

LE CONGÉ PÉNITENTIAIRE ET LA PERMISSION DE SORTIE : DES COMPÉTENCES INTÉGRALEMENT LIÉES DU MINISTRE DE LA JUSTICE ?

Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation n° C.12.0291.F/1
du 15 novembre 2013

par

Bernard BLERO
Docteur en droit de l'Université Libre de Bruxelles

et

Youri MOSSOUX
Assistant à l'Université Libre de Bruxelles, à l'Université Saint-Louis
et à l'Université de Mons

– ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION DU 15 NOVEMBRE 2013, C.12.0291.F

Ch. Storck (prés.), D. Batselé, A. Fettweis, P. De
Wadripont, M. Lemal, A. Simon
Plaid. : M^e J. Oosterbosch et M^e M. Mahieu
Av. gén. : Th. Werquin
e.c. : M.M. c. État belge

**Contentieux administratif – Répartition des
compétences entre les cours et tribunaux et
le Conseil d'État – Notion de droit subjectif
– Permission de sortie et congé pénitentiaire –
« Appréciation » des conditions à réunir
– Compétence liée**

*En vertu de l'article 144 de la Constitution,
les cours et tribunaux connaissent de la demande
d'une partie fondée sur un droit subjectif. L'exis-
tence de pareil droit suppose que la partie deman-
deresse fasse état d'une obligation déterminée
qu'une règle de droit objectif impose directement
à un tiers et à l'exécution de laquelle cette partie
a un intérêt. Pour qu'une partie puisse se préva-
loir d'un tel droit à l'égard de l'autorité, il faut
que la compétence de cette autorité soit liée.*

*Les articles 5 et 7 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, fixent les condi-
tions pour obtenir respectivement une permission
de sortie et un congé pénitentiaire. Nonobstant la*

*condition selon laquelle il ne peut exister, dans
le chef du condamné, de contre-indications aux-
quelles la fixation de conditions particulières
ne puisse répondre (portant sur le risque que le
condamné se soustraie à l'exécution de sa peine,
sur le risque qu'il commette des infractions graves
pendant la permission de sortie ou sur le risque
qu'il importune les victimes), il suit de ces dispo-
sitions que, lorsque toutes les conditions prévues
par la loi sont réunies, le ministre de la Justice ou
son délégué sont tenus d'accorder la permission
de sortie ou le congé pénitentiaire demandé par le
condamné. Leur compétence est liée.*

*
* *

EXTRAITS DE L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION

« I. LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR

*Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'ar-
rêt rendu le 23 juin 2011 par la cour d'appel de
Bruxelles.*
(...)

III. LA DÉCISION DE LA COUR

Quant à la première branche :

*1. Aux termes de l'article 144 de la Constitu-
tion, les contestations qui ont pour objet des droits*

civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.

Les cours et tribunaux connaissent de la demande d'une partie fondée sur un droit subjectif.

L'existence de pareil droit suppose que la partie demanderesse fasse état d'une obligation déterminée qu'une règle de droit objectif impose directement à un tiers et à l'exécution de laquelle cette partie a un intérêt.

Pour qu'une partie puisse se prévaloir d'un tel droit à l'égard de l'autorité, il faut que la compétence de cette autorité soit liée.

2. Aux termes de l'article 5 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, la permission de sortie est accordée à condition 1° que le condamné soit dans les conditions de temps visées à l'article 4, §§ 2 et 3 ; 2° qu'il n'existe pas, dans le chef du condamné, de contre-indications auxquelles la fixation de conditions particulières ne puisse répondre ; ces contre-indications portent sur le risque que le condamné se soustraie à l'exécution de sa peine, sur le risque qu'il commette des infractions graves pendant la permission de sortie ou sur le risque qu'il importune les victimes ; 3° que le condamné marque son accord aux conditions qui peuvent être attachées à la permission de sortie en vertu de l'article 11, § 3.

L'article 7 de la même loi dispose que le congé pénitentiaire est accordé à tout condamné qui satisfait aux conditions suivantes : 1° le condamné se trouve dans l'année précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle ; 2° il n'existe pas, dans le chef du condamné, de contre-indications auxquelles la fixation de conditions particulières ne puisse répondre ; ces contre-indications portent sur le risque que le condamné se soustraie à l'exécution de sa peine, sur le risque qu'il commette des infractions graves pendant le congé pénitentiaire ou sur le risque qu'il importune les victimes ; 3° le condamné marque son accord aux conditions qui peuvent être attachées au congé pénitentiaire en vertu de l'article 11, § 3.

3. Il suit de ces dispositions que, lorsque toutes les conditions prévues par la loi sont réunies, le ministre de la Justice ou son délégué sont tenus d'accorder la permission de sortie ou le congé pénitentiaire demandé par le condamné.

La circonstance que l'une des conditions charge le ministre ou son délégué d'apprécier s'il n'existe pas dans le chef du condamné de contre-indications précisées par la loi et, dans l'affirmative, si des conditions particulières sont

susceptibles d'y répondre, ne confère pas au ministre un pouvoir discrétionnaire lui permettant de refuser la demande.

Partant, la compétence de l'autorité saisie d'une demande de permission de sortie ou de congé pénitentiaire est liée.

4. En considérant que la loi du 17 mai 2006 "ne confère pas à la demanderesse le droit subjectif d'obtenir du ministre ou de son délégué l'octroi de la permission de sortie et du congé pénitentiaire qu'elle demande", l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision de déclarer le premier juge et la cour d'appel sans pouvoir de juridiction pour connaître des demandes formulées par la demanderesse.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

(...)

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il reçoit l'appel principal ;

(...) ».

*

* *

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL THIERRY WERQUIN

Le moyen, en sa première branche.

A. PRINCIPES

1.

Dans les conclusions précédant un arrêt de la Cour du 8 mars 2013¹, je considérais, notamment, ce qui suit :

1.1.

Aux termes de l'article 144 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.

Aux termes de l'article 145 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi.

En vertu de l'article 14, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif du Conseil d'État statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes, soit substan-

¹ Cass., 8 mars 2013, RG C.12.0424.F, Juridat.

tielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives ainsi que contre les actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes.

La règle fondamentale à appliquer pour la solution du problème de la répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et le Conseil d'État lorsque aucune disposition légale spéciale n'a organisé devant les juridictions judiciaires un autre recours contentieux de nature à aboutir à un résultat équivalent à celui du recours en annulation devant le Conseil d'État est que la section du contentieux administratif du Conseil d'État est incompétente lorsque le recours en annulation a pour objet véritable et direct de soulever une contestation soit sur des droits civils, soit sur des droits politiques sauf, en ce qui concerne ces derniers, si une juridiction non judiciaire s'est vu attribuer par ou en vertu de la loi la compétence de connaître de la contestation².

La Cour a, ainsi, dans un arrêt du 16 janvier 2006, décidé que cette compétence est déterminée par l'objet véritable et direct de la contestation³.

Selon la théorie de l'objet véritable et direct du recours, le Conseil d'État doit se déclarer incompétent lorsque le requérant, par le truchement d'un recours en annulation dirigé contre un acte administratif de portée individuelle, demande en réalité de juger que l'administration doit respecter un droit subjectif qu'il détient contre elle⁴.

Pour qualifier l'objet du recours présenté devant lui, le Conseil d'État ne peut donc avoir égard à l'objet formel du recours. Il doit, au contraire, qualifier l'objet du recours au regard des règles fondamentales établies par la Constitution pour répartir les attributions juridictionnelles. Cet objet ainsi qualifié est l'objet véritable du recours⁵.

Dans un arrêt du 5 février 1993⁶, la Cour a, en outre, considéré que la circonstance que l'annulation aurait des répercussions sur la situation des requérants en ce qui concerne quelque droit civil ou politique n'exclut pas cette compétence.

Pour qu'une partie puisse se prévaloir d'un tel droit à l'égard de l'autorité administrative, il faut que la compétence de cette autorité soit complètement liée, de sorte que celle-ci ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation⁷.

Une requête portée devant le Conseil d'État n'a pour objet véritable une contestation portant sur un droit subjectif qu'autant que sont réunies deux conditions : il faut, en premier lieu, que l'acte attaqué consiste dans le refus d'une autorité administrative d'exécuter une obligation correspondant à un droit subjectif dont le requérant se prétend titulaire⁸.

Cette condition n'est remplie que dans la seule hypothèse où la compétence de l'administration est entièrement liée. Si elle jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire, l'administré ne pourrait, par l'exercice d'une action juridictionnelle, exiger de l'administration un comportement déterminé que le droit objectif mettrait à sa charge ; il n'est titulaire que d'un simple intérêt et le Conseil d'État est toujours compétent pour en connaître⁹.

Le Conseil d'État est incompétent pour connaître du recours en annulation du refus de l'administration d'accorder un avantage quelconque au requérant, lorsque celui-ci soutient qu'il satisfait aux conditions requises pour l'obtenir et, ainsi, soulève un litige qui a pour objet direct un droit subjectif à l'obtention d'un avantage¹⁰.

Au contraire, le Conseil d'État est compétent lorsque la naissance du droit à l'avantage est subordonnée à une décision préalable et discrétionnaire de l'administration¹¹.

² MATHY, « Étendue des pouvoirs du juge à l'égard des décisions prises par une autorité administrative en matière de sécurité sociale », *J.L.M.B.*, 2005, p. 329 : Dans le cas de compétence liée, le droit impose à l'autorité de donner un contenu prédéfini, déterminé uniquement par la réunion de conditions objectives portées par la réglementation, ce qui permet de qualifier la décision de « déclarative de droit ». L'autorité administrative exerce une compétence discrétionnaire quand, en présence de circonstances de fait données, elle demeure libre de choisir entre plusieurs contenus également admissibles au point de vue juridique, bref quand elle est souverain juge de l'opportunité des exigences de l'intérêt public. La décision de l'administration modifie alors l'ordonnancement juridique, elle est « constitutive de droit ».

³ SALMON, JAUMOTTE et THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, 2012, pp. 489 et s.

⁴ SALMON, JAUMOTTE et THIBAUT, *op. cit.*, pp. 489 et s. ; BLERO, *op. cit.*, p. 440 : Pour déterminer si une compétence est intégralement liée ou partiellement discrétionnaire, il s'impose d'avoir égard à deux critères : le caractère obligatoire ou facultatif de la compétence et la nature objective ou appréciative des conditions de mise en œuvre de la compétence.

⁵ C.E. n° 135.759, *Denis*, du 5 octobre 2004 : Le déclinatoire de compétence est fondé dès lors qu'aucun moyen n'est dirigé contre la décision de placer le requérant en congé précédant la retraite, que le requérant se borne à demander l'annulation de l'acte attaqué en tant que son traitement d'attente est fixé sur la base de soixantièmes et non de cinquantièmes, que toute autorité administrative, lorsqu'elle fixe le statut pécuniaire de ses agents, fait usage de son pouvoir d'appréciation, que, toutefois, ce statut crée dans le chef desdits agents un droit subjectif au traitement, qu'il y va d'une contestation relative à un droit civil et que les contestations relatives à ce droit sont de la compétence exclusive des juridictions judiciaires.

¹¹ SALMON, *op. cit.*, p. 256.

1.2.

Dans l'arrêt précité du 8 mars 2013¹², la Cour a considéré que :

Aux termes de l'article 144 de la Constitution, les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.

En vertu de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973, la section d'administration du Conseil d'État statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes, soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives.

Cette compétence est déterminée par l'objet véritable et direct du recours en annulation.

Les cours et tribunaux connaissent de la demande d'une partie fondée sur un droit subjectif.

L'existence de pareil droit suppose que la partie demanderesse fasse état d'une obligation juridique déterminée qu'une règle du droit objectif impose directement à un tiers et à l'exécution de laquelle cette partie a un intérêt.

Pour qu'une partie puisse se prévaloir d'un tel droit à l'égard de l'autorité administrative, il faut que la compétence de cette autorité soit liée.

1.3

a.

Dans les conclusions précédant un arrêt de la Cour du 20 décembre 2007¹³, je considérais, notamment, ce qui suit :

Lorsque la modification de la position administrative d'un agent est subordonnée à la réalisation de conditions prévues par une norme, l'administration ne dispose pas d'une compétence discrétionnaire ; sa compétence est liée, même si la confrontation du fait à la norme suppose une part d'appréciation, laquelle n'autorise aucun choix en opportunité ; le contrôle marginal permet d'examiner si l'administration a pu déduire légalement les conséquences juridiques des constatations de fait qu'elle a relevées.

S'agissant de l'application de l'article 9 de l'arrêt royal du 18 janvier 1974 pris en application de l'article 164 de l'arrêt royal du 22 mars 1969 fixant le statut des membres du personnel directeur et enseignant, du personnel auxiliaire d'éducation, du personnel paramédical des établissements gardien, primaire, spécial, moyen, technique, artistique et normal de l'État, des internats dépendant de ces établissements et des membres du personnel du service d'inspection chargé de la

surveillance de ces établissements, en vertu duquel le membre du personnel visé à l'article premier, définitif ou stagiaire, se trouve de plein droit en disponibilité lorsqu'il est absent pour cause de maladie ou d'infirmité après avoir atteint la durée maximum des congés qui peuvent lui être accordés pour cette raison, l'autorité administrative ne dispose pas, pour décider de manière préalable si le membre du personnel est absent pour cause de maladie ou d'infirmité après avoir atteint la durée maximum des congés qui peuvent lui être accordés pour cette raison, d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour apprécier les éléments de fait à l'origine de l'absence de manière à en qualifier la cause et la nature, de sorte qu'elle exerce une compétence liée.

Lorsque, dans le cadre de la décision préalable de l'administration portant sur la réunion, dans le chef du membre du personnel, de la condition prévue à l'article 9 de l'arrêt royal du 18 janvier 1974, l'administration examine la cause des absences de celui-ci, afin de leur donner une qualification, en vue de déterminer, en cas d'absence pour cause de maladie ou d'infirmité, s'il a atteint la durée maximum des congés qui peuvent lui être accordés pour cette raison, la compétence de l'administration est liée, partant, la décision de placer le membre du personnel en disponibilité est une décision déclarative de droit et non constitutive de droit.

Dans l'arrêt précité, la Cour a considéré que la compétence de l'administration de statuer sur la réunion des conditions prévues à l'article 9 de l'arrêt royal du 18 janvier 1974 est liée dès lors que seule est correcte la qualification des absences du membre du personnel qui est conforme aux dispositions légales et réglementaires qui en définissent le caractère.

b.

Dans les conclusions précédant l'arrêt de la Cour du 8 mars 2013, je considérais, notamment, ce qui suit :

Il ressort de l'analyse de l'article 42 de la loi du 1^{er} août 1985 portant des mesures fiscales et autres, qui prévoit l'octroi, en temps de paix, d'une indemnité pour dommage moral à certaines personnes qui sont contraintes de quitter définitivement le service pour inaptitude physique, lorsque le dommage résulte d'actes intentionnels de violence lors de l'exécution d'une mission de police, pour autant que le dommage ait été causé lors de l'exercice de leurs fonctions, que le demandeur voit son pouvoir d'appréciation limité à deux options : l'octroi ou le refus de l'indemnité spéciale dès lors que le défendeur répond ou

¹² Dans le même sens : Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, n° 655.

¹³ Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 655.

non aux conditions légalement déterminées ; une seule solution est légale, celle qui coïncide avec la volonté exprimée dans le texte créateur du droit en litige. Le ministre saisi d'une demande d'indemnité spéciale ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire, mais seulement de celui de vérifier si le défendeur remplit les conditions fixées par la loi. L'interprétation à laquelle il doit se livrer est la recherche de l'intention du législateur et non celle qui, à son estime, correspond le mieux à l'intérêt de la chose publique¹⁴.

Dans l'arrêt précité, la Cour a considéré que les conditions de l'octroi de l'indemnité pour dommage moral sont entièrement définies par le législateur, à savoir dans l'espèce, 1° le fait que l'agent soit décédé ou contraint de quitter définitivement le service pour inaptitude physique, 2° l'existence d'un acte intentionnel de violence subi par l'agent ou l'explosion d'un engin de guerre ou piégé et 3° un rapport entre la cause du dommage et l'exercice de certaines fonctions, telles les fonctions de police exercées par l'agent victime de cet acte, que l'administration qui est saisie d'une demande d'indemnité ne peut que constater que ces conditions légales sont ou non réunies et ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et que la compétence de l'autorité administrative est, en l'occurrence, entièrement liée et interdit la moindre parcelle d'appréciation.

1.4.

En considérant que la contestation porte sur un droit subjectif dès que la compétence de l'autorité administrative est liée, la Cour ne se limite pas à examiner si l'acte attaqué consiste en un refus d'exécuter une obligation correspondant à un droit subjectif, mais vérifie quelle est la critique formulée par le requérant contre la décision de l'autorité administrative, partant, quelle est la norme dont le requérant invoque la violation et si cette norme fonde ou non l'existence du droit subjectif.

L'invocation d'une norme dont le requérant affirme qu'elle impose une obligation corrélative à un droit subjectif suppose nécessairement l'examen de la norme sous l'angle de la compétence liée ou non de l'autorité administrative.

Si le requérant attaque un refus de satisfaire un droit civil en invoquant un moyen étranger à l'existence de ce droit, ou si le moyen invoque la violation d'une norme qui n'impose pas une compétence liée à l'autorité administrative, le Conseil d'État sera seul compétent pour en connaître.

Dans un arrêt du 28 janvier 1986, le Conseil d'État a, ainsi, considéré qu'il est incompétent

en raison de l'existence d'un litige portant sur un droit subjectif dès lors que, d'une part, l'acte attaqué consiste dans le refus de l'administration d'exécuter une obligation qui répond à un droit subjectif et que, d'autre part, le moyen invoqué est pris de la méconnaissance de la règle de droit qui établit l'obligation susvisée ; comme le requérant invoquait la méconnaissance de ses droits acquis, le Conseil d'État a pu considérer que le moyen n'était pas pris de la violation de la règle de droit qui établit une obligation à charge de l'administration, partant, qu'il était compétent¹⁵.

2.

L'arrêt constate que la demanderesse « a introduit plusieurs demandes de permissions de sortie et de congés pénitentiaires qui ont été rejetées par le ministre de la Justice », que « le 2 (...) juillet 2010, elle a (...) formé de nouvelles demandes pour un congé pénitentiaire et une permission de sortie », que « l'avis émis par le service psychosocial de la prison de Namur et celui remis par le directeur de cette prison le même jour sont positifs », que « cependant, le 26 août 2010, le ministre a refusé la permission de sortie » et « a également refusé le congé pénitentiaire », que la demanderesse « a invité le premier juge, vu l'urgence, à donner injonction (au défendeur) (...) d'octroyer trois permissions de sortie » et « des congés pénitentiaires », que le jugement entrepris, « après avoir écarté les décisions de refus du 26 août 2010, pour le motif qu'elles étaient illégales, (...) a fait injonction (au défendeur) de répondre aux demandes de permissions de sortie et de congés pénitentiaires ».

La demanderesse attaque la décision de l'arrêt qu'elle « ne puise pas dans la loi du 17 mai 2006 (...) le droit subjectif de contraindre (le défendeur) à lui accorder la permission de sortie et le congé pénitentiaire qu'elle sollicite ».

La contestation entre la demanderesse et le défendeur a pour objet véritable le droit civil prétendu par celle-ci à charge du défendeur.

3.

a.

Aux termes de l'article 4, § 1^{er}, 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, la permission de sortie permet au condamné de

¹⁴ Rapport de M. le premier auditeur-chef de section du Conseil d'État Herbigat précédant l'arrêt du Conseil d'État n° 211.468 du 23 février 2011.

¹⁵ C.E., 28 janvier 1986, n° 26.115.

quitter la prison pour une durée déterminée qui ne peut excéder seize heures.

Aux termes de l'article 5 de cette loi, la permission de sortie est accordée à condition : 1° que le condamné soit dans les conditions de temps visées à l'article 4, §§ 2 et 3 ; 2° qu'il n'existe pas, dans le chef du condamné, de contre-indications auxquelles la fixation de conditions particulières ne puisse répondre ; ces contre-indications portent sur le risque que le condamné se soustraie à l'exécution de sa peine, sur le risque qu'il commette des infractions graves pendant la permission de sortie ou sur le risque qu'il importune les victimes ; 3° que le condamné marque son accord aux conditions qui peuvent être attachées à la permission de sortie en vertu de l'article 11, § 3.

Aux termes de l'article 11, § 1^{er}, de cette loi, la décision d'octroi d'une permission de sortie en précise la durée et, le cas échéant, la périodicité.

b.

Aux termes de l'article 6, § 1^{er}, de la loi précitée, le congé pénitentiaire permet au condamné de quitter la prison trois fois trente-six heures par trimestre.

Aux termes de l'article 7 de cette loi, le congé pénitentiaire est accordé à tout condamné qui satisfait aux conditions suivantes : 1° le condamné se trouve dans l'année précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle ; 2° il n'existe pas, dans le chef du condamné, de contre-indications auxquelles la fixation de conditions particulières ne puisse répondre ; ces contre-indications portent sur le risque que le condamné se soustraie à l'exécution de sa peine, sur le risque qu'il commette des infractions graves pendant le congé pénitentiaire ou sur le risque qu'il importune les victimes ; 3° le condamné marque son accord aux conditions qui peuvent être attachées au congé pénitentiaire en vertu de l'article 11, § 3.

c.

S'agissant du risque que le condamné se soustraie à l'exécution de sa peine, il convient de vérifier s'il existe des éléments objectifs permettant de croire que le condamné se soustraira à l'exécution de sa peine¹⁶.

S'agissant du risque qu'il commette des infractions graves, il convient, selon la circulaire n° 1794 du 7 février 2007, de vérifier si le condamné présente un risque objectif de retomber dans une criminalité source de trouble majeur au sein de la

société ou s'il récidivera de manière significative dans le même type de criminalité que celui qui a justifié les condamnations en cours d'exécution¹⁷.

S'agissant du risque qu'il importune les victimes, ce risque doit, lui aussi, reposer sur des indications concrètes et sérieuses¹⁸.

d.

Aux termes de l'article 10, § 1^{er}, de la loi précitée, la permission de sortie ou le congé pénitentiaire est accordé par le ministre ou son délégué, à la demande du condamné et après avis du directeur ; l'avis du directeur contient, le cas échéant, une proposition quant aux conditions particulières qu'il estime devoir être fixées.

e.

Le ministre de la Justice est compétent pour connaître des permissions de sortie et du congé pénitentiaire qui sont des modalités d'exécution de la peine.

Ces mesures ne sont plus conçues comme de simples faveurs résultant d'une décision individuelle de l'autorité compétente, mais bien comme des droits que le détenu peut désormais exiger lorsqu'il satisfait aux conditions prévues par la loi¹⁹.

Les articles 5 et 7 disposent en effet que la permission de sortie ou le congé pénitentiaire sont accordés lorsque les conditions prescrites sont remplies²⁰.

Si le législateur n'a pas prévu de possibilité de recours contre les décisions de refus prises par le ministre de la Justice, encore est-il possible pour le condamné de s'adresser au président du tribunal de première instance statuant en référé. Le condamné peut en effet invoquer un droit subjectif à bénéficier des permissions de sortie et du congé pénitentiaire puisque, pour chacune de ces modalités, le libellé de la loi laisse apparaître qu'elles doivent être octroyées lorsque les conditions prescrites sont remplies²¹.

Même si certaines de ces conditions laissent encore au ministre une marge d'appréciation importante, le législateur passe d'une logique de faveur à une logique de droit subjectif²².

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ COLETTE-BASECQZ et BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 2010, p. 459.

²⁰ BEERNAERT, « L'exécution des peines et mesures privatives de liberté en Belgique : le droit nouveau est-il vraiment arrivé ? », in *L'exécution des condamnations pénales*, C.U.P., vol. 101, 2008, p. 30.

²¹ BEERNAERT et VANDEMEERSCH, *op. cit.*, p. 21 ; DE RUE, « Le statut juridique externe des détenus », in *L'exécution des peines – De strafuitvoering*, Les dossiers de la R.D.P.C., n° 13, 2006, p. 303.

²² BEERNAERT, *op. cit.*, p. 30 ; BEERNAERT, note sous app. Bruxelles, 21 août 2009, « Refus de permission de sortie et juge des référés », *R.D.P.C.*, 2010, p. 101.

¹⁶ BEERNAERT et VANDEMEERSCH, *Le tribunal de l'application des peines et le statut externe des condamnés à des peines privatives de liberté de plus de trois ans*, 2008, p. 25.

Dans un arrêt du 15 février 2012²³, le Conseil d'État, saisi d'une demande de suspension de l'exécution d'une décision du ministre de la Justice de refus d'octroi d'un congé pénitentiaire selon la procédure d'extrême urgence, a considéré que l'incompétence du Conseil d'État découle notamment de ce que l'article 7 de la loi du 17 mai 2006 confère au condamné le droit subjectif d'obtenir un congé pénitentiaire lorsque les conditions posées par cette disposition légale sont remplies.

B. APPLICATION

Il ressort de ce qui précède que, si le condamné ne peut obtenir une permission de sortie ou un congé pénitentiaire que s'il ne présente pas de contre-indications portant sur les risques que le condamné se soustraie à l'exécution de sa peine, qu'il commette des infractions graves et qu'il importune les victimes, auxquelles la fixation de conditions particulières ne peut répondre, la compétence du ministre de la Justice de statuer sur la réunion des conditions prévues aux articles 5, 2°, et 7, 2°, de la loi du 17 mai 2006 est liée, dès lors que seule est correcte la qualification des risques qui est conforme aux dispositions réglementaires qui en définissent le contenu, auxquelles la fixation de conditions particulières ne peut répondre, et dont il résulte des contre-indications ; sa compétence est liée, même si la confrontation du fait à la norme suppose une part d'appréciation, laquelle n'autorise aucun choix en opportunité ; le contrôle marginal permet d'examiner si l'administration a pu déduire légalement les conséquences juridiques des constatations de fait qu'elle a relevées.

La circonstance que, conformément à l'article 11, § 1^{er}, de la loi du 17 mai 2006, le ministre de la Justice fixe la durée et, le cas échéant, la périodicité de la permission de sortie n'ôte pas à la compétence de celui-ci son caractère de compétence liée, dès lors que ces modalités ne concernent pas l'octroi ou le refus d'octroi de la permission de sortie.

Dès lors, l'arrêt, qui considère que les articles 4, 5, 6, 7, 8, 10 et 11 de la loi du 17 mai 2006 « ne confèrent pas (à la demanderesse) le droit subjectif d'obtenir du ministre ou de son délégué l'octroi de la permission de sortie et du congé pénitentiaire qu'(elle) demande » au motif que « le ministre ou son délégué dispose (...) d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier non seulement les contre-indications éventuelles à une permission de sortie ou à un congé pénitentiaire mais également les conditions dans lesquelles la mesure pourrait

s'exercer et sa périodicité », ne justifie pas légalement sa décision de « (dire) pour droit le premier juge et la cour (d'appel) sans pouvoir de juridiction pour connaître des demandes formulées par (la demanderesse) ».

C. CONCLUSION

Cassation de l'arrêt attaqué.

*
* *

NOTE*

INTRODUCTION

1. 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 », définit les conditions d'octroi, par le ministre ou son délégué¹, des permissions de sortie et congés pénitentiaires dont peuvent bénéficier les personnes condamnées à une peine privative de liberté (articles 5 et 7).

Ces dispositions, interprétées à la lumière de l'ensemble du dispositif de la loi et de son économie telle qu'éclairée par les travaux parlementaires, sont-elles la source d'un droit subjectif dans le chef des bénéficiaires potentiels de ces mesures ?

À cette question, résolue négativement par un arrêt du 23 juin 2011 de la cour d'appel de Bruxelles², la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, apporte une réponse positive dans son arrêt du 15 novembre 2013 reproduit ci-dessus, statuant dans le même sens qu'un arrêt du Conseil d'État du 15 février 2012, prononcé sur une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence introduite par Michèle Martin à l'encontre de la décision de la ministre de la Justice du 1^{er} février 2012 rejetant sa demande de congé pénitentiaire³.

* Sous la direction du premier signataire de cette note, le second signataire a présenté son mémoire pour l'obtention du certificat de formation à la recherche à l'Université libre de Bruxelles sur le pouvoir d'appréciation des conditions d'action de l'administration. Certaines des considérations qui suivent s'en inspirent.

¹ Voy. l'article 10, § 1^{er}.

² Voy. aussi dans le même sens les arrêts cités par M. CLAVIE, « Le tribunal de l'application des peines : les quatre premières années de jurisprudence », *J.T.*, 2011, p. 406, note 20.

³ C.E., 15 février 2012, n° 218.010, *Martin*. Cet arrêt fonde l'incompétence du Conseil d'État sur le constat que le congé pénitentiaire étant un mode d'exécution de la peine, il ne constitue pas un acte d'une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État ; « [...] l'incompétence du Conseil d'État, poursuit le juge, découle encore de ce que l'article 7 de la loi du 17 mai 2006 confère au condamné le droit subjectif d'obtenir un congé pénitentiaire lorsque les conditions posées par cette disposition légale sont remplies ».

²³ C.E. n° 218.010, *Martin contre État belge*, du 15 février 2012.

I. DROIT OBJECTIF OU DROIT SUBJECTIF ?

2. Selon le point de vue traditionnel, pour déterminer si une réglementation est la source d'un droit subjectif dans les rapports entre une administration investie d'une compétence décisionnelle et les administrés destinataires des décisions, il convient de voir si la réglementation institue à charge de l'autorité une obligation *absolue* d'allouer un avantage à un administré ou de maintenir dans son chef un tel avantage, auquel cas la compétence est « intégralement liée ». Si ce n'est pas le cas, la compétence est, par opposition, qualifiée de (partiellement) « discrétionnaire »⁴.

La notion d'obligation absolue, de compétence intégralement liée, vise la situation où l'administration, en vertu des termes de la norme qui l'habilite à agir, est tenue d'exercer sa compétence décisionnelle et se voit légalement obligée d'allouer ou maintenir l'avantage en fonction de conditions intégralement objectives, soit des conditions pour l'appréciation desquelles elle ne se voit reconnaître aucune marge d'appréciation discrétionnaire (par exemple, une condition d'âge, de durée d'exploitation, une condition de nationalité, l'exigence d'être constitué sous la forme d'une association sans but lucratif, une exigence de hauteur de construction, l'obligation pour le bénéficiaire d'une prime à la rénovation d'habiter le bien concerné, etc.). Il y a donc droit subjectif là où l'administration ne dispose, ni du pouvoir de décider en opportunité s'il convient d'agir, ni du pouvoir d'apprécier en opportunité, même partiellement, si une ou plusieurs conditions mises par la réglementation à l'exercice de sa compétence décisionnelle sont d'application en l'espèce. À l'inverse, si la compétence de l'administration, fût-elle à maints égards liée, ne l'est pas intégralement, sa compétence est réputée (partiellement) discrétionnaire et les obligations qui la lient dans l'exercice de cette compétence sont censées relever du droit objectif, dont il appartient au Conseil d'État, en sa qualité de juge de l'excès de pouvoir, de sanctionner la violation.

3. Un des enjeux de cette distinction entre compétence intégralement liée et compétence partiellement discrétionnaire est de déterminer, dans les situations où un administré entend contester la

légalité d'une décision administrative, s'il peut le faire au moyen d'un recours en annulation porté devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, juge de la légalité objective, ou s'il doit le faire au moyen d'une action portée devant les cours et tribunaux judiciaires, juges des droits subjectifs en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution. Si la norme impose à l'autorité administrative une obligation absolue d'allouer ou de maintenir un avantage, que l'administré se voit opposer une décision individuelle négative et qu'il entend soumettre au juge un moyen pris de la violation de cette obligation en vue d'obtenir l'invalidation de la décision, son action a « pour objet véritable » un droit subjectif et c'est le juge judiciaire, non le Conseil d'État, qui est compétent pour connaître du recours. Si la loi n'instaure pas une telle obligation absolue, le Conseil d'État est compétent pour connaître du recours (sauf *lex specialis* aménageant un recours spécifique de légalité devant une autre juridiction) et sanctionner, principalement par une annulation, la violation par l'administration de toute règle ou principe⁵ qu'elle est tenue de respecter dans l'exercice de son pouvoir décisionnel.

4. Un autre enjeu important de la distinction entre compétence intégralement liée et compétence partiellement discrétionnaire tient à l'intensité du contrôle que peut effectuer le juge sur l'exercice de la compétence. Si celle-ci est discrétionnaire, le contrôle devra rester marginal. Le juge ne pourra pas substituer son appréciation de la situation à celle de l'autorité et ne pourra sanctionner que l'erreur manifeste d'appréciation soit l'erreur inadmissible pour tout homme raisonnable et qu'aucune autorité raisonnable placée dans les mêmes circonstances n'aurait commise⁶. En revanche, si la compétence est intégralement liée, le juge pourra substituer ses propres appréciations ou qualifications juridiques à celles opérées par l'autorité : son contrôle sera plein et entier.

5. La détermination de l'existence ou non d'une obligation absolue d'allouer (ou maintenir) un avantage constitue donc l'opération cardinale s'agissant de déterminer si la loi consacre ou non

⁴ Nous utilisons l'expression « compétence *partiellement* discrétionnaire » car dans l'exercice de leur pouvoir de décision, la liberté des autorités publiques n'est jamais absolue : les compétences discrétionnaires ne le sont donc qu'à certains égards et s'analysent aussi comme des compétences partiellement liées. Les définitions récentes du terme « discrétionnaire » prennent d'ailleurs en compte cet élément : « se dit [...] d'une compétence dont l'exercice n'est pas déterminé dans tous ses éléments (de manière à laisser à son titulaire un certain pouvoir d'appréciation), mais qui demeure soumise au contrôle du juge administratif » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., 2007, v° « discrétionnaire »).

⁵ À l'exclusion, toutefois, des règles qui ont pour objet propre de consacrer l'existence d'un droit subjectif et d'en définir le statut juridique : c'est à ce titre que le Conseil d'État n'est pas compétent pour juger si un acte administratif pris dans le cadre d'une compétence partiellement discrétionnaire (un permis d'urbanisme ou d'environnement par exemple) a violé un droit subjectif civil, par exemple les règles en matière de troubles de voisinage déduites de l'article 544 du Code civil, siège du droit de propriété (sur cette question, voy. B. BLERO, « Compétence liée et droit subjectif, compétence discrétionnaire et droit objectif : les nuances d'une double équation », in M. LEROY (coord.), *Actualité en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 43 et s., sp. pp. 64 et s. et la jurisprudence citée).

⁶ Voy. notamment : C.E., 18 novembre 2010, n° 209.013, *Riche et Delcuve* ; C.E., 7 janvier 2011, n° 210.300, *S.A. Fort-Labiau* ; C.E., 12 juillet 2012, n° 220.314, *a.s.b.l. Pétition-Patrimoine*.

l'existence d'un droit subjectif et si, en conséquence, le contentieux incombe au juge judiciaire plutôt qu'au Conseil d'État. En pratique, cette détermination n'est pas toujours aisée à opérer. La présente affaire vient le confirmer, qui a vu la cour d'appel de Bruxelles et la Cour de cassation diverger quant à savoir si les articles 5 et 7 de la loi du 17 mai 2006 forment ou non le siège d'une obligation absolue, source d'un droit subjectif à l'obtention d'une permission de sortie ou d'un congé pénitentiaire.

Pour apprécier si un droit subjectif existe dans le cadre d'une compétence administrative, il convient d'avoir égard à la manière dont cette compétence est légalement définie.

II. CONDITIONS ET MODALITÉS D'OCTROI DES PERMISSIONS DE SORTIE ET DES CONGÉS PÉNITENTIAIRES

6. Les articles 5 et 7 de la loi du 17 mai 2006 sont structurés de manière similaire. Ils font dépendre l'octroi de la mesure sollicitée (permission de sortie, congé pénitentiaire) de trois conditions.

La première est d'ordre temporel. Pour le congé pénitentiaire, il est requis que « le condamné se trouve dans l'année précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle »⁷. Pour la permission de sortie, le condamné doit être « dans les conditions de temps visées à l'article 4, §§ 2 et 3 »⁸. La disposition à laquelle il est ainsi renvoyé distingue deux situations : « les permissions de sortie qui peuvent être accordées à tout moment de la détention » (paragraphe 2) et celles qui ne peuvent être accordées qu'au « cours des deux années précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle » (paragraphe 3)⁹.

La seconde condition renvoie à l'absence, « dans le chef du condamné, de contre-indications auxquelles la fixation de conditions particulières ne puisse répondre ; ces contre-indications portent sur le risque que le condamné se soustraie à l'exécution de sa peine, sur le risque qu'il commette des infractions graves » à la faveur de sa sortie ou

de son congé « ou sur le risque qu'il importune les victimes »¹⁰.

La troisième condition consiste en l'exigence d'un accord du condamné concernant les conditions qui peuvent être attachées à l'octroi de la mesure sollicitée. Il est fait référence aux conditions de l'article 11, § 3, de la loi, qui énonce que « [l]e ministre ou son délégué assortit la décision d'octroi d'une permission de sortie ou d'un congé pénitentiaire de la condition générale que le condamné ne peut commettre de nouvelles infractions. Le cas échéant, il détermine les conditions particulières compte tenu des dispositions des articles 5, 2°, et 7, 2° ».

La permission de sortie en précise la durée¹¹, sans que celle-ci puisse « excéder seize heures »¹², ainsi que, « le cas échéant, la périodicité »¹³.

III. NATURE LIÉE OU DISCRÉTIONNAIRE DE LA COMPÉTENCE ?

7. Le dispositif légal que l'on vient de rappeler attribue-t-il au ministre de la justice une compétence intégralement liée ou (partiellement) discrétionnaire ? La compétence est assurément liée sous divers aspects : l'autorité a l'obligation de statuer sur les demandes et d'accueillir celles-ci si les candidats remplissent les conditions prévues par la loi (A). Cette circonstance ne permet toutefois pas de conclure à l'existence d'un droit subjectif, une telle conclusion supposant qu'il soit établi qu'aucune des conditions d'action de l'autorité ne laisse place à un pouvoir d'appréciation (partiellement) discrétionnaire dans son chef (B).

A. L'obligation d'accorder le congé pénitentiaire ou la permission de sortie en fonction des conditions prévues par la loi

8. Il se déduit de l'économie générale de la loi que celle-ci oblige le ministre à accorder le congé pénitentiaire ou la permission de sortie à celui qui remplit les conditions prévues par la loi. En effet, le ministre est tenu de statuer sur les demandes de congé pénitentiaire et de permission de sortie. Certes, pour ce qui concerne la permission de sortie, l'article 4 de la loi du 17 mai 2006, en ses paragraphes 2 et 3, indique que les permissions de sortie « peuvent » être accordées au condamné, dans deux situations temporelles : à tout moment

⁷ Article 7, 1°.

⁸ Article 5, 1°.

⁹ Outre sa portée temporelle, le paragraphe 2 précise que pour pouvoir bénéficier d'une permission de sortie « à tout moment », il faut que la mesure vise, soit à « défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels qui requièrent [la] présence [du condamné] hors de la prison » (article 4, § 2, 1°), soit à permettre au condamné « de subir un examen ou un traitement médical en dehors de la prison » (article 4, § 2, 2°). Le paragraphe 3, pour sa part, énonce que les permissions de sortie préalables à la libération conditionnelle sont destinées à permettre « au condamné [...] de préparer sa réinsertion sociale ». Concernant le congé pénitentiaire, l'article 6, § 2, énonce de manière générale qu'il « a pour objectifs : 1° de préserver et de favoriser les contacts familiaux, affectifs et sociaux du condamné ; 2° de préparer la réinsertion sociale du condamné ». Dès lors qu'ils sont exprimés dans un texte à vocation normative, ces éléments, doit-on supposer, doivent être considérés comme des conditions d'octroi des mesures concernées.

¹⁰ Articles 5, 2°, et 7, 2°.

¹¹ Article 11, § 1^{er}.

¹² Article 4, § 1^{er}.

¹³ Article 11, § 1^{er}. Voy. aussi l'article 4, § 3, dernière phrase, qui précise, à propos des permissions de sortie susceptibles d'être accordées au cours des deux années précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, qu'elles « peuvent être accordées avec une périodicité déterminée ».

ou dans la période précédant une éventuelle libération conditionnelle. À ce propos, si la présence du verbe « pouvoir » peut être le signe d'une compétence (partiellement) discrétionnaire, il convient de rappeler, avec le Conseil d'État, que « le verbe "pouvoir" dans un texte législatif ou réglementaire a une signification ambivalente, soit qu'il tend à conférer une compétence à une autorité, laquelle doit l'exercer, soit qu'il attribue une faculté d'agir à une autorité, faculté laissée à l'appréciation de celle-ci ; [...] la détermination de la portée de ce verbe tient au contexte de l'élaboration de la disposition dans laquelle il figure et au contexte des dispositions législatives ou réglementaires qui en constituent le cadre »¹⁴. Dans le cas qui nous occupe, l'usage de ce verbe est contrebalancé par la formule, présente dans l'article 5, selon laquelle la permission « est accordée » à certaines conditions. La même formulation est utilisée pour le congé pénitentiaire. C'est encore cette formulation qui est utilisée à l'article 10 de la loi, relatif à la procédure d'octroi de la permission de sortie et du congé pénitentiaire. Il en découle que la loi du 17 mai 2006 met en place une procédure d'octroi des permissions de sortie et des congés pénitentiaires dans des termes dont il ressort que l'autorité est tenue de traiter les demandes valablement introduites. La compétence de l'autorité est donc partiellement liée à tout le moins.

Par ailleurs, comme il est de règle lorsque la loi précise les conditions d'octroi d'un avantage sollicité par l'administré et sur la demande duquel l'administration a l'obligation de statuer, la loi du 17 mai 2006 ne permet pas au ministre de refuser l'avantage pour des motifs distincts de ceux que cette loi exprime au travers des conditions qu'elle formule. Il en découle que l'autorité se voit bien imposer une obligation d'accorder le congé ou la permission *si* elle conclut que les conditions d'octroi sont réunies. Ce constat est un argument important mis en avant par l'avocat général Thierry Werquin dans ses conclusions précédant l'arrêt du 15 novembre 2013 afin de défendre, doctrine à l'appui¹⁵, que la compétence en matière

de sortie et de congé est intégralement liée et donc exclusive de tout pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'autorité.

Pourtant, il importe de le rappeler, cette seule circonstance ne suffit pas à conclure à l'existence d'un droit subjectif au sens de la théorie de l'objet véritable du recours. La distinction entre compétence liée et discrétionnaire n'est pas binaire : une compétence peut n'être liée que partiellement. Ainsi, du constat que le législateur a choisi de lier la compétence de l'autorité une fois que les conditions énumérées par la loi sont réunies, on ne peut inférer qu'il a voulu donner un caractère intégralement lié à cette compétence en privant l'autorité du pouvoir de porter une appréciation discrétionnaire sur ces conditions d'action. Dans le contexte de la théorie de l'objet véritable du recours, seule la compétence intégralement liée *a priori* d'allouer un avantage, c'est-à-dire la compétence qui est intégralement liée en vertu des termes de la norme d'habilitation, a pour corollaire un droit subjectif à l'avantage ; tel n'est pas le cas de la compétence intégralement liée *a posteriori*, qui résulte des circonstances de fait de l'espèce, à savoir du constat que dans un cas d'espèce, l'administré remplit manifestement la ou les conditions appréciatives instituées par la norme d'habilitation, de sorte que le pouvoir d'appréciation ne trouve pas à s'appliquer dans cette situation particulière¹⁶. Une obligation d'allouer un avantage qui n'est pas absolue en vertu de la norme qui régit la compé-

et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 459).

¹⁶ L'ensemble des compétences partiellement discrétionnaires dans le cadre desquelles l'autorité a l'obligation d'allouer un avantage à des conditions dont certaines sont objectives tandis que d'autres se prêtent à un pouvoir d'appréciation partiellement discrétionnaire, peuvent, en fonction des cas d'espèce, s'analyser comme des compétences intégralement liées *a posteriori*. Une illustration est donnée par la matière du regroupement familial des ressortissants étrangers. Le bénéfice du regroupement familial est subordonné par la loi à des conditions objectives (conclusion d'un mariage, conditions d'âge...) tandis que d'autres laissent place à un pouvoir d'appréciation (s'agissant par exemple d'évaluer le danger que le candidat au regroupement représente pour l'ordre public ou la sécurité nationale). Lorsqu'un étranger remplit les conditions objectives prévues par la loi pour pouvoir bénéficier du regroupement familial et ne peut manifestement pas se voir appliquer les motifs de refus que la loi prévoit et qu'elle laisse à l'appréciation partiellement discrétionnaire de l'autorité – par exemple, le candidat est un jeune enfant et ne peut se voir imputer aucun comportement qui permettrait à l'autorité de le considérer comme un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale –, l'autorité est obligée de lui accorder un titre de séjour : sa compétence est alors intégralement liée en fait ; elle a ce caractère *a posteriori* et non *a priori*, par l'effet de la loi directement. Dans ce cas, il n'y a pas droit subjectif au sens de la théorie de l'objet véritable du recours (voy. B. BLERO, *op. cit.*, pp. 79 et 80). C'est parce que la compétence (intégralement) liée *a posteriori* n'est pas synonyme de droit subjectif dans le cadre de la théorie de l'objet véritable du recours que le législateur a pu prévoir, à l'article 36, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel que remplacé par l'article 12 de la loi du 20 janvier 2014 « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État » (*M.B.*, 3 février 2014 ; *erratum*, *M.B.*, 13 février 2014), que « [l]orsque la nouvelle décision à prendre [après un arrêt d'annulation] résulte d'une compétence liée de la partie adverse, l'arrêt se substitue à celle-ci » (voir l'explication donnée à ce sujet dans le commentaire des articles du projet de loi « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État » : *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2277/1, pp. 26 et 27).

¹⁴ C.E., 30 janvier 2003, n° 115.290, *Meys et al.* Dans cet arrêt, le Conseil d'État recourt aux travaux préparatoires et à l'interprétation contextuelle afin de mettre en avant qu'une habilitation présente dans un article lie le gouvernement nonobstant la présence du verbe « pouvoir » alors que d'autres habilitations présentes dans le même article et utilisant le même verbe octroient une compétence discrétionnaire. Voy. aussi : C.E. (AG), 13 mars 2012, n° 218.454, *s.p.r.l. Taxi Gilbert* : « ce seul élément [l'emploi de la forme verbale "peut"] n'est pas décisif et, en l'absence d'autre élément permettant avec certitude de conclure à l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, il y a lieu de se référer à la solution de droit commun consacrée par l'article 57 de l'arrêté royal du 17 juillet 1991 portant coordination des lois sur la comptabilité de l'État [...] ».

¹⁵ La doctrine invoquée met en avant l'existence d'un droit subjectif au congé pénitentiaire et à la permission de sortie (voy. notamment : M.-A. BEER-NAERT, « L'exécution des peines et mesures privatives de liberté en Belgique : le droit nouveau est-il vraiment arrivé ? », in A. MASSET, *L'exécution des condamnations pénales*, Liège, Anthemis, 2008, p. 30 ; N. COLETTE-BASECQZ

tence, mais qui se déduit des particularités propres au cas d'espèce, n'est pas la source d'un droit subjectif au sens de la théorie de l'objet véritable du recours. Pour qu'un droit subjectif existe au sens de cette théorie, le caractère intégralement lié de la compétence doit découler directement de la loi, indépendamment des contingences propres aux cas d'espèce¹⁷. La question qu'il faut résoudre, pour conclure à l'absence ou à l'existence d'un droit subjectif à la sortie ou au congé pénitentiaire, porte sur le point de savoir si l'autorité, qui a l'obligation de statuer sur la demande et ne peut le faire qu'au regard des conditions expressément consacrées par la loi, est, de manière générale, légalement investie d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire sur une ou plusieurs des conditions d'octroi de la mesure (auquel cas il n'y a pas droit subjectif), ou bien voit son pouvoir de décision encadré par des conditions exclusivement et intégralement objectives (auquel cas un droit subjectif existe)¹⁸.

B. La nature des conditions d'octroi du congé pénitentiaire ou de la permission de sortie : conditions intégralement objectives ou partiellement appréciatives ?

9. Parmi les conditions fixées par la loi du 17 mai 2006, seules certaines paraissent clairement constituer des conditions objectives.

Les conditions objectives

Constitue une condition objective l'exigence du consentement du condamné sur les conditions mises à sa permission ou à son congé, qui renvoie à un constat factuel qui ne se prête pas à des appréciations « discrétionnaires »¹⁹.

Les conditions d'ordre temporel constituent également des conditions de cette nature.

C'est incontestable pour ce qui concerne la condition spécifique au congé pénitentiaire et selon laquelle le demandeur doit « se trouve[r] dans l'année précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle ».

Pour ce qui concerne la permission de sortie, la loi, lorsqu'elle définit les périodes pendant lesquelles la mesure peut être sollicitée (« à tout moment de la détention » ou au « cours des deux années précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle », selon le cas), fixe également des conditions incontestablement objectives.

Les conditions dont la nature objective ou appréciative est douteuse

10. La nature objective ou appréciative des autres conditions que la loi impose au candidat à la permission de sortie, dans la foulée des conditions temporelles qu'elle consacre, prête à débat. La permission de sortie « à tout moment », rappelons-le, ne peut être accordée que si la mesure vise, soit à « défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels qui requièrent [la] présence [du condamné] hors de la prison »²⁰, soit à permettre au condamné « de subir un examen ou un traitement médical en dehors de la prison »²¹. La permission de sortie dans les deux ans qui précèdent la date d'admissibilité à la libération conditionnelle est destinée à permettre « au condamné [...] de préparer sa réinsertion sociale ». Déterminer si la mesure sollicitée l'est bien aux fins admises par la loi peut-il être qualifié d'opération visant à déterminer si la demande répond à des conditions purement objectives ? On peut en douter s'agissant des finalités de la permission de sortie qui se réfèrent à des notions telles que la défense d'intérêts sociaux, moraux ou la préparation de la réinsertion sociale. Il s'agit en effet de notions « indéterminées » ou à contenu variable, dont le champ d'application, au regard des situations particulières propres à chaque détenu, ne semble pas pouvoir se déterminer à la manière d'une opération mathématique, indépendamment d'un jugement de valeur, de sorte que la question de l'existence d'un pouvoir (partiellement) discrétionnaire ne peut pas d'emblée être écartée.

11. De manière plus nette encore, on peut s'interroger sur le caractère appréciatif plutôt qu'objectif de la condition consistant à se prononcer sur l'absence de contre-indications dans le chef du demandeur, au regard d'un triple « risque » – de voir le bénéficiaire se soustraire à l'exécution de sa peine, de le voir commettre des infractions graves ou de le voir importuner les victimes –, risque non susceptible d'être maîtrisé par la fixation de conditions particulières. En vertu de cette condition, il appartient à l'autorité de mesurer une série

¹⁷ Sur cette distinction, voy. l'article cité à la note précédente, pp. 78 et s.

¹⁸ À cet égard, il importe d'observer que la doctrine qui évoque l'existence d'un droit subjectif au congé et à la permission de sortie précise que ce droit n'existe que « lorsque les conditions prescrites sont remplies », celles-ci laissant encore au ministre « une marge d'appréciation importante » (M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 30 ; voy. aussi R.P.D.B., Complément, T. XI, v° « Prison », p. 509, n° 507). De la sorte, cette doctrine appuie en réalité l'idée qu'il n'existe pas d'obligation absolue, source d'un droit subjectif au congé et à la permission de sortie au sens de la théorie de l'objet véritable du recours. Voy. toutefois M.-A. BEERNAERT, « C'est officiel : les condamnés ont un droit subjectif à l'obtention de permissions de sortie ou de congés pénitentiaires ! », obs. sous Cass., 15 novembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/2, pp. 88 et s.

¹⁹ Encore pourrait-on commencer à discuter du caractère exclusivement objectif de la condition si l'on admettait que l'autorité peut se prononcer sur la sincérité de l'accord : un questionnement pourrait alors naître quant à savoir si une telle appréciation ne revêt pas un certain caractère discrétionnaire.

²⁰ Article 4, § 2, 1°.

²¹ Article 4, § 2, 2°.

de risques tenant à la dangerosité du demandeur, de déterminer si ces risques sont constitutifs d'une contre-indication et de statuer sur la possibilité ou non d'encadrer ces risques par des conditions particulières²². Il s'agit donc de décider d'accorder ou non un congé ou une permission de sortie sur la base d'un examen de la dangerosité sociale potentielle d'un détenu, au regard de son profil et des éléments de son dossier. La question de savoir si telles conditions particulières permettent ou non de limiter le risque fera, en principe, l'objet d'un jugement de valeur. En effet, s'il fallait simplement constater l'existence d'un risque de façon purement objective, il faudrait presque systématiquement admettre qu'il existe une probabilité – aussi faible soit-elle – qu'un condamné commette une infraction grave, se soustraie à l'exécution de sa peine ou importune ses victimes dans le cas où l'autorité lui permettrait de sortir de prison. Le régime mis en place impose à l'autorité d'articuler une « appréciation » de l'importance du risque avec une « appréciation » des conditions particulières adéquates pour y faire face. Dès lors, ne doit-on pas considérer qu'une telle compétence emporte la faculté pour l'autorité qui en est investie de se livrer à des appréciations partiellement discrétionnaires, précisément quant à savoir si cette dangerosité sociale est telle qu'elle justifie une décision de refus ?

Difficulté de l'opération de caractérisation des conditions d'action de l'autorité

12. La difficulté de déterminer si une condition est objective ou appréciative se pose lorsque, comme le fait la loi du 17 mai 2006, le législateur, en vue d'encadrer l'exercice de compétences administratives, recourt à des notions « indéterminées » ou « à contenu variable ». Ont une telle nature des notions telles le risque de survenance d'un événement indésirable, la force majeure dispensant l'administré du respect d'une condition, l'impossibilité technique de faire procéder à des travaux en Belgique, la conformité au bon aménagement des lieux, l'absence de danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale, l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant l'introduction d'une demande de séjour depuis la Belgique, etc. Dans un premier temps, la doctrine, s'appuyant

sur la jurisprudence, a considéré les conditions « indéterminées » comme le signe d'une volonté du législateur de confier un pouvoir discrétionnaire à l'administration²³. Cette théorie, dite de l'indétermination, a suscité de vives critiques de la part de la doctrine contemporaine²⁴. Elle a été progressivement recadrée par la jurisprudence qui fait aujourd'hui le tri, parmi les notions indéterminées, entre celles qui revêtent un caractère technique et pour l'application desquelles l'administration ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire, et celles qui sont utilisées en vue de laisser à l'administration une marge d'appréciation discrétionnaire s'agissant de déterminer si telles circonstances de fait particulières sont ou non rattachables à la situation dont la présence dans le cas d'espèce conditionne la prise d'une décision favorable.

Ont ainsi été analysées par la jurisprudence comme des conditions (indéterminées) objectives²⁵, les notions d'entreprise para-agricole²⁶, de pièce habitable²⁷, de caractère fonctionnellement adapté d'un logement à l'âge ou au handicap d'une personne²⁸ ou encore de force majeure²⁹ (sauf le cas où la norme précise expressément que la force majeure est laissée à l'appréciation de l'autorité³⁰). À l'inverse, ont été rattachées à la catégorie des conditions indéterminées appréciatives des exigences comme la conformité à l'intérêt général des décisions prises par une autorité subordonnée soumise à tutelle³¹, l'existence de « circonstances exceptionnelles » en matière de régularisation d'étrangers³² ainsi que l'intérêt historique, archéologique, artistique, esthétique, scientifique, social, technique ou folklorique d'un bien soumis à une procédure de classement³³. Il en

²³ Voy. par exemple : R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1940, 3^e éd., pp. 83 à 85 ; CH. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 1983, t. II, pp. 661 à 665 ; J.-M. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, L.G.D.J., 1956, p. 30 ; M. LETOURNEUR, « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *E.D.C.E.*, 1962, pp. 60 et 61.

²⁴ Voy. notamment les thèses de doctorat de D. LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1986 ; S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, L.G.D.J., 1980 et CH. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 2010.

²⁵ L'adjectif « objectif » renvoie à l'idée que la signification de la condition s'impose ou a vocation à s'imposer de l'extérieur à l'administration. Si elle peut temporairement disposer d'une marge d'interprétation pour l'application de la condition (voy. *infra* points 14 et 15), elle devra *in fine* se soumettre à l'interprétation du juge compétent.

²⁶ C.E., 23 novembre 1995, n° 56.419, *Lesage*.

²⁷ C.E., 9 juillet 2000, n° 185.267, *Bembele Sala*.

²⁸ C.E., 7 juin 2001, n° 96.195, *Dudicq et consort*.

²⁹ C.E., 26 septembre 2002, n° 110.706, *Coenen et consort* ; Cass., 13 juin 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1174.

³⁰ C.E., 8 février 2008, n° 85.184, *Amouri* ; C.E., 27 avril 2000, n° 86.972, *Bertrand* ; C.E., 12 octobre 2000, n° 90.169, *Vanhoudt*.

³¹ C.E., 5 novembre 1959, n° 7.385 à 7.388, *Commune de Bas-Oha et consorts* ; C.E., 13 mai 1980, n° 20.319, *Commune de Groot-Bijgaarden*.

³² C.E., 23 mai 2000, n° 87.462, X ; C.E., 9 mai 2007, n° 170.941, X.

³³ C.E., 3 mars 2005, n° 141.563, *C.P.A.S. de Bruxelles* ; C.E., 8 août 2006, n° 161.717, *s.a. Immo Fond'Roy* ; C.E., 12 juillet 2012, n° 220.314, *a.s.b.l. Pétition-Patrimoine*.

²² Le commentaire de l'article 4 (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1128/1, pp. 32 et 33) indique que l'autorité doit apprécier l'ampleur du risque et fixer des conditions particulières au congé ou à la sortie qui permettent de pallier ce risque. Il y est précisé que c'est uniquement si elle estime qu'aucune condition particulière ne permet de limiter ce risque de façon acceptable qu'elle doit refuser la permission. Voy. aussi la circulaire ministérielle n° 1794 du 7 février 2007 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.

va de même des conditions de distance approximative prévues pour l'implantation des officines pharmaceutiques³⁴ ainsi que des critères applicables en matière d'implantations commerciales et relatifs à la localisation spatiale de l'implantation, aux intérêts des consommateurs, à l'influence du projet sur l'emploi et à ses répercussions sur le commerce existant³⁵.

Bien qu'ancrée dans le droit administratif au travers de la jurisprudence, l'idée qu'il existe, à côté des conditions objectives sujettes à contrôle plein et entier, des conditions appréciables uniquement susceptibles de contrôle marginal, est contestée par une partie de la doctrine³⁶. Au départ du constat que l'indétermination d'une notion juridique n'est pas (nécessairement) synonyme de pouvoir discrétionnaire, cette doctrine estime qu'il n'existe pas de condition légale appréciable, qu'une telle notion est une contradiction dans le terme, que toute condition doit être considérée comme susceptible de faire l'objet d'un contrôle plein et entier par le juge et ce, au motif que l'application d'une notion légale à des cas particuliers, c'est-à-dire la qualification juridique des faits, est une opération juridique. Selon cette doctrine, la qualification juridique est une question de droit qui, bien qu'elle puisse comprendre un jugement de valeur, n'implique pas une appréciation discrétionnaire effectuée en référence à l'intérêt général. Le principe de la séparation des pouvoirs assignant au juge la compétence de trancher les questions de droit, celui-ci pourrait et devrait, lorsqu'il est valablement saisi, effectuer un contrôle plein et entier des conditions d'action de l'administration.

S'il n'est pas contestable, ni contesté aujourd'hui, qu'une notion indéterminée n'est pas nécessairement synonyme de pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'administration (ainsi, la notion de « force majeure », analysée aujourd'hui³⁷ comme une condition objective, sauf volonté expresse en sens contraire du législateur : voy. ci-dessous), il n'est pas justifié de soutenir, à l'opposé, que l'intégralité des conditions d'action de l'administration constituent des conditions objectives, sujettes à contrôle plein et entier.

³⁴ C.E., 11 octobre 1996, n° 62.527, *Smits* ; C.E., 6 mai 1997, n° 66.162, *Lentz et al.* ; C.E., 11 avril 2005, n° 142.943, *Vanhemelryk* ; C.E., 15 mai 2012, n° 219.365, *De Cuyper-Penninckx et al.*

³⁵ C.E., 16 juin 2011, n° 213.941, *Commune de Sambreville*.

³⁶ Voy. les thèses de doctorat de MM. RIALS, LAGASSE et VAUTROT-SCHWARZ citées *supra*.

³⁷ Comp. avec Cass., 16 mai 1968, *J.T.*, 1968, p. 528 qui juge, en matière de primes à la production cinématographique belge, que « l'impossibilité technique » de procéder à des travaux de laboratoire et de studio dans le pays, notion voisine de celle de force majeure, constitue une question qui relève du pouvoir d'appréciation discrétionnaire du ministre. Considérée comme appréciable en 1968, cette condition serait sans doute qualifiée d'objective aujourd'hui.

À suivre cette thèse, il n'existerait dans le droit positif aucune norme confiant à l'administration le soin d'apprécier de manière partiellement discrétionnaire les conditions de son action et les autorités législatives ne seraient d'ailleurs pas habilitées à consacrer une telle compétence. Toujours selon cette thèse, dès lors que toute condition d'action est réputée objective, ces conditions font toujours l'objet d'un contrôle plein et entier. Il appartiendrait donc toujours au juge de décider, à la suite de l'administration, s'il convient ou non de considérer que telles conditions de l'action administrative sont réunies. C'est donc au juge qu'il reviendrait en toutes circonstances, par exemple, de décider s'il existe des circonstances exceptionnelles de nature à justifier une demande de séjour introduite par un étranger depuis le territoire national, si un permis d'urbanisme est conforme au bon aménagement des lieux ou compatible avec le voisinage, si un étranger représente un danger pour l'ordre public ou la sécurité nationale et même si un motif d'intérêt général justifie ou non la mesure de tutelle qui a été prise³⁸. De telles conséquences radicales ne trouvent pas d'appui dans la jurisprudence, laquelle, de manière justifiée selon nous, reconnaît l'existence de conditions appréciables et par là même le pouvoir du législateur de consacrer des conditions de cette nature, pouvoir qu'aucune norme de l'ordre juridique belge ne condamne par principe, pas même les normes relatives aux droits fondamentaux, puisqu'il est admis qu'une restriction à de tels droits peut prendre la forme d'une condition appréciable si, prévue par la loi, elle poursuit un but légitime et n'est pas disproportionnée par rapport à ce but³⁹.

13. De manière concrète, la difficulté se situe dans l'identification du ou des critères permettant de faire le départ, parmi les conditions indéterminées, entre celles qui peuvent donner lieu à des appréciations discrétionnaires seulement contrô-

³⁸ On voit par là que la distinction entre compétence intégralement liée et compétence partiellement discrétionnaire a également pour enjeu, au travers de la caractérisation objective ou appréciable des conditions d'action de l'administration, la délimitation des pouvoirs du juge par rapport aux autres pouvoirs constitués (ici le pouvoir exécutif), telle qu'elle découle du principe de la séparation des pouvoirs entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir exécutif. S'il n'y a pas de condition appréciable mais uniquement des conditions objectives, le contrôle du juge sur l'applicabilité de ces conditions sera toujours plein et entier et jamais marginal, sans que le législateur puisse faire quoi que ce soit pour limiter ce contrôle.

³⁹ En effet, le principe de légalité formelle ne fait pas obstacle à l'attribution de compétences discrétionnaires au pouvoir exécutif « pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés par le législateur » (C.C., 5 mai 2011, 65/2011, B.4.1 et B.5. à B.7. ; C.C., 10 novembre 2011, 166/2011, B.41.2). Voy. aussi C.C., 16 février 2005, 39/2005, B.4 à B.6. Conformément à la règle d'interprétation classique en matière de restriction des droits fondamentaux, en cas de doute sur la portée de la disposition, la limitation qui résulte de la consécration d'une compétence discrétionnaire sera sujette à interprétation restrictive visant à limiter l'ampleur de l'exception. Le pouvoir discrétionnaire sera donc limité et soumis au respect du principe de proportionnalité.

lables de manière marginale par le juge, et les autres qui sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel plein et entier.

14. À cet égard, le simple fait que des concepts nécessitent un jugement de valeur pour être appliqués n'implique pas nécessairement que l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire. En effet, le juge doit fréquemment recourir au jugement de valeur pour appliquer des notions au contenu indéterminé. Ainsi, la notion de risque, qu'utilisent les articles 5, 2°, et 7, 2°, de la loi du 17 mai 2006, est utilisée par d'autres dispositions de la loi⁴⁰, en vertu desquelles l'évaluation du risque est confiée au juge. À ce propos, l'avocat général Thierry Werquin relève à juste titre, en se référant à ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2007⁴¹, que la circonstance que le ministre dispose d'une marge d'appréciation ne signifie pas que l'administré destinataire de la décision ne bénéficie pas d'un droit subjectif ; une compétence peut être liée, poursuit-il, « même si la confrontation du fait à la norme suppose une part d'appréciation »⁴² dès lors que celle-ci « n'autorise aucun choix en opportunité ». Il est en effet exact que l'interprétation ou la qualification juridique des faits peut dans certains cas donner lieu à ce que l'avocat général appelle « une part d'appréciation », qui ne comporte aucune dimension « discrétionnaire » au sens du droit public. Tel est le cas des notions indéterminées à propos desquelles les dispositions de la loi et les travaux préparatoires ne laissent apparaître aucune volonté de conférer un pouvoir d'appréciation partiellement discrétionnaire à l'administration – la compétence est donc liée –, mais ne permettent par ailleurs pas de déterminer si les faits de l'espèce peuvent recevoir le qualificatif prévu par la loi. Dans ce type de situation, comme le relève l'avocat général en se référant au rapport de P. Herbignat dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du Conseil d'État n° 211.468 du 23 février

2011, l'interprétation à laquelle l'administration « doit se livrer est la recherche de l'intention du législateur et non celle qui, à son estime, correspond le mieux à l'intérêt de la chose publique »⁴³. Le juge devra adopter la même démarche. La « part d'appréciation » de l'administration puis du juge en la matière sera d'autant plus grande que la loi et les travaux préparatoires comprendront peu d'indications sur la solution à donner au cas d'espèce. L'interprète devra parfois reconstituer la volonté du législateur rationnel plutôt que celle du législateur historique⁴⁴.

15. De ce qui précède, il ne ressort pas que le législateur ne pourrait pas attribuer à l'administration une compétence intégrant la faculté d'adopter ou non une décision en fonction de son appréciation partiellement discrétionnaire des conditions fixées par la loi. À côté du jugement de valeur ou de la « part d'appréciation » dont dispose tout interprète du droit (administration, juge, citoyen, commentateur) face à des cas difficiles, en raison du caractère indéterminé du langage et de la complexité des faits à évaluer, appréciations qui se prêtent à un contrôle plein et entier de la part du juge, existe un pouvoir d'appréciation d'une autre nature, qui semble propre au droit public. Ce pouvoir découle de l'attribution à l'administration, par une norme d'habilitation, d'une compétence (partiellement) discrétionnaire, dans le cadre de laquelle l'autorité est appelée, en rapport avec une ou plusieurs conditions encadrant l'exercice de son pouvoir, à effectuer un choix entre diverses solutions conformes au droit, en fonction de sa conception de l'intérêt général protégé par la loi.

16. Pour savoir si l'on a affaire à une compétence de cette nature, il faut se tourner vers l'autorité normative qui a consacré la compétence et examiner s'il peut se déduire des termes de la norme et de son économie telle qu'éclairée par les travaux parlementaires, que l'autorité normative a entendu confier à l'administration le pouvoir d'apprécier de manière en partie discrétionnaire si des faits peuvent être mis en rapport avec telle(s) condition(s) d'action de l'administration. Cette détermination de la portée de la loi constitue elle-même une question d'interprétation du droit qu'en dernière instance il appartiendra au juge de trancher. Si cette opération intellectuelle d'interprétation conduit à la conclusion que le législateur a attribué une compétence partiellement discrétionnaire à l'autorité, il s'ensuivra que l'autorité administrative devra exercer effective-

⁴⁰ Voy. les articles 28, 47, 73, 95/2 et 95/11.

⁴¹ Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, I, n° 655. L'affaire portait sur l'interprétation de la disposition d'un arrêté royal prévoyant que le membre du personnel, définitif ou stagiaire, se trouve de plein droit en disponibilité lorsqu'il est absent pour cause de maladie ou d'infirmité après avoir atteint la durée maximum des congés qui peuvent lui être accordés pour cette raison.

⁴² Sans entrer dans les détails, on peut remarquer que l'idée selon laquelle l'interprétation ou la qualification juridique implique une part – plus ou moins grande selon les auteurs – de subjectivité de la part du juge est très répandue dans la théorie du droit. Voy. entre beaucoup d'autres : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, L.G.D.J., 1999, 2^e éd., trad. Ch. Eisenmann, pp. 335-341 ; H.L.A. Hart, *The concept of law*, Oxford, O.U.P., 2012, 3^e éd., pp. 123-146 ; Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999, 2^e éd. ; N. MacCormick, « La texture ouverte des règles juridiques », in P. Amselek et Chr. Grzegorzczak (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, P.U.F., 1989, pp. 112-121 ; M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, P.U.F., 2001, pp. 71-83 ; A. Paux, *Introduction à la philosophie du « droit en mutation »*, Genève, Schulthess, 2006, pp. 161-219.

⁴³ Rapport inédit.

⁴⁴ Sur ce paradigme, voy. Fr. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2002, pp. 417 et s.

ment cette compétence et ne pourra pas considérer que sa compétence est liée, sous peine de commettre une erreur de droit, tandis que le juge ne pourra substituer son appréciation des faits à celle de l'administration et ne pourra la sanctionner que si l'appréciation administrative enfreint les limites du raisonnable.

Nature de la condition posée par la loi du 17 mai 2006 relative à l'absence de contre-indications à la mesure dans le chef du condamné

17. Pour conclure à la nature objective de la condition relative à l'absence de contre-indications, l'avocat général Thierry Werquin se fonde sur le constat, posé par la doctrine, selon lequel le congé pénitentiaire et la permission de sortie constituent des modalités d'exécution de la peine qui « ne sont plus conçues comme de simples faveurs [...] mais bien comme des droits que le détenu peut désormais exiger lorsqu'il satisfait aux conditions prévues par la loi. [...] Même si certaines de ces conditions laissent encore au ministre une marge d'appréciation importante, le législateur passe d'une logique de faveur à une logique de droit subjectif ». La compétence du ministre de la Justice, poursuit-il, « est liée dès lors que seule est correcte la qualification des risques qui est conforme aux dispositions réglementaires qui en définissent le contenu [...] ». N'est pas de nature à démentir ce constat la circonstance, déjà relevée plus haut, que « la confrontation du fait à la norme suppose une part d'appréciation » dès lors que cette dernière « n'autorise aucun choix en opportunité ». La Cour de cassation, dans son arrêt, juge qu'il découle des articles 5 et 7 de la loi que « lorsque toutes les conditions prévues par la loi sont réunies, le ministre de la Justice ou son délégué sont tenus d'accorder la permission de sortie ou le congé pénitentiaire demandé [...] »⁴⁵ et que la condition qui « charge le ministre ou son délégué d'apprécier s'il n'existe pas dans le chef du condamné de contre-indications précisées par la loi et, dans l'affirmative, si des conditions particulières sont susceptibles d'y répondre, ne confère pas au ministre un pouvoir discrétionnaire lui permettant de refuser la demande. Partant, la compétence [...] est liée ».

18. Ces éléments qui forgent la conviction de la haute juridiction judiciaire sont-ils en phase avec la loi du 17 mai 2006 ?

19. Concernant les travaux préparatoires de la loi, auxquels les conclusions du ministère public

ne donnent aucun écho exprès, les éléments suivants peuvent être mis en exergue. Selon l'exposé des motifs, le congé pénitentiaire fait partie du régime standard du condamné et doit être accordé à tous les condamnés qui sont dans les conditions⁴⁶. Cette référence au régime standard qui donne droit à la mesure si l'on en remplit les conditions, pourrait être vue comme étayant la thèse de la compétence liée. Toutefois, l'affirmation que la permission de sortie ou le congé doivent être accordés à tous ceux qui remplissent les conditions ne témoigne pas, comme telle, d'une volonté d'instituer une compétence intégralement liée *a priori*. Elle est plutôt le reflet du principe de « sélection négative » qui régit le statut juridique externe des détenus, principe voulant qu'au lieu de sélectionner les quelques élus qui bénéficieront de la permission de sortie ou du congé au titre d'une faveur, l'on se limite à refuser le bénéfice de ces mesures aux personnes incarcérées qui présentent trop de risques pour se les voir accorder⁴⁷. Dans le système mis en place par la loi du 17 mai 2006, le congé ou la permission de sortie doivent être le principe et le maintien en prison l'exception. L'autorité ne peut maintenir le condamné en prison que si elle invoque des motifs suffisants⁴⁸. Il s'agit donc pour le législateur, non de qualifier la compétence d'intégralement liée *a priori*, mais de mettre l'accent sur le fait que l'autorité, lorsqu'elle constate qu'un demandeur remplit les conditions prévues par la loi, ne peut pas invoquer un motif d'intérêt général distinct pour s'opposer à l'octroi de la mesure.

20. Si l'on effectue une interprétation contextuelle des articles 5 et 7 de la loi, l'on relève, comme déjà indiqué, que des conditions exprimées de façon similaire se retrouvent dans d'autres dispositions de la loi qui investissent le juge du pouvoir de les apprécier⁴⁹. Dans ces contextes, il appartient au juge d'apprécier l'existence de ces contre-indications de manière pleine et entière et non marginale. Cet élément ne plaide toutefois pas de manière décisive en faveur de l'une ou l'autre qualification. Rien, en effet, n'interdit au législateur de confier directement au juge un pouvoir de décision (partiellement) discrétionnaire s'agissant de se prononcer sur la dangerosité sociale d'un condamné. Par conséquent, la circonstance que le juge est appelé à apprécier lui-même l'existence de contre-indications à diverses mesures dont le bénéfice est susceptible d'être reconnu

⁴⁶ Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 13. Le commentaire de l'article 5 indique qu'il est « inhérent au parcours pénitentiaire » (*op. cit.*, p. 33).

⁴⁷ R.P.D.B., v° « Prison », p. 507, n° 503 et s.

⁴⁸ Ce principe trouve également son expression dans l'article 10, § 4, de la loi qui consacre un mécanisme de permission de sortie et de congé tacites.

⁴⁹ Art. 28, 47, 73, 95/2 et 95/11.

aux personnes emprisonnées en vertu du prescrit exprès d'autres dispositions de la loi, n'emporte pas que les conditions prévues par les articles 5 et 7 devraient être considérées comme objectives et non appréciatives uniquement parce qu'elles utilisent les mêmes termes. La notion de risque employée dans plusieurs dispositions permet de supposer qu'une appréciation devra être faite mais l'analogie s'arrête là. Le fait que certaines dispositions confient un pouvoir d'appréciation au juge n'implique pas que toutes les dispositions qui se réfèrent au risque attribuent en dernière instance ce pouvoir au juge.

21. Ajoutons enfin que la circonstance, mise en avant par l'avocat général⁵⁰, que l'appréciation du risque doit se baser sur des éléments objectifs n'implique pas non plus que cette appréciation ne soit pas discrétionnaire dans le chef de l'autorité. En effet, cette exigence découle simplement du principe de motivation interne qui s'applique à l'exercice d'une compétence tant liée que discrétionnaire.

22. À l'appui de la qualification discrétionnaire de la compétence, on peut mettre en avant les éléments suivants.

23. Tout d'abord, le commentaire de l'article 4 évoque une appréciation des contre-indications qui doit être proportionnelle à la mesure visée⁵¹. Il semble qu'il soit fait référence ici au schéma de la compétence discrétionnaire, celle-ci permettant précisément à l'autorité de donner un poids relatif à certains faits ou informations en fonction de sa conception de l'intérêt public à protéger. À cet égard, on peut observer qu'en matière de congé pénitentiaire, le directeur de l'établissement pénitentiaire doit rédiger un avis motivé sur la demande de congé⁵². Faute de précision, il s'agit d'un avis consultatif. Il ressort des travaux préparatoires que l'avis du directeur est censé porter sur le respect des conditions légales ainsi que sur l'existence des contre-indications⁵³, éléments à propos desquels le directeur est invité à exprimer tout ce qu'il juge opportun⁵⁴.

24. L'intitulé de la loi – certes dépourvu de portée juridique comme tel – ne fait pas référence aux droits des condamnés, mais à leur statut juridique, alors qu'il fait état « des droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine ». À propos du congé pénitentiaire, le commentaire de l'article 7 fait référence aux droits du

condamné, en énonçant que « [...] le directeur doit informer le détenu sur le régime juridique en la matière et sur les droits du condamné », sans pouvoir se limiter à « mettre simplement à la disposition du condamné un papier que ce dernier doit signer »⁵⁵. Il est ainsi fait écho, non à l'existence d'un droit subjectif préexistant au congé, mais aux conditions qui encadrent le pouvoir de décision de l'autorité et à la nécessité pour le directeur d'en informer précisément les candidats à la mesure. Le commentaire de l'article 9 évoque également les « droits » du détenu et du condamné, mais c'est en vue d'exprimer l'idée que la privation de liberté ne dépossède pas les détenus de tous leurs droits de citoyen⁵⁶, parmi lesquels le droit à la liberté individuelle, lequel est modalisé par les règles en matière de congé et de permission de sortie⁵⁷.

25. S'agissant de dégager le sens de la loi en fonction de l'intention du législateur, la discussion qu'ont eue les membres de la commission de la Justice de la Chambre concernant les articles 5 et 7 du projet de loi est de nature à éclairer la question.

À un membre de la commission qui propose d'amender le texte des articles 5 et 7 afin de préciser que la permission et le congé ne sont pas des « droit[s] subjectif[s] » mais des « faveur[s] », un député de la majorité répond que le ministre dispose d'un pouvoir d'appréciation car l'absence de contre-indications est une condition d'octroi de la permission de sortie. La ministre de la Justice précise que l'autorité « garde le droit de refuser la permission de sortie si les articles 4 et 5 ne sont pas respectés. Ce refus constitue un acte administratif qui doit être motivé. Un recours au Conseil d'État peut être intenté, comme pour tout acte administratif, mais cette juridiction ne peut se prononcer que sur le respect de la loi, et non sur l'opportunité du refus »⁵⁸. Selon la ministre, « le congé pénitentiaire ne constitue ni une faveur, ni un droit. Il s'agit d'une possibilité offerte en fonction de critères établis dans le projet de loi [...] ». Sur base de l'avis motivé du directeur de l'établissement pénitentiaire, le ministre de la justice ou son délégué décideront de l'octroi ou non d'un congé pénitentiaire »⁵⁹.

⁵⁵ Commentaire de l'article 7, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁶ Commentaire de l'article 9, *op. cit.*, p. 36 : « [...] la peine privative de liberté, bien qu'elle entraîne une privation de liberté, ne met pas fin aux droits dont jouit le détenu en tant que citoyen. [...] Le droit à la vie familiale et donc le maintien ou l'encouragement des contacts sociaux et familiaux sont de tels droits qui peuvent être exercés, bien que de manière restrictive pour des raisons de sécurité ».

⁵⁷ Comme déjà indiqué (voir le point 12 *in fine* et la note 38), aucune règle en vigueur dans l'ordre juridique belge ne s'oppose à ce qu'une restriction à un droit fondamental prenne la forme d'une condition appréciative.

⁵⁸ Rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre, *op. cit.*, pp. 69 et 70.

⁵⁹ Rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre, *op. cit.*, pp. 71 et 72. Un amendement visant à instaurer un recours devant le tribunal

⁵⁰ L'avocat général se réfère à la circulaire ministérielle n° 1794 précitée.

⁵¹ Commentaire de l'article 4, *op. cit.*, p. 32 ; voy. aussi p. 33 : « [...] il appartient au ministre d'apprécier "concrètement", au cas par cas, les contre-indications ».

⁵² Article 8.

⁵³ Commentaire de l'article 9, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁴ Rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-2170/10, p. 86.

À propos de la nécessité évoquée par un député, de laisser au ministre le pouvoir de prendre en compte toutes les conséquences socialement choquantes d'une mise en liberté d'un condamné de sorte qu'il puisse refuser un congé pénitentiaire si cette mise en liberté peut provoquer un mouvement de protestation dans la société civile, la ministre de Justice fait valoir « qu'il n'y a pas d'automatisme à l'octroi du congé pénitentiaire mais une marge d'appréciation dont les conditions sont fixées à l'article 7, 2°, du projet. Ces conditions doivent être respectées par le condamné et un examen aura lieu au cas par cas »⁶⁰.

26. La possibilité de fonder le refus sur des motifs d'opportunité dont seule la légalité pourra être contrôlée par le juge, l'absence de droit subjectif dont la ministre infère la compétence du Conseil d'État, juge de la légalité objective, l'avis du directeur censé guider et non lier l'autorité dans l'exercice de sa compétence, l'absence d'automatisme dans l'octroi de la mesure, l'examen au cas par cas, l'encadrement du pouvoir de l'autorité en vue d'éviter l'arbitraire, constituent autant d'éléments extraits des travaux parlementaires qui conduisent à la conclusion que l'intention du législateur était bien d'octroyer au ministre une compétence partiellement discrétionnaire en matière de congé et de permission de sortie.

27. Les considérations selon lesquelles les décisions en matière de congé et de permission de sortie ne constituent pas une faveur traduisent une volonté, non de faire disparaître le pouvoir discrétionnaire du ministre en la matière, mais d'encadrer plus fortement le pouvoir discrétionnaire dont il dispose⁶¹ dans le respect des principes de légalité et de l'État de droit⁶². Dans le système antérieur, le pouvoir discrétionnaire de l'autorité en matière de congé était encadré par la circulaire du ministre de la Justice n° 1254 du 30 avril 1976 concernant le congé pénitentiaire. Selon cette circulaire, les éléments d'appréciation étaient laissés à la discrétion de l'autorité investie du pouvoir de décision

et se rapportaient à l'état de danger créé par la personnalité, le comportement social et la criminalité spécifique du détenu, à ses dispositions morales en général et à sa situation familiale. De même, l'autorité devait éviter que les détenus se rendent en un lieu où leur présence alarmerait l'opinion publique⁶³. Le pouvoir d'appréciation de l'autorité se trouvait renforcé par la circonstance qu'une circulaire ne lie pas le ministre ou son délégué, mais énonce des lignes de conduite, dont l'autorité peut s'écarter à la condition de motiver sa décision.

Par rapport à la situation antérieure, les trois contre-indications mentionnées par la loi du 17 mai 2006 restreignent l'amplitude du pouvoir discrétionnaire de l'autorité sans l'annihiler. D'une part, la possibilité de refuser un congé ou une sortie pour des motifs d'intérêt général autres que ceux se rapportant aux conditions légales d'octroi de la mesure, désormais précisées par la loi, disparaît⁶⁴. D'autre part, la condition relative aux contre-indications remplace celle qui concernait la personnalité de l'accusé, en précisant ce qui, dans la personnalité de l'accusé, peut encore faire obstacle à la libération. La loi en projet, précise la ministre, lui permettra encore de prendre en compte la personnalité de l'individu, comme elle l'a fait sur la base du système antérieur, tout en renforçant l'obligation de motivation qui pèse sur elle⁶⁵. Il n'y a donc pas de rupture fondamentale par rapport à la compétence (partiellement) discrétionnaire présente dans le régime issu de la circulaire de 1976.

28. Il se déduit des éléments exposés ci-dessus que l'intention du gouvernement et de la majorité était d'objectiver davantage le pouvoir du ministre d'accorder des congés et des permissions de sortie, non d'en faire une compétence intégralement liée *a priori*. Il est exact qu'à la base de la loi gît une volonté, pour le régime des congés et permissions de sortie, d'évoluer d'une « logique de faveur » (pouvoir largement discrétionnaire) vers une « logique de droit » (le ministre doit accorder la mesure s'il conclut à l'absence de contre-indications ou s'il ne peut raisonnablement pas aboutir à une autre conclusion). Cette volonté ne va toutefois pas jusqu'à consacrer un droit subjectif préexistant au congé ou à la sortie qui serait reconnu aux administrés indépendamment de toute appréciation par-

de l'application des peines contre les refus successifs de congé pénitentiaire a été rejeté. En conséquence, un des auteurs de l'amendement a déclaré regretter « l'absence totale de recours » (*Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1128/7, p. 33). On ne peut toutefois pas induire de ces éléments que l'intention du législateur était d'exclure toute possibilité de recours contre les refus de congé pénitentiaire (voy. toutefois en sens contraire P. LEWALLE et L. DONNAY, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2008, 3^e éd., p. 713).

⁶⁰ Rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre, *op. cit.*, pp. 71 à 73.

⁶¹ Ainsi la proposition d'un député de permettre que le ministre puisse prendre en compte la personnalité de l'accusé et refuser la permission de sortie s'il a « le moindre doute » que le détenu puisse commettre « de nouvelles infractions » – plutôt qu'un risque qu'il commette des infractions graves – n'a pas été suivie (rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre, *op. cit.*, pp. 69 et 177).

⁶² Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 2 et 3 ; exposé introductif de la ministre de la Justice, Rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre, *op. cit.*, pp. 4 et 5.

⁶³ Diverses autres circulaires traitaient de cette matière. Ainsi la circulaire n° 1476/1 du 29 août 1984 visait le renouvellement du congé pénitentiaire pour lequel le ministre devait notamment examiner l'existence d'éventuelles « nouvelles contre-indications » dont la circulaire ne dressait qu'une liste exemplative : « problèmes relationnels, nouveau milieu d'accueil, nouvel état d'esprit du détenu, refus de libération conditionnelle, tentative d'évasion, ... ».

⁶⁴ Rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁵ Rapport fait au nom de la commission de la Justice de la Chambre, *op. cit.*, p. 83.

tiellement discrétionnaire susceptible d'être portée par l'autorité, la loi du 17 mai 2006 maintenant au contraire dans le chef du ministre de la Justice un pouvoir partiellement discrétionnaire d'apprécier, dans le cadre d'une demande de congé pénitentiaire ou de permission de sortie, d'une part, l'ampleur du risque que le détenu se soustraie à l'exécution de sa peine, commette des infractions graves ou importune les victimes et, d'autre part, la possibilité de faire face à ce risque par la fixation de conditions particulières. Il s'agit donc de mieux encadrer ce pouvoir partiellement discrétionnaire, non de le faire disparaître. Ceci permet de comprendre pourquoi le législateur a maintenu une formulation du type « la permission de sortie est accordée », qui se réfère à une obligation. Cette formulation vise à mettre l'accent sur deux éléments : d'une part, sur le fait que les décisions en matière de congé et de sortie sont désormais censées se prendre sur la base de conditions limitativement énumérées par la loi⁶⁶ ; d'autre part, sur l'existence d'une obligation d'accorder le congé ou la sortie si le ministre conclut que les conditions sont réunies ou si les circonstances de fait de l'espèce n'autorisent pas une conclusion différente.

CONCLUSION

29. Les analyses qui précèdent sont de nature à infirmer le constat, qui découle de l'arrêt de cassation reproduit ci-dessus, selon lequel l'appréciation des contre-indications par le ministre ou son délégué dans le cadre des articles 5 et 7 de la loi est exempte de toute faculté pour l'autorité de se livrer à des appréciations discrétionnaires. Au final, il est donc douteux qu'on l'on puisse qualifier d'intégralement liée la compétence de l'autorité en matière de congé pénitentiaire et de permission de sortie. L'avocat général Thierry Werquin donne lui-même du corps à ce doute lorsque, dans la foulée du propos selon lequel « la confrontation du fait à la norme suppose une part d'appréciation, laquelle n'autorise aucun choix en opportunité », il ajoute que « le contrôle marginal permet d'examiner si l'administration a pu déduire légalement les constatations juridiques des constatations de fait qu'elle a relevée ». Or, par définition, le contrôle marginal s'applique aux

compétences de nature partiellement discrétionnaire et non aux compétences intégralement liées. L'idée d'un contrôle plein et entier exercé par le juge sur l'existence de contre-indications n'est donc pas évidente à admettre, y compris aux yeux de l'avocat général pourtant acquis à la thèse de la compétence intégralement liée.

D'un point de vue pratique, la solution proposée par l'avocat général et retenue par la Cour de cassation a le mérite de clarifier le statut contentieux des décisions en matière de congé pénitentiaire et de permission de sortie. La thèse de la compétence partiellement discrétionnaire implique normalement que le contentieux de la légalité des décisions administratives prises incombe au Conseil d'État et non aux tribunaux judiciaires. Toutefois, par son arrêt du 15 février 2012⁶⁷ déjà évoqué⁶⁸, le Conseil d'État a considéré, en se fondant sur l'arrêt du 11 mars 2003 prononcé par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État⁶⁹, que le congé pénitentiaire étant un mode d'exécution de la peine, le ministre de la Justice n'était pas une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État lorsqu'il statue sur une demande de congé pénitentiaire. Le Conseil d'État en conclut qu'il n'est pas compétent pour connaître du recours dirigé contre la décision refusant l'octroi d'un congé pénitentiaire à Michèle Martin⁷⁰. Eu égard à cet arrêt, la Cour de cassation, en qualifiant la compétence d'intégralement liée et en affirmant par voie de conséquence l'existence d'un droit subjectif au congé pénitentiaire et à la permission de sortie, prévient la situation d'incertitude sinon de vide qu'aurait pu faire naître la conclusion inverse quant à la possibilité,

⁶⁷ C.E., 15 février 2012, n° 218.010, *Martin*.

⁶⁸ Voy. *supra*, le point 1 et la note 3.

⁶⁹ C.E. (A.G.), 11 mars 2003, n° 116.899, *De Smedt* (à propos d'une sanction disciplinaire prise à l'égard d'un détenu). Dans cet arrêt, le Conseil d'État juge que « [...] conformément à l'article 40, alinéa 2, de la Constitution, et sous réserve de son article 157, alinéa 4, les peines prononcées par les cours et tribunaux sont exécutées par le pouvoir exécutif ; que le directeur d'un établissement pénitentiaire ressortit au pouvoir exécutif ; que le simple fait qu'il exerce ses compétences "dans le cadre de l'exécution de la peine", ainsi qu'il est affirmé dans le mémoire en réponse, ne suffit pas pour lui dénier la qualité d'autorité administrative au sens de l'article 14 des lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973 ; qu'il n'y aurait lieu de le faire que dans la mesure où il collaborerait directement à l'exécution des jugements et arrêts répressifs ; que tel n'a pas été le cas en l'espèce ; que l'on n'aperçoit pas de lien suffisamment direct entre les peines d'emprisonnement auxquelles le requérant a été condamné et la sanction disciplinaire attaquée qui lui a été infligée en raison des faits qui se sont produits début avril 2000 ; qu'en outre, la décision attaquée a été prise dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et le requérant ne fait pas valoir qu'elle constitue une violation de ses droits subjectifs ; que, dès lors, le recours n'a pas pour véritable objet la reconnaissance ou le rétablissement d'un droit subjectif ».

⁷⁰ Sur cette question controversée, voy. notamment B. CUVELIER, « Le Conseil d'État et le contentieux pénitentiaire : acte II », *Adm. Publ.*, 2003, pp. 179 et s. ; R. ANDERSEN, « Le Conseil d'État et le détenu », *Liber amicorum Henri-D. Boschi*, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 1 et s. ; M.-A. BEERNAERT, *Manuel de droit pénitentiaire*, Limal, Anthemis, 2012, 2^e éd., pp. 368 à 375.



pour le condamné à qui le congé pénitentiaire ou la permission de sortie est refusé, de contester cette décision devant un juge, en l'occurrence le juge judiciaire des droits subjectifs⁷¹, avec tous les

⁷¹ Sans doute la qualification partiellement discrétionnaire n'eût-elle pas empêché le juge judiciaire d'intervenir en sa qualité de juge compétent pour prévenir et réparer les atteintes portées fautivement à un droit subjectif, étant ici le droit à la liberté individuelle que consacrent notamment l'article 12 de la Constitution et l'article 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En effet, si, en vertu de la théorie de l'objet véritable du recours, le Conseil d'État est compétent pour annuler les actes administratifs édictés en violation du droit objectif et au préjudice d'un droit subjectif du requérant (par exemple une sanction disciplinaire de privation de traitement : voy. Cass., 27 novembre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 328 ; C.E., 9 février 2010, n° 200.676, *Hougardey* ; pour d'autres illustrations, voy. la jurisprudence citée dans B. BLERO, *op. cit.*, pp. 54 et 55), cette compétence du Conseil d'État ne fait pas disparaître celle qui appartient au juge judiciaire, en cas d'acte d'une autorité publique portant illégalement atteinte à un droit subjectif du demandeur, de connaître de l'action par laquelle ce dernier lui demande, en se fondant sur l'article 1382 du Code civil, de constater que l'autorité lui a causé fautivement un dommage et de la condamner en conséquence à réparer – en principe en nature – le préjudice subi. L'applicabilité de l'article 1382 du Code civil aux actes de puissance publique de l'État a été consacrée par l'arrêt de la Cour de cassation *La Flandria* du 5 novembre 1920 (*Pas.*, 1920, I, p. 193). Les principes de cet arrêt ont été développés et précisés par la suite (voy. notamment Cass., 16 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 513 ; Cass., 7 décembre 1975, *R.C.J.B.*, 1977, p. 417 et la note d'A. VANWELKHEN-HUYZEN, « L'autorité de chose jugée des arrêts du Conseil d'État en matière de responsabilité de la puissance publique » ; Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341 ; Cass., 19 décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 453 ; Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1056 ; Cass., 21 octobre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 251 ; Cass., 23 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 863 ; Cass., 21 mars 1985, *J.T.*, 1985, p. 697 ; Cass., 25 octobre 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1667). Le juge judiciaire est compétent y compris lorsque le dommage est causé par un acte administratif (partiellement) discrétionnaire (voy. Cass., 19 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 751 ; Cass., 14 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 41 ; Cass., 25 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 137 ; Cass., 12 décembre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 2003 ; Cass., 24 novembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2347 ; Cass., 15 mars 2007, n° C.04.0505.F ; Cass., 1^{er} octobre 2007, n° C.06.0682.N ; Cass., 26 mars 2009, n° C.07.0583.F). Cette dualité de compétence du juge administratif et du juge judiciaire suscite des difficultés, notamment dans le domaine du référé administratif (à ce propos, voy. notamment Cass., 15 octobre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 828 ; P. LEWALLE, « La place de la juridiction administrative dans la Constitution : la répartition des compétences entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État », in *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 159 et s.). S'agissant du contentieux des permissions de sortie et des congés pénitentiaires, par application du principe selon lequel le juge judiciaire est compétent tant pour prévenir que pour réparer les atteintes portées fautivement par l'administration à un droit subjectif, y compris lorsque l'acte dommageable a été pris dans le cadre d'une compétence discrétionnaire, il y a lieu de considérer qu'il appartient au juge judiciaire de connaître de l'action par laquelle un détenu, se plaignant du préjudice porté à sa liberté individuelle par une décision lui refusant illégalement une permission de sortie ou un congé pénitentiaire, soutient que cette illégalité est constitutive de faute (voir à cet égard l'arrêt du 25 octobre 2004 déjà cité) et sollicite en conséquence de sa part les mesures propres à le rétablir dans la pleine jouissance de son droit, mesures susceptibles de consister, par exemple, en un ordre adressé à l'autorité de réexaminer la situation du demandeur en agissant conformément à la légalité, de manière à s'abstenir de tout comportement fautif, ou en une injonction d'accorder la permission de sortie ou le congé pénitentiaire s'il est établi en l'espèce qu'une décision de rejet de la demande ne peut s'appuyer sur aucun motif juridiquement admissible.

questionnements qu'une telle situation d'incertitude voire de vide aurait pu soulever au regard des dispositifs interne et internationaux garantissant la protection des droits fondamentaux des personnes concernées⁷². L'arrêt commenté aura ainsi permis d'éviter que l'on se retrouve dans une configuration où le juge administratif et le juge judiciaire se seraient disputé non pas la compétence mais l'incompétence pour connaître des recours portés contre les congés pénitentiaires et les permissions de sortie et ce à l'occasion des recours par lesquels Michèle Martin conteste la légalité du refus de congé pénitentiaire qui lui est opposé. En prévenant la survenance d'un tel conflit, la Cour de cassation a évité de susciter une nouvelle controverse dans un dossier qui n'en a pas besoin. Si, donc, la solution consacrée par l'arrêt se comprend⁷³, il reste que pour étayer celle-ci, la Cour de cassation n'était pas fondée à se baser sur le caractère intégralement lié de la compétence du ministre. Même si les conditions appréciables qui encadrent le pouvoir d'action de l'autorité ne lui laissent qu'un pouvoir discrétionnaire limité, la mise en œuvre de ces conditions ne peut faire l'objet que d'un contrôle marginal de la part du juge judiciaire.

30. Pour conclure, il nous apparaît qu'avec l'arrêt commenté est une nouvelle fois mis en exergue à quel point il est délicat, en pratique, de décider si une notion indéterminée se prête ou pas à des appréciations partiellement discrétionnaires dans le chef de l'autorité. Or c'est principalement sur la base de ce critère qu'est censé se « fixer » la ligne de partage entre les compétences du Conseil d'État, juge de l'annulation pour violation du droit objectif, et le juge judiciaire, juge des droits subjectifs. C'est donc à l'aune d'un critère singulièrement incertain que le justiciable est censé trouver le chemin de son juge. Face à un tel constat, n'est-il pas impératif, au-delà des réformes déjà engagées⁷⁴, de repenser fondamentalement le système ?

⁷² On se rappellera que l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que les personnes dont les droits fondamentaux ont été violés bénéficient du droit à un recours effectif.

⁷³ Pour un cas d'application de cette jurisprudence en référé, voy. Bruxelles (réf.), 14 août 2014, n° 2014/KR/147 (inédit).

⁷⁴ Loi du 20 janvier 2014 « portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État » (*M.B.*, 3 février 2014 ; *erratum*, *M.B.*, 13 février 2014).