuils d'admissibilité à la libération conditionnelle qui détermine, par ricochet, les seuils des autres modalités de la peine privative de liberté, rappelons qu'aux termes de l'article 25, § 2, de la loi du 17 mai 2006, le condamné délinquant primaire est admissible à la libération conditionnelle après avoir subi le tiers de sa peine tandis que le condamné en état de récidive légale ne l'est qu'après en avoir subi les deux tiers<sup>59</sup>.

Comme l'illustre le tableau 5, le prévenu qui, en état de récidive, est poursuivi devant la cour d'assises pour un crime punissable de moins de vingt ans de réclusion et est condamné à une peine de réclusion, voit sa situation empirée puisqu'il ne sera libérable qu'aux deux tiers de sa peine, contre un tiers avant l'entrée en vigueur de la loi. Vu la pratique généralisée de la correctionnalisation des crimes punis d'une réclusion inférieure à vingt ans, cette situation ne devrait pas être fréquente. Elle pose néanmoins la question de l'application de la loi pénale dans le temps, question sensiblement plus délicate s'agissant des modalités d'exécution de la peine. À la lumière de la jurisprudence européenne, la distinction radicale entre peine et modalités d'exécution tend néanmoins à s'estomper. La Cour énonce ainsi que « la distinction entre les deux n'est peut-être pas toujours nette en pratique »<sup>60</sup> et 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

<sup>59</sup> Sauf pour les condamnés à une peine privative de liberté de trente ans au minimum qui subissent des seuils d'admissibilité spécifiques (art. 25, § 2, c) à e), de la loi du 17 mai 2006).

<sup>60</sup> Cour. eur. D.H., arrêt *M. c. Allemagne*, 17 décembre 2009, § 121 ; arrêt *Kafkaris c. Chypre*, 12 février 2008, § 142.

aurait été modifiée *a posteriori*, et à leur détriment»<sup>61</sup>. Dans les différents arrêts que nous avons recensés, la Cour constitutionnelle a insisté sur le fait que la différence de traitement observée « a pour conséquence qu’il n’est pas garanti que l’échelle des peines est respectée au stade de l’exécution des peines »<sup>62</sup>. Nous devons donc considérer que, dans la mesure où l’application différenciée des seuils d’admissibilité à la libération conditionnelle a une incidence sur la durée de la peine à exécuter par le condamné, elle relève assurément de la matière pénale de sorte que, par application de l’article 2 du Code pénal, la loi du 5 mai 2019 ne peut rétroagir pour s’appliquer à des condamnations prononcées avant son entrée en vigueur.

Les autres cas de figure recensés au tableau 5 ne font pas apparaître de changement dans les seuils d’admissibilité à la libération conditionnelle. D’une part, parce que l’admission des causes d’excuse ou circonstances atténuantes autorise les juridictions correctionnelles ainsi que la cour d’assises à prononcer une peine correctionnelle et, dès lors, à admettre l’état de récidive par application de l’article 56 du Code pénal. D’autre part, parce que le prévenu, condamné à une peine supérieure à trente ans, qu’il s’agisse de l’emprisonnement ou de la réclusion, se trouve dans des seuils d’admissibilité spécifiques prévus à l’article 25, § 2, c) à e), de la loi du 17 mai 2006.

**Tableau 5. Comparaison seuils d’admissibilité à la libération conditionnelle en cas de condamnation par le tribunal correctionnel ou la cour d’assises (avant et après l’entrée en vigueur de la loi du 5 mai 2019)**

| Antécédent judiciaire | Nouvelle infraction   | Avant le 7 juin 2019                                                             | Après le 7 juin 2019                 |
|-----------------------|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------|
| Emp. min. 1 an        | Réclusion 5 à 10 ans  | 1/3 si <del>peine de</del> réclusion<br>2/3 si <del>peine</del> d’emprisonnement | 2/3 Peine Réclusion/ <del>Emp.</del> |
| Emp. min. 1 an        | Réclusion 10 à 15 ans | 1/3 si <del>peine de</del> réclusion<br>2/3 si <del>peine</del> d’emprisonnement | 2/3 Peine Réclusion/ <del>Emp.</del> |

<sup>61</sup> Cour. eur. D.H., arrêt *Del Rio Prada c. Espagne*, 21 octobre 2013, §§ 85 et 89. Voy. O. NEDERLANDT et Th. MOREAU, « Évolution dans le champ de l’exécution des peines depuis la loi pot-pourri II », in Chr. De Valkeneer et H.-D. Bosly, *La loi pot-pourri II. Un an après*, Bruxelles, Larcier, 2017, plus particulièrement, p. 345. La Cour de cassation a, quant à elle, considéré que la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère s’appliquait à la loi qui supprime la possibilité de prononcer le sursis : « Fixé par le juge, le sursis est une modalité d’exécution de la peine qui fait partie intégrante de celle-ci. La possibilité ou l’impossibilité légale d’en obtenir le bénéfice doit être prévisible au moment de l’infraction », Cass., 13 mai 2015, concl. Av. gén. LOOP, *Rev. dr. pén. crim.*, 2015, pp. 980 et s., note Fr. KUTY : « La mesure de sursis à l’exécution des peines et les règles de droit transitoire en matière pénale ».

<sup>62</sup> C.C., arrêt n° 15/2018 du 7 février 2018, cons. B.12.

|                   |                           |                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                         |
|-------------------|---------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Emp.<br>min. 1 an | Réclusion<br>15 à 20 ans  | 1/3 si <del>peine de</del> réclusion<br>2/3 si <del>peine</del><br><del>d'</del> emprisonnement                                                                                   | <b>2/3</b> Peine<br>Réclusion/Emp.                                                                                                                                                      |
| Emp.<br>min. 1 an | Réclusion<br>20 à 30 ans  | 1/3 si <del>peine de</del> réclusion<br>2/3 si <del>peine</del><br><del>d'</del> emprisonnement                                                                                   | 1/3 si <del>peine de</del><br>réclusion<br>2/3 si <del>peine</del><br><del>d'</del> emprisonnement                                                                                      |
| Emp.<br>min. 1 an | Réclusion<br>à perpétuité | 1/3 si <del>peine de</del> réclusion<br>2/3 si <del>peine</del><br><del>d'</del> emprisonnement<br>OU au minimum<br>15, 19 ou 23 ans<br>(si peine <del>supérieure à</del> 30 ans) | 1/3 si <del>peine de</del><br>réclusion<br>2/3 si <del>peine</del><br><del>d'</del> emprisonnement<br>OU au minimum<br>15, 19 ou 23 ans<br>(si peine <del>supérieure</del><br>à 30 ans) |

En revanche, l'application de la loi du 5 mai 2019 fait apparaître une nouvelle discrimination. Dans la mesure où les articles 54 à 55bis du Code pénal ne prévoient pas l'hypothèse de récidive de crime sur crime ou de crime sur délit, le prévenu poursuivi devant la cour d'assises, pour un crime emportant une peine supérieure à vingt ans de réclusion et condamné à une peine de réclusion, ne peut être condamné en état de récidive, nonobstant l'existence d'une condamnation antérieure à une peine correctionnelle ou criminelle. Ce prévenu peut dès lors prétendre être admissible à la libération conditionnelle au tiers de sa peine<sup>63</sup>. En revanche, le prévenu qui a commis un crime emportant une peine inférieure à vingt ans de réclusion peut être condamné en état de récidive, qu'il soit poursuivi devant le tribunal correctionnel<sup>64</sup> ou la cour d'assises, de sorte qu'il ne peut solliciter la libération qu'aux deux tiers de sa peine. Au risque de subir une privation de liberté de plus longue durée, il convient d'appliquer ici aussi les enseignements tirés des arrêts n° 185/2014, n° 102/2017 et 18/2018 de la Cour constitutionnelle.

Enfin, la nouvelle loi risque d'avoir un impact considérable sur la population pénitentiaire. En effet, tous les récidivistes – que la récidive légale ait ou non été constatée dans leur chef – relèvent aujourd'hui, à la suite de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, de la règle générale applicable en matière de

<sup>63</sup> Sauf si la peine privative de liberté prononcée est supérieure à trente ans, auquel cas le régime d'exception, prévu à l'article 25, § 2, c) à e), de la loi du 17 mai 2006 s'applique, que la peine ait été prononcée par le tribunal correctionnel ou par la cour d'assises. Voy. les exemples cités par M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La loi du 5 mai 2019 insérant dans le Code pénal un article 55bis : un nouvel essai manqué pour pallier les discriminations épinglées par la Cour constitutionnelle en matière de récidive », *op. cit.*, p. 491.

<sup>64</sup> L'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes autorise, dans certains cas, la correctionnalisation de crimes emportant une peine de réclusion supérieure à vingt ans.

libération conditionnelle (soit un tiers de la peine, sauf régime d'exception)<sup>65</sup>. Au risque de se répéter, vu la correctionnalisation massive des crimes, la majorité des récidives constatées par les cours et tribunaux sont des récidives de délit (ou crime correctionnalisé) sur délit (ou crime correctionnalisé). À défaut de discrimination entre le prévenu poursuivi devant le tribunal correctionnel et la cour d'assises quant à l'état de récidive, la loi du 5 mai 2019 ressuscite le seuil des deux tiers. Reporter la date d'admissibilité aux deux tiers ne peut cependant qu'empirer la situation des détenus. Vu le retard accumulé par le service psychosocial, les condamnés ne sont que rarement libérés aux deux tiers de leur peine et opèrent souvent un calcul coût-bénéfice pour décider « d'aller à fond de peine »<sup>66</sup> (*pourquoi accepter dix ans de conditionnelle si je n'ai plus que deux ans fermes à purger ?*, résume le dilemme auquel les condamnés sont confrontés). Les chiffres récents de la Direction générale des Établissements pénitentiaires montrent que sur dix ans (2007-2017), les condamnés allant jusqu'à la fin de leur peine, sont passés de 420 à 812, soit une augmentation de près de 50%.

## Section 7

### Quelques pistes de solution

Dès l'adoption du Code pénal, l'idée que la récidive est la mesure de l'efficacité du système pénal a été relativisée : « Au point de l'utilité, la récidive est un grave symptôme de l'inefficacité de la loi répressive sur le condamné. Assurément, le législateur n'a point la prétention d'édicter une répression complètement efficace même à l'égard du délinquant. Une telle perfection dans les lois supposerait l'amendement possible de toutes les perversités, de tous les vices, de tous les tempéraments et la toute-puissance législative sur le présent et sur l'avenir, espérances évidemment chimériques »<sup>67</sup>. Le paradoxe est, qu'à cet échec du pénal que souligne la récidive (inefficacité de la première condamnation), on répond par un alourdissement de la répression : aggravation de la peine, mise à la disposition du tribunal de l'application des peines, période de sûreté, révocation

<sup>65</sup> Voy. *supra*, la jurisprudence citée de la Cour de cassation et des tribunaux de l'application des peines. Voy. aussi O. NEDERLANDT et Th. MOREAU, « Évolution dans le champ de l'exécution des peines depuis la loi pot-pourri II », *op. cit.*, plus particulièrement pp. 328 à 341. Il convient cependant de souligner que, dans la pratique, aucun condamné n'est libéré au tiers de sa peine, le dossier étant souvent incomplet lorsqu'il arrive devant le TAP, à défaut de contenir le rapport du service psychosocial (SPS) évaluant notamment le risque de récidive. Une étude de l'Institut national de criminalistique et de criminologie (INCC) démontre d'ailleurs que la libération conditionnelle n'intervient généralement pas avant quatorze mois : E. MAES et C. TANGE, « Langgestrafte veroordeelden in de SURB-wachtkamer voor voorwaardelijke invrijheidstelling : "En attendant Godot" ? », in K. Beyens, T. Daems et E. Maes (éd.), *Exit gevangenis ? Werking van de strafuitvoeringsrechtbanken en de wet op de externe rechtspositie van gevangenen*, coll. Panopticon Libri, n° 6, Anvers, Maklu, 2014, pp. 97-131.

<sup>66</sup> Argot de détenus pour désigner la fin de leur peine.

<sup>67</sup> Code pénal, Rapport fait au nom de la Commission par A. Roussel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1850-1851, séance du 2 juillet 1851, n° 245, p. 37. Voy. aussi, P. LANDREVILLE, « La récidive dans l'évaluation des mesures pénales », *Déviance et société*, 1982, pp. 375 et s.

de la suspension du prononcé ou du sursis, durcissement des conditions pour obtenir la réhabilitation, report de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle. Comme le soulignent Chauveau et Hélie, «il y a dérision à dire que la récidive doit être punie plus sévèrement parce qu'elle démontre l'impuissance d'une première correction»<sup>68220</sup>. Or, une étude récente de l'Institut national de criminalistique et de criminologie (INCC) démontre que le taux de récidive est plus élevé auprès des personnes ayant été condamnées à une peine privative de liberté<sup>69</sup>.

Dans la mesure où les discriminations soulevées par la Cour constitutionnelle concernent tant le mécanisme de la récidive que celui de la correctionnalisation, plusieurs solutions sont envisageables<sup>70</sup>.

Premièrement, on pourrait supprimer la récidive prévue au livre 1<sup>er</sup> du Code pénal (récidive générale) pour la limiter aux infractions du livre 2 (récidive spéciale). C'est l'option préconisée par l'Avant-projet de Code pénal du Commissaire Robert Legros qui, en vue de simplifier la matière et pour prendre en compte les données criminologiques, proposait déjà, en 1985, de limiter la récidive punissable aux seuls cas d'infractions «du même type de délinquance» et de rendre l'aggravation de la peine toujours facultative<sup>71</sup>.

C'est aussi l'idée avancée par la Commission de réforme du droit pénal, en 2016, qui estime qu'il y a lieu de modifier les règles relatives à la récidive, dans la mesure où il n'existe aucune étude scientifique démontrant que les récidivistes doivent être punis plus sévèrement. En effet, «il est impossible de justifier une peine plus grave lorsque l'on ne peut motiver l'objectif poursuivi par la sanction». Or, les recherches en la matière démontrent que «des peines plus lourdes ne préviennent pas la rechute criminelle» et que «les personnes condamnées à une peine privative de liberté présentent [...] un risque de récidive plus élevé que les autres»<sup>72</sup>. Le nouveau régime prévu en matière de récidive rencontre les fondements de la réforme (précision, cohérence et simplicité) et répond aux objectifs de la peine prônés par le projet : non un esprit de vengeance tourné vers le passé, mais une rétribution juste et proportionnée tournée vers l'avenir. Sur la base de ces prémisses, la Commission de réforme du droit pénal simplifie grandement les règles relatives à la récidive en stipulant que «dans les cas prévus par la loi, la peine prévue pour une infraction peut être aggravée vers une

<sup>68</sup> 220. A. CHAUXEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 2<sup>e</sup> éd. belge annotée par J.S.G. NYPELS, 2 t., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1859, n° 455, note 2).

<sup>69</sup> B. MINE et L. ROBERT, «La récidive après une décision judiciaire. Des chiffres nationaux sur la base du Casier judiciaire central», INCC, 2015 (rapport consultable sur <http://incc.fgov.be>).

<sup>70</sup> Voy., sur ce point, M. BOUHON, «La récidive en matière de libération conditionnelle : le compte à rebours est lancé!», *op. cit.*, p. 283.

<sup>71</sup> Ainsi, par exemple, une rébellion après des outrages à l'autorité ou un viol après des coups et blessures volontaires, R. LEGROS (Commissaire royal à la réforme du Code pénal), *Avant-projet de Code pénal*, Ministère de la Justice, M.B., 1985, pp. 47-48 (art. 146) et exposé des motifs, p. 165.

<sup>72</sup> J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, *Commission de réforme du droit pénal – Proposition d'avant-projet de livre 1<sup>er</sup> du Code pénal*, *op. cit.*, pp. 150-153.

peine du niveau immédiatement supérieur si au moment de la commission de l'infraction cinq années ne se sont pas encore écoulées à compter du jour où la condamnation précédente est passée en force de chose jugée. Le délai de cinq ans est toutefois prolongé de la durée pendant laquelle la peine d'emprisonnement se trouve exécutée à l'exception de la période de libération anticipée». Selon l'exposé des motifs, cette dernière formulation « permet de faire débiter le délai de cinq ans soit à partir du jour où la condamnation a acquis force de chose jugée ou – dans l'hypothèse d'une privation de liberté effective – à partir de la libération »<sup>73</sup>. Le délai de cinq ans est inspiré du droit néerlandais, mais, contrairement à ce dernier où la peine précédente doit être une peine correctionnelle, la récidive s'applique ici quelle que soit la nature de la peine précédemment infligée<sup>74</sup>. Le système d'aggravation de la peine permet de prononcer une peine d'emprisonnement plus lourde, mais également d'opter pour une sanction alternative<sup>75</sup>. La récidive prévue par la Commission est ainsi toujours facultative (l'aggravation de la peine n'est jamais une obligation pour le juge), temporaire (l'écoulement du délai de cinq ans prescrit l'état de récidive) et spéciale (uniquement dans les cas prévus par la loi et à condition qu'il existe un lien entre la condamnation antérieure et la nouvelle infraction)<sup>76</sup>.

Une option plus radicale pourrait consister à supprimer toute forme de récidive dans le Code pénal, en laissant le soin au tribunal de l'application des peines, davantage outillé que les juridictions de fond, d'évaluer le degré de dangerosité et les chances de réinsertion sociale pour décider de la libération d'un condamné avant le terme de sa peine.

Une autre solution réside dans la suppression du mécanisme de la correctionnalisation, en ce qu'il est susceptible d'induire des différences de traitement selon que le crime est déféré au tribunal correctionnel ou renvoyé aux assises<sup>77</sup>. Ici aussi, la Commission de réforme du droit pénal prône l'abandon du système de la correctionnalisation, jugé inutile, complexe, peu cohérent et artificiel. « D'abord, durant le procès pénal, le rattachement d'une infraction à une catégorie est provisoire dès lors que la nature de l'infraction peut se trouver modifiée par l'effet des circonstances atténuantes ou de certaines causes d'excuse (atténuantes). Un crime correctionnalisé devient un délit [...]. La nature

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 156. Les idées de la Commission de réforme du droit pénal, concernant la récidive, ont été reprises dans une proposition de loi, devenue caduque, à la fin de la législature, Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal – livre 1 et livre 2 (déposée par Raf Terwingen et Sonja Becq (CD&V)), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3651/001 (art. 61).

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>77</sup> Dans son « rapport sur les principales orientations de la réforme » de 1979, la Commission pour la révision du Code pénal affirmait déjà que « la division tripartite des infractions établie en fonction de critères quantitatifs est une des positions les plus contestées du droit pénal classique », Commission pour la révision du Code pénal, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, [Bruxelles], Ministère de la Justice, juin 1979, p. 36. Pour plus de précisions, voy. Chr. GUILLAIN et Fr. BARTHOLEYS, « La division tripartite des infractions en question », *J.T.*, 2010, n° 6413, pp. 654-658.

de l'infraction est ainsi déterminée en fin de course par la peine irrévocable prononcée dans le jugement définitif (peine *in concreto* et non peine *in abstracto*). Entre-temps règne une insécurité juridique quant à la nature définitive de l'infraction. Durant la procédure, la classification de l'infraction en contravention, délit ou crime n'est donc que provisoire. Or, l'on sait que pour la toute grande majorité des crimes [...], la correctionnalisation est systématique. Enfin, cette classification reposant sur le critère de la gravité théorique de la peine peut devenir purement artificielle en cas de correctionnalisation d'un crime : ainsi, en théorie, une peine de réclusion constitue une peine plus grave qu'une peine correctionnelle mais sur le plan pratique, il est évident qu'une peine de réclusion de cinq ans prononcée par la cour d'assises pour un crime non correctionnalisé est une peine plus légère qu'une peine correctionnelle de vingt ans d'emprisonnement prononcée par le tribunal correctionnel pour un crime correctionnalisé<sup>78</sup>.

Dans l'attente d'une réforme en profondeur du système actuel, la solution la plus pragmatique consiste à pérenniser la situation de fait engendrée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – et dont personne ne se plaint sur le terrain – permettant de gommer toute différence de traitement entre les condamnés primaires et secondaires quant aux seuils d'admissibilité des modalités d'exécution des peines privatives de liberté. La Commission Holsters avait remis en cause la pertinence de la distinction entre délinquants primaires et récidivistes au motif que la situation de récidive est déjà prise en compte au niveau de la fixation de la peine, qu'il incombe au tribunal de l'application des peines d'évaluer, au cas par cas, le risque de récidive et, enfin, que la majorité des libérations intervient via le régime de la libération provisoire qui n'opère aucune distinction entre condamnés primaires et secondaires<sup>79</sup>.

## Conclusion

L'absence de récidive de crime sur délit dans le Code pénal n'a jamais empêché les cours et tribunaux de prononcer la peine maximale à l'encontre d'un individu poursuivi pour la commission d'un crime, ni de le mettre à la disposition du gouvernement et, ensuite, du tribunal de l'application des peines<sup>80</sup>

<sup>78</sup> J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, *Commission de réforme du droit pénal – Proposition d'avant-projet de livre 1<sup>er</sup> du Code pénal*, op. cit., p. 39, note de bas de page 21.

<sup>79</sup> Commission «Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine», dite Commission Holsters, chargée d'élaborer un avant-projet de loi portant sur le statut juridique externe des condamnés et les tribunaux de l'application des peines, Rapport final (non publié), première partie, pp. 66-67. Voy. aussi le Rapport final de la Commission «Loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus», dite Commission Dupont, qui considère que le caractère de remède ultime doit non seulement jouer dans le choix et le degré, mais également au niveau de l'exécution de la peine privative de liberté, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 50-1076/001, p. 408.

<sup>80</sup> Art. 34bis et s. C. pén.

ou encore, depuis peu, d'assortir sa peine d'une période de sûreté<sup>81</sup>. L'absence d'aggravation de la peine au stade du jugement est par ailleurs largement compensée par les modalités différenciées au stade de l'exécution des peines.

En méconnaissance totale des réalités de terrain, plusieurs députés tentèrent d'inverser la tendance au motif, notamment, que «la récidive est bien trop peu et trop légèrement sanctionnée dans notre pays»<sup>82</sup>. Le gouvernement tentera également sa chance<sup>83</sup>, mais toutes les initiatives visant à introduire la récidive de crime sur délit furent vouées à l'échec. Tout au plus, concéda-t-on quelques modifications à la procédure de libération conditionnelle.

Entre-temps, les différentes réformes visant à allonger la liste des crimes pouvant être correctionnalisés augmentèrent considérablement les peines pouvant être prononcées par les juridictions correctionnelles. Ainsi, entre 2009 et 2016<sup>84</sup>, le taux de l'emprisonnement correctionnel est passé d'un maximum de dix à quarante ans d'emprisonnement, permettant au tribunal correctionnel, en cas de récidive, de prononcer des peines démesurées, bien au-delà de celles que la cour d'assises pouvait infliger, même après admission de circonstances atténuantes. À défaut pour le législateur de donner un grand coup de balai dans la fourmilière pénale, il était dès lors inévitable que la Cour constitutionnelle soit amenée à se pencher sur cet imbroglio juridique, source de discriminations.

Dans les différents arrêts examinés dans la présente contribution, la Cour constitutionnelle ne reprochera pas au législateur l'absence de récidive de crime sur délit dans le Code pénal, rappelant, au contraire, la philosophie qui a animé les rédacteurs du Code pénal en 1867 : l'absence d'aggravation de la peine liée à l'état de récidive de crime sur délit est justifiée par les peines suffisamment lourdes que l'auteur d'un crime est susceptible d'encourir.

Dans un contexte politique marqué avant tout du sceau de la répression, les partis de la majorité ne s'attacheront pas aux détails, voyant dans la position de la Cour, l'occasion rêvée d'enfin corriger «l'incohérence» du législateur, sans réfléchir plus en avant au sens et aux objectifs de la peine, aux conséquences que l'état de récidive est susceptible d'induire sur le sort du condamné et sur l'état de la surpopulation carcérale, sur la balance à opérer entre désir de vengeance et souci d'amendement. Au risque d'être taxée de douce rêveuse, on ose encore penser que le législateur a fait preuve de maladresse ou n'a pas mesuré, dans la précipitation ou l'inconscience, la mesure d'une telle réforme.

<sup>81</sup> Art. 195 C.i.cr.

<sup>82</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-0572/001, p. 3. Voy., aussi, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1556/001, p. 3.

<sup>83</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 52-1190/001 ; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 53-2603/001.

<sup>84</sup> Voy. la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la cour d'assises et la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (loi dite «pot-pourri II»).

Le résultat n'en est pas moins affligeant au point qu'il est difficile d'en faire le résumé au terme de cette contribution. La compréhension de la portée et des conséquences de la loi du 5 mai 2019 sur la fixation et l'exécution des peines privatives de liberté relève de la haute voltige juridique, nécessitant de jongler avec les différentes peines susceptibles d'être prononcées par les cours et tribunaux, en tenant compte des mécanismes de la correctionnalisation et de la récidive, sans oublier la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et l'interdiction de l'application rétroactive de la loi pénale. Passé le stade de la compréhension, il faut encore constater que la nouvelle loi crée des problèmes de discrimination, là où elle était censée les résoudre. Il y a dès lors fort à parier que la Cour constitutionnelle sera, une nouvelle fois, amenée à recadrer le législateur.

Pourtant, face à la difficulté, voire l'impossibilité de justifier rationnellement l'aggravation de la peine en cas de récidive, des solutions existent qu'il s'agisse notamment – mais pas uniquement – des propositions formulées par la Commission de réforme du Code pénal.

Dans l'attente de connaître les intentions du prochain gouvernement fédéral, nous nous contenterons de rappeler la sagesse des propos tenus par les rédacteurs du Code pénal quand ils décidèrent de rendre l'aggravation de la peine, liée à l'état de récidive, facultative : « la magistrature belge usera de cette latitude avec la sobriété qui fait la force des institutions pénales »<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Code pénal, Rapport fait au nom de la Commission par A. Roussel, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1850-1851, séance du 2 juillet 1851, n° 245, p. 43.