

De la loi du 23 mai 1990 à la loi du 15 mai 2012 : quelques développements récents en matière de transfert interétatique de l'exécution de la peine privative de liberté

par Suliane Neveu *

Chercheuse doctorante à l'UCL (financement FSR)

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

La Belgique a transposé deux instruments européens, adoptés respectivement par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, permettant le transfert de l'exécution d'une peine privative de liberté de l'État ayant prononcé la condamnation vers l'État avec lequel le condamné entretient les liens les plus étroits. L'objectif de ces législations est d'améliorer les perspectives de réinsertion sociale de ce dernier.

L'enjeu de la contribution sera de mettre en lumière les intérêts du condamné et des États dans les procédures mises en place par les deux lois de transposition. Une attention particulière sera portée sur la place réservée à ces intérêts, la manière dont ils sont concrètement articulés, et les évolutions qui se sont dessinées dans le temps. La conclusion sera que l'équilibre entre ces intérêts est difficile à atteindre.

EN GUISE D'INTRODUCTION : CONTEXTUALISATION DES LOIS DES 23 MAI 1990 ET 15 MAI 2012

Si le droit pénal est, par essence, territorial, le « principe de la territorialité » a dû faire place aux impératifs de lutte contre la criminalité internationale. La nécessité de reconnaître une « valeur internationale » au jugement répressif se fit sentir¹, il y a quelques années déjà. Les frontières étatiques cédèrent progressivement pour permettre la coopération internationale pénale. C'est ainsi que se développèrent les formes de collaboration que sont l'extradition,

* L'auteur remercie Marie-Aude Beernaert, Professeur à l'UCL, pour ses précieuses observations.

¹ Sur la question de la valeur internationale du jugement répressif, voy. l'excellent article de D. FLORE, « Le jugement répressif au-delà des frontières nationales », *Ann. dr.*, 1988, pp. 105-146.

l'entraide internationale et le transfèrement interétatique de condamnés². La notion de « confiance mutuelle dans l'espace pénal européen », incarnée par l'instrument du mandat d'arrêt européen³, acheva ce mouvement de rupture du cadre pénal territorial⁴.

C'est dans ce contexte que furent adoptés plusieurs instruments européens visant à permettre un transfert interétatique de l'exécution de la peine privative de liberté. Ceux-ci permettent de tenir compte d'un élément d'extranéité du cas de l'espèce, telles la nationalité ou la résidence du condamné. L'objectif déclaré est double : améliorer les perspectives de réinsertion sociale du condamné, en lui permettant d'exécuter sa peine dans l'État avec lequel il entretient des liens étroits mais aussi garantir l'efficacité des décisions de condamnation, en évitant l'impunité, notamment en cas de fuite du condamné vers son État de nationalité.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, l'instrument le plus important en cette matière fut sans conteste la Convention du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées⁵. Elle fut suivie, le 18 décembre 1997, d'un Protocole additionnel. Ces deux instruments furent transposés en droit belge par la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement interétatique des personnes condamnées, la reprise et le transfert de la surveillance de personnes condamnées sous condition ou libérées sous condition ainsi que la reprise et le transfert de l'exécution de peines et de mesures privatives de liberté⁶, pour la première, et la loi du 26 mai 2005, modifiant la loi du 23 mai 1990, pour le second.

Toutefois, malgré un franc succès sur le plan des ratifications⁷, la Convention sur le transfèrement et son Protocole additionnel sont peu appliqués et aboutissent rarement à un transfert effectif de la peine⁸. Ceci s'explique essentiellement par le caractère politique de la coopération, lequel est propice aux lenteurs procédurales et à la prise en compte de préoccupations parfois diffi-

² S. CECCALDI, « Transfèrement des condamnés et ordre public procédural. De l'ordre public de l'État d'exécution à l'ordre public européen ? », *R.S.C.*, avril/juin 2008, p. 303.

³ Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *J.O.*, L 190, 18 juillet 2002 (telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009, *J.O.*, L 81, 27 mars 2009, p. 24).

⁴ D. FLORE, « La notion de confiance mutuelle : l'alpha ou l'oméga d'une justice pénale européenne ? », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 17.

⁵ Précédée par la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (Strasbourg, 28 mai 1970).

⁶ Telle que modifiée par les lois des 26 mai 2005 et 17 mai 2006 (*M.B.*, 20 juillet 1990, 10 juin 2005 et 15 juin 2006).

⁷ La convention sur le transfèrement a été ratifiée par 64 États dont 18 États tiers au Conseil de l'Europe (en date du 29 mars 2013) et le Protocole, par 35 États parties (en date du 29 mars 2013).

⁸ Voy. S. NEVEU et B. ZAMMITTO, « Le transfèrement interétatique de détenus : la procédure et ses enjeux », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, liv. 2, p. 170, note n° 195.

lement conciliables avec l'intérêt de réinsertion du condamné étranger⁹. Face à l'échec des instruments du Conseil de l'Europe, le Conseil de l'Union européenne s'empara de la problématique du transfert de l'exécution des peines privatives de liberté¹⁰ et adopta la décision-cadre 2008/909/JAI du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne¹¹. Cette décision-cadre poursuit des objectifs similaires à ceux de la Convention de 1983 tout en offrant davantage d'efficacité à la procédure, par l'application du principe de reconnaissance mutuelle. Elle fut transposée en droit belge par la loi du 15 mai 2012 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux peines ou mesures privatives de liberté prononcées dans un État membre de l'Union européenne¹². Dans les relations entre la Belgique et les autres États membres de l'Union européenne, cette loi remplace la loi du 23 mai 1990.

L'enjeu de la présente contribution sera de présenter l'évolution des lois belges des 23 mai 1990 et 15 mai 2012, transposant respectivement la Convention de 1983 (et son Protocole de 1997) et la décision-cadre de 2008, en nous concentrant principalement sur les intérêts des acteurs de la procédure. La Belgique nous servira, à cet égard, de « laboratoire » pour étudier la réception nationale des législations européennes. Après un bref aperçu du contenu procédural des deux lois (I), nous étudierons la place que celles-ci réservent au condamné et à ses intérêts (II). Ensuite, nous nous concentrerons sur les intérêts étatiques et observerons comment les deux législations prennent ceux-ci en considération (III). Enfin, nous concluons en nous demandant si, eu égard à la prise en compte des différents intérêts, la loi du 15 mai 2012 opère une avancée, ou au contraire une régression, par rapport à la loi du 23 mai 1990 (IV).

I. — APERÇU DES PROCÉDURES DE TRANSFERT DE L'EXÉCUTION DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTÉ

Il est essentiel de donner un aperçu du contenu procédural des deux lois étudiées, pour pouvoir ensuite questionner les enjeux fondamentaux de cette forme de coopération. Nous commencerons donc par exposer la procédure telle

⁹ Sur ces considérations, voy. S. NEVEU et B. ZAMMITTO, *op. cit.*, pp. 125-170.

¹⁰ S. NEVEU, « La reconnaissance mutuelle des peines et mesures privatives de liberté, Une nouvelles étape de la construction de l'espace judiciaire européen », *J.T.*, 2012, p. 665.

¹¹ *J.O.C.E.*, L 327, 5 décembre 2008, p. 27 (telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009, *J.O.C.E.*, L 81, 27 mars 2009, p. 24).

¹² *M.B.*, 8 juin 2012. À ce propos, voy. S. NEVEU, « La reconnaissance mutuelle des peines et mesures privatives de liberté, Une nouvelles étape de la construction de l'espace judiciaire européen », *J.T.*, 2012, pp. 665-669.

que prévue par la loi du 23 mai 1990 (a) pour ensuite nous attarder sur le contenu procédural de la loi récente du 15 mai 2012, en mettant en avant les changements apportés par celle-ci (b). Ces deux lois organisent le régime du transfert de l'exécution de la peine *de* et *vers* la Belgique.

Sur le plan terminologique, mentionnons que l'État ayant prononcé la peine est appelé « État de condamnation » dans la loi du 23 mai 1990 et « État d'émission » dans la loi du 15 mai 2012. Précisons aussi que le « transfèrement » implique nécessairement un déplacement physique de la personne vers l'État d'exécution, au contraire du « transfert de la peine » qui peut avoir lieu indépendamment de tout transport de la personne, si celle-ci se trouve déjà dans l'État d'exécution.

A. La loi du 23 mai 1990 ¹³

La loi du 23 mai 1990 sert de cadre général pour tout transfert de l'exécution d'une peine privative de liberté de et vers la Belgique en application d'une Convention internationale. Elle ne s'applique donc pas uniquement dans les cas d'application de la Convention européenne sur le transfèrement et son Protocole. C'est la raison pour laquelle, au cours de notre étude, nous renverrons régulièrement à ces deux instruments, lorsque la loi ne réglemente pas certaines parties de la procédure.

1. Autorités compétentes

La procédure de transfèrement mise en place par la loi du 23 mai 1990 s'inscrit dans la coopération judiciaire « classique » ¹⁴. La coopération s'établit entre ministères de la Justice ¹⁵.

2. Les conditions essentielles

— La nationalité du condamné

Classiquement, il est exigé que le condamné soit ressortissant de l'État d'exécution ¹⁶. Toutefois, l'article 3 de la loi du 23 mai 1990 assouplit cette

¹³ Pour un aperçu plus détaillé de la procédure mise en place par cette loi, voy. S. NEVEU et B. ZAMMITTO, « Le transfèrement interétatique de détenus : la procédure et ses enjeux », *op. cit.*, pp. 125-170.

¹⁴ Par opposition au principe de reconnaissance mutuelle, appliqué dans la coopération établie entre les États membres de l'Union européenne (voy. *infra*).

¹⁵ Toutefois, en Belgique, le travail sur le fond des dossiers de transfèrement est effectué par l'Autorité centrale de coopération judiciaire internationale en matière pénale. Celle-ci est une section du Service public fédéral Justice. L'Autorité centrale rend un avis au ministre de la Justice afin de permettre à ce dernier de prendre la décision finale quant au transfèrement en pleine connaissance de cause (S. NEVEU et B. ZAMMITTO, « Le transfèrement interétatique de détenus : la procédure et ses enjeux », *op. cit.*, p. 128).

¹⁶ Voy. notamment l'article 3, § 1^{er}, a), de la Convention sur le transfèrement.

exigence en prévoyant que « le Gouvernement peut, en vue d'un transfèrement vers la Belgique, considérer comme ressortissant belge toute personne dont le transfèrement semble approprié et conforme à son intérêt, compte tenu de sa résidence habituelle et régulière en Belgique ».

— La double incrimination

Le fait qui a donné lieu à la condamnation doit constituer une infraction pénale au regard de la loi belge et de la loi étrangère ¹⁷. La double incrimination *in abstracto* suffit, ce qui signifie que les autorités ne vérifient pas que l'auteur aurait effectivement été puni si les faits avaient été commis dans l'État d'exécution. La qualification juridique des faits importe peu.

— L'accord des États

L'État de condamnation et l'État d'exécution doivent s'être mis d'accord sur le transfèrement ¹⁸. Ils jouissent d'un pouvoir discrétionnaire de décision, n'étant nullement contraints de donner suite à une demande de transfèrement ¹⁹.

— L'accord du condamné

En principe, le condamné ²⁰ doit consentir au transfèrement ²¹. Le rapport explicatif de la Convention de 1983 énonce qu'organiser cette mesure sans le consentement du condamné serait négatif sur le plan de la réhabilitation.

L'article 7 de la Convention de 1983 apporte une précision importante quant à la teneur du consentement du condamné : celui-ci doit être « éclairé » (la personne devant être « pleinement consciente des conséquences juridiques qui en découlent ») et donné volontairement, ce que l'État d'exécution peut vérifier. À cet égard, l'article 4, § 1^{er}, de la Convention sur le transfèrement dispose que « tout condamné auquel la [...] Convention peut s'appliquer doit être informé par l'État de condamnation de la teneur de la [...] Convention », « ceci afin de faire prendre conscience au condamné des possibilités de transfert offertes par la Convention et des conséquences juridiques d'un transfert vers son pays d'origine. L'information lui permettra de décider s'il souhaite ou non son transfèrement » ²². Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a d'ailleurs rédigé un « texte type » contenant les renseignements à fournir au condamné en cas de transfèrement ²³.

¹⁷ Article 1^{er}, al. 1^{er}, 2^o.

¹⁸ Article 1^{er}, al. 1^{er} (voy. les termes « peut accorder » et « peut accepter »).

¹⁹ Voy. le paragraphe 10 *in fine* du rapport explicatif de la Convention sur le transfèrement.

²⁰ Ou, lorsqu'en raison de son âge ou de son état physique ou mental l'un des deux États l'estime nécessaire, son représentant (au sens large).

²¹ Article 1^{er}, al. 1^{er}.

²² Paragraphe 28 du rapport explicatif de la Convention sur le transfèrement.

²³ Recommandation R (84) 10 du 21 juin 1984 concernant l'information relative à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées.

Il existe deux exceptions à l'exigence de consentement, prévues par le Protocole additionnel à la Convention sur le transfèrement et transposées en 2005 en droit belge, par une modification de la loi du 23 mai 1990 ²⁴.

La première exception à l'exigence d'accord du condamné concerne le transfèrement « forcé ». Il s'agit de l'hypothèse où, suite à la condamnation qui lui a été imposée, la personne condamnée sera reconduite à la frontière ou expulsée de l'État de condamnation ²⁵. Le condamné étant dans une situation d'illégalité, l'on considère qu'il perd le droit de consentir à son transfèrement ²⁶, ce qui s'écarte sensiblement de la conception que la Convention avait de la réinsertion sociale du condamné. La Belgique s'est engagée à ne pas user de cette faculté à l'égard des personnes résidant habituellement sur son territoire. À cet effet, lorsqu'elle a introduit les dispositions du Protocole additionnel dans sa loi nationale, elle a modifié la loi du 15 décembre 1980 relative à l'accès au territoire ²⁷.

Bien que le condamné ait perdu son « droit de *veto* » en cas de transfèrement « forcé », l'État de condamnation ne donne son accord au transfèrement qu'après avoir pris en considération l'avis de ce dernier ²⁸. En Belgique, cet avis est recueilli par le directeur de la prison ²⁹. Il peut être particulièrement pertinent, notamment lorsque le condamné possède plusieurs nationalités ou

²⁴ Loi du 26 mai 2005 modifiant la loi du 23 mai 1990 sur le transfèrement interétatique des personnes condamnées et la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 10 juin 2005.

²⁵ Article 5*bis* de la loi du 23 mai 1990.

²⁶ Préambule du ministre de la Justice à la circulaire ministérielle n° 1733 du 14 novembre 2001 relative au transfèrement interétatique de personnes condamnées de la Belgique vers l'Étranger, Direction générale des Établissements pénitentiaires, www.just.fgov.be.

Concrètement, s'il n'est pas transféré, un détenu étranger incarcéré en Belgique, qui n'a pas de droit au séjour et « qui a subi un tiers ou deux tiers de sa peine est mis provisoirement en liberté en vue de son refoulement ou de son expulsion. Les autorités judiciaires de son pays n'ont pas la moindre possibilité d'exercer un contrôle postpénitentiaire », à moins, évidemment, que la Convention sur la surveillance des personnes condamnées puisse être appliquée.

²⁷ Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980.

Le nouvel article 21, § 1^{er}, de cette loi prévoit que les étrangers nés en Belgique ou arrivés avant l'âge de douze ans et qui y ont principalement et régulièrement séjourné depuis, ainsi que des réfugiés reconnus ne peuvent jamais être renvoyés ou expulsés du Royaume.

Le nouveau paragraphe 2 de l'article 21 énonce, quant à lui, que, sauf en cas d'atteinte grave à la sécurité nationale, ne peut être ni renvoyé ni expulsé du Royaume l'étranger qui y séjourne régulièrement depuis vingt ans au moins ainsi que l'étranger qui n'a pas été condamné à une peine de prison égale ou supérieure à cinq ans et qui a des obligations civiles à l'égard de mineurs.

Le nouvel article 21, § 3, prévoit que, sauf en cas d'atteinte grave à l'ordre public ou à la sécurité nationale, ne peut être renvoyé du Royaume l'étranger qui y séjourne d'une manière régulière et ininterrompue depuis dix ans au moins, l'étranger qui remplit les conditions légales pour acquérir ou recouvrer la nationalité belge, l'étranger, époux non séparé de corps d'un Belge ainsi que le travailleur étranger frappé d'une incapacité permanente de travail.

²⁸ Article 5*bis* de la loi du 23 mai 1990.

²⁹ Contrairement au consentement qui est recueilli par le procureur du Roi.

lorsqu'il lui est loisible de demander d'être expulsé vers un pays autre que celui dont il est ressortissant ³⁰. Toutefois, il ne lie pas l'État de condamnation ³¹.

La seconde exception à l'exigence de consentement du condamné concerne le cas de la fuite de ce dernier de l'État de condamnation vers l'État dont il est le ressortissant afin de se soustraire à l'exécution de sa peine privative de liberté ³². Nous sortons ici de l'hypothèse d'un transfèrement « physique » de la personne. En effet, le condamné est déjà présent dans l'État d'exécution ³³. Les rédacteurs de la Convention ont considéré que le condamné ne méritait aucune bienveillance car il a délibérément essayé de détourner le cours de la justice en s'échappant. Il s'est lui-même exclu du champ d'application de la Convention de 1983 ³⁴.

3. L'initiative

— Le souhait du condamné

La loi du 23 mai 1990 ne prévoit pas expressément de droit d'initiative pour le condamné. Toutefois, l'article 2, § 2, de la Convention sur le transfèrement dispose qu'une personne condamnée sur le territoire d'un État peut exprimer, soit auprès de l'État de condamnation, soit auprès de l'État d'exécution, le souhait d'être (physiquement) transférée. Il ne s'agit pas d'une demande formelle de transfèrement mais de la simple expression d'un souhait ³⁵. Le condamné « peut ainsi attirer l'attention des autorités de l'État de condamnation sur sa situation personnelle au point de vue culturel ou familial » ³⁶. La circulaire du 14 novembre 2001 ³⁷ applicable au transfèrement de détenus de la Belgique vers l'étranger énonce que « dès que sa situation est définitive, tout détenu qui répond *prima facie* aux critères d'octroi formels [...] est informé

³⁰ Rapport explicatif du Protocole additionnel, § 28.

³¹ Circulaire ministérielle du 12 septembre 2005 relative à la coopération pénale internationale.

³² Articles 2 du Protocole additionnel et 18, 1^{er}, 2^o et 26, 2^o, de la loi du 23 mai 1990.

³³ Le Protocole additionnel a réglementé cette matière car elle n'entrait pas dans le champ d'application de la Convention sur le transfèrement. En effet, le condamné ne se trouvait plus sur le territoire de l'État de condamnation. En outre, la Convention européenne d'extradition n'était souvent pas applicable en cas de fuite du condamné dans son État d'origine car les États refusent généralement d'extrader leurs ressortissants, conformément à l'article 6 de cette Convention.

³⁴ Rapport explicatif du Protocole additionnel, § 14.

³⁵ Paragraphe 17 du rapport explicatif de la Convention.

³⁶ J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 89.

Généralement, le détenu fait savoir au directeur de l'établissement pénitentiaire dans lequel il est incarcéré son désir d'être transféré. La demande transite donc par l'administration pénitentiaire (E. DE WREE, G. VERMEULEN, T. VANDER BEKEN et E. VERBERT, « Interstatelijke overbrenging van gedetineerden vanuit en naar België. Er was eens... re-integratie », *Panopticon*, 2008, vol. 4, p. 18).

³⁷ Circulaire ministérielle n° 1733 du 14 novembre 2001 relative au transfèrement interétatique de personnes condamnées de la Belgique vers l'étranger.

oralement et par écrit de l'existence de la possibilité de transfèrement, des conditions sous lesquelles le transfèrement peut être octroyé, de la procédure et des conséquences. Le directeur ou son remplaçant demande expressément au détenu s'il souhaite avoir recours à cette possibilité. Il est pris acte du choix du condamné ».

Toutefois, si les détenus peuvent exprimer leur volonté d'être transférés, le transfèrement n'est qu'une faculté, et non un droit ³⁸. Les États gardent tout pouvoir d'appréciation pour l'accorder ³⁹. Ils ont cependant, en principe, une obligation d'information envers le condamné ⁴⁰.

— L'initiative des États

La demande formelle de transfert de l'exécution de la peine peut émaner soit de l'État de condamnation soit de l'État d'exécution ⁴¹. En dehors des cas de transfèrement sans consentement, les États ne prennent que rarement l'initiative. Le point de départ de la procédure est presque toujours le souhait exprimé par le condamné ⁴².

4. L'adaptation de la peine

Lorsqu'un condamné est transféré vers la Belgique, les autorités belges reconnaissent et exécutent la condamnation étrangère. Elles sont liées par la nature juridique et la durée de la sanction telles qu'elles résultent de la condamnation ⁴³. Toutefois, si la peine étrangère ne correspond pas, par sa nature ou sa durée, aux prescrits de la loi belge, la Belgique peut adapter cette peine aux prescrits de sa propre législation ⁴⁴. L'article 10 de la loi belge du 23 mai 1990 prévoit que si la peine nécessite une adaptation, le procureur du Roi ⁴⁵ saisit sans délai le tribunal de première instance et requiert l'adapta-

³⁸ Voy. le paragraphe 10 *in fine* du rapport explicatif de la Convention qui énonce : « La Convention se limite à fournir le cadre procédural aux transferts. Elle n'implique aucune obligation pour les États contractants de donner droit à une demande de transfèrement c'est pourquoi il n'était pas nécessaire d'indiquer des motifs de refus, ni de demander à l'État requis de motiver son refus d'autoriser un transfèrement demandé ».

³⁹ F. THOMAS, « De grensoverschrijdende van overbrenging van gevonnenen », *Panopticon*, 1990, p. 273.

⁴⁰ Voy. la recommandation du Comité des ministres R(84)11 du 21 juin 1984 concernant l'information relative à la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées qui prévoit un texte type à remettre au condamné afin que toutes les informations relatives au transfèrement lui soient communiquées.

⁴¹ Article 2.3 de la Convention sur le transfèrement.

⁴² E. DE WREE, G. VERMEULEN, T. VANDER BEKEN et E. VERBERT, « Interstatelijke overbrenging van gedetineerden vanuit en naar België. Er was eens... re-integratie », *op. cit.*, p. 18.

⁴³ Article 10.1 de la Convention sur le transfèrement.

⁴⁴ Voy. les articles 9 de la Convention belgo-marocaine et 9 de la Convention sur le transfèrement.

⁴⁵ Le procureur du Roi territorialement compétent pour l'audition du condamné est également territorialement compétent pour requérir l'adaptation de la peine (circulaire n° Col 8/2010 du

tion de la peine ou mesure à celle qui est prévue par la loi belge pour une infraction de même nature ⁴⁶. Afin de protéger le condamné, la peine ou la mesure prononcée à l'étranger ne peut être aggravée ⁴⁷. Le tribunal statue dans le mois en respectant la procédure suivie en matière répressive. Sa décision est susceptible de recours mais est immédiatement exécutoire.

5. Le droit applicable à l'exécution de la peine

L'application de la loi de l'État d'exécution est un principe du transfert de l'exécution de la peine. C'est la raison pour laquelle l'article 12 de la loi du 23 mai 1990 prévoit qu'en cas de transfèrement vers la Belgique, l'application et l'exécution de la peine sont régies par le droit belge. Ainsi, la loi belge est appliquée à la libération conditionnelle du condamné (que ce soit au niveau du seuil d'admissibilité, des conditions d'octroi, du délai d'épreuve, etc.) et ce, même si les règles de l'État de condamnation en la matière sont sensiblement différentes.

6. Les voies de recours et la motivation des décisions relatives au transfèrement

Les décisions relatives au transfèrement ne sont, sauf circonstances exceptionnelles, susceptibles d'aucun recours. Elles ne doivent pas être motivées formellement et l'intéressé peut se voir refuser tout accès au dossier administratif le concernant, sans possibilité de contester ce refus ⁴⁸, ce qui contrevient quelque peu à l'obligation d'information.

7. Le principe de spécialité et le *ne bis in idem*

L'article 13 de la loi du 23 mai 1990 dispose que les autorités belges doivent respecter le principe *ne bis in idem* lorsqu'un condamné a été transféré vers la Belgique : « Aucune poursuite ne peut être exercée ou continuée et aucune condamnation ne peut être exécutée à raison *des faits sur la base desquels la personne a été condamnée à l'étranger* ⁴⁹ à une peine ou une

11 mai 2010 du ministre de la justice et du collège des procureurs généraux près les cours d'appel sur le transfèrement international de personnes condamnées vers la Belgique, p. 9). Il conserve cette dernière compétence même si le détenu est transféré dans un autre établissement pénitentiaire. Voy. Corr. Bruxelles, 18 juin 2009, *N.C.*, 2011, p. 335, note L. HUYBRECHTS.

⁴⁶ Voy. Corr. Bruxelles, 26 novembre 1992, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, pp. 360-361. Il n'appartient pas au tribunal de convertir la peine étrangère en une nouvelle décision. Celui-ci peut uniquement prononcer, pour une qualification équivalente la peine qui se rapproche le plus de celle prononcée par l'État de condamnation, tout en respectant les limites imposées par la loi de l'État d'exécution.

⁴⁷ À cet égard, lors de l'adaptation de la peine, le juge ne peut imposer une amende qui n'a pas été prévue dans la décision de l'État de condamnation même si la loi belge en prévoit une pour les mêmes faits. Voy. Corr. Bruxelles, 17 mai 2011, *N.C.*, 2011, p. 337, note L. HUYBRECHTS.

⁴⁸ Pour plus de détails, voy. S. NEVEU et B. ZAMMITTO, « Le transfèrement interétatique de détenus : la procédure et ses enjeux », *op. cit.*, pp. 149-155.

⁴⁹ Nous soulignons.

mesure privative de liberté dont l'exécution se produit en Belgique, suite au transfèrement ».

Par contre, la Convention sur le transfèrement n'exige pas que les États parties respectent le principe de spécialité, principe qui prévoit que la personne transférée ne peut être ni poursuivie, ni condamnée, ni détenue pour une infraction *autre* que celle liée à l'exécution de la peine ayant donné lieu au transfèrement. Les rédacteurs de la Convention ont considéré que le fait que le condamné doive consentir à son transfèrement permettait de se dispenser de l'application de ce principe ⁵⁰.

Toutefois, l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention relatif au transfèrement « forcé », c'est-à-dire suite à une décision de reconduite à la frontière, prévoit que, sauf exception, le condamné qui a été transféré en application de cet article ne peut être ni poursuivi, ni jugé, ni détenu en vue de l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté, ni soumis à toute autre restriction à sa liberté individuelle, pour un fait quelconque antérieur au transfèrement, autre que celui ayant motivé la condamnation exécutoire ⁵¹.

B. La loi du 15 mai 2012 ⁵²

1. L'application du principe de reconnaissance mutuelle

La loi du 15 mai 2012 présente la particularité de mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, tel qu'il a été développé au sein de l'Union européenne. Elle complète les lois des 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen et 5 août 2006 sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale ⁵³ pour

⁵⁰ Voy. le rapport explicatif, § 40 et voy. la circulaire col 8/2010 du 11 mai 2010 du ministre de la Justice et du Collège des procureurs généraux près les cours d'appel sur le transfèrement international de personnes condamnées vers la Belgique, p. 5.

⁵¹ L'article 3, § 4, prévoit deux exceptions à ce principe :

« a. lorsque l'État de condamnation l'autorise : une demande est présentée à cet effet, accompagnée des pièces pertinentes et d'un procès-verbal judiciaire consignait les déclarations de la personne condamnée ; cette autorisation est donnée lorsque l'infraction pour laquelle elle est demandée entraînerait elle-même l'extradition aux termes de la législation de l'État de condamnation, ou lorsque l'extradition serait exclue uniquement à raison du montant de la peine ;

b. lorsque, ayant eu la possibilité de le faire, la personne condamnée n'a pas quitté, dans les 45 jours qui suivent son élargissement définitif, le territoire de l'État d'exécution, ou si elle y est retournée après l'avoir quitté ».

⁵² Pour un aperçu plus détaillé de la procédure mise en place par cette loi, voy. S. NEVEU, « La reconnaissance mutuelle des peines et mesures privatives de liberté, Une nouvelles étape de la construction de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, pp. 665-669. Voy. aussi la Circulaire Col 3/2013 du 22 février 2013 commune du Ministre de la Justice et du Collège des procureurs généraux relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux peines ou mesures privatives de liberté prononcées dans un État membre de l'Union européenne, non publiée, disponible sur le site du ministère public www.om-mp.be.

⁵³ Respectivement *M.B.*, 22 décembre 2003 et 7 septembre 2006.

former le cadre légal belge de la reconnaissance mutuelle⁵⁴. La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires⁵⁵ peut être définie comme « le fait qu'une décision judiciaire rendue dans un État membre, conformément aux règles appliquées dans cet État, soit exécutée, sans autre formalité dans tout autre État membre, comme s'il s'agissait d'une décision judiciaire de ce deuxième État »⁵⁶. L'objectif du principe est de rendre la coopération plus efficace et plus « automatique ». On l'oppose généralement à la coopération judiciaire dite « classique » élaborée par les conventions internationales, au sein desquelles s'inscrit la Convention sur le transfèrement.

2. Un double régime de consentement de l'État d'exécution

La loi du 15 mai 2012 organise deux types de procédure lorsque l'État belge est chargé d'exécuter la peine : « un régime sans accord préalable de l'État d'exécution et un régime avec accord préalable de l'État d'exécution »⁵⁷.

Le principe est que l'État d'exécution doit consentir à la transmission du jugement étranger sauf s'il est, soit « l'État de nationalité et de résidence du condamné »⁵⁸, ce qui est l'hypothèse la plus courante, soit « l'État membre de nationalité vers lequel, bien qu'il ne s'agisse pas de l'État membre sur le territoire duquel elle vit, la personne sera expulsée une fois dispensée de l'exécution de sa condamnation en vertu d'un ordre d'expulsion figurant dans le jugement ou dans une décision judiciaire ou administrative ou toute autre mesure consécutive au jugement »⁵⁹.

Le régime « sans accord préalable » est une nouveauté, censée être la plus-value du nouveau cadre juridique car il simplifie la procédure⁶⁰.

3. Le pouvoir discrétionnaire de l'État d'émission et le droit d'initiative

La loi du 15 mai 2012 prévoit que la Belgique, en tant qu'État d'émission, dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour décider de transférer ou non la peine

⁵⁴ Ce cadre légal va bientôt être complété par une loi relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution prononcées dans un État membre de l'Union européenne, transposant la décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution (*J.O.C.E.*, L 337, 16 décembre 2008, p. 102, telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009, *J.O.C.E.*, L 81, 27 mars 2009, p. 24). Un projet de loi vient d'être adopté par la Chambre (*Doc. Parl.*, 53 2648/003).

⁵⁵ Devenue la pierre angulaire de la coopération civile et pénale depuis le sommet européen extraordinaire de Tampere en octobre 1999 (conclusions de la présidence, points 33-37).

⁵⁶ D. FLORE, *Droit pénal européen, les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 365.

⁵⁷ Article 4, § 1^{er}.

⁵⁸ Article 4, § 2, 1^o.

⁵⁹ Article 4, § 2, 2^o.

⁶⁰ *Doc. Parl.* Chambre des représentants, Session 2011-2012, 53, 1796/004, p. 4.

à l'État d'exécution. Le condamné n'a pas de réel droit d'initiative. Tout comme l'État d'exécution, il peut demander le transfert de l'exécution de la peine à l'État d'émission. Toutefois, cela ne crée aucune obligation dans le chef de ce dernier ⁶¹ qui a, en réalité, la mainmise complète sur la procédure. Il est d'ailleurs symptomatique de constater qu'il est le seul des deux États à n'être jamais contraint à coopérer.

4. La judiciarisation partielle de la procédure

La loi du 15 mai 2012 organise la judiciarisation partielle de la procédure. Néanmoins, bien qu'un rôle prédominant soit attribué au pouvoir judiciaire dans la procédure, la nouvelle loi prévoit encore une intervention du pouvoir exécutif.

Lorsque le consentement préalable de la Belgique, en tant qu'État d'exécution est requis, la loi du 15 mai 2012 a désigné le ministre de la Justice comme autorité compétente pour donner cet accord. « Pour prendre sa décision, le ministre apprécie l'objectif de réinsertion et de réintégration sociale de la personne sur le territoire belge » ⁶². Il dispose cependant d'un pouvoir discrétionnaire de décision ⁶³. Le procureur du Roi de Bruxelles a, quant à lui, reçu la compétence de reconnaître et d'exécuter le jugement étranger, soit directement si l'accord préalable de l'État d'exécution n'est pas requis, soit après que le ministre de la justice ait consenti à la transmission du jugement étranger ⁶⁴.

Lorsque la Belgique est l'État d'émission et que l'accord préalable de l'État d'exécution est requis, la loi du 15 mai 2012 habilite le ministre de la Justice à demander cet accord auprès de l'autorité compétente de l'État d'exécution ⁶⁵. De plus, le ministre de la Justice est mandaté pour transmettre le jugement à un autre État membre, après consultation du procureur du Roi de l'arrondissement judiciaire du lieu de détention, lorsque le condamné est détenu en Belgique ⁶⁶. Le procureur du Roi de l'arrondissement judiciaire dans lequel le jugement a été prononcé a, quant à lui, la compétence de transmettre le jugement rendu en Belgique aux fins de reconnaissance et d'exécution, si la personne condamnée n'est pas détenue ⁶⁷.

5. Le consentement du condamné

La loi du 15 mai 2012 supprime l'exigence de consentement du condamné dans un nombre accru de cas. Rappelons qu'en transposant le Protocole additionnel à la Convention sur le transfèrement, la loi du 23 mai 1990 avait

⁶¹ Voy. l'article 5, § 2.

⁶² Article 9.

⁶³ *Doc. Parl.*, Sénat, Session 2011-2012, 53, 1373/3, p. 10.

⁶⁴ Article 14.

⁶⁵ Article 31, § 1^{er}.

⁶⁶ Article 30, § 2.

⁶⁷ Article 30, § 1^{er}.

déjà supprimé l'exigence de consentement lorsque le jugement était transmis à l'État vers lequel le condamné serait expulsé, une fois sa condamnation exécutée (art. 5bis), ou à l'État dans lequel le condamné avait pris la fuite (art. 18, § 1^{er}, 2^o et 26, 2^o). À ces deux hypothèses ⁶⁸, la loi du 15 mai 2012 transposant la décision-cadre en ajoute une troisième : le consentement n'est plus exigé lorsque le jugement est transmis à l'État membre de la *nationalité du condamné* et sur le territoire duquel *celui-ci vit* ⁶⁹. La législation a néanmoins prévu que s'il se trouve toujours dans l'État d'émission, le condamné, éventuellement accompagné de son conseil, doit avoir la possibilité de présenter ses observations, lesquelles seront prises en compte dans la décision de transmission du certificat ⁷⁰.

Si le consentement du condamné est requis et que celui-ci se trouve sur le territoire belge, l'article 33, § 1^{er}, de la loi du 15 mai 2012 prévoit qu'il est entendu par le procureur du Roi près le tribunal du lieu de détention, ou par le procureur du Roi du lieu de sa résidence s'il n'est pas détenu. Le procureur doit l'informer de la transmission du jugement à l'État d'exécution et des conséquences qui en découlent. Doit notamment être exposé au condamné le fait que le consentement à la transmission du jugement entraîne la renonciation au bénéfice de la *règle de la spécialité*. La personne concernée est assistée d'un conseil, soit lorsqu'elle le demande, soit lorsque le procureur du Roi l'estime nécessaire compte tenu de l'état mental ou de l'âge du détenu. Dans l'hypothèse inverse où le détenu se trouve sur le territoire de l'État d'exécution, le ministre de la Justice demande à l'État d'exécution de recueillir le consentement de la personne en même temps qu'il demande l'accord préalable de celui-ci pour la transmission du jugement.

6. La suppression partielle de la condition de double incrimination

À l'instar des autres lois mettant en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle, la loi du 15 mai 2012 supprime partiellement le contrôle de la double incrimination par l'État d'exécution lorsque les faits à la base de la condamnation sont repris dans la liste de trente-deux infractions de l'article 11, § 2 ⁷¹. Elle se différencie par-là de la loi du 23 mai 1990.

⁶⁸ Reprises à l'article 6, § 2, 2^o et 3^o.

⁶⁹ Article 6, § 2, 1^o, de la loi.

⁷⁰ Article 33, § 4, de la loi.

⁷¹ La Belgique a choisi de ne pas user de la faculté offerte par la décision-cadre de réintroduire le contrôle systématique de la double incrimination, pour toute infraction (article 7. 4 de la décision-cadre).

Sur la question de la suppression de la double incrimination, voy. D. FLORE, « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, pp. 65-77.

7. Les causes de refus

Contrairement à la loi du 23 mai 1990, la loi du 15 mai 2012 prévoit, dans ses articles 12 et 13, des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution de la décision étrangère, dont le procureur du Roi est chargé de vérifier l'absence. Ceux-ci constituent probablement la contrepartie de la nouvelle obligation d'exécution imposée à l'État d'exécution. Les motifs de refus sont nombreux et rendus, pour partie, obligatoires par la loi, contrairement aux prescrits de la décision-cadre. Cela signifie qu'en leur présence, l'État est contraint de refuser la reprise de l'exécution. Ainsi, sont notamment devenues des causes de refus obligatoires lors de la transposition : la présence d'une immunité en vertu de la loi belge, la minorité du condamné selon le droit belge, la prescription en vertu du droit belge, le non-respect du principe *ne bis in idem*, le non-respect du principe de double incrimination lorsque celui-ci est requis, l'absence d'accord du ministre ou du condamné lorsque celui-ci est requis ⁷² et la violation des droits fondamentaux du condamné.

Ce dernier motif de refus d'exécution, inscrit à l'article 12, 9°, mérite de retenir l'attention. Il reprend *mutatis mutandis* le motif de refus de l'article 4.5 de la loi sur le mandat d'arrêt européen ⁷³ et interdit la reprise de l'exécution de la peine « s'il y a des raisons sérieuses de croire que l'exécution de la décision aurait pour effet de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne ». L'on s'interroge sur la pertinence de cette reprise textuelle. Dans le cadre d'un mandat d'arrêt européen, le motif de refus est justifié par le risque qu'une violation des droits fondamentaux intervienne dans l'État d'émission, lorsque l'individu sera remis à cet État. La Belgique, en tant qu'État d'exécution, refuse de participer à la violation, qui serait alors la conséquence de l'exécution du mandat d'arrêt européen. Dans le cadre d'un transfert de l'exécution de la peine privative de liberté, tout porte à croire que l'article 12, 9° concerne une violation qui serait intervenue, précédemment, dans l'État d'émission, au cours de la procédure pénale. En effet, l'on imagine assez mal l'État d'exécution refuser d'exécuter la peine en raison d'une violation qui interviendrait sur son propre territoire, après le transfert de l'exécution (par exemple, une violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de mauvaises conditions de détention). Cette interprétation est confirmée par l'avis du Conseil d'État sur l'avant-projet de loi. Initialement, la cause de refus fondée sur les droits fondamentaux était absente de l'avant-projet de loi. Le Conseil d'État regrettait cette lacune :

⁷² Articles 11 et 12 de la loi et 9 de la décision-cadre.

⁷³ Il est aussi repris tel quel dans la loi du 5 août 2006 « relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membre de l'Union européenne » (article 7, 3°).

« Les articles 11 et 13 de l'avant-projet ne prévoient pas comme motif de refus *le cas où le jugement à exécuter aurait été rendu en violation des droits fondamentaux* consacrés par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, alors qu'une telle réserve figure dans la loi du 19 décembre 2003 "relative au mandat d'arrêt européen" (articles 4 et 5) [...]. Il y a là une lacune qu'il convient de combler, d'autant que l'avant-projet omet de transposer l'article 3, paragraphe 4, de la décision-cadre 2008/909/JAI, aux termes duquel, "La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux consacrés par l'article 6 du traité" »⁷⁴. Le Conseil d'État visait donc bien le cas où la décision de condamnation a été rendue en violation des droits fondamentaux. Or, on ne voit pas bien en quoi « l'exécution [...] aurait pour effet de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée ». En effet, la violation est antérieure au transfert. Elle n'est en rien consécutive à celui-ci. Il nous semble donc que le fondement de ce motif de refus est de permettre à la Belgique de se dédouaner de toute une violation survenue antérieurement.

Le législateur belge a conservé des causes de refus facultatives⁷⁵. Celles-ci sont, entre autres : la clause de territorialité⁷⁶, la durée de la peine privative de liberté (lorsque la peine restant à purger est inférieure à six mois), le refus de l'État d'émission d'autoriser l'État d'exécution à poursuivre, condamner ou priver de liberté l'intéressé et le fait que le jugement de condamnation ait été rendu par défaut (défaut non imputable au condamné).

8. L'adaptation de la peine

À l'instar de la loi du 23 mai 1990, la loi du 15 mai 2012 prévoit la possibilité d'une adaptation de la peine étrangère aux prescrits de la loi belge⁷⁷. Bien qu'en application du principe de reconnaissance mutuelle, l'exécution de la peine devrait être « immédiate » c'est-à-dire sans procédure d'*exequatur*, la loi a néanmoins prévu que si la durée ou la nature de la condamnation est incompatible avec le droit belge, le procureur du Roi *peut* décider de l'adapter⁷⁸. En octroyant cette

⁷⁴ Avis du Conseil d'État n° 50113/2/V du 23 août 2011, p. 57.

⁷⁵ Article 13.

⁷⁶ « Le jugement porte sur des infractions qui, selon le droit belge, sont considérées comme ayant été commises en totalité ou en majeure partie ou pour l'essentiel sur son territoire ou en un lieu assimilé à son territoire ».

⁷⁷ Article 18.

⁷⁸ L'adaptation de la durée n'est possible que lorsque celle-ci est supérieure à la peine maximale prévue par le droit belge pour des infractions de même nature. La durée de la condamnation adaptée doit correspondre à celle de la peine maximale prévue par le droit belge pour des infractions de même nature. S'agissant de la peine adaptée en raison de sa nature, celle-ci doit correspondre autant que possible à la condamnation prononcée dans l'État d'émission et ne peut être commuée en une sanction pécuniaire. À l'instar de la décision-cadre, la loi instaure des garde-fous en énonçant qu'« en aucun cas, la peine ou la mesure prononcée dans l'État d'émission ne peut être aggravée en ce qui concerne sa durée ou sa nature » (article 18, § 3).

faculté au procureur du Roi, la nouvelle loi s'éloigne du régime antérieur. En effet, rappelons que sous l'empire de la loi du 23 mai 1990, cette compétence appartenait au tribunal de première instance ⁷⁹. La loi prévoit une voie de recours contre la décision d'adaptation : « si la personne condamnée estime que l'adaptation décidée par le procureur du Roi aggrave la peine ou la mesure prononcée dans l'État d'émission quant à sa durée ou à sa nature, elle peut contester cette décision devant le tribunal de l'application des peines de Bruxelles » ⁸⁰.

9. Les voies de recours

L'article 19, § 2, organise une voie de recours, auprès de la chambre du conseil, pour le condamné présent en Belgique, contre la décision du procureur du Roi relative à la reconnaissance et à l'exécution en Belgique du jugement étranger. Un pourvoi en cassation est possible contre la décision de la chambre du conseil. Ces possibilités de recours sont une nouveauté. Elles n'étaient pas prévues dans la loi du 23 mai 1990. Elles offrent donc une protection supplémentaire au condamné.

Toutefois, il est regrettable qu'elles ne soient accessibles qu'au seul condamné présent en Belgique. La pertinence de cette limite dans le choix des destinataires de cette « faveur » pose question. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, dans l'hypothèse visée par l'article 19, § 2, la décision étrangère n'a « pas encore pu être mise à exécution par l'État d'émission. La décision de reconnaissance et d'exécution du jugement consiste alors à mettre à exécution une nouvelle condamnation, ce qui justifie l'existence d'une voie de recours pour cette personne. Tel n'est pas le cas de la personne condamnée qui se trouve sur le territoire de l'État d'émission et qui est, par hypothèse, déjà en train de purger sa peine et a, par conséquence, déjà eu l'occasion de soulever ses objections éventuelles lors des procédures ayant mené à la condamnation dans cet État » ⁸¹.

10. Le principe de spécialité

De manière comparable aux prescrits de la Convention de 1983, lorsque le consentement du condamné à la transmission du jugement est requis, celui-ci entraîne la renonciation au bénéfice de la règle de la spécialité ⁸². Par ailleurs, la loi prévoit de nombreuses autres exceptions à l'application du principe de spécialité ⁸³.

⁷⁹ Article 22 de la loi du 23 mai 1990.

⁸⁰ Article 18, § 4.

⁸¹ *Doc. Parl.*, Ch., Session 2011-2012, 53, 1796/001, p. 23.

⁸² Article 25, § 2, 5°.

⁸³ L'article 25, § 2 prévoit que ce principe ne s'applique pas :

« 1° lorsque, ayant eu la possibilité de le faire, la personne n'a pas quitté le territoire belge dans un délai de quarante-cinq jours suivant sa libération définitive, ou qu'elle y est retournée après l'avoir quitté ;

2° lorsque l'infraction n'est pas punie d'une peine ou mesure de sûreté privative de liberté ;

11. L'imposition de délais

Une avancée majeure qu'opère la loi du 15 mai 2012 est l'imposition de délais de procédure ⁸⁴. Au regard des exigences de la loi du 23 mai 1990, une procédure de transfèrement dure en moyenne un an ⁸⁵. L'absence de délais de procédure n'explique pas à lui seul les lenteurs de la « coopération classique ». Celles-ci tiennent aussi au nombre de pièces administratives à vérifier, aux pesanteurs administratives et aux barrières linguistiques ⁸⁶. À cet égard, l'emploi d'un certificat-type ⁸⁷ dans la nouvelle procédure devrait considérablement faciliter le travail des autorités compétentes ⁸⁸.

II. — L'ÉVOLUTION DE LA PLACE RÉSERVÉE AU CONDAMNÉ ET À SES INTÉRÊTS DANS LES LÉGISLATIONS

A. L'initiative et le consentement du condamné

Pas plus que la loi du 23 mai 1990, celle du 15 mai 2012 n'instaure un droit d'initiative effectif dans le chef du condamné. Inversement, elle supprime, dans un nombre accru d'hypothèses, le droit de *veto* que ce dernier pourrait opposer au transfert de l'exécution de la peine. Ces deux exemples témoignent de la marginalisation du rôle offert à l'intéressé dans une procédure qui le concerne pourtant au premier plan. Or, dans une perspective transfrontière de l'exécution de la peine, laquelle implique des conséquences extrêmement importantes sur le vécu carcéral du condamné (ne fût-ce que parce que le transfert de l'exécution de la condamnation aura pour effet l'application d'un droit pénitentiaire différent, tant sur le plan du statut juridique interne qu'externe du condamné), la parole de l'individu devrait avoir une place prépondérante et être assortie d'effets concrets.

3° lorsque la procédure pénale ne donne pas lieu à l'application d'une mesure restreignant la liberté individuelle de la personne ;

4° lorsque la personne condamnée est passible d'une sanction ou d'une mesure non privative de liberté, notamment une sanction pécuniaire ou une mesure alternative, même si cette sanction ou mesure alternative est susceptible de restreindre sa liberté individuelle ;

5° lorsque la personne condamnée a consenti au transfèrement ;

6° lorsque la personne condamnée a expressément renoncé, après son transfèrement, à bénéficier du principe de spécialité pour des faits précis antérieurs à son transfèrement ;

7° dans les cas autres que ceux visés aux 1° à 6°, lorsque l'État d'émission donne son consentement ».

⁸⁴ Voy. l'article 19 par exemple.

⁸⁵ E. DE WREE, G. VERMEULEN, T. VANDER BEKEN et E. VERBERT, « Interstatelijke overbrenging van gedetineerden vanuit en naar België. Er was eens... re-integratie », *op. cit.*, p. 16.

⁸⁶ S. NEVEU et B. ZAMMITO, « Le transfèrement interétatique de détenus : la procédure et ses enjeux », *op. cit.*, p. 160.

⁸⁷ Le modèle est indexé à la loi.

⁸⁸ S. NEVEU, « La reconnaissance mutuelle des peines et mesures privatives de liberté, Une nouvelles étape de la construction de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 669.

De plus, « l'absence de consentement de la personne est difficilement conciliable avec l'objectif de réhabilitation sociale »⁸⁹ de la loi nouvelle. « Se fondant sur la volonté de supprimer l'obstacle à la procédure que constitue l'accord du condamné, la législation part du présupposé probablement erroné que les États savent mieux que le condamné ce qui contribuera à sa réhabilitation »⁹⁰. À cet égard, le ministre belge de la Justice avait déclaré lors des travaux préparatoires de la loi du 15 mai 2012 que « l'on peut *a priori* présumer qu'il est préférable, pour l'intéressé, qu'il purge sa peine dans le pays où il habite »⁹¹. À l'instar de la décision-cadre, la loi semble faire de cet *a priori*, une présomption irréfragable, impliquant l'impossibilité pour le condamné d'apporter la preuve que le transfert de l'exécution de la peine ne rencontre pas ses intérêts. Or, l'étude doctorale d'Eveline De Wree⁹² a démontré que les attentes des condamnés dans une procédure de transfèrement sont fort contrastées et ne se résument, ni uniquement, ni nécessairement, à la volonté d'exécuter leur peine dans leur État de nationalité. En effet, d'autres éléments sont à prendre en compte. Ceux-ci tiennent soit à la procédure elle-même, tels que le souhait de transparence procédurale et le besoin d'un rôle actif de l'individu, en l'absence desquels le transfèrement perd de son attrait, soit aux conséquences du transfèrement dans l'État d'exécution. Songeons notamment à l'adaptation de la peine, au seuil d'admissibilité à la libération conditionnelle, aux conditions de visites de la famille en prison, etc. Selon l'individu concerné, ces autres éléments seront déterminants ou non dans le souhait de bénéficier du transfèrement. Or, pourtant, ils n'entretiennent aucun rapport direct avec la réinsertion sociale telle qu'envisagée par les législateurs européens et belge, c'est-à-dire fondée sur une incarcération dans un contexte social, culturel et linguistique connu.

Au regard de ces constatations, l'on réalise les nécessités d'une décision individualisée. Toutefois, en supprimant le consentement du condamné dans un nombre accru de cas et en n'octroyant pas de droit d'initiative effectif à ce dernier, la nouvelle procédure offre, encore moins que l'ancienne, l'opportunité d'une individualisation des décisions, laquelle apparaît pourtant essentielle lorsqu'il s'agit d'évaluer l'intérêt du condamné à bénéficier du transfert de l'exécution de la peine.

En outre, lorsque le consentement du condamné est requis, encore faut-il qu'il soit « éclairé ». Malgré le fait que la loi organise un régime d'informa-

⁸⁹ A. WEYEMBERGH, « La peine dans l'Union européenne : quel équilibre entre reconnaissance mutuelle et rapprochement des législations ? », in Fr. TULKENS, Y. CARTUYVELS et C. GUILLAIN (coord.), *La peine dans tous ses états. Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 169.

⁹⁰ S. NEVEU, « La reconnaissance mutuelle des peines et mesures privatives de liberté, Une nouvelles étape de la construction de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 669.

⁹¹ *Doc. Parl.* Chambre des représentants, Session 2011-2012, 53, 1796/004, p. 18.

⁹² E. DE WREE, *Internationale overbrenging van veroordeelden. De veroordeelde als subject*, Anvers, Maklu, 2011, 682 p.

tion du condamné, la pratique de la loi du 23 mai 1990 démontre que les condamnés ne sont pas toujours conscients des conséquences du transfert de l'exécution de la peine. En effet, de nombreux détenus semblent surpris d'apprendre, après avoir consenti à leur transfèrement, que les conditions d'exécution de la peine seront différentes dans l'État d'exécution. L'information n'est pas toujours bien transmise. Par exemple, les condamnés ignorent souvent les différences quant aux conditions de libération conditionnelle existant dans l'État d'exécution. Ne faudrait-il pas en informer les détenus, le cas échéant après avoir recueilli les informations nécessaires auprès de l'État d'exécution, afin que leur consentement puisse potentiellement être « éclairé »⁹³ ? Sur ce point, la loi du 15 mai 2012 ne conduit à aucun progrès⁹⁴.

B. Le contrôle du respect des droits fondamentaux

Lorsque deux ordres juridiques différents sont amenés à collaborer, l'on peut s'interroger sur la place réservée au contrôle du respect des droits fondamentaux. En matière de transfert de l'exécution de la peine, les contrôles à opérer peuvent s'envisager sous deux angles. Il s'agit pour l'État de condamnation de s'assurer que, en *aval* de sa décision, les conditions de détention dans l'État d'exécution seront conformes à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, et ne constitueront donc pas une forme de torture ou un traitement inhumain ou dégradant. De son côté, l'État d'exécution devrait contrôler qu'en *amont*, les droits de la défense, tels que prévus par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ont bien été respectés durant la procédure pénale dans l'État de condamnation.

La question est de savoir quelle est l'étendue du contrôle à opérer et dans quelle mesure l'État coopérant engage sa responsabilité en raison de violations perpétrées dans l'autre État. La Cour européenne des droits de l'homme a élaboré, en la matière, une théorie d'application de la Convention « par ricochet » permettant d'engager la responsabilité d'un État partie à la Convention en raison d'actes contraires à la Convention perpétrés dans un autre État.

S'agissant du contrôle à opérer par l'État de condamnation au regard de l'article 3 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme considère de longue date que l'extradition ou toute autre forme d'éloignement d'un étranger par un État contractant peut soulever un problème au regard de cet

⁹³ S. NEVEU et B. ZAMMITTO, « Le transfèrement interétatique de détenus : la procédure et ses enjeux », *op. cit.*, pp. 133-134.

⁹⁴ L'on peut néanmoins se demander s'il est envisageable qu'un consentement soit réellement éclairé. Les condamnés souhaitant réellement être transférés n'ont souvent que le transfèrement à l'esprit et peuvent parfois être peu réceptifs aux informations données. Eveline De Wree emploie le terme *tunnelvisie* lorsqu'il s'agit de parler de ce phénomène (E. DE WREE, *Internationale overbrenging van veroordeelden. De veroordeelde als subject*, *op. cit.*, 682 p).

article, et donc engager la responsabilité de cet État, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra, dans le pays de destination, un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ⁹⁵. La protection « par ricochet » de l'article 3 est valable même si l'État d'exécution n'est pas partie à la Convention européenne des droits de l'homme ⁹⁶. Inversement, la Cour considère que le fait qu'un État ait ratifié la Convention ne garantit pas que les droits du condamné seront respectés. Elle a plusieurs fois rappelé que « l'existence de textes internes et l'acceptation de traités internationaux garantissant, en principe, le respect des droits fondamentaux ne suffisent pas, à elles seules, à assurer une protection adéquate contre le risque de mauvais traitements lorsque [...] des sources fiables font état de pratiques des autorités — ou tolérées par celles-ci — manifestement contraires aux principes de la Convention » ⁹⁷. Dans le cadre d'un transfert de l'exécution de la peine, la protection « par ricochet » de l'article 3 est donc applicable même si l'État d'exécution est membre du Conseil de l'Europe.

Concernant l'article 6 et le contrôle à opérer par l'État d'exécution sur le caractère équitable de la procédure pénale menée dans l'État de condamnation, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu plusieurs arrêts semblant contradictoires.

Dans l'arrêt *Drozd et Janousek c. France et Espagne* rendu en matière pénale, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que les États membres ne devaient s'abstenir de coopérer avec un État que « s'il apparai[ssai]t que la condamnation [à exécuter] résult[ait] d'un déni flagrant de justice » ⁹⁸. Le contrôle à opérer semblait donc minimal. Comme l'a toutefois relevé Dean

⁹⁵ Arrêts *Soering c. Royaume Uni*, 7 juillet 1989, requête n° 14038/88, § 91 ; *Veermäe c. Finlande* (décision), 15 mars 2005, requête n° 38704/03. Voy. aussi Cour eur. D. H., *Saadi c. Italie*, 28 février 2008, requête n° 37201/06, § 125 ; *H.L.R. c. France*, 29 avril 1997, requête n° 24573/94, § 34 ; *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, 11 janvier 2007, requête n° 1948/04, § 135 et *Boutagni c. France*, 18 novembre 2010, requête n° 42360/08. Dans ce dernier arrêt, la Cour juge en substance que l'expulsion vers le Maroc d'une personne suspectée de terrorisme est contraire à l'article 3 car il existe un risque de mauvais traitement établi (mauvais traitements systématiques à l'égard des personnes suspectées de terrorisme). Cette jurisprudence hypothèque sérieusement la possibilité de transférer sans consentement des détenus marocains suspectés de terrorisme au Maroc, quand bien même ils rempliraient toutes les conditions relatives au transfèrement (§ 46).

⁹⁶ A cet égard, la Cour a déclaré : « dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'État contractant qui extradé, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés » (Cour eur. D.H., *Soering c. Royaume Uni*, 7 juillet 1989, requête n° 14038/88, § 91). Or, la Convention de 1983 a été ratifiée par des États tiers à la Convention européenne des droits de l'Homme et que la Belgique a conclu des accords bilatéraux en matière de transfèrement avec des États tiers à la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁹⁷ Cour eur. D.H., *Saadi c. Italie*, 28 février 2008, requête n° 37201/06, § 147 et Cour eur. D.H., *Daoudi c. France*, 3 décembre 2009, requête n° 19576/08, § 64.

⁹⁸ Cour eur. D.H., *Drozd et Janouzek c. France et Espagne*, 21 juin 1992, requête n° 12747/82, § 110.

Spielmann, l'« exigence du caractère flagrant du déni de justice n'a [...] pas fait l'unanimité. D'autres juges, dissidents [...] ont insisté sur les exigences de l'article 6 de la Convention, allant au-delà des exigences de l'absence de déni de justice manifeste »⁹⁹. L'arrêt concernant une affaire dans laquelle l'État de condamnation était tiers au Conseil de l'Europe (il s'agissait de la Principauté d'Andorre qui n'était pas encore membre du Conseil de l'Europe à l'époque), il n'était en outre pas possible d'établir si le contrôle minimal était appelé à s'exercer uniquement à l'égard des États non parties à la Convention européenne des droits de l'homme ou s'il devait s'appliquer également entre États membres.

Dans l'arrêt *Pellegrini c. Italie*¹⁰⁰, la Cour semble emprunter une voie différente. Cet arrêt concernait l'*exequatur* donné à une décision d'annulation de mariage rendue au terme d'une procédure ecclésiastique¹⁰¹ mais est applicable par analogie, selon nous, à la validation des décisions pénales étrangères. La Cour y considère que les juridictions d'un État ont le devoir de s'assurer que l'intéressé a bien bénéficié d'un procès équitable avant de donner l'*exequatur* à une décision étrangère¹⁰². Dans cette affaire également, l'État dont émanait le jugement était tiers à la Convention européenne des droits de l'homme. Et la question de savoir si le contrôle apparemment plus étendu imposé par la Cour en l'espèce est requis quel que soit l'État d'origine (partie ou tiers à la Convention), divise les auteurs¹⁰³. Certains insistent sur la portée large de l'arrêt¹⁰⁴. D'autres estiment qu'il laisse la question ouverte¹⁰⁵.

Enfin, dans la décision *Saccoccia contre Autriche*, rendue en matière pénale (confiscation d'avoirs en exécution d'une décision américaine) et concernant, cette fois encore, un État de condamnation tiers à la Convention, la Cour « semble se détacher du critère [de déni de justice flagrant], sans pour autant

⁹⁹ D. SPIELMANN, « La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères et les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme-Un essai de synthèse », *Rev. trim. dr. h.*, 2011, p. 764. L'auteur renvoie à l'opinion dissidente commune de MM. les juges Petiti, Valticos et Lopes Rocha, approuvée par MM. les juges Walsh et Spielmann.

¹⁰⁰ Cour eur. D.H., *Pellegrini c. Italie*, 20 juillet 2001, requête n° 30882/96.

¹⁰¹ Validation judiciaire de la décision étrangère permettant à celle-ci de produire ses effets sur le territoire de l'État chargé de l'exécution de cette décision.

¹⁰² Cour eur. D.H., *Pellegrini c. Italie*, § 48. Dans le cas d'espèce, « au regard de l'article 6 de la Convention, la Cour a imposé à l'État défendeur une obligation procédurale "au second degré", celle d'examiner si la procédure devant les tribunaux ecclésiastiques a satisfait aux exigences de cette disposition » (D. SPIELMANN, « La reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères... », *op. cit.*, 2011, p. 765).

¹⁰³ Voy. les constats de D. SPIELMANN, *ibidem*, p. 767.

¹⁰⁴ Voy. D. SPIELMANN, *ibidem*, qui renvoie au point de vue de J.-P. COSTA, « Le tribunal de la Rote et l'article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 470 et s.

¹⁰⁵ Voy. D. SPIELMANN, *ibidem*, exprimant son propre point de vue.

l'abandonner »¹⁰⁶. Dans cette décision, la Cour souligne « qu'elle n'a point pour tâche d'examiner la conformité des procédures menées devant les juridictions américaines avec l'article 6 de la Convention, mais de déterminer si les juridictions autrichiennes, avant d'autoriser l'exécution de l'ordonnance de confiscation, ont dûment vérifié que la décision en cause ne résultait pas d'un déni de justice flagrant. Un tel contrôle s'impose, en effet, lorsque la décision dont on demande l'*exequatur* émane des juridictions d'un pays qui n'applique pas la Convention [...]. Selon la jurisprudence ultérieure de la Cour, il peut même être exigé des juges qu'ils vérifient, avant d'accorder l'exécution d'une décision émanant des juridictions d'un pays qui n'applique pas la Convention, que la procédure y relative remplissait les garanties de l'article 6 [...] »¹⁰⁷.

La jurisprudence de la Cour demeure donc incertaine. Faut-il ou non contrôler le respect de l'article 6 lorsque l'État de condamnation est membre du Conseil de l'Europe ? Si un tel contrôle est requis, doit-il être minimal ou maximal ? Et lorsque l'État de condamnation est tiers au Conseil de l'Europe, un déni de justice flagrant est-il finalement requis ?

La question du contrôle à opérer est plus délicate dans le cadre de l'Union européenne, lorsqu'est appliqué le principe de reconnaissance mutuelle, ce qui intéresse directement la mise en œuvre de la loi du 15 mai 2012. Les conséquences potentielles que l'application de ce principe pourrait avoir sont à trouver dans le corollaire de celui-ci : la confiance mutuelle que les États membres de l'Union européenne témoignent dans leurs systèmes juridiques réciproques. Cette confiance mutuelle a pour fondement les principes fondamentaux communs à ces États membres¹⁰⁸. En amont, elle implique que l'essentiel des contrôles opérés sur la décision à exécuter doit être effectué dans l'État ayant prononcé la peine. En aval, elle suppose que l'État de condamnation peut être assuré que le condamné sera détenu, dans l'État d'exécution, dans des conditions qui ne contreviendront pas à ses droits fondamentaux. Présumer le respect des droits fondamentaux impliquerait l'absence de tout contrôle de leur respect. Or, les États membres de l'Union européenne ne sont pas à l'abri d'une violation de ces droits. Il suffit d'observer le nombre de condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme à leur égard pour s'en convaincre.

Comment la Cour européenne se positionne-t-elle par rapport au principe de reconnaissance mutuelle ? Sans entrer dans le détail, mentionnons l'existence de deux décisions rendues à l'égard d'États membres de l'Union européenne et semblant, à première vue, contradictoires.

¹⁰⁶ D. SPIELMAN, *op. cit.*, p. 768. À cet égard, D. SPIELMANN renvoie à P.P. KINSCH, « Le droit international privé au risque de la hiérarchie des normes : l'exemple de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de reconnaissance de jugement », *Annuaire de droit européen*, 2007, pp. 958 et s.

¹⁰⁷ Cour eur. D.H., *Saccoccia c. Autriche* (décision), 5 juillet 2007, requête n° 69917/01.

¹⁰⁸ D. FLORE, *Droit pénal européen, les enjeux d'une justice pénale européenne*, *op. cit.*, p. 370.

La décision *Stapleton c. Irlande*¹⁰⁹ concerne un mandat d'arrêt émis par le Royaume-Uni. L'intéressé se trouvait en Irlande et contestait cette décision en soutenant que sa remise au Royaume-Uni emporterait violation de l'article 6 de la Convention et, notamment de son droit à un procès équitable dans un délai raisonnable compte tenu du délai écoulé entre les faits qui lui sont reprochés et les poursuites intentées contre lui. Cependant, la Cour ne considère pas que les faits de l'espèce fassent apparaître des raisons sérieuses de penser que le requérant subirait au Royaume-Uni un réel risque d'un tel déni flagrant de ses droits garantis par l'article 6 de la Convention. La Cour note à cet égard que le Royaume-Uni est partie à la Convention et que, à ce titre, il s'est engagé à se conformer à ses obligations et à garantir à toute personne se trouvant sous sa juridiction le respect des droits et libertés qui y sont énoncés, en ce compris ceux de l'article 6. La Cour rejette également l'argument du requérant selon lequel l'État d'exécution ne devrait pas se borner à rechercher un « déni flagrant » mais déterminer s'il a été établi qu'existait dans l'État d'émission (en l'espèce, le Royaume-Uni) un risque réel d'iniquité de la procédure pénale¹¹⁰. Parmi les arguments qui ont mené la Cour à cette conclusion, on mentionnera les deux suivants : i) une telle approche irait à l'encontre des principes établis dans l'arrêt *Soering*, lequel requiert un déni flagrant de justice pour qu'il y ait violation de l'article 6¹¹¹ et ii) il serait plus approprié que ce soient les tribunaux du Royaume-Uni qui entendent et examinent les griefs du requérant relatifs à l'iniquité dont serait source le délai écoulé entre les infractions alléguées et les poursuites¹¹² (contrôle dans l'État d'émission). Sur cette base, la Cour européenne des droits de l'homme rejette les allégations du requérant et les déclare non fondées¹¹³. Nulle part dans cette décision, elle ne mentionne expressément le principe de la reconnaissance mutuelle. Mais de son raisonnement et de sa conclusion il semble ressortir que, sauf dans des circonstances où la personne a souffert ou risque de souffrir d'un déni flagrant de son droit à un procès équitable dans le pays d'émission, la Cour promeut la philosophie sous tendant la reconnaissance mutuelle selon laquelle la plupart des contrôles doivent être réalisés dans l'État d'émission et non dans l'État d'exécution.

L'arrêt de grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme *M.S.S. c. Belgique et Grèce*¹¹⁴ concerne le système Dublin¹¹⁵. Le « système

¹⁰⁹ Cour eur. D.H., *Stapleton c. Irlande* (décision), 4 mai 2010, requête n° 56588/07.

¹¹⁰ § 27.

¹¹¹ § 28.

¹¹² § 29.

¹¹³ § 32.

¹¹⁴ Cour eur. D.H., *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (Gde Chambre), 21 janvier 2011, requête n° 30696/09.

¹¹⁵ La Cour a plusieurs fois été chargée d'envisager l'impact sur le droit de la Convention de la désignation de l'État qui sera chargé d'examiner la demande d'asile (Cour eur. D.H., *T.I. c. Royaume-Uni* (décision), 7 mars 2000, requête n° 43844/98, *K.R.S. c. Royaume-Uni* (décision),

Dublin » a été mis en place entre les États membres de l'Union européenne, États qui, rappelons-le, sont tous membres du Conseil de l'Europe. À l'instar des mécanismes de coopération judiciaire pénale de l'Union, ce système se fonde sur la confiance mutuelle qui existe entre les États membres et permet de déterminer l'État membre responsable d'une demande d'asile présentée par un ressortissant de pays tiers sur le territoire d'un État membre de l'Union ¹¹⁶. Dans l'arrêt *M.S.S.*, la Cour prend une voie différente de celle empruntée dans l'affaire *Stapleton* et juge que « la confiance mutuelle dans le respect des droits fondamentaux par un autre État membre ne saurait qu'être présumée et elle ne délie pas les États de leur responsabilité individuelle » ¹¹⁷. Comme l'exposent J.-Y. Carlier et S. Saroléa, « la confiance de principe entre États membres de l'Union, censés à la fois respecter les instruments qu'ils se sont donnés et, à défaut, prévoir en leur sein des remèdes à leurs éventuelles défaillances, n'est pas suffisante pour garantir de manière effective les droits fondamentaux » ¹¹⁸.

Suite à l'étude de ces arrêts, des questions subsistent. Des divergences notables apparaissent entre les jurisprudences. Est-ce le caractère indérogeable de l'article 3 qui permet de distinguer l'arrêt *M.S.S.*, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme semble aller à l'encontre du principe de reconnaissance mutuelle, de la décision *Stapleton*, dans laquelle elle s'inscrit davantage dans la philosophie du principe ? Les différences entre les jurisprudences *M.S.S.* et *Stapleton* sont-elles dues au fait que le déplacement du condamné s'opère selon des modes différents : expulsion dans le cas de l'arrêt *M.S.S.*, remise en vertu d'un mandat d'arrêt européen, dans le cas de la décision *Stapleton* ?

La sanction pour violation des droits fondamentaux est classiquement le refus du transfert ou de la reprise de la peine. Or, un tel refus, lorsque celui-ci est réellement dans l'intérêt du condamné, irait à l'encontre des objectifs déclarés des instruments et pourrait diminuer les possibilités de réinsertion du condamné. L'on constate donc une inadéquation entre les objectifs des instruments et les mécanismes de refus.

2 décembre 2008, requête n° 32733/08 et *M.S.S. c. Belgique et Grèce* (Grande Chambre), 21 janvier 2011, requête n° 30696/09).

¹¹⁶ O. DE SCHUTTER et Fr. TULKENS, « Confiance mutuelle et droits de l'Homme, La convention européenne des droits de l'Homme et la transformation de l'intégration européenne », in X., *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'Homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, p. 953.

¹¹⁷ H. LABAYLE, « Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle », 3 mars 2013, www.gdr-elsj.eu.

¹¹⁸ J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile de l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'Homme. À propos de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* », *J.T.*, 2011, p. 355.

C. Les voies de recours

La loi du 15 mai 2012 opère une avancée majeure ¹¹⁹ en organisant une voie de recours contre la décision du procureur du Roi relative à la reconnaissance et à l'exécution du jugement étranger. Cette possibilité n'était pas prévue par la loi du 23 mai 1990. Toutefois, cette voie de recours devrait avoir un champ d'application assez limité, étant donné que le procureur du Roi ne décide pas de l'opportunité de la reprise de l'exécution de la peine. Elle n'offre donc pas de perspective de prendre en compte, à ce stade de la procédure, les intérêts du condamné quant au fait de purger sa peine en Belgique. Cependant, elle permet à ce dernier de faire valoir une raison légale de s'opposer à la reprise de l'exécution de la condamnation par la Belgique, telle la présence d'une cause de refus.

D. Les causes de refus

La loi du 23 mai 1990 ne prévoyait aucune cause de refus d'exécution. La loi du 15 mai 2012, transposant la décision-cadre de 2008, en prévoit de nombreuses. La plupart sont censées être un moyen de protection du condamné. Songeons, par exemple, à l'état de minorité du condamné, à la présence d'une immunité, au *ne bis in idem*, etc. Peut-être plus que les autres motifs de refus d'exécution, les causes de refus liées à la vulnérabilité du condamné (minorité, mesures de soins psychiatriques, etc.) nous semblent problématiques sur le plan de la réinsertion sociale. Pour ces personnes, exécuter leur peine dans leur État de résidence et/ou de nationalité nous semble essentiel, si toutes les conditions sont réunies pour que le transfert de la peine soit dans leur intérêt ¹²⁰. L'application de ces causes de refus se justifie dans le cadre du transfert de l'exécution de peines d'amende ou de confiscation ¹²¹, étant donné que de telles procédures poursuivent un objectif exclusivement répressif. *A contrario*, leur application pose davantage question lors de la mise en œuvre d'une procédure de transfert de l'exécution de la peine privative de liberté.

¹¹⁹ Bien que limitée *ratione personae* au condamné présent sur le territoire belge.

¹²⁰ Voy. G. VERMEULEN, A. VAN KALMTHOUT, N. PATERSON, M. KNAPEN, P. VERBEKE et W. DE BONDT, *Cross-border execution of judgements involving deprivation of liberty in the EU*, Anvers, Maklu, 2011, p. 48.

¹²¹ Les causes de refus énumérées dans la décision-cadre sur l'exécution des peines privatives de liberté et reprises dans la loi du 15 mai 2012 sont quasi identiques à celles énoncées dans les décisions-cadres sur l'exécution des sanctions pécuniaires (décision-cadre 2005/214/JAI du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, *J.O.*, L 76, 22 mars 2005, p. 16 (telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009, *J.O.*, L 81, 27 mars 2009, p. 24) et des confiscations (Décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006 sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, *J.O.*, L 328, 24 novembre 2006, p. 59 (telle que modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009, *J.O.*, L 81, 27 mars 2009, p. 24).

E. L'absence d'application du principe de spécialité eu égard à l'objectif de réinsertion sociale

Le transfert de l'exécution de la peine tel qu'envisagé dans les lois du 23 mai 1990 et du 15 mai 2012 n'obéit pas au « principe de spécialité ». Or, comme souligné par S. Ceccaldi, « rien ne justifie cette solution qui heurte la logique contractualiste qui devrait animer le transfèrement, pas même le consentement du condamné transféré. [...] Le principe de spécialité est dans un certain rapport de cohérence avec la finalité humanitaire du transfèrement. Il serait paradoxal que l'État d'exécution saisisse l'occasion du rapatriement d'un condamné, destiné à faciliter sa réinsertion pour le poursuivre pour d'autres faits »¹²².

F. L'application de la loi de l'État d'exécution

De manière générale, le principe de l'application de la loi de l'État d'exécution n'a en rien été modifié par la loi du 15 mai 2012. Or, ce principe n'est pas sans conséquence sur la situation carcérale du condamné. En raison des divergences législatives existant entre les États, une fois la peine transférée, l'individu pourrait faire face, dans l'État d'exécution, à des conditions plus strictes dans l'obtention d'une modalité d'exécution *extra muros* de la peine privative de liberté (telle la libération conditionnelle). Toutefois, la Cour européenne semble avaliser le principe de l'application de la loi de l'État d'exécution. Dans les décisions *Csoszánzki c. Suède*¹²³ et *Szabo c. Suède*¹²⁴, elle énonce que, tant que la peine convertie/adaptée par l'État d'exécution ne dépasse pas celle prononcée par l'État de condamnation, le fait que la peine effectivement subie dans l'État d'exécution soit supérieure à celle qui aurait été exécutée dans l'État de condamnation ne permet pas de conclure à une peine arbitraire¹²⁵. Néanmoins, elle n'exclut pas que l'imposition d'une détention nettement plus longue *de facto* dans l'État d'exécution puisse faire surgir une question litigieuse au regard de l'article 5 et, par conséquent, engager la responsabilité de l'État de condamnation sur le terrain de cet article. Cependant, à ce jour, la Cour ne semble jamais avoir reconnu une telle responsabilité dans le chef de l'État de condamnation.

La décision-cadre sur l'exécution des peines privatives de liberté ouvre la porte à une éventuelle application de la loi de l'État d'émission. En effet, son article 17.4 dispose que les États membres peuvent prévoir que toute

¹²² S. CECCALDI, « Transfèrement des condamnés et ordre public procédural. De l'ordre public de l'État d'exécution à l'ordre public européen ? », *op. cit.*, pp. 303-318.

¹²³ Cour eur. D. H., *Csoszánzki c. Suède*, 27 juin 2006 (décision), requête n° 22318/02.

¹²⁴ Cour eur. D. H., *Szabó c. Suède*, 27 juin 2006 (décision), requête n° 28578/03.

¹²⁵ Pas de violation de l'article 5 de la Convention.

décision relative à la libération anticipée ou conditionnelle peut tenir compte des dispositions de droit interne, communiquées par l'État d'émission, en vertu desquelles la personne peut prétendre à une libération anticipée ou conditionnelle à partir d'une certaine date. Cet article est une véritable nouveauté en matière de transfert de l'exécution des peines privatives de liberté. Il s'agit là de prévoir l'application de règles étrangères sur le territoire de l'État d'exécution, ce qui contrevient quelque peu à la souveraineté de cet État et au principe de reconnaissance mutuelle. Deux conséquences sont alors possibles : soit l'État d'exécution applique la loi de l'État d'émission lorsque les règles relatives à la libération conditionnelle de ce dernier sont plus favorables que les siennes, et ce afin que le transfert de l'exécution de la peine n'aboutisse pas *de facto* à un durcissement de la peine, soit l'État d'exécution applique la loi de l'État d'émission lorsque les règles relatives à la libération conditionnelle de ce dernier sont moins favorables au condamné que les siennes, et ce afin que les divergences législatives existant entre les États ne constituent plus un obstacle à la coopération, dans le chef de l'État d'émission. Si le deuxième cas de figure était appliqué, cela aurait pour conséquence que le condamné serait soumis à un régime de libération conditionnelle plus sévère que les autres condamnés purgeant leur peine privative de liberté dans l'État d'exécution ¹²⁶. Quoi qu'il en soit, l'article 17.4 n'a pas été transposé par la Belgique dans la loi du 15 mai 2012.

III. — LES INTÉRÊTS DE LA BELGIQUE DANS LES PROCÉDURES

A. Les intérêts de la Belgique en tant qu'État de condamnation

— Gérer la surpopulation carcérale et conserver une marge d'appréciation dans le processus décisionnel

De nombreux États doivent faire face à un problème de surpopulation carcérale et la Belgique ne fait pas exception ¹²⁷. La Commission euro-

¹²⁶ Or, cela ne constituerait vraisemblablement pas une discrimination ou une inégalité de traitement (article 14 de la Convention et le Protocole n° 12). La Cour européenne des droits de l'Homme, elle-même, n'empêche pas que des situations juridiques différentes appellent des solutions divergentes, lesquelles sont alors justifiées. Comme l'a souligné J.-F. RENUCCI (« Introduction générale à la Convention européenne des droits de l'Homme », Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2005, pp. 23-24) : « une différence de traitement est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé » (Voy. notamment : Cour eur. D. H., 23 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, requête n° 8777/79 § 40 ; 3 octobre 1997, *National and Provincial Building Society et al. c. Royaume-Uni*, § 80).

¹²⁷ Le pourcentage d'étrangers dans les prisons belges en 2009-2010 était de 41,1 % de la population carcérale (ce chiffre comprend les citoyens de l'Union étrangers et les ressortissants de pays tiers) et que le taux d'occupation des prisons belges par rapport à la capacité officielle était

péenne a souligné dans son « livre vert sur l'application de la législation de l'Union européenne en matière de justice pénale dans le domaine de la détention », qu'« existe le risque que les transfèrements servent à réduire le surpeuplement carcéral dans un État membre [...] »¹²⁸. Bien qu'elle ne déplore pas l'instrumentalisation du transfert, la Commission européenne pointe clairement les liens existant entre transfert et surpopulation carcérale.

« De manière générale, en matière de transfert de l'exécution des peines privatives de liberté, lorsque les États conservent leur pleine liberté d'appréciation, le refus ou l'accord de transfert sera souvent tributaire de l'état de surpeuplement des prisons, le transfert permettant un déplacement du lieu de l'exécution de la peine »¹²⁹. Dans le chef de l'État de condamnation, la mesure peut être utilisée comme un instrument de politique migratoire, instrument qui, de surcroît, possède une fonction symbolique importante : l'expression d'une forme de contrôle dont dispose l'État à l'égard des justiciables étrangers, lesquels seront rapidement transférés après le jugement¹³⁰. Une étude détaillée de la procédure de transfert de la peine en application de la loi du 23 mai 1990 démontre que la surpopulation carcérale est bien au cœur des préoccupations du ministre de la Justice lorsqu'il doit décider d'un transfert de la peine¹³¹. Il n'est donc pas anodin que la Belgique ait conservé le ministre comme autorité compétente pour transmettre le jugement à l'État d'exécution, à l'instar de la procédure de coopération judiciaire « classique ». Une telle autorité se préoccupe probablement plus du surpeuplement carcéral qu'une autorité judiciaire.

— Voir la décision de condamnation respectée par l'État d'exécution

L'exécution de la peine participe hautement à l'exercice de la souveraineté des États. Le juge prononce une peine en application de sa loi nationale. Cette peine sera normalement exécutée par les autorités nationales, selon les normes nationales, lesquelles sont la conséquence de choix politiques voire idéologiques. Lorsque le juge prononce la sentence, il connaît, en principe, les règles qui gouvernent l'exécution de la peine et pourrait en tenir compte

de 118,9 % (Source : COM (2011) 327 final, p. 16). Le rapport annuel de la DG des établissements pénitentiaire ne te donne-t-il pas des stats plus récentes ?

¹²⁸ Renforcer la confiance mutuelle dans l'espace judiciaire européen — Livre vert sur l'application de la législation de l'UE en matière de justice pénale dans le domaine de la détention, COM(2011) 327 final, Bruxelles, le 14 juin 2011, p. 6.

¹²⁹ S. NEVEU, « La reconnaissance mutuelle des peines et mesures privatives de liberté, Une nouvelles étape de la construction de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 668.

¹³⁰ E. DE WREE, G. VERMEULEN et T. VANDER BEKEN, « The transfer of sentenced persons in Europe : Much ado about reintegration », *Punishment & Society*, 2009, p. 117.

¹³¹ S. NEVEU et B. ZAMMITTO, « Le transfèrement interétatique de détenus : la procédure et ses enjeux », *op. cit.*, pp. 125-170.

au moment où il détermine la peine à prononcer ¹³². Ainsi, au niveau belge, « même s'ils considèrent ne pas être suffisamment au courant de l'exécution de leurs peines, certains juges admettent anticiper celle-ci dans leur jugement [...] » ¹³³.

Lors d'un transfert interétatique de l'exécution de la peine, il y a une modification du processus étatique « classique » de condamnation, lequel démarre par les poursuites pénales pour s'achever par l'exécution de la peine. La « chaîne pénale » n'est pas complètement rompue mais subit une déviation, sous la forme d'un changement de l'ordre juridique compétent pour mettre la peine à exécution. Ce n'est pas sans conséquence sur les modalités d'exécution de la peine, qui peuvent être sensiblement différentes d'un État à l'autre. Ces divergences peuvent être problématiques. Ainsi, un seuil d'admissibilité à la libération conditionnelle particulièrement bas dans l'État d'exécution peut apparaître, aux yeux de l'État de condamnation, comme une remise en question de la condamnation prononcée par son juge national ¹³⁴. Certes, c'est peut-être oublier que la libération conditionnelle est aussi une modalité d'exécution de la peine. Néanmoins, dans un contexte de transfert de la peine, le lien entre la condamnation et la libération conditionnelle est plus ténu dans la mesure où elles ne résultent plus forcément d'une même conception de la justice pénale.

La décision-cadre sur l'exécution des peines privatives de liberté, consciente du problème, prévoit dans son article 17.3 que « l'autorité compétente de l'État d'exécution informe l'autorité compétente de l'État d'émission, à la demande de cette dernière, des dispositions applicables en matière de libération anticipée ou conditionnelle ». Elle précise que « l'État d'émission peut accepter l'application de ces dispositions ou retirer le certificat ». Cette précision n'était pas nécessaire vu que l'État d'émission a un pouvoir discrétionnaire de décision. La Belgique ne l'a d'ailleurs pas transposée telle quelle dans la loi du 15 mai 2012, considérant probablement que le pouvoir discrétionnaire du ministre, lequel sera sûrement attentif aux règles de libération conditionnelle de l'État d'exécution ¹³⁵, suffit. Notre législateur a simplement transposé la première partie de la disposition, en prévoyant l'envoi des informations sur la libération conditionnelle à l'État d'émission. Nous voyons surtout dans la précision finale

¹³² Par exemple, un juge belge qui prononce une condamnation de trois ans à l'encontre d'un condamné qui n'est pas en état de récidive légale sait que celui-ci pourrait être libéré conditionnellement au tiers de sa peine.

¹³³ K. BEYENS, C. FRANCOISE et V. SCHEIRS, « Les juges belges face à l'(in)exécution des peines », *Déviance et société*, 2010, vol. 34, n° 3, p. 419.

¹³⁴ L'adaptation de la peine peut aussi apparaître comme une autre forme de remise en question de la décision du juge de l'État de condamnation. La décision-cadre et partant, la loi du 15 mai 2012, n'ont pas tenu compte de ce problème. Elles n'instaurent pas d'information préalable de l'État d'émission quant à l'éventuelle adaptation de la condamnation : l'information n'est censée intervenir qu'après la décision d'adaptation.

¹³⁵ Comme c'est le cas sous l'empire de la loi du 23 mai 1990.

de l'article 17.3 la consécration de la pratique du refus de transfert en raison des divergences législatives en matière de libération conditionnelle, qui existait déjà sous l'empire de la Convention de 1983 et partant, de la loi belge du 23 mai 1990. Toutefois, cela semble difficilement conciliable avec le principe de reconnaissance mutuelle.

B. L'intérêt de la Belgique en tant qu'État d'exécution : conserver une marge d'appréciation

La Belgique, à l'instar de tout État d'exécution, n'a aucun avantage à reprendre l'exécution de la peine. Au contraire, dans un contexte de surpopulation carcérale, elle a tout à gagner à pouvoir limiter le flux de condamnés transférés. C'est la raison pour laquelle son seul intérêt consiste à conserver le pouvoir de décider de reprendre ou non l'exécution de la peine. La loi du 23 mai 1990 lui octroyait ce pouvoir d'appréciation. Inversement, la loi du 15 mai 2012 supprime son pouvoir discrétionnaire dans deux hypothèses. Toutefois, le ministre de la justice belge a précisément reçu des prérogatives dans les situations où la Belgique, en tant qu'État d'exécution, dispose d'un pouvoir discrétionnaire de décision, en vertu de la législation en vigueur, et n'est donc pas contrainte à coopérer (hypothèses où le transfert de l'exécution de la peine vers la Belgique nécessite l'accord préalable de la Belgique). En confiant, dans la loi de 2012, le pouvoir décisionnel à une autorité particulièrement sensibilisée aux préoccupations étatiques, le législateur belge tente de maintenir, dans la mesure du possible, l'opportunité pour la Belgique de faire valoir ses intérêts.

CONCLUSION : DE LA LOI DU 23 MAI 1990 À LA LOI DU 15 MAI 2012, UNE AVANCÉE VERS L'ÉQUILIBRE ENTRE LES INTÉRÊTS EN JEU ?

Une première question centrale était celle de l'évolution de la place réservée au condamné et à ses intérêts dans les législations belges transposant les instruments européens relatifs au transfert de l'exécution de la peine. Une étude attentive des deux lois révèle que la loi du 15 mai 2012 opère un *statu quo*, voire un retour en arrière. En supprimant le consentement du condamné lorsque celui-ci est transféré vers son État de résidence et de nationalité, la loi du 15 mai 2012, à l'instar de la décision-cadre, marginalise le rôle de celui-ci dans la procédure en l'empêchant de faire valoir ses intérêts. L'individualisation de la décision est rendue nettement plus difficile. En réalité, elle reposera entièrement sur la bonne volonté de l'État d'émission, étant donné que l'État d'exécution est contraint de prendre le relais de l'exécution de la peine.

En outre, la place réservée au contrôle des droits fondamentaux dans les législations de reconnaissance mutuelle demeure incertaine.

La seconde question de cette contribution concernait la place réservée aux intérêts étatiques dans les procédures. La loi du 15 mai 2012, à l'image de la décision-cadre de 2008, supprime le pouvoir décisionnaire de l'État d'exécution dans les hypothèses de coopération les plus répandues. Contraindre ce dernier à reprendre l'exécution de la peine a été présenté comme un moyen de favoriser la réinsertion du condamné : le détenu n'aurait plus à faire face à un refus de transfert. Certes, c'est exact si l'exécution transnationale de la peine rencontre les intérêts de l'individu. Toutefois, nous l'avons constaté, cela n'est pas toujours le cas. Or, en supprimant le droit de *veto* de l'État d'exécution, la décision-cadre et la loi de 2012 ont, par la même occasion, supprimé la possibilité d'une décision individualisée dans le chef de cet État. En conséquence, l'État d'émission a la mainmise complète sur la procédure.

Néanmoins, lorsque l'État d'exécution conserve une marge d'appréciation, le législateur belge a choisi, comme autorité compétente, le ministre de la Justice, probablement pour sa sensibilité aux intérêts étatiques, principalement celui de la gestion de la surpopulation pénitentiaire.

Cependant, les États et le condamné doivent faire face à un obstacle de taille, qu'aucune des deux lois de transposition ne permet de surmonter : celui des divergences législatives et des conséquences qui en découlent. Les divergences en matière de libération conditionnelle sont l'exemple le plus révélateur des tensions qui peuvent apparaître. Tant que la coopération s'articulera autour du principe strict de l'application de la loi de l'État d'exécution, les divergences législatives constitueront la pierre d'achoppement de la procédure de transfert interétatique de la peine privative de liberté.

Plus que jamais, il nous semble nécessaire que les législations européennes relatives au transfert de l'exécution de la peine et partant, les lois de transposition, atteignent un certain équilibre entre les intérêts en jeu. La coopération étant largement tributaire des États, il apparaît que celle-ci ne pourra être *efficace* si les intérêts des acteurs étatiques ne sont pas rencontrés au mieux. En outre, la coopération gagnera en *légitimité* si elle respecte les intérêts et les droits fondamentaux du condamné. Cela revêt une importance toute particulière lorsque cette collaboration s'inscrit dans la construction, au sein de l'Union européenne, d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et qu'il s'agit de mettre en avant le pôle « justice ».