

L'étranger sans titre de séjour légal face au droit de l'exécution des peines

Quelles perspectives depuis l'arrêt 148/2017 de la Cour constitutionnelle ?

Mémoire réalisé par
Mounir Bennaoum

Promoteur
Damien Vandermeersch

Année académique 2017-2018
Master en droit

Je souhaite adresser mes remerciements à mon Promoteur, Mr le professeur Damien Vandermeersch, pour le temps qu'il m'a consacré et l'aide qu'il m'a fourni lors de l'élaboration de ce mémoire.

Ensuite, je remercie ma famille et mes amis pour leur soutien, leur présence, leur patience et leur aide tant lors de la rédaction de ce mémoire que lors de ces cinq années à l'Université Catholique de Louvain.

Table des matières

INTRODUCTION	3
PARTIE 1. CHAMP DE L'ETUDE	5
<i>Section 1. Exécution des peines, mais quelles peines ?</i>	<i>5</i>
<i>Section 2. Statut juridique interne ou statut juridique externe ?</i>	<i>5</i>
<i>Section 3. Quels détenus ?</i>	<i>6</i>
PARTIE 2. LE REGIME DES MODALITES D'EXECUTION DE LA PEINE	7
CHAPITRE 1. LE REGIME ANTERIEUR A POT-POURRI II	9
<i>Section 1. Les modalités d'exécution relevant de la compétence du ministre et applicables à tous les condamnés détenus</i>	<i>10</i>
§1. La permission de sortie	11
§2. Le congé pénitentiaire	12
§3. L'interruption de l'exécution de la peine	14
§4. La libération ou le transfert vers un centre fermé en vue d'un éloignement imminent	15
<i>Section 2. Les modalités d'exécution majeures relevant de la compétence du tribunal de l'application des peines pour des condamnés à des peines dont le total excède trois ans</i>	<i>16</i>
§1. La détention limitée	17
§2. La surveillance électronique	18
§3. La libération conditionnelle	18
§4. La mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise	20
<i>Section 3. Les modalités d'exécution majeures applicables aux condamnés à des peines dont le total ne dépasse pas trois ans</i>	<i>21</i>
CHAPITRE 2. LE REGIME DE POT-POURRI II	23
<i>Section 1. Quelles modifications et quelles incidences pour le détenu étranger sans titre de séjour ?</i>	<i>23</i>
§1. Les permissions de sorties et les congés pénitentiaires	26
§2. L'interruption de l'exécution de la peine	29
§3. La surveillance électronique, la détention limitée et la libération conditionnelle	30
§4. La libération ou le transfert vers un centre fermé en vue d'un éloignement imminent	31
§5. La mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise	31
PARTIE 3. LES LIMITES DU REGIME « POT-POURRI II »	34
CHAPITRE 1. LES CRITIQUES RETENUES	34
§1. Violation manifeste de droits fondamentaux	35
§2. Généralisation excessive	35
§3. Lecture restrictive de la « réinsertion »	36
§4. Surpopulation carcérale et détention à fond de peine	37
CHAPITRE 2. « POT-POURRI II » A L'EPREUVE DE LA JURISPRUDENCE DE LA CEDH	40

<i>Section 1. Un droit à la réinsertion ?</i>	41
<i>Section 2. Un droit à la vie privée et familiale ?</i>	44
PARTIE 4. L'APPEL A LA COUR CONSTITUTIONNELLE	47
CHAPITRE 1. CONTROVERSES, QUESTIONS PREJUDICIELLES ET RECOURS EN ANNULATION.....	47
CHAPITRE 2. ANALYSE DE L'ARRET 148/2017 DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE	51
PARTIE 5. QUELLES PERSPECTIVES APRES L'ARRET 148/2017 ?	56
<i>Section 1. « Certaines catégories d'étrangers non autorisés au séjour »</i>	56
§1. L'étranger sous le coup d'un ordre de quitter le territoire.....	57
§2. L'étranger « inéloignable »	58
§3. L'étranger qui « risque de fuir »	58
§4. L'étranger sans attaches ni famille	59
<i>Section 2. « Pour chaque modalité d'exécution de la peine »</i>	59
§1. La permission de sortie	60
§2. Le congé pénitentiaire.....	62
§3. L'interruption de l'exécution de la peine.....	63
§4. La détention limitée	64
§5. La surveillance électronique	65
§6. La libération conditionnelle	65
CONCLUSION :	67
BIBLIOGRAPHIE	71

Introduction

Comme l'affirme un dicton célèbre, « la vérité d'aujourd'hui n'est pas celle de demain », le droit que nous appliquons actuellement n'est certainement pas celui que nous appliquerons prochainement. L'évolution, le changement, l'annulation sont tant de concepts avec lesquels le juriste est appelé à composer dans son œuvre. Le bon juriste, lui, a peut-être un devoir en plus, celui de les anticiper. C'est la tâche que nous nous sommes assignée lors de la réalisation de cette recherche et à laquelle nous avons espéré satisfaire avec la plus grande humilité.

La matière de l'exécution des peines n'est sans doute pas celle qui fait l'objet de la plus grande excitation médiatique. Lorsqu'une infraction criminelle est commise ou qu'une sentence sévère est prononcée, il en est régulièrement fait l'écho au sein de la société par l'entremise des médias. Tel n'est pas le cas de la matière qui nous occupe et qui pourtant est le véritable indicateur de la réalité de la peine prononcée. Si c'est elle qui va déterminer le taux et la fermeté avec laquelle la peine sera effectivement exécutée, elle permet également d'accompagner le condamné à chaque étape de l'exécution de sa peine afin qu'il ne s'engage pas dans la voie de la récidive. Le droit de l'exécution des peines s'érige comme le garant de la sécurité publique mais aussi comme le défenseur des droits auxquels le condamné peut encore prétendre. C'est dans sa deuxième fonction que nous allons l'analyser. Quels sont ces droits et qui peut en bénéficier ?

Le 29 février 2016, la célèbre loi dite « pot-pourri II » entre en vigueur et entraîne avec elle l'exclusion des détenus sans titre de séjour légal en Belgique du bénéfice de la majorité des modalités d'exécution de la peine. Ces dernières, prévues pour favoriser la réinsertion et préserver les droits fondamentaux des condamnés, ne sont plus admissibles à celui qui ne serait pas en règle avec la législation sur le séjour. Cette considération nous pousse à l'interrogation, le détenu étranger dispose-t-il de moins de droits que les autres ? C'est en tout cas ce que la réforme entend nous faire accepter.

Le 21 décembre 2017, la Cour constitutionnelle censure le législateur et annule la réforme. Elle a néanmoins entendu le législateur et lui propose, s'il y échet, de revoir sa position en affinant sa position et en satisfaisant aux conditions que la Cour lui impose.

Puisque la Cour n'a pas souhaité en dire plus, il nous incombe d'imaginer, à la lumière des objectifs de la loi et du prescrit de la Cour, quel pourrait être ce régime nouveau applicable aux condamnés sans titre de séjour légal. La question revient à se demander : quelle modalité pour quelle catégorie d'étrangers ?

L'avenir ne peut se concevoir qu'en égard au passé et c'est ainsi qu'il a été choisi de fonctionner. Ainsi, il conviendra de présenter le régime antérieur à la réforme du 5 février 2016 afin de dégager les enjeux en présence. Il s'agira ensuite de comprendre l'essence de la réforme et analyser les implications qu'elle entraîne. Nous en profiterons pour dresser les critiques majeures qui peuvent être établies. Par la suite, nous examinerons la position que la Cour constitutionnelle adopte dans son arrêt de 2017 et les conséquences qui s'y attachent. Enfin et à l'aune de ces considérations, nous essayerons de concevoir quels pourraient être, dans le futur, les droits reconnus aux détenus étrangers sans titre de séjour et qui satisferaient aux obligations constitutionnelles.

Partie 1. Champ de l'étude

Section 1. Exécution des peines, mais quelles peines ?

Dès lors que nous souhaitons aborder la matière de l'exécution des peines, il convient de délimiter le cadre précis qui servira notre analyse. L'exécution d'une condamnation pénale peut illustrer de nombreuses réalités.

A titre d'exemple, l'exécution d'une condamnation à une amende pénale sera du ressort l'administration fiscale de l'enregistrement et des domaines qui dispose d'un arsenal de mesures afin que cette sanction soit exécutée ; allant de l'octroi de facilités de paiement à la procédure de recouvrement forcée sur les biens. Par ailleurs, le condamné à une peine de travail verra s'exprimer l'intervention d'un assistant de justice sous le contrôle de la commission de probation qui s'assureront, ensemble, du bon déroulement de la peine. Enfin, l'Organe Central pour la Saisie et la Confiscation aura notamment pour mission d'exécuter les peines de confiscation¹.

On le constate à travers ces exemples, le droit de l'exécution des peines encadre toutes les condamnations que le juge est susceptible de prononcer. Ainsi, nous pouvons et devons procéder à une première exclusion en précisant que l'objet de notre recherche n'aura égard qu'à l'exécution des condamnations à une peine d'emprisonnement.

Section 2. Statut juridique interne ou statut juridique externe ?

Ce postulat établi, il convient encore de préciser que l'exécution d'une peine d'emprisonnement peut, elle aussi, s'analyser sous l'angle de deux régimes d'exécution particuliers.

Dans un premier temps peut-on s'intéresser à la peine du détenu dans sa conception *intra muros*, c'est-à-dire à travers les règles pénitentiaires qui déterminent les droits et obligations du détenu au sein même de la prison. Nous entendons par là, l'examen du statut juridique interne du

¹ M. FRANCHIMONT, et A. JACOBS, A. MASSET, « Section 7 - L'exécution des condamnations » in *Manuel de procédure pénale*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p. 834-835.

détenu². La loi de principe étant celle du 12 janvier 2005 « *de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus* »³.

Une seconde lecture peut avoir lieu, et celle-ci, à l'aune de son statut juridique externe, c'est-à-dire les règles qui concernent les « *aspects extra muros de la détention, comme par exemple toutes les modalités relatives à l'interruption de la peine ou aux libérations anticipées* »⁴. A cet égard, c'est la loi du 17 mai 2006 « *relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine* »⁵ qui retiendra toute notre attention.

Cette *summa divisio* conserve son importance dès lors que, dans le cadre de ce travail, si nous nous contenterons de mentionner la première loi, nous concentrerons tout particulièrement notre analyse sur la seconde.

Section 3. Quels détenus ?

Ainsi, puisqu'il est acquis désormais que cette étude se concentrera sur les modalités d'exécution de la peine d'emprisonnement, reste à savoir pour quelles catégories de détenus il nous conviendra d'appliquer le régime en question. La question de recherche ne laisse place à aucun doute, la réponse que nous apporterons aura essentiellement égard au détenu étranger ne disposant pas de titre de séjour légal en Belgique ou autrement dit, dont la situation n'est pas en conformité avec la réglementation en matière de séjour.

L'intérêt de la question est évident et découle notamment de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice⁶, dites ci-après « loi pot-pourri II » qui va avoir pour effet de considérablement dégrader la situation des détenus étrangers dits « illégaux » dans le cadre du régime de l'exécution des peines⁷. Nous savons aujourd'hui que la Cour constitutionnelle a annulé en grande partie cette loi, et notamment l'essentiel de ce qui touchait aux étrangers sans titre de séjour légal en

² M-A. BEERNAERT, *L'exécution des condamnations pénales*, Limal, Anthemis, 2008, p.9.

³ M.B., 1^{er} février 2005.

⁴ Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p. 2.

⁵ M.B., 15 juin 2006, p. 30455.

⁶ M.B., 19 février 2016.

⁷ O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines en proie aux réformes. La réinsertion, un horizon toujours plus lointain ? », *Rev. dr. pén.*, 2016/11, p. 1023.

Belgique⁸. La pertinence de notre analyse peut alors sembler douteuse, c'est sans prendre conscience que la volonté affichée par la loi pot-pourri II traduit l'expression d'une politique qui pourrait tout à fait refaire surface et sensiblement poser les mêmes questions. Ensuite et surtout, la Cour constitutionnelle, dans un son dernier considérant, ouvre la porte assez largement au législateur en lui confirmant qu'une loi similaire pourrait revoir le jour moyennant le respect de certaines balises qu'elle ne détermine pas expressément. Ces balises feront l'objet de notre dernière partie, de sorte que nous essayerons d'interpréter le non-dit de la Cour constitutionnelle et de déterminer au mieux quelles sont les perspectives qui s'ouvrent aux détenus sans titre de séjour.

Partie 2. Le régime des modalités d'exécution de la peine

La matière, dans sa conception moderne, trouve son origine dans la fin des années 90 et à la suite, notamment, de la célèbre affaire Dutroux⁹ qui a sensiblement contribué à réformer des pans entiers de notre société et évidemment le droit qui l'accompagne.

C'est ainsi qu'en 1998, deux lois¹⁰ sont adoptées concernant pour l'une, la libération conditionnelle, pour l'autre, les commissions des libérations conditionnelles. Elles réforment de la sorte une matière datant de 1888¹¹. Le législateur n'a jusqu'alors concentré son travail qu'en faveur de cette modalité particulière, les autres mesures relatives aux modalités d'exécution de la peine privative de liberté étaient donc régies par des circulaires ministérielles dont l'application et la lisibilité constituaient une source de difficulté¹².

Afin de paré à une situation où, selon le professeur M.-A. Beernaert, les droits du condamné à une peine de prison étaient livrés à la discrétion, voire à l'arbitraire, de l'exécutif et de son administration pénitentiaire¹³, le législateur adopta deux lois datées du 17 mai 2006 visant à

⁸ C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017.

⁹ D. VANDERMEERSCH, « *Éléments de droit pénal et de procédure pénale* », Bruxelles, La charte, 2015, 5^e édition, p. 351.

¹⁰ Loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle et modifiant la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et délinquants d'habitude, remplacée par la loi du 1^{er} juillet 1964 ; Loi du 18 mars 1998 instituant les commissions de libérations conditionnelles.

¹¹ F. BRION, « Chronique de criminologie. Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle », *Rev. dr. pén.*, 2001/4-5, p. 409 ; Loi du 31 mai 1888 sur la libération conditionnelle.

¹² D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, p. 351.

¹³ M.-A. BEERNAERT, « Le statut juridique externe des détenus et les tribunaux de l'application des peines – Un premier aperçu rapide », *J.T.*, 2006/42, n° 6248, p. 801-806.

révolutionner tout une partie du droit pénitentiaire belge¹⁴. La première, relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine¹⁵ (dénommée ci-après « loi du 17 mai 2006 ») et la seconde, instaurant des tribunaux de l'application des peines¹⁶.

Ainsi, la loi du 17 mai 2006 va poser une notion fondamentale que nous avons déjà eu l'occasion d'aborder très brièvement, celle du statut juridique externe du détenu et sur laquelle il est nécessaire de revenir pour comprendre l'essentiel de ce qu'est une modalité d'exécution de la peine. L'exposé des motifs vise « *les aspects extra muros de la détention, comme par exemple toutes les modalités relatives à l'interruption de la peine ou aux libérations anticipées* »¹⁷. Afin que le lecteur puisse fixer définitivement la notion, celle-ci doit à nouveau être opposée au statut juridique interne du détenu qui ne s'intéresse « *qu'aux droits et obligations du détenu en tant que résident de la prison* »¹⁸.

Comme nous l'avons déjà mentionné, hormis la libération conditionnelle, aucune modalité d'exécution de la peine n'était jusqu'alors organisée par la loi. Le législateur, par le biais de cette nouvelle loi, va réparer son omission et « *renforcer la protection juridique des citoyens en définissant dorénavant légalement les diverses modalités d'exécution de la peine ou de libération anticipée, de même que les conditions et procédures à respecter pour que les condamnés puissent en bénéficier* »¹⁹.

Nous listons ici l'entièreté des mesures prévues par le législateur et que nous aurons l'occasion d'analyser plus en profondeur par la suite :

- La permission de sortie²⁰ ;
- Le congé pénitentiaire²¹ ;
- L'interruption de l'exécution de la peine²² ;

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *M.B.*, 15 juin 2006, p. 30455.

¹⁶ *M.B.*, 15 juin 2006, p. 30477.

¹⁷ Exposé des motifs du projet de loi relatif au statut juridique externe, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p. 2.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ M-A. BEERNAERT, « Le statut juridique externe des détenus et les tribunaux de l'application des peines – Un premier aperçu rapide », *J.T.*, 2006/42, n° 6248, p. 801-806.

²⁰ Loi du 17 mai 2006, titre IV, chapitre I.

²¹ *Ibid.*, chapitre II.

²² *Ibid.*, chapitre IV.

- La libération en vue de l'éloignement ou d'un transfert²³ ;
- La détention limitée²⁴ ;
- La surveillance électronique²⁵ ;
- La libération conditionnelle²⁶ ;
- La mise en liberté provisoire en vue d'éloignement du territoire ou de la remise²⁷ ;
- La libération provisoire pour raisons médicales²⁸.

Par ailleurs, ces deux lois vont instituer les tribunaux de l'application des peines et fixer la répartition des compétences entre le pouvoir judiciaire et exécutif²⁹.

Cette réforme de 2006 n'est toujours que partiellement entrée en vigueur aujourd'hui³⁰. De manière assez synthétique nous retiendrons qu'en ce qui concerne « les modalités d'exécution relevant de la compétence du ministre » et « le régime applicable aux condamnés à des peines de plus de trois ans » les dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} février 2007. Cependant, pour les condamnés à des peines privatives de liberté dont le total à exécuter n'excède pas trois ans, le régime antérieur reste d'application, c'est-à-dire par la voie de circulaires ministérielles.

Le régime mis en place par les lois de 2006 a lui aussi fait l'objet de modifications de la part du législateur, pour arriver jusqu'au régime que nous appliquons aujourd'hui. C'est ainsi que nous aborderons dans un premier temps le régime juridique tel qu'il se présente avant la loi pot-pourri II (Chap. 1) avant d'analyser en particulier la réforme issue de cette même loi (Chap. 2).

Chapitre 1. Le régime antérieur à pot-pourri II

La loi du 17 mai 2006 relative au statut externe des condamnés, siège de la matière, prévoit deux régimes distincts selon la durée de la peine à exécuter. En ce qui concerne l'octroi des

²³ *Ibid.*, chapitre V. (à partir de 2012)

²⁴ *Ibid.*, Titre V, chapitre I, section I.

²⁵ *Ibid.*, Section II.

²⁶ *ibid.*, Titre V, chapitre II.

²⁷ *Ibid.*, Titre V, chapitre III.

²⁸ *Ibid.*, Titre XI, chapitre I.

²⁹ M-A. Beernaert, « Le statut juridique externe des détenus et les tribunaux de l'application des peines – Un premier aperçu rapide », *J.T.*, 2006/42, n° 6248, p. 801-806.

³⁰ O. NEDERLANDT, *op.cit.*, p. 1023.

modalités d'exécution majeures, le tribunal de l'application des peines est compétent à l'égard des personnes condamnées à une ou plusieurs peines privatives de liberté dont le total à exécuter est supérieur à trois ans (Section. 2). Tandis que c'est le pouvoir exécutif qui a la main pour ce qui est des condamnés à des peines dont le total n'excède pas trois ans (Section. 3). Enfin le ministre dispose d'une compétence générale à l'égard de tous les détenus en ce qui concerne les modalités mineures (Section. 1)³¹.

Déterminer la hauteur de la ou des peines auxquelles le détenu est condamné est essentiel car tant les institutions compétentes que les règles applicables ne sont pas les mêmes, on constate réellement deux régimes autonomes. Ces calculs, en plus d'être complexes du fait que la plupart des prisonniers effectuent non pas une mais plusieurs peines parfois en récidive ou en sursis, sont effectués par l'administration pénitentiaire. Or cette manière de fonctionner ne semblerait pas suffisamment répondre aux besoins de transparence que requiert la matière³². A l'égard de certains calculs faits par l'administration pénitentiaire, et notamment celui de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, il a d'ailleurs été exprimé que « *au-delà de l'anecdote, le constat est évidemment pour le moins interpellant. L'élément le plus crucial, le plus central en tout cas, dans l'exécution de la peine privative de liberté est aussi le moins transparent (...), on est obligé de s'en remettre aveuglément aux résultats indiqués par le programme informatique utilisé par l'administration pénitentiaire. Sans donc, aucune protection juridique véritable...* »³³.

Il nous semble essentiel de revenir méthodiquement sur chacune des modalités d'exécution de la peine et donner au lecteur un aperçu, certes succinct, mais suffisamment complet du régime. Il pourra ainsi pleinement mesurer l'enjeu des réformes déjà advenues et celles à venir à l'égard de l'étranger « illégal » et de surcroît condamné par la justice.

Section 1. Les modalités d'exécution relevant de la compétence du ministre et applicables à tous les condamnés détenus

Nous sommes face à des mesures qui peuvent être qualifiées de « mineures » dès lors qu'elles n'appellent pas au concours de l'appareil judiciaire, en effet, le principe retenu étant

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 1025.

³³ M-A. BEERNAERT, « Les paradoxes du droit belge de l'exécution des peines » in *Liber amicorum Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, p. 191-200.

que celui-ci ne serait requis que lorsque la modalité d'exécution de la peine aurait pour effet de modifier la nature de la peine³⁴. Tel n'étant pas le cas, c'est au ministre de la Justice et à son délégué (DGD³⁵) qu'il est fait appel. Ils statuent sur les demandes des détenus, après un avis motivé du directeur de la prison³⁶, concernant les mesures suivantes que sont la permission de sortie, le congé pénitentiaire, l'interruption de l'exécution de la peine et La libération ou le transfert vers un centre fermé en vue d'un éloignement imminent.

§1. La permission de sortie

« *La permission de sortie permet au condamné de quitter la prison pour une durée déterminée qui ne peut excéder seize heures* », tels sont les termes de la loi³⁷. Celle-ci peut revêtir deux formes, soit elle est occasionnelle lorsque le condamné est amené à remplir des obligations (juridiques, familiales ou médicales), soit elle est périodique lorsque, dans les deux dernières années précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, il lui est nécessaire de préparer sa réinsertion³⁸. Les notions « d'occasionnelle » et « périodique » ne semble pas amener à plus de commentaire que celui de s'en référer à leur compréhension usuelle.

A noter que la nécessité de régularisation dans le chef d'un étranger dit « illégal » semble tout à fait constituer une étape en vue de la réinsertion, cette réinsertion qui est une des conditions prévues par la loi pour pouvoir bénéficier d'une permission de sortie périodique.

Aussi, les permissions de sorties, au même titre que les congés pénitentiaires, sont d'une importance capitale dans le parcours de réinsertion des détenus. La loi du 17 mai 2006 est organisée de sorte qu'on retrouve une progressivité dans les mesures d'exécution. Si les premières permettent de sortir quelques heures, les secondes octroieront quelques jours et ainsi de suite. Elles sont fondamentales en ce qu'elles peuvent conditionner l'obtention de modalités plus larges comme la libération conditionnelle ou la détention limitée. En 2014, M.A. Beernaert

³⁴ D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p.351.

³⁵ Direction Gestion de la détention.

³⁶ Art. 10, §1^{er} et 17, §1^{er} de la loi du 17 mai 2006 relative au statut externe du condamné.

³⁷ Art. 4 de la loi du 17 mai 2006.

³⁸ *Ibid.*

estimait d'ailleurs que ce type de mesures n'étaient encore accordées qu'avec une trop grande parcimonie³⁹.

Enfin, tandis que le détenu jouit de la permission de sortie, aucune suspension de l'exécution de la peine n'est d'application. Celle-ci poursuit donc naturellement son cours⁴⁰.

§2. Le congé pénitentiaire

Le congé pénitentiaire permet à un détenu de bénéficier de trois fois trente-six heures par trimestre hors des murs de l'établissement pénitentiaire⁴¹. La mesure tend à préparer la réinsertion sociale du détenu et préserver ses contacts familiaux affectifs et sociaux⁴². Son exercice n'empêche pas non plus l'écoulement normal de la durée de la peine.

Les conditions prévues par l'article 7 de la loi relative au statut externe des condamnés impose essentiellement au détenu de se trouver dans l'année précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle (pour autant qu'il n'y ai pas de contre-indications et que le condamné marque son accord aux conditions)⁴³.

A nouveau, les objectifs de la mesure, annoncés par la loi elle-même, ne semblent pas en contradictions avec les intérêts poursuivi par un étranger en situation illégale subissant une peine de prison.

Les deux modalités qui viennent d'être exposées sont-elles constitutives d'un droit subjectif dans le chef des détenus demandeurs qui en rempliraient les conditions ou s'agit-il d'une faveur qui pourrait leur être accordé ? Le Conseil d'Etat, statuant sur une demande concernant un congé pénitentiaire refusé à Michelle Martin, s'est exprimé en 2012 en ces termes : « *Le congé pénitentiaire est un mode d'exécution de la peine qui confère au condamné un droit subjectif d'en obtenir lorsque les conditions posées par l'article 7 de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté sont*

³⁹ M-A. BEERNAERT, « C'est officiel : les condamnés ont un droit subjectif à l'obtention de permissions de sortie ou de congés pénitentiaires ! », *J.L.M.B.*, 2014/2, p. 93.

⁴⁰ T. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, « *Eléments de droit pénal* », Bruxelles, La charte, 2016, p. 359.

⁴¹ *Ibid.*, p. 362.

⁴² Art. 6 de la loi du 17 mai 2006

⁴³ Conditions que l'on retrouve pour toutes les modalités d'exécution de la peine.

remplies »⁴⁴. La Cour de Cassation, dans un arrêt de 2013, semble lui avoir emboité le pas en affirmant également l'existence d'un droit subjectif⁴⁵.

Précisons enfin, que M-A Beernaert plaidait déjà en 2008 pour une approche similaire : *« ces mesures ne sont plus conçues comme de simples faveurs résultant d'une décision individuelle des autorités compétentes, mais bien comme des droits que le détenu peut désormais exiger lorsqu'il satisfait aux conditions prévues. Les articles 5, 7 et 15 disposent en effet que la permission de sortie, le congé ou l'interruption de l'exécution de la peine « est accordé(e) » (et non « peut être accordé(e) ») lorsque les conditions prescrites sont remplies. Même si certaines de ces conditions laissent encore au ministre ou à son délégué une marge d'appréciation importante, on passe clairement, ce faisant, d'une logique de faveur à une logique de droit subjectif »*⁴⁶.

Pour parvenir à cette conclusion, il est nécessaire de s'interroger sur la présence ou non d'une compétence intégralement liée dans le chef de l'autorité décisionnaire, pour rappel, en l'espèce, il s'agit du ministre ou son délégué. Pour le surplus nous nous contenterons de citer B. Blero et Y. Mossoux qui expriment la même idée, l'élégance des mots en plus :

*« Selon le point de vue traditionnel, pour déterminer si une réglementation est la source d'un droit subjectif dans les rapports entre une administration investie d'une compétence décisionnelle et les administrés destinataires des décisions, il convient de voir si la réglementation institue à charge de l'autorité une obligation absolue d'allouer un avantage à un administré ou de maintenir dans son chef un tel avantage, auquel cas la compétence est « intégralement liée ». Si ce n'est pas le cas, la compétence est, par opposition, qualifiée de (partiellement) « discrétionnaire » (...) Il y a donc droit subjectif là où l'administration ne dispose, ni du pouvoir de décider en opportunité s'il convient d'agir, ni du pouvoir d'apprécier en opportunité, même partiellement, si une ou plusieurs conditions mises par la réglementation à l'exercice de sa compétence décisionnelle sont d'application en l'espèce »*⁴⁷.

⁴⁴ C.E. (11^e ch.), 15 février 2012, n° 218.010.

⁴⁵ B. BLERO, et Y. MOSSOUX, « Le congé pénitentiaire et la permission de sortie : des compétences intégralement liées du ministre de la Justice ? - Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation n° C.12.0291.F du 15 novembre 2013 », *A.P.T.*, 2014/3, p. 346

⁴⁶ M.-A. BEERNAERT, *L'exécution des condamnations pénales*, Limal, Anthemis, 2008, 7-32

⁴⁷ *Ibid.* p. 347

Les enjeux sont cruciaux, d'une part, ils permettent de déterminer qui des juridictions judiciaires ou administratives sont compétentes dans le cas d'une action en contestation de l'administré. Or lorsque que le Conseil d'Etat érige en droit subjectif le congé pénitentiaire et se déclare incompétent pour statuer⁴⁸, il semble affirmer que ce sont bien les juridiction judiciaires, garantes des droits subjectifs, qui seront compétentes. D'autre part, la réponse est fondamentale lorsque nous souhaitons savoir quel sera l'intensité du contrôle que pourra effectuer le juge face à la décision prise par l'administration. A la différence du contrôle marginal du juge confronté à une compétence discrétionnaire, le juge dispose d'un contrôle plein et entier lorsque les compétences de l'autorité sont intégralement liées⁴⁹. Selon le professeur M.A. Beernaert, ce serait désormais officiel, les détenus disposeraient bien d'un droit subjectif à l'obtention d'un congé pénitentiaire ou d'une permission de sortie⁵⁰.

§3. L'interruption de l'exécution de la peine

Dans l'hypothèse où se présenteraient des motifs graves et exceptionnels à caractère familiaux, une interruption de peine d'une durée de trois mois au maximum, renouvelable, pourrait être accordée⁵¹. En l'espèce, nous sommes face à une réelle interruption de peine, entendu par-là que l'exécution de la peine est suspendue et celle-ci ne s'écoule plus normalement, l'exécution reprenant alors là où elle s'était interrompue⁵² (à la différence du congé pénitentiaire et de la permission de sortie). A nouveau, l'existence de contre- indications dans le chef du condamné devrait pousser le ministre ou son délégué à refuser l'octroi de la mesure⁵³.

Du fait de la nature interruptrice de la mesure, celle-ci, et contrairement aux deux mesures précédemment vues, ne peut être assortie d'aucune condition⁵⁴. La logique semble

⁴⁸ C.E. (11^e ch.), 15 février 2012, n° 218.010, « *l'incompétence du Conseil d'État découle encore de ce que l'article 7 de la loi du 17 mai 2006 confère au condamné le droit subjectif d'obtenir un congé pénitentiaire lorsque les conditions posées par cette disposition légale sont remplies* ».

⁴⁹ B. BLERO, et Y. MOSSOUX, « Le congé pénitentiaire et la permission de sortie : des compétences intégralement liées du ministre de la Justice ? - Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation n° C.12.0291.F du 15 novembre 2013 », *A.P.T.*, 2014/3, p. 347.

⁵⁰ M-A. BEERNAERT, « C'est officiel : les condamnés ont un droit subjectif à l'obtention de permissions de sortie ou de congés pénitentiaires ! », *J.L.M.B.*, 2014/2, p. 93-95.

⁵¹ Art. 15 loi du 17 mai 2006.

⁵² R. ANDERSEN, A. BERNARD, Baron CHARLES, J. DE GRAVE, Baron du JARDIN, P-A. FORIERS, Vicomte HAYOIT de TERMICOURT, Baron MAHAUX, L. SIMONT, « Titre XII. - Statut juridique externe des condamnés » in *Répertoire pratique du droit belge : complément 11*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 512

⁵³ Art. 16 loi du 17 mai 2006.

⁵⁴ Pour le congé pénitentiaire et la permission de sortie Voy., Art. 11, §3 loi du 17 mai 2006 ; T. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p.359.

respectée, dès lors qu'il a été permis au détenu de ne plus exécuter sa peine, de quel droit sa liberté devrait-elle être conditionnée alors qu'il est un « citoyen libre »⁵⁵.

§4. La libération ou le transfert vers un centre fermé en vue d'un éloignement imminent.

Depuis 2012, le Ministre ou son délégué sont autorisés à libérer un détenu sans titre de séjour en vue de son éloignement ou de son transfert dans un lieu qui relève de la compétence du ministre compétent pour l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement d'étrangers, en vue de leur éloignement imminent à partir de deux mois⁵⁶ avant la fin de la partie exécutoire de la ou les peines privatives de liberté auxquelles il a été condamné⁵⁷. La mesure consiste à libérer le condamné soit pour l'éloigner directement du territoire soit pour le transférer dans un centre fermé pour étrangers. Avant cette création, le détenu sans titre de séjour, ne sollicitant pas une mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise⁵⁸ ou ne lui étant pas octroyé par le tribunal de l'application des peines, restait potentiellement incarcéré jusqu'à fond de peine⁵⁹.

Par ailleurs, Il faut, ici, entendre le détenu sans titre de séjour comme celui faisant l'objet d'un arrêté royal d'expulsion exécutoire, d'un arrêté ministériel de renvoi exécutoire ou d'un ordre de quitter le territoire exécutoire avec preuve d'éloignement effectif. Il convient, pour ces notions, d'en définir précisément les contours.

L'ordre de quitter le territoire est une mesure administrative prise à l'égard d'un étranger n'étant pas autorisé ni admis à séjourner plus de trois mois ou à s'établir en Belgique et dont la situation n'est pas conforme aux réglementations en matière de droit de séjour. Il s'agit de la mesure la plus courante en matière d'éloignement, elle est prévue à l'article 7 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (ci-après « LE ») qui énumère les différentes hypothèses dans lesquelles la mesure sera requise. Sa

⁵⁵ Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p. 15.

⁵⁶ Six mois depuis l'entrée en vigueur de la loi pot-pourri II ; Voy. infra

⁵⁷ Art. 20/1 de la loi du 17 mai 2006, inséré par l'art. 4 de la loi du 15 mars 2012, entrée en vigueur le 9 avril 2012.

⁵⁸ Voy. Infra

⁵⁹ M-A. BEERNAERT, « L'individualisation dans le prononcé et l'exécution de la peine : machine arrière toute ? », in *La loi « pot-pourri II » : un recul de civilisation ?* (M. CADELLI et T. MOREAU dir.), Limal, Anthemis, 2016, p.183.

délivrance est soit automatique lorsqu'il est simplement fait constat d'une situation irrégulière de séjour, l'autorité agissant dans le cadre d'une compétence liée, soit motivée lorsqu'elle intervient accessoirement à une décision de retrait ou de refus de séjour⁶⁰. Le destinataire de la mesure dispose en principe (sauf exceptions) de trente jour pour quitter le territoire⁶¹.

Les arrêtés de renvoi et d'expulsion, prévus par l'article 20 LE, sont des mesures prises à l'égard d'étrangers qui ont porté atteinte à la sécurité nationale ou n'ont pas respectés les conditions de leur séjour. Ils doivent être fondés exclusivement sur le comportement de l'individu et ne peuvent être justifiés par des raisons économiques⁶².

Nous n'ajouterons pas plus sur le sujet étant donné que la matière a été fondamentalement réformée depuis lors.

Section 2. Les modalités d'exécution majeures relevant de la compétence du tribunal de l'application des peines pour des condamnés à des peines dont le total excède trois ans.

Tandis que nous évoquions ci-avant des mesures qualifiées de « mineures », celles que nous nous apprêtons à aborder désormais, entraînent une modification substantielle de la nature de la peine prononcée. C'est pour cette raison qu'il est, dans ces cas-là, fait appel au pouvoir judiciaire afin que le condamné puisse bénéficier des garanties d'un tribunal indépendant et impartial⁶³.

Aussi, nous avons vu qu'une distinction est opérée par la loi du 17 mai 2006 relative au statut externe des condamnés en fonction du taux de la peine (jusqu'à trois ans et plus de trois ans). Si le tribunal de l'application des peines sera chaque fois compétent c'est sa composition qui sera différente. Ainsi, lorsqu'il sera nécessaire de statuer à l'égard d'un condamné à des peines dont le total n'excède pas trois ans, un seul juge siègera (Comme dit précédemment, les dispositions de la loi du 17 mai 2006 à cet égard ne sont pas encore entrées en vigueur). A l'inverse le tribunal sera composé de trois membre si le total des peines du condamné excède

⁶⁰ J-Y., CARLIER, S. SAROLEA, « Section 4 - Éloignement » in *Droit des étrangers*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 196 ; Dans le cadre de la délivrance automatique, il reste requis de l'autorité qu'elle indique le fondement légal sur lequel elle se base pour délivrer l'ordre de quitter le territoire.

⁶¹ Art. 74/14 §1^{er}, al. 1^{er}, LE

⁶² J-Y., CARLIER, S. SAROLÉA, *op. cit.*, p. 202.

⁶³ *Ibid.* p. 369

trois ans⁶⁴. Nous noterons que ces chambres à trois juges du tribunal de l'application des peines sont composées d'un juge et de deux assesseurs, le premier étant spécialisé en matière pénitentiaire tandis que le second est spécialisé en réinsertion sociale. Enfin, le tribunal décide à la majorité des voix⁶⁵.

Nous aborderons dans le cadre ce chapitre, la détention limitée (§1), la surveillance électronique (§2), la libération conditionnelle (§3) et la mise en liberté provisoire en vue d'éloignement du territoire ou de la remise (§4). Toutes ces mesures vont être analysées dans l'optique d'une condamnation à des peines dont la durée est de plus de trois ans. Il s'agira alors évidemment de la compétence unique du tribunal de l'application des peines⁶⁶.

§1. La détention limitée.

Les lettres de la loi faisant preuve d'une clarté manifeste, nous nous y référons : « *la détention limitée est un mode d'exécution de la peine privative de liberté qui permet au condamné de quitter, de manière régulière l'établissement pénitentiaire pour une durée déterminée de maximum douze heure par jours. La détention limitée peut être accordée au condamné afin de défendre des intérêts professionnels, de formation ou familiaux qui requièrent sa présence hors de la prison* »⁶⁷.

L'objectif sous-jacent de la mesure est de permettre au détenu de maintenir une vie professionnelle et sociale hors de la prison en lui permettant de sortir durant la journée et ne rentrer que le soir venu⁶⁸.

Pour rappel, le régime présenté est celui en vigueur avant la réforme pot-pourri II, néanmoins il faut considérer qu'à certains égards, celui-ci reste aujourd'hui d'application du fait de l'annulation de certaines dispositions de pot-pourri II par la Cour Constitutionnelle le 21

⁶⁴ Pour le congé pénitentiaire et la permission de sortie Voy., Art. 11, §3 loi du 17 mai 2006 ; T. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p.359.

⁶⁴ *Ibid.* p. 369

⁶⁵ Art. 78, al. 3 du Code judiciaire et Voy., BEERNAERT, M.-A., VANDERMEERSCH, D., « *Le tribunal de l'application des peines et le statut externe des condamnés à des peines privatives de liberté de plus de trois ans* », Waterloo, Kluwer, 2008, p. 45

⁶⁶ M. CLAVIE, « Le tribunal de l'application des peines : les quatre premières années de jurisprudence », *J.T.*, 2011/21, n° 6439, p. 406.

⁶⁷ Art. 21 loi du 17 mai 2006.

⁶⁸ M.-A. BEERNAERT, D. VANDERMEERSCH, *Le tribunal de l'application des peines et le statut externe des condamnés à des peines privatives de liberté de plus de trois ans*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 62.

décembre 2017 et sur laquelle nous reviendrons longuement. Certaines dispositions de pot-pourri II lui ayant survécu, il convient de les mettre en évidence immédiatement. Ainsi, l'article 21 parle désormais d'une durée déterminée de maximum seize heures et non plus douze comme ce fut le cas précédemment⁶⁹.

§2. La surveillance électronique

A nouveau, la référence à la loi s'avère pleine de pertinence dès lors qu'elle explique que « *la surveillance électronique est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné subit l'ensemble ou une partie de sa peine privative de liberté en dehors de la prison selon un plan d'exécution déterminé, dont le respect est contrôlé notamment par des moyens électroniques* »⁷⁰.

A la lecture des travaux parlementaires, il apparaît que la prison est reconnue comme le remède ultime et que la surveillance électronique intervient comme une solution alternative. Bien que non expressément prévu dans la loi, l'essence de la mesure a pour but de « *limiter les dommages causés par la détention en offrant aux condamnés la possibilité de subir (une partie de) leur peine privative de liberté dans leur environnement familial, ce qui leur permet de maintenir leurs contacts familiaux, sociaux et économiques* »⁷¹.

§3. La libération conditionnelle

Une fois encore, la libération conditionnelle est la seule à avoir fait l'objet de l'œuvre législative entre les lois du 17 mai 2006 et la loi pot-pourri II. Nous l'avons vu, c'est l'affaire Dutroux qui avait poussé le législateur à réformer la matière en 1998, c'est cette fois-ci la libération conditionnelle de Michèle Martin qui l'aura mû, débouchant ainsi sur deux lois de 2013 qui verront le jour en un temps record⁷².

Revenons-en donc à la présentation de cette mesure à qui le législateur semble accorder une place voire une attention toute particulière. Il s'agit, aux termes de la loi, d'une modalité

⁶⁹Art. 150 loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 19 février 2016.

⁷⁰Art 22 loi du 17 mai 2006.

⁷¹Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p.21.

⁷²C. MULIER, M. GIACOMETTI, « Le durcissement du régime de la libération conditionnelle : une réforme opportune ? », *A.D.L.*, 2013/2, p. 201-226.

d'exécution de la peine privative de liberté par laquelle le condamné subit sa peine en dehors de la prison, moyennant le respect des conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé⁷³. Autrement dit et dès lors que cette liberté, bien que conditionnée, ne puisse se confondre avec un enfermement (surveillance électronique) et n'impose a priori aucune limite temporelle (détention surveillée), elle émerge comme étant la mesure la moins restrictive et l'étape finale avant le retour à la liberté.

C'est d'ailleurs pourquoi la date d'admissibilité à celle-ci fait office de référence pour l'activation de toutes les autres mesures d'exécution⁷⁴ et rendant donc son calcul fondamental. Très concrètement, la loi distingue trois hypothèses⁷⁵ :

La première d'entre elles veut que soit admissible à la libération conditionnelle, le condamné ayant subi un tiers de ces peines⁷⁶.

Néanmoins, si le jugement ou l'arrêt de condamnation constate qu'il y a récidive dans le chef du condamné, il sera requis d'atteindre deux tiers de la durée des peines, sans que la durée des peines déjà subie excède quatorze ans⁷⁷. La notion de récidive doit s'entendre au sens de la loi et fait l'objet de certaines discussions et interrogations sur lesquelles nous ne reviendrons pas ici⁷⁸.

Enfin, en cas de condamnation à une peine privative de liberté de trente ans ou plus ou de réclusion à perpétuité, le condamné devra avoir subi quinze ans de cette peine⁷⁹. La récidive jouera un rôle également, dès lors que si elle est constatée, elle entraînera selon les cas une nécessité de dix-neuf ans voire vingt-trois ans avant d'atteindre la date d'admissibilité⁸⁰.

⁷³ Art. 24 loi du 17 mai 2006

⁷⁴ A. JACOBS, A. MASSET, « Section 3 - Les peines privatives de liberté de plus de trois ans » in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 332.

⁷⁵ Art. 25 loi du 17 mai 2006.

⁷⁶ *Ibid.* §2, a).

⁷⁷ *Ibid.* §2, b).

⁷⁸ Voy., A. JACOBS, A. MASSET, *op.cit.* et T. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 374

⁷⁹ Art. 25 §2 c) loi du 17 mai 2006.

⁸⁰ *Ibid.* §2 d) et e).

Atteindre le seuil temporel d'admissibilité n'octroi pas au détenu de manière automatique la libération conditionnelle, encore faut-il répondre aux autres différentes conditions que la loi détermine⁸¹.

Pour peu que lui soit accordé la libération conditionnelle, reste au condamné à satisfaire au délai d'épreuve, c'est-à-dire la période d'exécution de la libération conditionnelle à proprement parler. L'appel à la loi est à nouveau indispensable afin d'en déterminer la durée variant selon la ou les peines prononcées. La règle générale stipule que le délai d'épreuve est égal à la durée de la peine privative de liberté que le condamné devait encore subir au jour où la décision relative à la libération conditionnelle est devenue exécutoire. Néanmoins, ce délai ne peut être inférieur à deux ans⁸². Dans le cas d'une condamnation à une peine criminelle de moins de trente ans ou à une ou plusieurs peines correctionnelles dont le total excède cinq ans d'emprisonnement, le délai d'épreuve sera d'au moins cinq ans et de dix ans au plus. Ce délai est fixé à dix ans en cas de condamnation à une peine de trente ans ou plus ou de réclusion à perpétuité⁸³.

§4. La mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise

Cette modalité de l'exécution de la peine n'est pas définie par le législateur avant la réforme pot-pourri II, néanmoins, à la lecture de l'exposé des motifs, un champ d'application se dessine, « *Cette modalité d'exécution de la peine s'applique aux étrangers condamnés qui ne possèdent pas de titre de séjour valable ou qui ne possèdent pas de titre de séjour non encore échu ou de permis d'établissement* »⁸⁴, elle s'applique également à ceux qui font l'objet d'une demande d'extradition ou de remise⁸⁵.

Autrement dit, cette modalité d'exécution ne s'applique qu'aux étrangers condamnés ne disposant pas de titre de séjour valable en Belgique. Dès lors que généralement, l'étranger en séjour illégal sera dans l'impossibilité de présenter un plan de réinsertion sociale satisfaisant aux conditions prévues par la loi dans le cadre d'une libération conditionnelle, seule la mise en

⁸¹ Art. 28 loi du 17 mai 2006.

⁸² Art. 71 loi du 17 mai 2006.

⁸³ T. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 384.

⁸⁴ Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p. 23.

⁸⁵ Y. CARTUYVELS, C. GUILLAIN, M. van de KERCHOVE, et F. TULKENS, *Introduction au droit pénal : Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014, p. 688.

liberté en vue de l'éloignement du territoire pourra être considérée⁸⁶. Cette conception pose néanmoins question lorsque l'on sait que bon nombre d'entre eux disposent d'attaches familiales, sociales ou économiques particulièrement solides en Belgique, ce qui n'est parfois plus du tout le cas dans leur pays d'origine⁸⁷.

Concrètement, Le tribunal de l'application des peines sera en mesure d'octroyer une mise en liberté en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise pour autant que le détenu ait satisfait aux conditions de temps de la libération conditionnelle⁸⁸ et qu'il en fasse la demande. Il devra qui plus est prouver qu'il dispose d'un hébergement dans le pays vers lequel il sera éloigné et démontrer un effort particulier durant le temps de sa détention pour indemniser les victimes⁸⁹.

Section 3. Les modalités d'exécution majeures applicables aux condamnés à des peines dont le total ne dépasse pas trois ans.

La loi sur le statut juridique des condamnés prévoit à leur égard un régime particulier⁹⁰. Toutefois, comme nous avons eu l'occasion de le préciser, ce régime n'est toujours pas entré en vigueur. Ce faisant, c'est le régime antérieur à celui de 2006 qui est effectif et qui rend compétent le pouvoir exécutif agissant à la lumière de circulaires ministérielles peu accessibles.

Concrètement, le Ministre de la Justice, à travers la DGD, et les chefs d'établissements pénitentiaires sont compétents pour statuer sur l'octroi des différentes modalités d'exécution de la peine. En l'occurrence, ces modalités consisteront essentiellement en une surveillance électronique ou une libération provisoire⁹¹. Cette dernière leur sera normalement octroyée automatiquement selon la hauteur de la peine dès lors que le détenu aura purgé une partie de sa peine, en prison ou sous le bénéfice de la surveillance électronique⁹².

⁸⁶ T. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 385.

⁸⁷ A. JACOBS, A. MASSET, « Section 4 - La situation des détenus sans titre de séjour » in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 352-354 ; Voy., aussi Clavie, M., « Le tribunal de l'application des peines : les quatre premières années de jurisprudence », *J.T.*, 2011/21, n° 6439, p. 407.

⁸⁸ Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p. 23.

⁸⁹ A. JACOBS, A. MASSET, *Op. cit.*, p. 352-354.

⁹⁰ Art. 27 à 46 loi du 17 mai 2006.

⁹¹ O. NEDERLANDT, *op. cit.*, p. 1024

⁹² *Ibid.*

Nous l'avons dit, le régime en vigueur à l'heure actuelle est source d'insécurité juridique et son contenu varie régulièrement au gré de la surpopulation carcérale ou de la politique criminelle⁹³. A titre d'illustration, nous faisons référence à une note du Ministre de la Justice⁹⁴ qui enjoint les directeurs d'établissements pénitentiaires à « *déroger temporairement des dates d'admissibilité à la libération provisoire des condamnés qui subissent une ou plusieurs peines d'emprisonnement dont la partie exécutoire n'excède pas trois ans d'emprisonnement, telles qu'elles sont déterminées par la circulaire ministérielle 1817 du 15 juillet 2015, telle que modifiée par la circulaire ministérielle 1817bis du 29 avril 2016* ». Le Ministre justifie cette dérogation temporaire au régime établi par « *la combinaison récente de l'augmentation de la population carcérale et de la perte de capacité (des prisons)* ». En d'autres termes, le Ministre présente dans une note des instructions précises sur les nouvelles dates exactes d'admissibilité qui entrent alors immédiatement en vigueur et temporairement.

A travers l'exemple susmentionné, il est aisé d'arriver au constat qu'autant le praticien que le justiciable auront énormément de mal à déterminer quel est le droit en vigueur au jour J. Il est criant d'observer qu'en l'espace de vingt-deux mois, trois régimes se sont succédés à raison d'une réforme par an. La matière est en perpétuel mouvement et c'est ce qui contribue à cette insécurité juridique à laquelle nous faisons référence.

Nous concluons, en mettant en évidence la discrimination qui existe aujourd'hui et aussi longtemps que le juge d'application des peines n'entrera pas en fonction. Les condamnés à des peines dont l'exécution est de la compétence du tribunal de l'application des peines voient leur situation traitée par un tribunal impartial et indépendant devant lequel ils pourront faire valoir tous leurs moyens de défense à l'inverse des condamnés dont l'exécution de leur peine relève de la compétence du Ministre devant qui le processus décisionnel est dépourvu de tout caractère contradictoire⁹⁵.

Nous n'insisterons pas plus sur l'étude de cette matière.

⁹³ T. MOREAU, D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 396

⁹⁴ Note du Ministre de la Justice du 16 mai 2017, à l'attention des directeurs d'établissements pénitentiaires concernant la libération provisoire des condamnés subissant une ou plusieurs peines d'emprisonnement dont la partie exécutoire n'excède pas trois ans

⁹⁵ A. JACOBS, A. MASSET, « Section 1 - Calcul des peines et état des lieux » in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014, p. 293

Chapitre 2. Le régime de pot-pourri II

La loi pot-pourri II ou loi « modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice⁹⁶ » dans son acception la plus longue est dans la lignée des autres loi pot-pourri, à savoir des lois « fourre-tout ». Comme en témoigne les propos du Ministre de la Justice, il s'agit de « *mesures ponctuelles qui peuvent déjà être prises* » dans l'attente d'une réforme plus globale à venir⁹⁷. L'objectif premier est d'adapter le droit pénal et la procédure pénale afin « *d'améliorer et moderniser le service de la justice et de réduire les gaspillages de temps, d'énergie et d'argent, qui sont devenus insupportables* »⁹⁸. La loi contient également des dispositions en matière d'organisation judiciaire, des dispositions relatives aux acteurs dans le domaine de la sécurité mais surtout, et c'est ce qui nous tiendra en haleine, tout un volet concernant le statut juridique externe des détenus condamnés.

Quoi qu'en dise l'exposé des motifs auquel nous nous sommes référé, force est de constater que cette loi contient de nombreuses modifications substantielles annonciatrice des grandes lignes directrices de la prochaine réforme d'envergure. Il est en réalité indéniable que cette loi a un impact manifeste sur la Justice du royaume et sur la situation des parties au procès pénal⁹⁹.

Dans la présente contribution, nous aurons uniquement égard aux évolutions apportées par la réforme dans le champ de l'exécution des peines en nous attachant tout particulièrement à la situation des étrangers condamnés ne disposant pas d'un titre de séjour valable en Belgique.

Section 1. Quelles modifications et quelles incidences pour le détenu étranger sans titre de séjour ?

Le principal changement apporté par la loi pot-pourri II dans le champ de l'exécution des peines réside dans l'exclusion des étrangers n'ayant pas de titre de séjour en Belgique du bénéfice de la plupart des modalités d'exécution de la peine¹⁰⁰. C'est-à-dire qu'aux termes des

⁹⁶ 5 février 2016.

⁹⁷ Exposé des motifs, Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2015-2016, n° 54-1418/1 p. 4.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ V. FRANSSEN, « La réforme « pot-pourri II » en droit pénal et en procédure pénale. Premiers commentaires », *R.F.D.L.*, 2016/3, p. 637.

¹⁰⁰ O. NEDERLANDT, T. MOREAU, « Chapitre X - Évolution dans le champ de l'exécution des peines depuis la loi pot-pourri II » in *La loi pot-pourri II*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, p. 278.

nouveaux articles 20, 25/2 et 59 alinéa 3 de la loi relative au statut juridique externe tels que modifiés par les articles 148, 153 et 163 de pot-pourri II, les condamnés pour lesquels il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'ils ne sont pas autorisés ou habilités à séjourner en Belgique ne pourront plus bénéficier de permissions de sorties destinées à préparer la réinsertion et des congés pénitentiaires (§1), d'une interruption de l'exécution de la peine (§2), d'une détention limitée, d'une surveillance électronique ou d'une libération conditionnelle (§3)¹⁰¹. Nous aborderons également les modifications apportées à la libération ou le transfert en vue de l'éloignement (§4) et la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement ou la remise (§5). Notons enfin, que cette nouvelle réglementation ne s'applique qu'aux détenus dont le total des peines privatives de liberté à exécuter est supérieur à trois ans puisque, nous le savons, le régime concernant l'autre catégorie de détenus n'est pas encore entré en vigueur.

Du fait que « *les modifications législatives ont induit une augmentation du nombre de rapatriements effectués. Cette augmentation se poursuivant en outre à l'heure actuelle* »¹⁰², beaucoup estiment que la réforme a été instrumentalisée au profit des options du gouvernement en matière de politique migratoire¹⁰³. L'Observatoire internationale des prisons abonde en ce sens lorsqu'il affirme dans une notice de 2016 « *qu'il faut constater que le droit de l'exécution des peines a évolué de manière à ne répondre à la problématique des détenus sans titre de séjour que par l'exclusion. Il y a également une volonté claire que ces détenus ne dépendent plus que du pouvoir de l'Office des étrangers et du ministre de l'intérieur* »¹⁰⁴. Les conclusions tirées aujourd'hui par les différents acteurs du droit pénitentiaire ne sont que la mise en œuvre d'une politique déjà assumée dans l'accord de gouvernement du 10 octobre 2014 qui estimait alors que « *lors de l'exécution des ordres de quitter le territoire, la priorité sera accordée au retour des délinquants. Le gouvernement veillera à ce que l'OE (Office des étrangers) ait la possibilité légale d'éloigner chaque étranger en séjour illégal qui est libéré après un emprisonnement. Une attention particulière sera accordée aux possibilités d'exécuter une mesure d'éloignement avant la libération* »¹⁰⁵.

¹⁰¹ COPIE COLLE de M.-A. BEERNAERT, « *L'individualisation dans le prononcé et l'exécution de la peine : machine arrière toute ?* », in *La loi « pot-pourri II » : un recul de civilisation ?* (M. CADELLI et T. MOREAU dir.), Limal, Anthemis, 2016, p.178-179.

¹⁰² L. BREULS, S. DE RIDDER, et S. BELLEMANS, « *Détenus sans droit de séjour. Réinsérer ou rapatrier à tout prix ?* », INCC, mars 2017, nicc.fgov.be/upload/publicaties/jsjv10fr.pdf.

¹⁰³ O. NEDERLANDT, T. MOREAU, *op. cit.*, p. 278.

¹⁰⁴ OIP, « *Notice 2016, Pour le droit à la dignité des personnes détenues* », p. 244, <http://oipbelgique.be/fr/wp-content/uploads/2017/01/Notice-2016.pdf>.

¹⁰⁵ « *Accord de gouvernement* » du 10 octobre 2014, pt 7.4 « *encourager la politique du retour* », p. 159.

Cette politique du « rejet de l'étranger » ne pouvant toutefois s'imposer comme seul moteur de la réforme, l'exposé des motifs tente de s'appuyer sur une justification plus acceptable tirée de la jurisprudence de la Cour de Cassation¹⁰⁶ qui part du postulat qu'il est impossible pour un condamné sans titre de séjour de préparer ou développer une réinsertion en Belgique après la libération¹⁰⁷. L'objectif serait par ailleurs d'éviter, par l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine, que par décision du Ministre (pour les congés pénitentiaires, les permissions de sortie ou l'interruption de l'exécution de la peine) ou du tribunal de l'application des peines (pour la détention limitée, la surveillance électronique et la libération conditionnelle, voire, exceptionnellement¹⁰⁸, pour la permission de sortie ou le congé pénitentiaire), le condamné sans titre de séjour soit indirectement autorisé à séjourner en Belgique¹⁰⁹. Ce dernier argument ne peut tenir comme le souligne M.-A. Beernaert qui reprend l'avis du Conseil d'Etat selon qui « *la décision d'octroyer une modalité d'exécution de la peine ne peut se concevoir comme une décision portant sur le statut du séjour ou comme une décision qui l'implique et, partant, elle n'a pas pour effet que l'intéressé séjournerait légalement dans le pays* »¹¹⁰.

Ainsi, le condamné sans titre de séjour légal ne dispose, depuis pot-pourri II et son exclusion systématique, que de la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou le rapatriement au plus tôt six mois avant la fin de la peine, la permission de sortie occasionnelle et la libération provisoire pour raisons médicales. A noter que pour cette dernière, les travaux préparatoires n'y ayant prêtés attention, on ne saurait en inférer que le fait que puisse toujours

¹⁰⁶ Cass., 20 janvier 2009, R.G. n° P.08.1930.N, *Pas.*, 2009, p. 174 : En l'espèce la Cour de Cassation a conclu à l'inexistence d'une perspective de réinsertion dans le chef du condamné et lui refuse ainsi l'octroi d'une détention limitée ; Cass., 25 janvier 2011, R.G. n° P.10.2053.N, *Pas.*, 2011, p.269 : Ici, la Cour de Cassation va considérer qu'il n'est pas possible d'octroyer la libération conditionnelle à un condamné sans titre de séjour dès lors « qu'il est impossible de préparer une réinsertion utile parce que le condamné n'a pas le droit de séjourner dans le royaume ».

¹⁰⁷ Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, « Exposé des motifs », *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1418/001, p.131-133 : « Ces modalités (permission de sortie, congé pénitentiaire et interruption de l'exécution de la peine) visent en outre à préparer ou à développer une réinsertion en Belgique après la libération, ce qui n'est pas possible pour cette catégorie de personnes (étrangers condamnés sans titre de séjour valable en Belgique) », « (excepté la permission de sortie visée à l'article 4, §2, 1° ou 2°) Toutes les autres modalités d'exécution de la peine sont clairement octroyées en vue de la réinsertion sociale en Belgique. En outre, la loi établit déjà une telle différence en distinguant la libération conditionnelle de la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise ».

¹⁰⁸ Art. 59 loi du 17 mai 2006.

¹⁰⁹ M.-A. BEERNAERT, « *L'individualisation dans le prononcé et l'exécution de la peine : machine arrière toute ?* », in *La loi « pot-pourri II » : un recul de civilisation ?* (M. CADELLI et T. MOREAU dir.), Limal, Anthemis, 2016, p.180.

¹¹⁰ *Ibid.*, s'appuyant sur l'avis du Conseil d'Etat n° 57 792/1/V du 23 septembre 2015, n° 54-1418/001, point 40.1, pp. 283-284.

en bénéficier les condamnés sans titre de séjour, constitue une réelle volonté du législateur et non une inadvertance de celui-ci¹¹¹.

§1. Les permissions de sorties et les congés pénitentiaires

Le nouvel article 20 de la loi sur le statut juridique externe des détenus, tel que modifié par la loi pot-pourri II, dispose désormais que le détenu, pour qui il ressort un avis de l'Office des étrangers qu'il n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume, ne peut plus bénéficier de la permission de sortie visée à l'article 4, §3, du congé pénitentiaire et de l'interruption de l'exécution de la peine. Il leur est cependant toujours loisible de solliciter, auprès du Ministre ou son délégué, une permission de sortie occasionnelle visée à l'article 4, §2 pour peu qu'il démontre que des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation professionnelle ou de santé doivent être défendus et requièrent sa présence hors de la prison¹¹². Cette exception en leur faveur n'était pourtant pas prévue dans l'avant-projet de loi, ce sont les nombreuses critiques exprimées par les parlementaires et les experts qui ont finalement permis son introduction dans le texte final¹¹³. Le Conseil d'Etat d'ailleurs, bien qu'il ait consenti qu'il faille peut-être avoir égard à la situation de séjour illégal du détenu pour l'octroi de certaines modalités, estime néanmoins « *qu'il n'est pas justifié de refuser une permission de sortie (de courte durée) pour raisons médicales, pour résoudre des problèmes administratifs (notamment justement à propos du séjour) ou pour préserver des intérêts familiaux, compte tenu du droit à la vie familiale, garanti par le droit international et la Constitution* »¹¹⁴.

Comme nous l'avions indiqué, le détenu en situation illégale peut donc requérir, auprès de la DGD, une permission de sortie occasionnelle à tout moment de la détention. Aussi surprenant que cela puisse sembler et à l'inverse de tout ce que nous venons d'affirmer, une permission de sortie pourrait également être demandée conformément à l'article 59¹¹⁵ dans le cadre d'une surveillance électronique, d'une détention limitée ou d'une libération conditionnelle, ces

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Art. 4, §2, 1° et 2° loi du 17 mai 2006.

¹¹³ O. NEDERLANDT, T. MOREAU, *op. cit.*, p. 280.

¹¹⁴ Avis C.E., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1418/001, p. 284, pt. 40.2. Le Conseil d'Etat fait notamment l'observation préalable suivante : « Même si la situation de séjour illégal de l'intéressé peut s'avérer pertinente dans l'octroi de certaines modalités d'exécution de la peine, il est permis de douter qu'il en est effectivement ainsi dans tous les cas et pour chacune des modalités d'exécution de la peine ».

¹¹⁵ Loi du 17 mai 2006.

mesures étant pourtant, nous le savons désormais, exclues pour les détenus étrangers sans titre de séjour. La raison est simple, il peut tout à fait être introduit une demande auprès du tribunal de l'application des peines concernant les modalités que nous venons d'énoncer dès lors que la condition d'un titre de séjour valable ne porte que sur l'octroi de la mesure et non sur la validité de la demande. Ainsi, le détenu aura l'occasion, dans le cadre de sa demande principale, de solliciter une permission de sortie occasionnelle dans le but de régulariser sa situation (rien ne le lui interdit, dès lors que l'article 25/2 de la loi sur le statut juridique externe des détenus exprime seulement que la modalité sollicitée ne sera pas accordée en l'absence d'un titre de séjour valable) et *in fine* éventuellement bénéficier de cette demande principale qui sinon sera vouée à l'échec¹¹⁶. Il est essentiel, à titre théorique, de revenir quelque peu sur l'application de cet article 59 qui permet donc au tribunal de l'application des peines, saisi d'une procédure de demande d'octroi d'une modalité d'exécution de la peine, d'accorder une modalité autre que celle qui est demandée. Le tribunal ne peut l'accorder que s'il le fait « *à titre exceptionnel* » et en cas « *d'absolue nécessité pour permettre l'octroi à court terme de la modalité d'exécution de la peine sollicitée* »¹¹⁷.

Cette assertion une fois posée, il convient de savoir alors si la mise en place d'actions visant à régulariser sa situation constitue une condition suffisante pour justifier l'octroi d'une permission de sortie occasionnelle, tant devant la DGD que devant le tribunal de l'application des peines.

En ce qui concerne la DGD, O. Nederlandt, après avoir pu s'entretenir avec eux en a conclu que « *puisque ces démarches peuvent également correspondre à des intérêts juridiques, professionnels, familiaux, etc., ces PS (Permissions de sortie) pourront être octroyées aux condamnés sans titre de séjour, après vérification de l'absence de contre-indications à l'octroi de celles-ci* »¹¹⁸.

Face au tribunal de l'application des peines, si le détenu sollicite une mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire dans le cadre de laquelle il demandera une permission de sortie occasionnelle ayant pour but de préparer sa réinsertion dans son pays d'origine, tout porte

¹¹⁶ O. NEDERLANDT, T. MOREAU, *op. cit.*, p. 280.

¹¹⁷ O. NEDERLANDT, *op. cit.*, pp. 1042-1043.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 1042.

à croire qu'elle lui serait accordée¹¹⁹. Dans le cadre d'une surveillance électronique, d'une détention limitée ou d'une libération conditionnelle, la réponse attend plus de finesse. Les démarches visant une régularisation de sa situation sont généralement plus longues que les délais dans lequel le tribunal est tenu de statuer sur la demande principale. Pour ainsi dire, le détenu n'aura pas le temps de régulariser sa situation avant que le tribunal ne statue sur la l'octroi de la modalité espérée. Néanmoins, le tribunal n'a pas à préjuger des délais administratifs et pourra tout simplement constater l'absence de titre de séjour valable au jour de la prise de décision pour en conclure un rejet de la demande. Une jurisprudence antérieure à pot-pourri II du tribunal de l'application des peines laisse toutefois entrevoir une issue plus favorable à l'égard du détenu en situation illégale. En l'espèce, l'intéressé sollicite du tribunal, dans le cadre d'une demande de surveillance électronique, une permission de sortie afin de lancer la procédure de demande de regroupement familial. Celle-ci nécessitant assez vraisemblablement d'avantage de temps que celui après lequel le juge aurait à statuer. Cependant, les délais imposés au tribunal n'étant ni prescrits à peine de nullité ni d'aucune autre forme de sanction, il est éventuellement possible d'y renoncer, ce qui sera le cas en l'espèce, permettant ainsi, une application tout à fait exceptionnelle de l'article 59¹²⁰. Autrement dit, dès lors qu'il y a eu consentement à l'inapplication du délai et que ce dernier n'est pas prescrit à peine de nullité, il est envisageable de considérer qu'il existe une certaine flexibilité dans l'appréciation du délai dans lequel le tribunal doit se prononcer sur la demande principale. Partant, nous pourrions imaginer de nouvelles perspectives, potentiellement via une nouvelle réforme, à l'égard des détenus sans titre de séjour valable, concernant les permissions de sortie occasionnelles sollicitées devant le tribunal d'application des peines¹²¹. C'est-à-dire, consacrer légalement des délais flexibles à leur égard.

Bien que dans les fait, nous le savons, la réforme n'est plus d'application aujourd'hui, il reste néanmoins pertinent de prendre conscience de la situation dans l'optique d'une potentielle future exclusion d'une catégorie de détenus dans le cadre des modalités d'exécution de la peine.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 1043.

¹²⁰ T.A.P. Bruxelles (80^e ch.), 26 octobre 2012, R.G. n°12/931/SE.

¹²¹ O., NEDERLANDT, *op. cit.*, pp. 1042-1045.

§2. L'interruption de l'exécution de la peine

L'interruption de l'exécution de la peine ne peut plus non plus être demandée par les détenus sans titre de séjour. Rappelons, comme l'indique clairement l'exposé des motifs, que la décision d'octroi de cette mesure n'est aucunement liée à la réinsertion sociale du détenu, celle-ci pouvant « être octroyée pour faire face à des raisons graves et exceptionnelles de nature familiale. Dans ce contexte, on peut par exemple songer en premier lieu à l'assistance d'un membre de sa famille ou d'un proche parent en phase terminale d'une maladie. L'interruption de l'exécution de la peine offre donc au condamné la possibilité d'assister celui-ci dans les derniers jours de sa vie »¹²².

Dès lors, le législateur ne pouvait plus ici s'abriter derrière la justification de l'absence de perspectives de réinsertion pour le détenu sans titre de séjour que nous avons déjà abordé ci-avant. Puisqu'il ne pouvait évidemment pas non plus considérer que les détenus étrangers n'auraient pas un droit à assister les membres de leurs familles. Il s'est donc appuyé sur la caractéristique de l'interruption de l'exécution de la peine qui veut qu'elle ne puisse être assortie de conditions à respecter, pour leur en refuser le bénéfice¹²³.

Le Conseil d'Etat ne semble pas convaincu par la justification proposée par le législateur, il s'agirait tout d'abord d'une atteinte portée au droit au respect de la vie privée et familiale, il serait ensuite difficilement justifiable de refuser cette mesure de manière absolue au seul prétexte que le détenu ne soit pas en règle en matière de séjour dès lors que les droits énoncés sont protégés par notre Constitution et le droit international¹²⁴. Nous noterons également que dans le cadre d'une interruption de l'exécution de la peine, aucune condition ne peut non plus être imposé au détenu en séjour légal qui pourtant pourra néanmoins en bénéficier.

Qui plus est, la loi impose que soit vérifié, avant tout octroi de la mesure, l'absence de contre-indications dans le chef du condamné, c'est-à-dire qu'elle donne ainsi le pouvoir à l'autorité compétente de déterminer si l'absence de titre de séjour constitue une contre-indication aux termes de la loi. Dès lors que le Ministre peut déjà en vertu de la loi s'assurer que la situation

¹²² Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p. 41.

¹²³ Exposé des motifs, Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord., 2015-2016, n° 54-1418/1 p. 132.

¹²⁴ Avis C.E., Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1418/001, p. 284.

illégale du détenu n'est pas susceptible de constituer un risque que le condamné se soustraie à l'exécution de sa peine, un risque qu'il commette des infractions graves pendant l'interruption de l'exécution de la peine ou un risque qu'il importune les victimes, l'exclusion systématique des détenus sans titre de séjour apparaît comme exagérée et s'appuyant sur une justification bancale¹²⁵.

§3. La surveillance électronique, la détention limitée et la libération conditionnelle

« La détention limitée, la surveillance électronique et la libération conditionnelle ne sont pas accordées s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume »¹²⁶, ce sont par ces mots, insérés par la loi pot-pourri II, que le législateur fixe de manière catégorique la situation du détenu sans droit de séjour à l'égard de ces mesures. La réforme est radicale puisqu'aucune perspective de réinsertion ne peut être envisageable pour eux. Là encore, la justification hasardeuse employée ne permet pas de maintenir la critique à l'écart.

La surveillance électronique est une modalité d'exécution de la peine qui ne constitue pas une mesure de libération mais bien, aux termes de la loi¹²⁷, une autre manière d'exécuter la détention, T. Moreau et P. Reynaert nous expliquent même qu'elle « est conçue comme une prison virtuelle »¹²⁸. A l'inverse, les modalités de détention limitée ou de libération conditionnelle sont bel et bien des libérations sous surveillance¹²⁹. On peut alors s'interroger sur le fondement de la justification proposée par le législateur qui refuse systématiquement une autre forme de détention à une catégorie de détenus alors même que celle-ci ne peut en rien se confondre avec une étape préparatoire à la réinsertion en Belgique. S'agit-il alors d'une discrimination injustifiée ? C'est la question préjudicielle qu'a en l'espèce posé le tribunal de l'application des peines de Mons à la Cour constitutionnelle et sur laquelle nous reviendrons plus particulièrement par la suite.

¹²⁵ O. NEDERLANDT, T. MOREAU, *op. cit.* p. 281.

¹²⁶ Art. 25/2 loi du 17 mai 2006 tel qu'inséré par l'art. 153 de la loi pot-pourri II.

¹²⁷ Art. 22 loi du 17 mai 2006.

¹²⁸ T. MOREAU, P. REYNAERT, « La surveillance électronique : liberté virtuelle ou prison virtuelle ? » in *L'exécution des condamnations pénales* (A. MASSET dir.), coll. CUP, Louvain-La-Neuve, Anthemis, vol. 101, 2008, p. 205

¹²⁹ O. NEDERLANDT, T. MOREAU, *op. cit.* p. 283.

§4. La libération ou le transfert vers un centre fermé en vue d'un éloignement imminent

La mesure a également connu des modifications sous l'empire de la réforme de 2016, elle pouvait être ordonnée à partir de deux mois avant la fin de la partie exécutoire de la ou les peines privatives de liberté du condamné, le législateur a allongé ce délai à six mois¹³⁰. Cet ajustement a été motivé par le fait que l'Office des étrangers et l'administration pénitentiaire ne disposaient pas de suffisamment de temps pour organiser le rapatriement du condamné. Qui plus est, ce délai plus long permet également au détenu d'introduire une demande de mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise dans l'intervalle de temps¹³¹. Cependant, ce délai de six mois semble trop court pour que le tribunal de l'application des peines puisse statuer sur cette demande. Par l'introduction de ce délai de six mois, le législateur, toujours en accord avec les politiques migratoires, permet en réalité un rapatriement plus rapide des détenus sans titre de séjour¹³².

Une deuxième modification a été apportée par l'ajout de deux alinéas à l'article 20/1 de la loi sur le statut juridique externe des détenus, ceux-ci prévoient que désormais, si le condamné revient en Belgique dans les deux ans qui suivent sa libération sans être en règle avec la législation et la réglementation relatives à l'accès au séjour ou à l'établissement dans le royaume, le procureur du Roi peut ordonner l'arrestation provisoire de celui-ci¹³³. Dans les sept jours qui suivent son arrestation provisoire, le ministre ou son délégué doivent prendre une décision de mise en exécution de la partie restante des peines¹³⁴.

§5. La mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise

La mesure, comme nous l'avons constaté, souffrait de quelques lacunes¹³⁵ qui vont être comblées par le législateur de 2016. Ainsi et dans un premier temps, la modalité va se voir offrir

¹³⁰ Art. 20/1 de la loi du 17 mai 2006 tel que modifié par l'art. 149 de la loi du 5 février 2016.

¹³¹ Exposé des motifs, Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2015-2016, n° 54-1418/1 p. 132.

¹³² O. NEDERLANDT, T. MOREAU, *op. cit.* p. 282.

¹³³ Art. 20/1, al 2 loi du 17 mai 2006.

¹³⁴ Art. 20/1, al 3 loi du 17 mai 2006.

¹³⁵ M-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 182 : «La mesure de mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire faisait jusqu'ici l'objet d'une réglementation lacunaire : la loi n'en donnait pas de définition, pas plus qu'elle ne fixait de délai d'épreuve applicable en la matière ou qu'elle ne déterminait les conséquences d'un éventuel retour du condamné étranger en Belgique ».

une définition qui se présente comme suit : « *La mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné, pour qui il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'il n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume, subit sa peine en dehors de la prison dans un autre pays que la Belgique, moyennant le respect de conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé.*

*La mise en liberté provisoire en vue de la remise est accordée au condamné qui, sur la base d'un jugement exécutoire ou d'un titre exécutoire, doit être transféré dans un autre pays »*¹³⁶.

A la lecture de l'article, on constate notamment que nous sommes face à deux mesures bien distinctes et définies avec leurs caractéristiques propres. Cependant, l'essentiel de notre attention sera porté à l'égard de la mesure visant l'éloignement au détriment de celle qui nécessite la remise, cette dernière visant des cas plus particuliers.

Le législateur a par ailleurs agi par analogie en alignant le délai d'épreuve de la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement à celui d'application pour la libération conditionnelle¹³⁷. Il impose également que certaines conditions soient respectées durant ce délai et à la lecture de la nouvelle mouture de l'article 55 de la loi sur le statut externe des détenus, il s'agirait essentiellement de « *ne pas commettre d'infractions [et] l'obligation de quitter effectivement le territoire et l'interdiction de revenir en Belgique pendant le délai d'épreuve sans être en règle avec la législation et la réglementation relative à l'accès au territoire, au séjour ou à l'établissement dans le Royaume et sans l'autorisation préalable du tribunal de l'application des peines* »¹³⁸. L'inobservation de ces conditions emporte un risque de révocation de la mesure et donc d'une réincarcération¹³⁹.

La mesure est octroyée pour autant que le tribunal ne constate pas de contre-indications dans le chef du condamné, celles-ci étant énumérées par la loi¹⁴⁰. La réforme a conduit le législateur à supprimer l'une d'entre elles qui exigeait du condamné qu'il atteste d'une possibilité de logement dans le pays où il est voué à être éloigné¹⁴¹, cette suppression étant justifiée car « *en effet, le tribunal de l'application des peines est dans l'impossibilité de contrôler si cette contre-*

¹³⁶ Art. 25/3 loi du 17 mai 2006.

¹³⁷ Art. 71 de la loi du 17 mai 2006, tel que modifié par l'art. 170 de la loi du 5 février 2016.

¹³⁸ Art. 55 de la loi du 17 mai 2006, tel que modifié par l'art. 161 de la loi du 5 février 2016.

¹³⁹ Art. 64 de la loi du 17 mai 2006, tel que complété par l'article 166 de la loi du 5 février 2016.

¹⁴⁰ Art. 47, §2 de la loi du 17 mai 2006.

¹⁴¹ Art. 159 de la loi du 5 février 2016.

indication est remplie. Dans la pratique, il a été constaté à plusieurs reprises que l'obtention d'une telle attestation étrangère fait l'objet d'un trafic en prison »¹⁴². Au-delà du fait qu'ainsi, la loi pot-pourri II exprime clairement que le tribunal de l'application des peines n'a pas à se préoccuper des possibilités de réinsertion dans le pays d'origine¹⁴³, il peut être reproché à cette décision son caractère potentiellement contre-productif, si le condamné n'est pas en mesure d'attester d'un logement à l'étranger, c'est peut-être l'indice que ce dernier ne dispose plus d'aucune attache, aucun lien avec le pays vers lequel on souhaite l'éloigner. La conséquence est évidente, le risque de retour en Belgique via les réseaux clandestins est plus que probable¹⁴⁴.

Ceci étant dit et en dépit des intentions du législateur, il s'avère que la pratique nous offre une toute autre interprétation des dispositions auxquelles nous venons d'avoir égard, les tribunaux de l'application des peines ont tendance à intégrer les possibilités de réinsertion dans le pays d'origine dans l'analyse des facteurs de risque de récidive ou du respect de l'obligation de quitter le territoire¹⁴⁵. Antérieurement à la loi pot-pourri II mais avec toujours autant d'actualité¹⁴⁶, la chambre francophone de la Cour de cassation avait déjà confirmé cette manière de fonctionner, « *Aucune disposition légale n'interdit au tribunal d'application des peines, dans la procédure d'octroi d'une libération provisoire en vue de l'éloignement du territoire, de baser l'appréciation de la contre-indication « risque de commettre de nouveaux faits graves punissables » sur l'absence d'un plan de reclassement ou d'un cadre structurant à l'étranger »*¹⁴⁷. Bien qu'une lecture rapide de la *ratio legis* de la loi laisse penser que cette décision prise par la Cour suprême n'est plus pertinente aujourd'hui, une analyse plus profonde permet de constater qu'elle reste cohérente avec la jurisprudence de la Cour en la matière. Lars Breuls remet par ailleurs en doute la clarté affichée par le législateur à l'égard de cette mesure et conclut qu'il faut, pour saisir la teneur de sa volonté, le lire au regard des instruments européens applicables¹⁴⁸.

¹⁴² Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2015-2016, n° 54-1418/1 p. 135.

¹⁴³ O. NEDERLANDT, T. MOREAU, *op. cit.* p. 285.

¹⁴⁴ M-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 183.

¹⁴⁵ O. NEDERLANDT, T. MOREAU, *op. cit.* p. 286.

¹⁴⁶ Cass. (vac.), 5 août 2014n n° P.14.1152.F., *T. Strafr.*, 2017, p.124, avec note L. BREULS, « De voorlopige invrijheidstelling met het oog op verwijdering van het grondgebied : nood aan sociale reclasseringsperspectieven ? ». Texte original : « *Het cassatiearrest dat ter bespreking voorligt, hoewel daterend van voor de wetwijziging, biedt de nodige aangrijpingspunten voor het beantwoorden van deze actuele vraag* ».

¹⁴⁷ Cass. (vac.), 5 août 2014n, n° P.14.1152.F.

¹⁴⁸ Cass. (vac.), 5 août 2014n, n° P.14.1152.F., *T. Strafr.*, 2017, p.124, avec note L. BREULS, *Op. cit.* p. 128, interprétation du texte original : « *De stellingname van het Hof van Cassatie dat, in het kader van de procedure tot voorlopige invrijheidstelling met het oog op verwijdering van het grondgebied, geen enkele wettelijke bepaling de strafuitvoeringsrechtbank verbiedt om de beoordeling van de tegenaanwijzing inzake het risico op het plegen van nieuwe ernstige strafbare feiten te baseren op de afwezigheid van een reclasseringsplan lijkt bij een vluchtige*

Il apparaîtrait donc qu'en dépit de la volonté du législateur, la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire n'est généralement pas accordée en l'absence de perspectives de réinsertion dans le pays d'origine¹⁴⁹.

Partie 3. Les limites du régime « pot-pourri II »

Chapitre 1. Les critiques retenues

Si une première conclusion peut être tirée des considérations précédentes, c'est essentiellement que pot-pourri II bâillonne, musèle les pouvoirs du juge en lui imposant de rejeter systématiquement les demandes tendant à l'obtention d'une modalité de l'exécution de la peine pour les condamnés sans titre de séjour. Le corolaire à cette défiance du juge exprime de manière sous-jacente une remise en cause du principe d'individualisation de la peine¹⁵⁰ qui sans être un principe général de droit¹⁵¹, a le mérite d'offrir certaines garanties¹⁵² appréciables au regard de l'évolution de notre société. C'est ainsi que M-A Beernaert en conclut que « *La réduire [l'individualisation de la peine] au profit d'une politique répressive qui restreint le pouvoir d'appréciation du juge et le contraint à la sévérité n'est pas nécessairement inconstitutionnel, mais peut effectivement être perçu comme une forme de « recul de civilisation »* »¹⁵³.

lezing in te gaan tegen (de ratio legis van) de Wet Externe Rechtspositie. In artikel 48 Wet Externe Rechtspositie is immers bepaald dat er voor de voorlopige invrijheidstelling met het oog op verwijdering van het grondgebied geen reclasseringsplan dient te worden voorgelegd, gezien de gebrekkige controle mogelijkheden in het buitenland. Een meer diepgaande analyse leert echter dat het geannoteerde arrest consistent is met eerdere cassatiearresten. Bovendien is de doelstelling van de wetgever minder eenduidig dan op het eerste gezicht lijkt. Specifiek met betrekking tot de vervroegde invrijheidstelling van een gedetineerde die over verblijfsrecht beschikt in een andere EU-lidstaat – een situatie waarop het geannoteerde arrest betrekking heeft – onderschrijven twee verschillende wetgevende kaders, zijnde de Wet Externe Rechtspositie en de implementatiewet van het kaderbesluit probatie, namelijk een tegenstrijdige logica inzake de opvolging van proeftijdvoorwaarden. Een integratie tussen beide wetten, waarbij de sociale re-integratie van gedetineerden met verblijfsrecht in een andere EU-lidstaat centraal dient te staan, lijkt aangewezen».

¹⁴⁹ O. NEDERLANDT, T. MOREAU., *op. cit.* p. 286.

¹⁵⁰ M-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 185 ; *Voy. aussi* Rapport fait au nom de la commission de justice, 7 décembre 2015, 54-1418/005, p. 218, exposé de P. MARTENS « *Le projet de loi prévoit également des restrictions à l'octroi de mesures alternatives, fondées sur la nature des infractions, ce qui va à l'encontre du principe de l'individualisation des peines* ».

¹⁵¹ Cass. (2^e ch.), 8 juin 2005, R.G., n° P.05.0349.F, Pas., 2005, n° 327., « *il n'existe pas de principe général du droit relatif à l'individualisation de la peine* ».

¹⁵² C. arb., 14 juillet 1997, n° 40/97, B.6.1., « *Les modalités d'individualisation des peines permettent notamment de prendre en considération les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise, d'avoir égard à l'amendement du délinquant, de favoriser sa réintégration, de tenir compte de considérations socio-professionnelles et de proportionner la peine à la gravité des faits* ».

¹⁵³ M.-A. BEERNAERT, *op. cit.*, p. 185.

Si une certitude peut être avancée avec assurance, c'est certainement que cette réforme pourri II est critiquable à de nombreux égards et nous tenterons ici d'en faire la synthèse.

§1. Violation manifeste de droits fondamentaux

Tout d'abord, certaines des modalités exclues du bénéfice des détenus sans titre de séjour ont vocation à garantir et préserver des droits fondamentaux tels que le droit à la santé et le droit au respect de la vie privée et familiale, nous pensons ici notamment au congé pénitentiaire ou l'interruption de l'exécution de la peine par exemple¹⁵⁴. La seule permission de sortie occasionnelle ne peut suffire à empêcher la violation parfois manifeste de ces droits¹⁵⁵.

§2. Généralisation excessive

Ensuite, comme nous l'avions vu, le législateur justifiait sa réforme par une jurisprudence de la Cour de cassation qui laissait entendre qu'aucune perspective de réinsertion en Belgique n'était envisageable pour le condamné sans titre de séjour. Or affirmer cela, c'est faire une généralisation d'une situation qui par essence doit s'analyser sur base individuelle. La décision face à une demande de régularisation demande l'étude des particularités d'une situation personnelle pouvant, par elle-même, forcer l'octroi de celle-ci¹⁵⁶. En agissant de la sorte, le législateur le fait avec disproportion car il ignore purement et simplement ceux qui disposent de réelles perspectives de régularisation¹⁵⁷. Nombreux sont les auteurs ou acteurs du monde juridique à s'être émus de cette situation aux relents d'injustice. M.-A. Beernaert a rappelé qu'il est fondamental d'avoir égard aux situations particulières pouvant être tant diverses qu'évolutives¹⁵⁸. F. Tulkens et D. Vandermeersch critiquant, eux, le fait que la loi ne prenne pas en considération les possibilités de régularisation des condamnés sans titre de séjour qui pourtant sont bien réelles¹⁵⁹ ou encore le Conseil supérieur de la Justice qui évoque une

¹⁵⁴ O. NEDERLANDT, T. MOREAU, *op. cit.* p. 287.

¹⁵⁵ Rapport fait au nom de la commission de justice, 7 décembre 2015, 54-1418/005, p. 218, exposé de P. MARTENS, « *Le point culminant de cette tendance se retrouve dans la disposition selon laquelle aucune mesure alternative ne serait possible à l'égard des condamnés en séjour illégal. Devant les critiques formulées par la section de législation du Conseil d'État, le texte actuel permet d'octroyer des permissions de sortie, mais persiste à exclure toutes les autres mesures alternatives, comme si l'illégalité du séjour privait le condamné de l'exercice de ses droits fondamentaux, de son droit à la santé, de son droit au respect de sa vie familiale* ».

¹⁵⁶ O. NEDERLANDT, *op. cit.*, p. 1033.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ M.-A. BEERNAERT, *Manuel de droit pénitentiaire*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2012, p. 271.

¹⁵⁹ O. NEDERLANDT, *op. cit.* p. 1033.

distinction trop radicale au détriment de l'usage de la nuance¹⁶⁰. Nous ajouterons par ailleurs qu'à l'aune de la jurisprudence belge, une condamnation ne constitue aucunement un empêchement à l'obtention de la régularisation, plus encore, l'obtention d'une modalité d'exécution de la peine pourrait constituer un argument de poids auprès des autorités décisionnelles comme l'a laissé entendre la Commission Consultative des Etrangers¹⁶¹.

§3. Lecture restrictive de la « réinsertion »

Par ailleurs, le législateur nous propose une lecture très restrictive de la « réinsertion », lorsqu'il justifie l'exclusion systématique des détenus sans titre de séjour de la majorité des modalités d'exécution de la peine sous le prétexte qu'il leur est impossible de se réinsérer, il entend que celle-ci ne peut avoir lieu qu'en Belgique. Or, il est évident qu'il est envisageable de préparer une réinsertion vers l'étranger dès lors que « les perspectives de réinsertion sociale » que doit présenter le condamné en vertu de la loi sur le statut externe n'exigent aucunement que celles-ci soient nécessairement en lien avec la Belgique¹⁶². Le bon sens veut qu'il soit permis au détenu sans titre de séjour de bénéficier de certaines modalités d'exécution de la peine¹⁶³, non seulement pour des considérations humaines¹⁶⁴, mais aussi parce qu'elles lui permettront éventuellement d'entamer les démarches nécessaires à une réinstallation ou une réinsertion à l'étranger dans le cadre d'une mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire. D'autres modalités¹⁶⁵ encore pourraient permettre de suivre un traitement ou une formation de nature à favoriser sa réinsertion à l'étranger. S'il est donc vrai que le détenu sans titre de séjour ne dispose peut-être pas de perspectives de réinsertion en Belgique, comme semble le penser le gouvernement, et pour autant que l'on occulte le fait qu'il pourrait régulariser sa situation. Il pourrait néanmoins, comme nous venons de le voir, préparer son retour à l'étranger via les

¹⁶⁰ Conseil supérieur de la Justice, Avis d'office sur l'avant-projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, 29 juin 2015, p. 12, www.csj.be/sites/5023.b.fedimbo.belgium.be/files/press_publications/avis-18062015-fr_0.pdf, « le CSJ déplore principalement le manque de nuances des termes utilisés dans l'avant-projet de loi. En ne rendant accessibles au bénéfice des mesures alternatives d'exécution de la peine à réaliser en Belgique, que les « condamnés pour lesquels l'Office des étrangers estime qu'ils sont autorisés ou habilités à séjourner plus de trois mois dans le Royaume » (articles 128 et 132), l'avant-projet de loi ne distingue pas, parmi les condamnés ne répondant pas à ce critère, ceux qui n'ont pas de droit au séjour et qui ne pourront jamais l'avoir, et ceux qui se trouvent dans une situation de séjour précaire et/ou temporaire mais régularisable ».

¹⁶¹ O. NEDERLANDT, *op. cit.* p. 1034.

¹⁶² *Ibid.*, p. 1037, Voy. aussi F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », in *Actualités de droit pénal. Hommage à Ann Jacobs*, CUP, vol. 160, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 126, 127 et 141.

¹⁶³ Permissions de sortie ou congé pénitentiaire.

¹⁶⁴ F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 141.

¹⁶⁵ Détention limitée ou surveillance électronique.

modalités d'exécution de la peine qui lui sont injustement et systématiquement refusées par la loi pot-pourri II.

Nous ajouterons à cela que selon O. Nederlandt « *il devrait être soutenu que la loi du 17 mai 2006 consacre un droit à la réinsertion, droit qui ne devrait pas être conditionné par le lieu dans lequel cette réinsertion peut se dérouler ni à la possibilité de bénéficier d'un titre de séjour* »¹⁶⁶. Pour preuve, elle illustre son assertion par une décision du tribunal de l'application des peines de Bruxelles concernant une permission de sortie octroyée à un détenu sans titre de séjour et qui justifiait sa position par le fait que pour un condamné, « *accomplir les démarches nécessaires à un reclassement et ainsi favoriser sa réinsertion reste la meilleure barrière à une récidive, et cela nonobstant le fait de l'absence, à ce stade, de la régularisation de son séjour* »¹⁶⁷.

§4. Surpopulation carcérale et détention à fond de peine

Une autre critique peut être émise, par rapport à l'exclusion systématique des détenus sans titre de séjour aux modalités, et tient au risque de surpopulation carcérale auquel la loi pot-pourri II nous expose. Il convient pourtant de mettre en évidence les objectifs annoncés par le ministre de la justice qui semblent en complète incohérence avec la réalité de la réforme. « *La surpopulation pénitentiaire empêche trop souvent un traitement humain des détenus et entraîne une trop grande pression au travail pour le personnel. (...) Le coût social de la détention est élevé. (...) Le nombre de détenus de nationalité étrangère est également surreprésenté dans nos prisons (environ 43 %). (...) L'objectif doit être de réduire la population carcérale de manière durable en deçà de 10.000 détenus* » et surtout il faut que « *la capacité pénitentiaire limitée soit utilisée efficacement et que les conditions de détention soient sensiblement améliorées, notamment grâce à la diminution de la surpopulation (par le biais) (...) d'une exécution des peines plus adaptée (...) et des dispositions spécifiques pour les prévenus sans permis de séjour (...) (qui) devraient permettre de faire passer le nombre de détenus (parmi lesquels environ 1.000 internés) durablement sous la barre des 10.000, et peut-être même de ramener ce nombre de 11.000 à environ 8.000* »¹⁶⁸. Le plan Justice du ministre auquel nous venons de nous référer

¹⁶⁶ O. NEDERLANDT, *op. cit.* p. 1038.

¹⁶⁷ T.A.P. Bruxelles (80^e ch.), 20 décembre 2010, R.G. n° 10/0327/SE, inédit cité par NEDERLANDT, O., *Op. cit.* p. 1038.

¹⁶⁸ K. GEENS, *Ministre de la Justice, Plan Justice, Une plus grande efficacité pour une meilleure justice*, 18 mars 2015, pp. 68 et 77 https://cdn.nimbu.io/s/1jn2gqe/assets/Plan_Justice_18mars_FR.pdf.

est sans équivoque, Il a fait de la surpopulation carcérale son cheval de bataille laissant ainsi perplexe une partie des spécialistes pour qui les effets de la réforme n'en auront d'autres que celui de la renforcer¹⁶⁹.

A l'évidence, l'interdiction de l'octroi de modalités aux détenus sans titre de séjour emporte le fait de les laisser en prison tout au long de la peine, on pense ici essentiellement à la surveillance électronique ou la détention limitée qui pouvaient encore être octroyées auparavant par le tribunal de l'application des peines à ces condamnés en situation illégale démontrant des possibilités de régularisation. Aussi, le législateur n'a pas eu égard aux situations complexes dites aussi « situations grises » pour lesquelles la seule réponse « binaire » apportée par pot-pourri II ne suffit pas en ce qu'elle n'aborde pas les spécificités des situations particulières auxquelles nous avons déjà fait référence¹⁷⁰. Autrement dit, l'approche voulant que soit le détenu est en ordre de séjour et il bénéficie alors de l'entièreté des modalités d'exécution de la peine, soit il ne l'est pas et son seul moyen d'action consiste en la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire, ne permet pas d'apporter la nuance que requiert pourtant ces situations complexes que nous allons illustrer¹⁷¹.

Nous avons par exemple la situation du détenu sans titre de séjour qui n'a aucune attache avec son pays d'origine tout simplement parce qu'il a longtemps voire toujours vécu en Belgique et qui dès lors, du fait de l'absence de famille ou de ressources sur place, ne souhaite pas solliciter une mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement vers un pays où il ne disposerait d'aucun moyen de subsistance. Même si *in fine*, ce dernier venait à entamer la procédure, seule porte ouverte vers l'espoir d'une sortie anticipée, par hypothèse, l'absence d'un réel plan de reclassement et de perspectives de réinsertion dans le pays d'origine devrait nécessairement pousser le tribunal à lui en refuser le bénéfice¹⁷² (comme nous l'avons vu, l'objectif de la réforme devait initialement empêcher le tribunal de s'attarder sur les perspectives de réinsertion dans le pays d'origine mais la jurisprudence semble néanmoins y prêter attention au travers de l'analyse d'autres contre-indications légales. En l'espèce, le tribunal pourrait conclure à un risque que la condition de ne pas revenir en Belgique ne soit pas respectée ou que le risque de commettre de nouvelles infractions subsiste, ce qui emporterait donc un refus d'octroi). A titre

¹⁶⁹ O. NEDERLANDT, *op. cit.* p. 1038.

¹⁷⁰ F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 143.

¹⁷¹ O. NEDERLANDT, *op. cit.* p. 1039.

¹⁷² *Ibid.*

anecdotique mais de nature particulièrement révélatrice, le rapport annuel de 2015 de la Direction Générale des Etablissements pénitentiaires nous apprend que seuls 370 détenus ont pu bénéficier d'une mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire. Ce chiffre, rapporté aux 43% de détenus ne disposant pas de la nationalité belge que le plan justice nous affirmait plus haut, nous donne une indication assez nette sur la parcimonie avec laquelle les tribunaux octroient ce type de modalité¹⁷³.

Relevons également la situation du détenu sans titre de séjour dont aucune identification n'est établie par l'Office de Etrangers pour qui la nationalité est indéterminée. Par définition, il ne peut être octroyé de mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement vers un pays que l'on ignore¹⁷⁴. La situation est plus récurrente qu'il n'y paraît et d'ailleurs à titre d'illustration, le tribunal de l'application des peines de Mons a eu l'occasion d'affirmer l'évidence en relevant que « *d'un courrier électronique émanant de l'Office des Étrangers, il ressort que plusieurs demandes d'identification concernant le condamné ont été introduites auprès de différentes ambassades, en vain. Bien qu'ayant confirmé à l'audience l'identité reprise supra, le condamné n'est pas identifié formellement par des autorités diplomatiques. Les jugements de condamnation font état de ce qu'il est connu sous de multiples alias. Tant qu'il ne sera pas identifié, le retour au « pays » du condamné ne pourra être envisagé* »¹⁷⁵.

Aussi, il existe des détenus dont nous connaissons le pays d'origine mais pour lesquels ce dernier refuse de délivrer un laissez-passer et partant, aucune mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ne peut être octroyée¹⁷⁶.

Enfin, les détenus dont le statut d'apatride est reconnu par le pouvoir judiciaire et pour qui également la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement ne peut être envisagée¹⁷⁷.

Pour ces détenus, on l'a compris, nous sommes dans une impasse. Ces condamnés en situations « grises » devront aller à fond de peine sans jamais avoir l'espoir de pouvoir bénéficier d'une mesure alternative à l'exécution de leur peine. Ainsi on peut considérer que la prison ne

¹⁷³ *Ibid.*, voy. aussi SPF Justice, Direction Générale des Établissements pénitentiaires, « Rapport annuel 2015 », p. 46.

¹⁷⁴ O. NEDERLANDT, *op. cit.* p. 1039.

¹⁷⁵ T.A.P. Mons (37^e ch.), 27 avril 2016, R.G. n° 15/00442-LP, inédit cité par Nederlandt, O., *Op. cit.* p. 1039.

¹⁷⁶ O. NEDERLANDT, *op. cit.* p. 1039.

¹⁷⁷ *Ibid.*

constitue plus à aucun égard l'*ultimum remedium* mais devient de la sorte un *anti remedium*¹⁷⁸, pourtant, Koen Geens, ministre de la justice avait, par ses propres mots, exprimer une idée de « la prison « comme ultime remède ». La Belgique va emprunter une voie qui la séparera de la France : son objectif sera de vider les prisons et prévoir des sentences alternatives »¹⁷⁹.

Le corolaire à cette exécution pleine et entière de la peine et sans alternatives est sans nul doute l'absence total d'encadrement à la sortie¹⁸⁰. Les avantages majeurs des modalités d'exécution de la peine sont certainement d'une part, la possibilité pour le juge de conditionner celle-ci à un régime particulier et d'autre part, la liberté contrôlée qui en découle de tel sorte que le détenu ne soit pas confronté seul à la rudesse d'une remise en liberté. Dès lors, en plus de participer à l'augmentation de la surpopulation carcérale que nous dénonçons plus tôt, le fait pour ces détenus d'être libérés sans ressource ni contrôle judiciaire participe manifestement à l'accentuation d'un risque de récidive¹⁸¹.

Chapitre 2. « Pot-pourri II » à l'épreuve de la jurisprudence de la CEDH

Les critiques énoncées ci-avant mettent en exergue les nombreuses incohérences du régime nouveau, incapable de répondre à certaines difficultés et n'hésitant pas à en créer de nouvelles sans pouvoir justifier valablement la discrimination qu'il organise, allant parfois même à l'encontre des objectifs qu'il s'était fixé. Dès lors qu'il a immédiatement été envisagé une possible atteinte à certains droit fondamentaux, la Cour européenne des droits de l'homme et sa jurisprudence pourraient-ils opposer une limitation au travail entrepris par le législateur exprimant la politique migratoire mise en place par le gouvernement ? F. Tulkens et D. Vandermeersch semblent y répondre par la positive¹⁸². Quand bien même la Cour n'a-t-elle pas encore eu l'occasion de se confronter frontalement à notre réforme pot-pourri II, les auteurs cités estiment que l'examen de deux questions particulières peuvent déjà mettre en défaut les ambitions de la réforme et son contenu. Existe-t-il un droit à la réinsertion ? Quelles sont les

¹⁷⁸ F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 144.

¹⁷⁹ "Codes belges : Le grand toilettage de Koen Geens", 7 décembre 2016, la Dernière heure, <http://www.dhnet.be/actu/belgique/codes-belges-le-grand-toilettage-de-koen-geens-58471d73cd70a64a63766927>, repris par le site du ministre : <https://www.koengeens.be/fr/news/2016/12/07/le-grand-toilettage-de-koen-geens>.

¹⁸⁰ O. NEDERLANDT, *op. cit.* p. 1040.

¹⁸¹ O. Nederlandt, *op. cit.* p. 1040.

¹⁸² F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 144.

exigences du droit au respect à la vie privée et familiale ? Ces deux questions se posant bien entendu à la lumière du droit communautaire.

Section 1. Un droit à la réinsertion ?

Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agit de déterminer si un droit à la réinsertion existerait à l'égard des détenus et particulièrement en ce qui concerne ceux ne disposant pas de titre de séjour dès lors que la loi pot-pourri II le leur refuse.

Dans un premier temps, la Cour nous rappelle qu'une « *des fonctions essentielles d'une peine d'emprisonnement est de protéger la société, par exemple en empêchant un criminel de récidiver et de nuire ainsi davantage* »¹⁸³ mais aussi elle « *reconnaît le but légitime d'une politique de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement. Dans cette optique, elle conçoit le bien-fondé de mesures – telles que des sorties temporaires – permettant la réinsertion sociale du détenu, même lorsque celui-ci a été condamné pour des crimes violents* »¹⁸⁴. Tout en rappelant l'utilité de la fonction de la peine d'emprisonnement, elle souligne que celle-ci doit se concevoir dans un esprit de réinsertion peu importe, en l'espèce, la nature de l'infraction commise pour autant qu'aucun manquement au devoir de diligence qui s'impose dans le domaine ne soit relevé dans le chef de l'autorité¹⁸⁵. La jurisprudence de la Cour en la matière n'a cessé d'être constante depuis lors, insistant chaque fois sur un élément particulier.

Dans l'affaire *Dickson c. Royaume-uni*, elle rappellera l'importance croissante d'une politique de réinsertion sociale en rapport avec la longueur de la peine d'emprisonnement et ce, en réponse à un argumentaire du gouvernement voulant que l'opinion public puisse être heurté par de telles perspectives (en l'espèce, le détenu souhaitait procéder à une insémination artificielle au sein de la prison)¹⁸⁶.

L'arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni* nous apprend qu'aux yeux de la Cour, ne pas laisser l'espoir d'une remise en liberté à l'égard d'un détenu condamné à perpétuité peut constituer un

¹⁸³ Cour eur. D.H. (gde ch.), 24 octobre 2002, arrêt *Mastromatteo c. Italie*, § 72.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, § 74.

¹⁸⁶ Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 décembre 2007, arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*, § 75.

comportement qualifié de traitement inhumain et dégradant comme étant une atteinte particulière au droit à la dignité humaine des détenus¹⁸⁷. Dans le même sens, *l'arrêt Harakchiev et Toulmov c. Bulgarie* souligne que l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸⁸, sans proclamer un droit à la réinsertion, exige des autorités qu'elles organisent une chance, aussi minime soit-elle mais réelle, de remise en liberté à l'égard des détenus à durée perpétuelle¹⁸⁹.

L'évolution de la jurisprudence de la Cour trouve un marqueur décisif avec l'affaire *khoroshenko c. Russie* dans laquelle elle impose formellement aux Etats l'obligation de se montrer proactifs dans la mise en œuvre de politiques de réinsertion sans qu'elles doivent nécessairement intervenir dans un contexte de fin de peine¹⁹⁰.

Enfin, nous aurons égard à l'arrêt *Murray c. Pays-Bas* qui de l'aveu même du juge Silvis « *met l'accent sur l'obligation faite à l'Etat d'offrir un dispositif sérieux, propre à permettre à un détenu purgeant une peine perpétuelle [...] de répondre (de facto) aux critères conditionnant l'octroi d'une libération* »¹⁹¹. En l'espèce, il s'agit d'un détenu condamné à perpétuité estimant qu'aucune chance de compressibilité de la peine ne lui a été offerte en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, la justice lui oppose systématiquement le risque trop élevé d'une récidive dû à son état de santé mental qui pourtant n'a jamais fait l'objet d'un traitement, l'administration pénitentiaire étant en défaut de lui en procurer un. L'analogie avec le détenu étranger sans titre de séjour en Belgique est assez évidente, le juge lui opposera toujours l'irrégularité de son séjour sans jamais réellement lui offrir l'opportunité de le régulariser. C'est ainsi que la Cour va rappeler de nombreux principes et notamment le fait que « *la dignité humaine, qui se trouve au cœur même du système mis en place par la Convention, empêche de priver une personne de sa liberté par la contrainte sans œuvrer en même temps à sa réinsertion et sans lui fournir une chance de recouvrer un jour*

¹⁸⁷ Cour eur. D.H. (gde ch.), 9 juillet 2013, arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, § 116.

¹⁸⁸ « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ».

¹⁸⁹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 8 juillet 2014, arrêt *Harakchiev et Toulmov c. Bulgarie*, § 264.

¹⁹⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), 30 juin 2015, arrêt *Khoroshenko c. Russie*, §148. En l'espèce, « *Eu égard à la combinaison des diverses restrictions sévères et durables apportées à la possibilité pour le requérant de recevoir des visites en prison et au fait que le régime litigieux en la matière ne prend pas dûment en compte le principe de proportionnalité et les impératifs d'amendement et de réinsertion des détenus de longue durée, la Cour conclut que la mesure en question n'a pas ménagé un juste équilibre entre le droit du requérant à la protection de sa vie privée et familiale, d'une part, et les buts invoqués par le gouvernement défendeur, d'autre part. Partant, l'État défendeur a excédé sa marge d'appréciation à cet égard* ».

¹⁹¹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 26 avril 2016, arrêt *Murray c. Pays-Bas*, opinion concordante du juge Silvis.

cette liberté »¹⁹² et que quand bien même « le châtement demeure l'un des objectifs de la détention, les politiques pénales européennes mettent désormais l'accent sur l'objectif de réinsertion poursuivi par la détention, y compris dans le cas des détenus à vie, ainsi qu'en attestent les règles 6, 102.1 et 103.8 des règles pénitentiaires européennes, la résolution Res(76)2 et les Recommandations Rec(2003)23 et Rec(2003)22 du Comité des Ministres, les déclarations du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, ainsi que la pratique de certains États contractants. On trouve ce même engagement en faveur de la réinsertion dans le droit international, ainsi que l'illustrent notamment l'article 10 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'observation générale s'y rapportant. »¹⁹³. La Cour n'oublie cependant pas de rappeler que la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas, en tant que tel, un droit à la réinsertion¹⁹⁴ mais observe néanmoins que « le principe de réinsertion [...] se trouve reflété dans les normes internationales, qu'il est aujourd'hui reconnu dans la jurisprudence de la Cour [...] et qu'il y revêt même une importance croissante »¹⁹⁵.

Par ces mots, la Cour laisse peu de place au doute, une obligation pour les Etats à offrir des perspectives réelles de réinsertion semble être consacrée désormais. Certains auteurs parlant d'une « reconnaissance implicite du droit à la réinsertion »¹⁹⁶. Hormis peut-être dans le dernier cas que nous avons vu, l'analogie avec le détenu étranger n'est pas toujours aisée. La Cour ne s'est pas prononcée à cet égard et nous ne pourrions conjecturer de la sorte. Cependant, lorsque la Cour invoque l'argument de la dignité humaine et qu'elle évoque ensuite l'importance croissante que le principe de réinsertion couvre, elle laisse penser ou espérer qu'il n'existe aucune raison pour que cette dernière ne s'insurge pas de l'absence de perspectives de réinsertion offert par notre législateur aux détenus sans titre de séjour. Cette position pouvant potentiellement, au regard de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁹⁷, induire une discrimination fondée notamment sur la base de la nationalité. La question qui en résulte est alors de savoir si l'exclusion des détenus étrangers des possibilités

¹⁹² *Ibid.*, § 101.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Cour eur. D.H. (gde ch.), 26 avril 2016, *op.cit.*, § 103.

¹⁹⁵ *Ibid.*, §102.

¹⁹⁶ F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 149.

¹⁹⁷ « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. ».

de réinsertion est justifiée et raisonnable ? F. Tulkens et D. Vandermeersch indiquent à cet égard que de sérieux doutes sont permis¹⁹⁸.

Pour conclure, nous aurons égard à une recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe relative aux détenus étrangers¹⁹⁹ qui appelle les Etats membres à faire en sorte que les détenus étrangers disposent d'une égalité réelle de traitements avec les autres détenus. Si nécessaire, les Etats membres devront mettre en place des mesures supplémentaires pour lutter contre toute discrimination de ces détenus. La recommandation rappelle néanmoins qu'il ne s'agit pas d'octroyer plus de droits et libertés aux détenus étrangers mais bien d'essayer d'instaurer un équilibre, une réelle égalité de traitement. Il semble, à nouveau, que le législateur ait fait fi de cette recommandation lorsqu'il s'est attelé à organiser la loi pot-pourri II.

Section 2. Un droit à la vie privée et familiale ?

Il s'agit ici de procéder à la conciliation de deux droits, le premier au profit des Etats, le second au profit du particulier. Tout d'abord, La Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire concernant la Belgique, a ainsi rappelé que « les Etats contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, y compris la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non nationaux »²⁰⁰. Cependant, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme exige de ces mêmes Etats qu'ils respectent la vie privée et familiale²⁰¹ et

¹⁹⁸ F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *Op. cit.*, p. 149.

¹⁹⁹ Recommandation CM/Res(2012)12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative aux détenus étrangers, adoptée le 10 octobre 2012, lors de la 1152^e réunion des délégués des ministres, « [Il] faut atténuer l'isolement potentiel des détenus étrangers et faciliter leur prise en charge en vue de leur réinsertion sociale », « [l'objectif] est d'attirer l'attention des autorités nationales compétentes sur le fait que les détenus étrangers devraient être traités d'une manière qui garantisse, autant que possible, une égalité réelle de traitement avec les autres détenus. Cela pourrait exiger de ces autorités de prendre des mesures supplémentaires afin de lutter contre une éventuelle discrimination contre les détenus étrangers. Ces mesures ne visent pas à donner – et ne devraient pas être réinterprétées comme donnant – aux détenus étrangers plus de droits et libertés qu'aux autres détenus. La recommandation tente de résoudre les difficultés auxquelles sont confrontés les détenus étrangers en préconisant les mesures spécifiques qui doivent être prises pour réduire le nombre de prévenus et de délinquants étrangers incarcérés, améliorer la prise en charge de ces détenus et répondre à leurs besoins sociaux et personnels spécifiques. L'objectif n'est pas seulement de traiter des conditions de détention auxquelles ils sont soumis, mais également de faciliter leur réinsertion sociale une fois remis en liberté, qu'ils restent dans le pays ou qu'ils retournent dans leur pays d'origine », « le régime pénitentiaire [...] doit les (détenus étrangers) préparer en vue de leur remise en liberté et de leur réinsertion sociale », « La préparation à la remise en liberté des détenus étrangers doit commencer au moment opportun et de manière à faciliter leur réinsertion dans la société » ; F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 150.

²⁰⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), 13 décembre 2016, arrêt *Paposhvili c. Belgique*, § 172.

²⁰¹ Art. 8, §1 CEDH : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

qu'ils ne puissent y attenter que de manière justifiée et proportionnelle²⁰². Alors, si effectivement l'article 8 de la Convention n'exprime pas un droit absolu à ne pas être expulsé, sous certaines circonstances, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme retient l'expulsion comme une violation du droit au respect à la vie privée et familiale²⁰³. En effet, l'exercice du droit de contrôle de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des non-nationaux appartenant à tous les Etats et prévu par le droit international peut être limité par les obligations que ces mêmes Etats ont assumés en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, en l'espèce, le respect au droit à la vie privée et familiale²⁰⁴.

Cette conception est confirmée par la Cour, s'appuyant sur une jurisprudence plus ancienne, dans l'affaire *Üner c. Pays-Bas* en ce que « *d'après un principe de droit international bien établi, les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol. La Convention ne garantit pas le droit pour un étranger d'entrer ou de résider dans un pays particulier, et, lorsqu'ils assument leur mission de maintien de l'ordre public, les Etats contractants ont la faculté d'expulser un étranger délinquant. Toutefois, leurs décisions en la matière, dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8, doivent être conformes à la loi et nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi* »²⁰⁵.

La question reste encore de savoir alors dans quelles situations concrètes les Etats pourraient porter atteinte à l'article 8 de la Convention et quelle est la solution à retenir pour les détenus sans titre de séjour. Un élément nous est apporté par l'arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas* qui va marquer un tournant dans la jurisprudence de la Cour en ce qu'il va relativiser la distinction entre étranger « légal » et « illégal » par ces mots : « *Lorsqu'un Etat contractant tolère la présence sur son sol d'un ressortissant étranger, lui donnant ainsi la possibilité d'attendre la décision relative à sa demande d'octroi d'un permis de séjour, à un recours contre une telle décision ou*

²⁰² Art. 8, §2 CEDH : « *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* » ; S. SAROLEA, « Quelles vies privée et familiale pour l'étranger ? Pour une protection non discriminatoire de ces vies par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, vol.13, n°1, 2000, p. 266.

²⁰³ F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 151.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ Cour eur. D.H. (gde ch.), 18 octobre 2006, arrêt *Üner c. Pays-Bas*, § 54.

à une nouvelle demande de permis de séjour, il lui permet de participer à la vie sociale du pays dans lequel il se trouve, d'y nouer des relations et d'y fonder une famille »²⁰⁶. La Cour insiste cependant sur le fait que « cela n'implique pas automatiquement que, en conséquence, l'article 8 de la Convention oblige les autorités de cet État à autoriser l'étranger à s'installer sur le territoire national. De même, ce n'est pas parce que la requérante a fondé une famille et mis ainsi les autorités du pays d'accueil devant le fait accompli que cela entraîne pour celles-ci l'obligation, au titre de l'article 8 de la Convention, de l'autoriser à s'installer dans le pays. La Cour a déjà dit que, en général, les personnes qui se trouvent dans cette situation ne sont pas fondées à espérer qu'un droit de séjour leur sera octroyé »²⁰⁷. La Cour, dans cet arrêt, énonce en fait le principe voulant qu'il soit nécessaire que l'Etat ait égard à la situation particulière de l'individu concerné ainsi qu'à l'intérêt général pour déterminer s'il doit ou non être admis sur le territoire. Plusieurs facteurs entrent en compte comme la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale ou l'étendue des attaches qu'ont les personnes dans l'Etat en question²⁰⁸. C'est ainsi que dans le cas d'espèce, dans le cadre d'une mesure d'expulsion à l'égard d'une requérante en situation de séjour irrégulier, la Cour a conclu que « les circonstances entourant le cas de la requérante doivent être considérées comme exceptionnelles. Dès lors, elle conclut que les autorités néerlandaises n'ont pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu et qu'elles n'ont ainsi pas assuré à la requérante le droit au respect de sa vie familiale protégé par l'article 8 de la Convention »²⁰⁹.

Bien que comme nous venons de le constater, l'analyse des circonstances de l'espèce sont essentielles pour apprécier la nécessité d'une mesure d'expulsion, à travers l'arrêt *Boultif c. Suisse*, la Cour européenne des droits de l'homme a néanmoins établi une liste de critères à appliquer afin d'en mesurer son caractère proportionnel²¹⁰. L'intérêt de cette liste est d'encadrer

²⁰⁶ Cour eur. D.H. (gde ch.), 3 octobre 2014, arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas*, § 103.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Cour eur. D.H. (gde ch.), 3 octobre 2014, arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas*, § 107, « dans une affaire qui concerne la vie familiale aussi bien que l'immigration, l'étendue de l'obligation pour l'État d'admettre sur son territoire des proches de personnes qui y résident varie en fonction de la situation particulière des personnes concernées et de l'intérêt général. Les facteurs à prendre en considération dans ce contexte sont la mesure dans laquelle il y a effectivement entrave à la vie familiale, l'étendue des attaches que les personnes concernées ont dans l'État contractant en cause, la question de savoir s'il existe ou non des obstacles insurmontables à ce que la famille vive dans le pays d'origine de l'étranger concerné et celle de savoir s'il existe des éléments touchant au contrôle de l'immigration (par exemple, des précédents d'infractions aux lois sur l'immigration) ou des considérations d'ordre public pesant en faveur d'une exclusion ».

²⁰⁹ *Ibid.*, § 122.

²¹⁰ Cour eur. D.H. (gde ch.), 2 août 2001, arrêt *Boultif c. Suisse*, § 48, « la Cour prendra en compte la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant, la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé, la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période, la nationalité des diverses personnes concernées, la situation familiale du requérant, par exemple la

le débat et assurer une certaine égalité entre les différents requérants²¹¹ bien qu'*in fine* ce sera bel et bien des circonstances particulières de la cause que sera déterminée l'issue du litige. Les arrêts *Yilmaz c. Allemagne*²¹² et *Üner c. Pays-Bas*²¹³ finiront de compléter cette liste par l'ajout de nouveaux critères.

Le constat est clair, la Cour européenne des droits de l'homme ne semble pas admettre les situations généralisées appelant une réponse systématique et automatique. Elle insiste de nombreuses fois sur l'impact des particularités de la cause quant à l'issue du litige. Dès lors, en ce que la loi pot-pourri II ne laisse d'autre alternative que celle de quitter le territoire au détenu qui n'est pas en ordre de séjour, elle ne se conforme pas aux exigences de nécessité et proportionnalité que requiert la Cour.

Partie 4. L'appel à la Cour constitutionnelle

Chapitre 1. Controverses, questions préjudicielles et recours en annulation

La doctrine n'est pas l'unique pourvoyeur de critiques à l'égard de la réforme, les juges ont également dû faire face à certaines difficultés concernant les condamnés sans titre de séjour. Dans un premier temps, la jurisprudence a dû faire face à quelques controverses au sujet notamment de l'interprétation concrètes de certaines dispositions. Ainsi, il a été question de délimiter précisément le champ d'application de l'article 25/2 de la loi sur le statut juridique

durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple, le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale, la naissance d'enfants légitimes et, le cas échéant, leur âge. En outre, la Cour examinera tout autant la gravité des difficultés que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse, bien que le simple fait qu'une personne risque de se heurter à des difficultés en accompagnant son conjoint ne saurait en soi exclure une expulsion ».

²¹¹ F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 154.

²¹² Cour eur. D.H. (gde ch.), 17 avril 2003, arrêt *Yilmaz c. Allemagne*, §§ 48-49, le critère de la durée d'une mesure d'expulsion : « La Cour considère que la mesure d'expulsion du requérant n'était pas en soi disproportionnée aux buts légitimes poursuivis par les autorités nationales. Cependant, le fait qu'elle a été arrêtée sans l'assortir d'une limitation dans le temps s'analyse en une ingérence disproportionnée », « la Cour est d'avis que l'expulsion du requérant combiné avec l'interdiction illimitée du territoire allemand constituait une mesure disproportionnée aux buts légitimes poursuivis », A contrario dans Cour eur. D.H. (gde ch.), 10 juillet 2003, arrêt *Benhebba c. France*, §37, une mesure d'expulsion d'une durée de 10 ans a été considérée, « du fait du comportement du requérant et de la gravité des faits reprochés », comme « nécessaire à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales ».

²¹³ Cour eur. D.H. (gde ch.), 18 octobre 2006, *op. cit.*, §58 : « La Cour souhaite expliciter deux critères qui se trouvent peut-être déjà implicitement contenus dans ceux identifiés dans l'arrêt *Boultif* : l'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé ; et la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination. Quant au premier point, la Cour note qu'il se reflète déjà dans sa jurisprudence actuelle ».

externe²¹⁴, mais aussi de savoir ce qu'il advenait des modalités d'exécution octroyées antérieurement à la réforme à des détenus sans titre de séjour ou ceux perdant ce titre de séjour dans le courant de l'exercice de la mesure²¹⁵. Nous ne revenons pas plus longuement sur ces controverses qui, bien qu'intéressante pour apprécier l'esprit de la jurisprudence à l'égard de la réforme, n'a plus d'intérêt réel dès lors que les fondements à leur base ont été annulés par la Cour constitutionnelle comme nous le verrons.

Nous aurons plutôt égard aux questions préjudicielles ou recours en annulation, relatives à la situation du détenu sans titre de séjour, qu'a suscité la réforme. En vertu de l'article 142 de la Constitution, la Cour constitutionnelle s'est vu attribuer le pouvoir exclusif de contrôler les normes ayant force de loi.

On compte de nombreux recours en annulation partiels à l'encontre de la loi pot-pourri II mais c'est celui introduit par l'ASBL Ligue des droits de l'homme et l'ASBL Association syndicale des magistrats²¹⁶ qui nous intéressera particulièrement dès lors qu'il sollicite l'annulation des articles 148²¹⁷, 153²¹⁸ et 163²¹⁹ de la réforme. Ces articles constituant le siège de l'exclusion légale des détenus sans titre de séjour du bénéfice de la majorité des modalités d'exécution de la peine. En l'espèce, le moyen de la violation est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination lus

²¹⁴ Art. 25/2 loi du 17 mai 2006 : « *La détention limitée, la surveillance électronique et la libération conditionnelle ne sont pas accordées s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume* ».

²¹⁵ O. NEDERLANDT, T. MOREAU, *op. Cit.* p. 294.

²¹⁶ C.C, 21 décembre 2017, n° 148/2017., I. f.

²¹⁷ Qui introduit un nouvel art. 20 de la loi du 17 mai 2006 rédigé comme suit : « *La permission de sortie visée à l'article 4, § 3, le congé pénitentiaire et l'interruption de l'exécution de la peine ne sont pas accordés s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume* ».

²¹⁸ Qui introduit le nouvel article 25/2 de la loi du 17 mai 2006 (*Voy. Infra*).

²¹⁹ Qui introduit deux derniers alinéas à l'article 59 de la loi du 17 mai 2006 qui devient : « *A titre exceptionnel, le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines, saisi d'une procédure d'octroi d'une modalité d'exécution de la peine, peut accorder une modalité d'exécution de la peine autre que celle demandée si cela est absolument nécessaire pour permettre l'octroi à court terme de la modalité d'exécution de la peine sollicitée. Il peut ainsi accorder :*

1° une permission de sortie ;

2° un congé pénitentiaire ;

3° une détention limitée ;

4° une surveillance électronique.

Dans les deux mois de la décision d'octroi de la modalité particulière d'exécution de la peine, le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines statue sur la modalité d'exécution de la peine demandée. Cette période peut être prolongée une fois.

Ces modalités d'exécution des peines, à l'exception de la permission de sortie visée à l'article 4, § 2, ne sont pas accordées s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume.

Les articles 64, 67, 68 et 70 s'appliquent ».

isolés ou en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que l'article 22 de la Constitution²²⁰. Autrement dit, les requérants estiment que « *les dispositions attaquées excluent de manière absolue les condamnés non-autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire belge du bénéfice de la majorité des modalités d'exécution de la peine* »²²¹, alors qu'elles « *n'apparaissent pas absolument nécessaires à la réalisation de l'objectif du législateur, visant à éviter que les personnes en séjour illégal ne bénéficient de modalités d'exécution de la peine, dès lors que les modalités d'exécution des peines en question peuvent déjà être, en l'état actuel du droit, être refusées en présence de contre-indications* »²²². Les requérants ajoutent que le législateur n'a pas prouvé qu'il n'était pas possible d'atteindre l'objectif poursuivi par d'autres aménagements ou conditions sans pour autant organiser une exclusion absolue. Ils considèrent encore que les dispositions entraînent des effets disproportionnés à l'égard des condamnés sans titre de séjour, notamment du fait que le législateur a considéré que ces mesures n'avaient pour objectif que de préparer la réinsertion or il oublie de tenir compte du fait qu'elles « *ont également vocation permettre au détenu d'exécuter sa peine en tenant compte des circonstances propres à sa situation familiale et personnelle* »²²³. C'est ainsi que les requérants en déduisent que les dispositions attaquées opèrent une ingérence injustifiée dans le droit de ces condamnés au respect de leur vie privée et familiale²²⁴.

Au-delà du recours en annulation précité, plusieurs questions préjudicielles ont été posées à la Cour constitutionnelle

La première d'entre elle nous vient d'un jugement, que nous avons déjà mentionné, du 29 juin 2016 du tribunal de l'application des peines de Mons qui interroge la Cour par ces mots : « *Dès lors qu'en son article 22, la loi du 17 mai 2006 définit la surveillance électronique comme une (autre) forme de détention, l'article 25/2 de la même loi tel qu'entré en vigueur le 1er mars 2016, en ce qu'il prévoit que la surveillance électronique n'est pas accordée s'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers que le condamné n'est pas autorisé ou habilité à séjourner dans le Royaume, n'est-il pas discriminatoire au regard des condamnés en ordre de séjour et ne*

²²⁰ C.C, 21 décembre 2017, n° 148/2017, A.47.1.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

viole-t-il pas les articles 10 et 11 de la Constitution »²²⁵. La question n'appelle pas à plus de commentaires que ceux apportés *supra*.

Viens ensuite le jugement du 27 mars 2017 par lequel le tribunal de l'application des peines de Bruxelles pose la question préjudicielle suivante : « *Les articles 20, 25/2 et 59, alinéa 3, de la loi du 17 mai 2006 relative au statut externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, tels que modifiés ou insérés par la loi du 5 février 2016, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'ils interdisent l'octroi de toute modalité de l'exécution de la peine de prison, à l'exception de celle visée à l'article 4, § 2, au détenu sans titre de séjour, alors que les autres détenus peuvent en bénéficier ?* »²²⁶. Dans son jugement, le tribunal se questionne sur le rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés par ces dispositions et le but qu'elles visent en tenant compte des lourdes conséquences qui s'y attachent. Il relève par ailleurs que les dispositions traitent tous les détenus en séjour illégal de la même manière or, nombre d'entre eux seront voués à se réinsérer en Belgique, tout comme c'est également le cas pour les étrangers dits « inéloignables ». Les dispositions en cause empêchent toute perspective de réinsertion, qui aura nécessairement lieu, peu importe que celle-ci ait lieu en Belgique ou ailleurs. Aussi, cette interdiction générale ne permet pas au juge d'exercer son devoir d'appréciation en tenant compte de la spécificité de la mesure et de la situation individuelle de la personne concernée. Ces dispositions impliquent que le détenu n'aura pas la possibilité de rencontrer les membres de sa famille ailleurs que dans un cadre pénitentiaire. Enfin, elles empêchent le détenu d'entreprendre des démarches visant la régularisation de son séjour²²⁷.

La Cour de cassation s'est également « prêtée au jeu » de la question préjudicielle dans un arrêt rendu le 22 mars 2017 où elle demande à la Cour constitutionnelle : « *L'article 153 de la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice viole-t-il les articles 10, 11 et 14 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 5.1 et 7.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce que le tribunal de l'application des peines ne peut accorder la détention limitée, la*

²²⁵ C.C., 22 février 2018, n° 19/2018.

²²⁶ C.C., 29 mars 2018, n° 47/2018.

²²⁷ C. MACQ, « Pas de mesures d'aménagement de peine pour les détenus condamnés en séjour irrégulier : une législation conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution ? », Note sous T.A.P Bruxelles (80e ch.), 27 mars 2017, RG n°16/697/LC. In : Newsletter EDEM, p. 13-19 (mai 2017).

*surveillance électronique et la libération conditionnelle aux personnes condamnées qui ne sont pas autorisées ou habilitées à séjourner en Belgique ? »*²²⁸. Cette question sera d'ailleurs jointe à celle posée par le tribunal de l'application de Bruxelles.

Chapitre 2. Analyse de l'arrêt 148/2017 de la Cour constitutionnelle

L'arrêt du 21 décembre 2017 rendu par la Cour constitutionnelle, en réponse aux nombreux recours en annulation partiels introduits devant elle, est d'une importance capitale en ce qu'il « recadre le législateur »²²⁹ et annule plusieurs dispositions de la réforme pot-pourri II.

Nous n'aurons en l'espèce égard qu'aux parties de l'arrêt traitant de l'exclusion des personnes ne disposant pas d'un droit de séjour d'une partie des modalités de l'exécution de la peine. Nous avons déjà pu présenter dans le point précédent les nombreuses critiques émises par le recours en annulation formé par l'ASBL Ligue des droits de l'homme et l'ASBL Association syndicale des magistrats. Il s'agit désormais d'observer ce que les parties ont plaidées et notamment sous quel angle la partie adverse s'est-elle défendue.

Ainsi, en réponse au recours qui nous occupe, le conseil des ministres a rappelé que les modalités d'exécution de la peine ont pour finalité première de préparer une réinsertion en Belgique, mais aussi que les dispositions visées ont vocation à empêcher que des condamnés sans titre de séjour ne puisse circuler librement sur le territoire. Il maintient également que les condamnés en ordre de séjour et les condamnés sans titre de séjour sont bien deux catégories de personnes dont la situation n'est pas comparable²³⁰. A titre subsidiaire, le conseil des ministres estime que la différence de traitement repose sur un critère objectif mais aussi qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé²³¹.

²²⁸ C.C., 29 mars 2018, n° 47/2018.

²²⁹ M-A. BEERNAERT, VANDERMEERSCH D., « La Cour constitutionnelle recadre le législateur « pot-pourri II » : l'arrêt 148/2017 du 21 décembre 2017 », *J.T.*, 2018/5, p. 81-96.

²³⁰ C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017, A.47.2.1.

²³¹ *Ibid.*, A.47.2.2., : « A titre subsidiaire, le Conseil des ministres estime que la différence de traitement repose sur un critère objectif, à savoir la situation de séjour de la personne condamnée. Il expose que le but poursuivi par les dispositions attaquées est de mettre en adéquation les modalités d'exécution de la peine et la politique en matière de séjour et d'accès au territoire et estime que les mesures sont pertinentes et justifiées par rapport à ce but. Enfin, il considère qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé dès lors que les personnes concernées peuvent se voir octroyer une permission de sortie ayant pour but de défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels ou encore pour subir des examens ou des traitements médicaux ».

Enfin, « *Au surplus, il fait valoir que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas le droit d'un étranger à résider dans un pays* »²³².

Usant de leur droit de réponse, les parties requérantes contestent que l'objectif des modalités de l'exécution de la peine soit réduit à une réinsertion en Belgique, à leur estime il s'agit surtout de la possibilité d'exercer un droit fondamental qu'est celui du droit à la vie privée et familiale. Dès lors, les deux groupes de personnes sont bel et bien dans des situations comparables face à cet objectif²³³. Enfin, elles relèvent que le conseil des ministres « *reste en défaut d'explicitier pour quel motif les dispositions attaquées seraient indispensables à la réalisation de l'objectif de mise en adéquation des modalités d'exécution de la peine avec la politique en matière de séjour et d'accès au territoire* »²³⁴.

Le conseil des ministres conclut en maintenant que la situation entre les deux catégories de détenus n'est pas comparable et rappelle que les détenus sans titre de séjour ont vocation, une fois libérés, à être éloignés du territoire²³⁵.

Le contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle se fait au regard d'un nombre limité de normes de contrôles, ce qu'on appelle un contrôle partiel de constitutionnalité²³⁶. Tout d'abord, la Cour doit vérifier le respect des règles de répartition de compétence qu'on retrouve tant dans la Constitution que dans des lois institutionnelles. En outre, et c'est essentiellement là que notre question intervient, elle a le pouvoir de se prononcer sur la violation des droits et libertés fondamentaux garantis par le titre II de la Constitution ainsi que les articles 143, § 1^{er}, 170, 172 et 191 de la Constitution. Aussi, des constructions prétoriennes et jurisprudentielles permettent au juge, via la « méthode du tout indissociable » et « la méthode combinatoire », d'avoir égard à la Convention européenne des droits de l'homme et tous les droits fondamentaux qu'elle protège ainsi que de faire référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Sachant cela, la Cour doit en l'espèce se prononcer sur une potentielle violation de l'article 22 de notre Constitution et l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme qui

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*, A.47.3.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*, A.47.1.4.

²³⁶ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, Larcier, 2014, 2^e édition, p. 159

garantissent que « chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale »²³⁷, mais aussi avoir égard aux articles 10 et 11 de cette même Constitution qui prohibent toute distinction d'ordre ou discrimination. Ces articles sont des garanties qui ne bénéficient qu'aux belges comme l'indique expressément le titre II intitulé « des belges et leurs droits ». Dès lors, c'est grâce à l'article 191 de la Constitution²³⁸ que les étrangers, qui font donc l'objet de notre étude, peuvent également bénéficier de cette protection.

Il est éminemment important de bien comprendre l'étendue de l'application, faite par la Cour, des articles 10 et 11 de la Constitution afin de comprendre le raisonnement qu'elle tient dans l'arrêt qui nous occupe. Ainsi, l'égalité entre les individus, qu'entendent faire respecter ces articles, est juridique. C'est-à-dire que cette règle d'égalité oblige les autorités publiques à traiter de manière identique les situations identiques et de manière distincte les situations distinctes²³⁹. Il est donc manifestement accepté qu'une différence de traitement soit établie entre certaines catégories de personnes pour autant que celle-ci réponde à certaines conditions instaurées par la Cour constitutionnelle. C'est là que réside tout l'enjeu de notre arrêt, il revient à savoir si la Cour constitutionnelle estime que la différence de traitement opérée par le législateur satisfait aux conditions qu'elle a déterminée. Ainsi, « *Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes qui se trouvent dans des situations comparables, pour autant que cette différence de traitement repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier à la lumière du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause. Le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »²⁴⁰. On peut de la sorte dégager trois conditions particulières. Il faut un critère de différenciation objectif, une adéquation entre la mesure et le but recherché (justification raisonnable) et l'existence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Dans un souci de clarté maximale, nous pouvons encore dire que le critère de différenciation doit être objectif et raisonnable et que la mesure doit être adéquate et proportionnée à l'objectif poursuivi²⁴¹. Pourvu que ces

²³⁷ Art. 22, Const.

²³⁸ « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ».

²³⁹ Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 168.

²⁴⁰ *ibid.*

²⁴¹ *Ibid.*, p. 169.

conditions soient remplis, nous aurons à faire à « une distinction » qui respecte le principe constitutionnel d'égalité tandis que si tel n'est pas le cas, il y aura « une discrimination » prohibée par notre Constitution.

Le postulat de base étant posé, nous pouvons revenir sur l'arrêt en lui-même et la réponse donnée par la Cour. Concernant le premier critère, elle indique que « *La différence de traitement établie par les dispositions attaquées repose sur le statut administratif de séjour de la personne condamnée [...], ce critère de distinction est objectif et il permet de rencontrer le but poursuivi par le législateur, à savoir ne pas permettre que des personnes qui ne disposent pas d'une autorisation de séjour en règle circulent sur le territoire hors de l'établissement pénitentiaire dans lequel ils purgent la peine à laquelle ils ont été condamnés* »²⁴².

La Cour s'attelle ensuite à définir la nature, la procédure d'octroi et la finalité des modalités d'exécution de la peine comme suit : « *Les modalités d'exécution de la peine concernées par les dispositions attaquées ont pour objet de favoriser la réinsertion sociale du condamné, de lui permettre de maintenir, durant le temps de sa détention, des liens familiaux, affectifs et sociaux ou encore de lui permettre de faire face à une situation d'ordre familial grave et exceptionnelle.*

L'octroi de ces modalités n'est jamais automatique et n'intervient qu'après que l'autorité compétente a soigneusement évalué, selon les cas, le caractère réaliste et praticable du plan de réinsertion présenté et les éventuelles contre-indications tenant notamment au risque de récidive, au risque que le condamné importune les victimes, ainsi qu'au risque qu'il se soustraie à l'exécution de sa peine. Avant l'entrée en vigueur des dispositions attaquées, les autorités compétentes tenaient compte, dans cet examen, de la situation spécifique de séjour des étrangers demandeurs au regard tant des possibilités de réinsertion que du risque de soustraction à l'exécution de la peine.

Les décisions d'octroyer une modalité d'exécution de la peine portent sur l'exécution de la peine d'emprisonnement et ne modifient pas la nature et la durée des peines privatives de liberté prononcées par le juge. L'exécution de la peine court pendant l'application de la modalité d'exécution de la peine octroyée. Elles ne modifient pas non plus le statut de séjour de l'étranger condamné. »²⁴³.

²⁴² C.C, 21 décembre 2017, n° 148/2017, B.89.

²⁴³ C.C, 21 décembre 2017, n° 148/2017, B.90.1.

La Cour en conclut que les dispositions attaquées excluent de la possibilité de demander les modalités d'exécution de la peine en question tous les détenus sans titre de séjour, sans possibilité de procéder à un examen individuel²⁴⁴ et, partant, que « *par [leur] caractère absolu et automatique, elles font obstacle à ce que l'autorité compétente examine leur demande à bénéficier d'une mesure leur permettant de préparer leur réinsertion sociale ou de maintenir des liens familiaux, affectifs ou sociaux* »²⁴⁵.

Dès lors, il apparaît à la Cour qu'en « *ne permettant pas aux autorités compétentes pour octroyer les modalités d'exécution de la peine d'examiner, au regard de la situation administrative, familiale et sociale concrète de l'étranger demandeur, s'il est justifié de lui refuser la modalité qu'il sollicite au motif qu'il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'il n'est pas autorisé à séjourner sur le territoire, le législateur a pris une mesure disproportionnée* »²⁴⁶. Il n'est ici pas satisfait au deuxième critère en ce que la Cour estime qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité avec le but visé par la mesure.

Par ailleurs, la Cour se permet de préciser que l'octroi d'une des modalités d'exécution de la peine, visée par les dispositions attaquées, n'est en aucun cas un obstacle à l'éloignement du territoire de l'individu concerné dès lors que cet éloignement peut avoir lieu conformément aux articles 20/1²⁴⁷ et 25/3²⁴⁸ de la loi du 17 mai 2006²⁴⁹. Ainsi, la Cour répond-elle aux arguments du conseil des ministres affirmant, qu'en ces points de la réforme, il s'agissait d'un choix de politique en matière d'accès du territoire et que la Cour n'avait peut-être pas à en juger.

Enfin, la Cour indique que la différence de traitement créée n'est pas raisonnablement justifiée et entraîne des effets disproportionnés au regard des droits fondamentaux invoqués. Le troisième critère n'étant, lui non plus, pas respecté, la Cour n'a d'autre choix que d'annuler les articles 148, 153 et 163 de la loi du 5 février 2016²⁵⁰.

L'arrêt d'annulation rendu par la Cour a autorité absolue de la chose jugée et vaut *erga omnes* dès sa publication au Moniteur belge. Ainsi, les dispositions attaquées sont considérées comme

²⁴⁴ *Ibid.*, B.90.2.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017, B.90.3.

²⁴⁷ La libération ou le transfert vers un centre fermé en vue d'un éloignement imminent.

²⁴⁸ La mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise.

²⁴⁹ C.C., 21 décembre 2017, n° 148/2017, B.90.4.

²⁵⁰ *Ibid.*, B.91.

inconstitutionnelles dès leur origine et leurs effets sont supprimés avec effet rétroactif. Les normes sont censées n'avoir jamais existé²⁵¹. La conséquence est simple, le régime applicable depuis la publication de l'arrêt est désormais celui que nous avons présenté en premier lieu, ainsi, l'exclusion systématique des détenus sans titre de séjour du bénéfice de la quasi-totalité des modalités d'exécution de la peine n'est plus d'application.

La Cour ne s'est cependant pas arrêté là et a complété son arrêt d'un dernier considérant qui fera l'objet de la prochaine section.

Partie 5. Quelles perspectives après l'arrêt 148/2017 ?

Dans un *obiter dictum*²⁵², la Cour ajoute à sa décision que rien n'empêche à l'avenir le législateur de mettre en place un régime similaire pour autant qu'il « *apprécie, pour chaque modalité d'exécution de la peine envisagée, s'il est pertinent de l'exclure pour certaines catégories d'étrangers non autorisés au séjour, dans le respect du principe de proportionnalité* »²⁵³.

Dès lors que la critique principale faite à la réforme était liée à son caractère systématique et trop général n'accordant aucune place aux particularités individuelles des détenus, causant de la sorte des effets disproportionnés. Cet *obiter dictum*, bien qu'assez surprenant semble assez logique quant à son fond et cohérent avec la critique majoritaire. Il paraît dès lors intéressant d'imaginer sous quelle forme ce nouveau régime, si tant est qu'il y en est un, pourrait-il voir le jour.

Section 1. « Certaines catégories d'étrangers non autorisés au séjour »

La Cour fait référence à « *certaines catégories d'étrangers non autorisés au séjour* » et en effet, les étrangers sans titre de séjour ne sont pas tous logés à la même enseigne, tant sur le plan juridique ou administratif que d'un point de vue factuel.

²⁵¹ Y. LEJEUNE, *op. cit.*, pp. 204-205.

²⁵² Une opinion incidente, secondaire exprimée par le juge mais qui ne constitue pas un motif de sa décision.

²⁵³ C.C, 21 décembre 2017, n° 148/2017, B.91.

§1. L'étranger sous le coup d'un ordre de quitter le territoire

Dans une première optique, nous pouvons distinguer les étrangers « illégaux » selon les mesures concrètes qui ont été prises à leur égard. Ainsi, on retrouve une première catégorie d'étrangers dont on ne sait rien, ceux venus par les réseaux clandestins et vivant encore en toute clandestinité sur le territoire et dont la présence ne sera révélée que par la procédure judiciaire menée à leur rencontre. Pour d'autres dont la présence sur le territoire est connue par les autorités, il peut avoir été notifié un ordre de quitter le territoire, mesure quasi-automatique constatant l'irrégularité du séjour de l'intéressé. Certains étrangers faisaient, eux, l'objet d'un arrêté royal d'expulsion ou d'un arrêté ministériel de renvoi, ces mesures s'adressant à des étrangers présentant un niveau élevé de dangerosité. Aujourd'hui, cette dernière catégorie est devenue, depuis le début de l'année 2017²⁵⁴, un ordre de quitter le territoire pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale²⁵⁵.

Ces mesures n'étant prises par les autorités que moyennant le respect de conditions légales précises, elles permettent de procéder à une première distinction objective parmi les étrangers. Dès lors que ces mesures ont trait à la personnalité de l'individu et son caractère potentiellement dangereux²⁵⁶, conditionner par exemple l'obtention de modalités d'exécution de la peine à l'absence de ce type de mesure dans le chef de l'étranger sans titre de séjour peut paraître raisonnablement justifié et proportionnel.

Sachant que ce régime ne s'applique, a priori, pour l'instant qu'aux étrangers admis au séjour, il serait intéressant d'établir une forme de distinction similaire pour ceux non-admis. Les procédures de régularisations sont longues et généralement, un refus ou un ordre de quitter le territoire ne sera pas exécuté par l'individu de son propre chef. Il restera donc sur le territoire de manière illégale et certains statuts particuliers devraient pouvoir être envisagés.

²⁵⁴ loi du 24 février 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers afin de renforcer la protection de l'ordre public et de la sécurité nationale, *M.B.*, 19 avril 2017.

²⁵⁵ Art. 21, loi du 15 décembre 1980.

²⁵⁶ Carlier, J.-Y., Saroléa, S., « Section 4 - Éloignement » in *Droit des étrangers*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 204.

§2. L'étranger « inéloignable »

Par ailleurs, au-delà du cadre juridique, la situation purement factuelle de l'étranger peut entrer en compte. Ainsi et comme nous l'avons déjà vu, le détenu apatride, dont la nationalité n'est pas connue ou encore dont le pays d'origine refuse l'accès sont eux aussi dans une situation différente des autres détenus sans titre de séjour. En les écartant de l'exclusion générale prévue par pot-pourri II, le législateur aurait été sans doute plus cohérent avec son argumentaire de base qui soutenait que les détenus en situation illégale étaient uniquement voués à être éloignés du territoire. L'argument est d'autant plus malhabile que le droit des étrangers prévoit quelque chose de similaire en ce qu'aucun arrêté ministériel de renvoi ou arrêté royal d'expulsion ne peut être prit à l'égard d'un étranger pour qui il y aurait des motifs sérieux, et avérés de croire qu'il comporte un risque réel que, dans le pays vers lequel il sera éloigné, l'intéressé sera soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants contraires à l'article 3 CEDH ou à l'article 3 de la Convention contre la torture²⁵⁷. Nous précisons tout de même que cette immunité n'emporte pas un droit au séjour pour l'étranger, mais nous noterons que cette situation est prise en compte dans le cadre de mesures d'éloignement, pourquoi ne le serait-elle donc pas dans le cadre de l'octroi d'une modalité de l'exécution de la peine ?

§3. L'étranger qui « risque de fuir »

Une autre manière encore de distinguer les détenus sans titre de séjour peut se faire à la lumière de notions prévues notamment par la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers²⁵⁸. Nous prendrons pour exemple « le risque de fuite » dont il est question à l'article 1^{er} et qui bénéficie depuis peu au §2²⁵⁹ d'une énumération de critères objectifs permettant d'évaluer ce-dit risque. Fonctionner sur base de ce critère précis et précisé par la loi, afin d'écarter des modalités d'exécution de la peine certain détenus sans titre de séjour, nous semble répondre aux questions d'objectivité, de justification raisonnable et de proportionnalité requises par la Cour constitutionnelle.

²⁵⁷ Carlier, J.-Y., Saroléa, S., « Section 4 - Éloignement » in *Droit des étrangers*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 202.

²⁵⁸ *M.B.*, 31 décembre 1980.

²⁵⁹ Loi du 21 novembre 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 12 mars 2018, art. 4.

§4. *L'étranger sans attaches ni famille*

Dans des considérations beaucoup plus pratiques, si la réinsertion et le respect du droit à la vie privée et familiale sont les valeurs au centre de l'enjeu des modalités de l'exécution de la peine, il est essentiel d'avoir égard aux nombreuses particularités propres à l'individu. C'est-à-dire que le détenu étranger sans attaches sociales, professionnelles ou familiales en Belgique n'est pas dans la même situation que celui qui a fondé un réel cadre de vie dans notre pays depuis de nombreuses années. Ce critère doit pouvoir entrer en compte au moment de la prise de décision, dans l'optique de respecter les valeurs susmentionnées. Dans le même ordre d'idée, le droit des étrangers prévoit, dans le cadre de mesures d'éloignement, une immunité pour les étrangers nés ou qui ont passés la majeure partie de leur enfance en Belgique²⁶⁰. Les spécificités de chacun doivent pouvoir peser dans la balance de manière substantielle au moment de la décision afin de satisfaire au contrôle de proportionnalité et répondre aux exigences de la Cour constitutionnelle. Nous poursuivons dans l'analogie avec le droit des étrangers dans le cadre des mesures d'éloignement avec un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui insiste sur le fait que les Etats ne peuvent « *éloigner un certain nombre d'étrangers sans examiner leur situation personnelle et, par conséquent, sans leur permettre d'exposer leurs arguments s'opposant à la mesure prise par l'autorité compétente. [...] Afin de déterminer s'il y a eu un examen suffisamment individualisé, il faut examiner les circonstances de l'espèce et vérifier si les décisions d'éloignement avaient pris en considération la situation particulière des individus concernés* »²⁶¹. Assimiler les étrangers à une catégorie unique ne satisfait pas la Cour européenne des droits de l'homme, sa jurisprudence, comme celle de la Cour constitutionnelle désormais, exige un examen individualisé à leur égard.

Section 2. « Pour chaque modalité d'exécution de la peine »

Il s'agira, dans cette section, d'affecter à chaque modalité d'exécution de la peine étudiée, les différentes catégories d'étrangers sans titre de séjour que nous avons pu mettre en évidence dans la section précédente. Cette méthode nous est propre et la réponse que nous apporterons constitue un avis purement personnel. Celui-ci se basant d'une part sur une logique humaine qui nous caractérise, d'autre part sur tous les éléments objectifs traités dans cette

²⁶⁰ Carlier, J.-Y., Saroléa, S., « Section 4 - Éloignement » in *Droit des étrangers*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, p. 202.

²⁶¹ Cour eur. D.H. (gde ch.), 15 décembre 2016, *arrêt Khlaifia et autres c. Italie*, § 238.

recherche mais aussi sur toutes les lectures d’auteurs auxquels nous n’avons pu nous référer dans ce travail, mais qui comme les autres ont œuvré à forger notre conviction actuelle.

Il paraît également important de préciser que nous partons du postulat que le gouvernement souhaiterait établir une exclusion de certaines catégories de détenus étrangers sans titre de séjour et c’est donc sous cet angle que nous analyserons les différentes modalités.

§1. La permission de sortie

Si la réforme pot-pourri II permettait au détenu sans titre de séjour de bénéficier d’une permission de sortie occasionnelle, elle lui refusait par contre l’accès à une permission de sortie périodique.

Précisons que ces permissions de sorties ne sont accordées que moyennant la satisfaction à des conditions légales de fond ou de temps et l’absence de contre-indications prévues par la loi²⁶². En sachant que celles-ci peuvent être conditionnées assez largement par l’autorité décisionnelle²⁶³. Mais aussi, qu’elles ne sont accordées que « dans un but bien précis »²⁶⁴ et qu’elles ne « durent qu’un court laps de temps »²⁶⁵. En observant également que l’exposé des motifs de la loi rappelle que la finalité première de la modalité est la réinsertion sociale sans jamais préciser que celle-ci devrait avoir nécessairement lieu en Belgique²⁶⁶ mais en sachant cependant qu’elle aura fatalement lieu un jour. En constatant par ailleurs que les droits fondamentaux tels que le respect du droit à la vie privée et familiale sont reconnus par la Constitution aux étrangers se trouvant sur le sol belge. En sachant enfin, que les situations doivent être analysées « concrètement au cas par cas par le ministre »²⁶⁷.

Nous ne pouvons qu’en conclure que dans un premier temps aucune distinction ne peut être faite sur base d’une mesure d’éloignement déjà existante à l’égard du détenu. Autrement dit, vu la nature de la modalité et la finalité qu’elle entend remplir, le contrôle devant être effectué

²⁶² Art. 4 et 5 loi du 17 mai 2006.

²⁶³ Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p. 32. : « *il est par exemple possible de poser comme condition que le condamné doit se faire accompagner par une personne de confiance pendant la durée de la permission de sortie* ».

²⁶⁴ Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p. 10.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*, pp. 11-13, 2.4.1.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 33.

par les autorités compétentes apparaît comme suffisant pour garantir l'objectif que la modalité se fixe sans devoir procéder à une exclusion particulière en ce sens.

Il ne nous semble pas plus pertinent de procéder à une distinction entre détenus « inéloignables » ou non, les uns comme les autres seront potentiellement amenés durant leur détention à « *défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels qui requièrent [leur] présence hors de la prison ou subir un examen ou un traitement médical en dehors de la prison* »²⁶⁸ mais aussi à « *préparer [leur] réinsertion sociale* »²⁶⁹.

Nous l'avons déjà indiqué, l'autorité compétente doit effectuer un contrôle et notamment constater l'absence de contre-indications dans le chef du détenu, il ne serait pas nécessairement malvenu d'ajouter des critères de contrôles supplémentaires pour les détenus non-habités à séjourner en Belgique. Pour peu que ceux-ci soient pertinents et proportionnés, ils permettraient d'éviter de devoir procéder à l'exclusion d'une catégorie de détenu, ces critères, légalement prévus, permettant alors qu'une attention particulière soit portée à leur égard. Dès lors que l'autorité décisionnelle dispose de la faculté assez large de conditionner l'octroi de la permission de sortie, nous nous doutons qu'une attention particulière est déjà portée à l'égard des détenus sans titre de séjour mais l'ajouter expressément au prescrit légal pourrait rassurer les plus inquiets et formaliser une jurisprudence plus uniforme. Ainsi, et comme nous le réitérerons à l'égard des autres modalités, si la loi prévoit qu'il faille avoir égard au risque que le détenu se soustraie à l'exécution de sa peine, il nous paraît intéressant d'avoir égard au « risque de fuite » comme le prévoit particulièrement le droit des étrangers. Cette notion permet d'apporter une réponse plus pertinente et plus balisée que celle actuellement applicable à tous les détenus.

Pour la permission de sortie, avoir égard à la durée de séjour de l'étranger sans titre est toujours pertinent mais un court séjour ne pourrait emporter l'exclusion de l'octroi de la modalité. Le contrôle déjà existant et les pouvoirs dont dispose l'autorité compétente nous semble suffire.

Ainsi, aucune exclusion générale et systématique ne semble pouvoir répondre pertinemment et de manière proportionnée aux objectifs que s'est fixé le législateur. Adopter un contrôle plus

²⁶⁸ Art. 4, §2 loi du 17 mai 2006.

²⁶⁹ Art. 4, §3 loi du 17 mai 2006.

spécifique pour les détenus sans titre de séjour pourrait apaiser les craintes de certains mais ne s'impose pas comme une mesure indispensable. A notre avis, concernant l'octroi d'une permission de sortie tant occasionnelle que périodique, il n'y a pas lieu de procéder à une distinction d'ordre entre les détenus.

§2. Le congé pénitentiaire

Nous l'avons vu, la réforme refusait l'octroi d'un congé pénitentiaire au détenu étranger pour lequel il ressortait d'un avis de l'Office des étrangers qu'il n'était pas autorisé ou habilité à séjourner dans le royaume.

Les objectifs de la mesure apparaissent assez clairement du texte légal, il s'agit de préserver et favoriser les contacts familiaux, affectifs et sociaux du condamné mais aussi de lui permettre de préparer sa réinsertion²⁷⁰. Le gouvernement, lorsqu'il a organisé la mesure, a souhaité que ce congé fasse partie du « *régime standard du condamné (...), [qu'il soit] donc octroyé à tous les condamnés qui répondent aux conditions* »²⁷¹, « *Un congé pénitentiaire peut uniquement être refusé si l'imposition de conditions particulières ne peut remédier à ces contre-indications* »²⁷². Hormis une condition de temps particulière, les conditions sont pour l'essentiel, les mêmes que pour la permission de sortie. Dès lors qu'au-delà des finalités qu'entend poursuivre la modalité, aucune des conditions n'est en lien avec la nationalité d'origine du détenu ou la qualité de son séjour, on comprend bien que la volonté initiale était d'activer ce type de mesure à l'égard de « tous » les détenus en ce compris les détenus sans titres de séjour. Le gouvernement avait, lors de la réforme pot-pourri II, justifié l'exclusion du bénéfice des modalités d'exécution de la peine par l'impossibilité pour un détenu étranger de se réinsérer en Belgique, nous avons pu, à de nombreuses reprises, rappeler que cet argument ne pouvait tenir et qu'il ne tient toujours pas aujourd'hui à l'égard de cette mesure.

A notre estime, « l'exclusion » d'une catégorie d'étrangers du bénéfice de cette modalité d'exécution de la peine est envisageable. Précisons qu'en aucun cas une exclusion systématique ne nous semble justifiée ou pertinente, cependant, la décision d'octroi devra selon nous, comme le requiert la Cour constitutionnelle, impérativement s'appuyer sur une analyse poussée de la

²⁷⁰ Art. 6, loi du 17 mai 2006.

²⁷¹ Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p. 13.

²⁷² *Ibid.*

situation individuelle du détenu en cause. C'est-à-dire que si l'on se fie aux objectifs que se fixe la mesure. Dans un premier temps, si le détenu concerné ne dispose réellement d'aucune attache familiale, sociale ou professionnelle en Belgique, parce qu'il ne serait présent que depuis peu par exemple, il n'y a aucune raison d'octroyer de congé en l'espèce. Ensuite, s'agissant de la réinsertion qui est une réalité pour tous les détenus, il nous paraît juste de refuser le congé pour autant que les étapes auxquelles le détenu étranger souhaite circonscrire peuvent l'être tout aussi efficacement sous le régime de la permission de sortie. Il n'est pas possible, pour l'autorité compétente, d'arriver à une conclusion de ce type sans avoir procédé à un examen complet de la situation. C'est pourquoi nous rejetons encore une fois l'hypothèse d'une exclusion systématique.

Ainsi, si pour toutes les autres catégories d'étrangers, nous apporterons, à peu de choses près, la même réponse que pour les permissions de sortie. Il nous semble que le détenu sans titre de séjour ne disposant d'aucune attache familiale, affective ou sociale, et dont la réinsertion peut effectivement avoir lieu sous le régime des permissions de sortie, peut légitimement se voir refuser l'octroi du congé pénitentiaire. Il n'y aurait pas matière à critiquer ce type de décision correctement motivée. Nous nous refusons à souhaiter une exclusion systématique car c'est dans l'analyse des caractéristiques individuelles de chacun que l'autorité compétente doit puiser l'essence de sa décision. Dès lors, c'est justement à ces autorités compétentes, à l'aide des pouvoirs d'investigation mis à leur disposition, d'apporter leur réponse sans que le prescrit légal ne puisse imposer une décision automatique.

§3. L'interruption de l'exécution de la peine

Autre modalité proscrite pour les détenus sans titre de séjour par la réforme pot-pourri II, l'interruption de l'exécution de la peine est une modalité singulière à de nombreux égards. Elle a un caractère tout à fait exceptionnel et n'est d'application que pour des raisons familiales. Par sa nature, nous reprendrons pour l'essentiel ce que nous avons pu dire par rapport au congé pénitentiaire. A savoir que nous ne souhaitons pas d'une exclusion systématique d'une catégorie d'étranger car cette mesure vise à garantir au détenu des droits qui ne lui sont pas déniés du fait de son incarcération. Cependant et par hypothèse, le détenu sans titre ne disposant d'aucune attache en Belgique ne peut se voir octroyer ce type d'interruption de l'exécution de la peine par la nature même de la mesure.

Néanmoins, le législateur pourrait éventuellement justifier une exclusion à laquelle nous ne souscririons pas. Dès lors que comme nous avons pu l'expliquer, cette mesure ne peut être conditionnée par l'autorité compétente, il n'est pas insupportable d'imaginer exclure du bénéfice de cette mesure, les détenus pour lesquels il aurait été pris un arrêté ministériel de renvoi ou un arrêté royal d'expulsion. Nous serions alors face à une catégorie d'étrangers pour lesquels un potentiel de dangerosité existe et par conséquent, un retour à une liberté sans surveillance peut paraître le terreau fertile à la commission de nouvelles infractions ou à une tentative de soustraction de la peine. Malgré tout, il nous semble que la décision doive tout de même revenir aux autorités compétentes sans que le législateur ne puisse préjuger de la situation personnelle du détenu sans titre de séjour.

§4. La détention limitée

La mesure permet notamment au condamné « *de continuer à exercer sa profession, de commencer à exercer une activité professionnelle, de poursuivre ou d'entamer une formation* »²⁷³. Il est également prévu, qu'elle puisse permettre de défendre des intérêts familiaux. Il faut comprendre cette modalité comme celle permettant au détenu de vivre la journée hors des murs de la prison et n'y rentrer que le soir venu pour dormir. Sa dimension particulière laisse apparaître une volonté de permettre au détenu de préparer sa réinsertion en Belgique. Si les politiques migratoires du gouvernement consistent à dire que les détenus étrangers n'ont vocation qu'à quitter le territoire au terme de leur peine, alors l'exclusion de ces derniers du bénéfice de la détention limitée paraît cohérente. Si les modalités vues précédemment sont en mesure de remplir raisonnablement et pleinement leurs fonctions de réinsertion et de respect du droit à la vie privée et familiale, le législateur pourrait, sans craindre la censure de la Cour constitutionnelle, établir un régime d'exclusion des détenus sans titre de séjour et voués au retour. Cependant, restera toujours pendante la question des étrangers « inéloignables » qui eux, devront nécessairement se réinsérer en Belgique. Toutefois, ce critère constitue-t-il un critère suffisamment objectif pour justifier une différence de traitement ? Nous en doutons et par conséquent, rejetons l'idée d'une exclusions systématique et généralisée des détenus sans titre de séjour du bénéfice de cette modalité. Néanmoins, nous sommes d'avis ou du moins nous pourrions entendre que cette mesure ne soit accordée, aux détenus en situation

²⁷³ Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p. 20.

illégale, qu'à titre exceptionnel et pour autant qu'elle rencontre en effet les objectifs fixés par le gouvernement.

§5. La surveillance électronique

Aux termes du projet de loi, la surveillance électronique est « *une modalité d'exécution de la peine privative de liberté qui peut être accordée à chaque condamné pour autant que celui-ci remplisse les conditions* »²⁷⁴. Dès lors que nous avons déjà pu expliquer que la surveillance électronique n'est qu'une autre forme de détention à la différence de la libération conditionnelle ou de la détention limitée, nous n'aurons pas plus à rajouter. Nous rappellerons tout de même l'existence évidente d'effets bénéfiques qu'emporte cette mesure sur le problème de la surpopulation carcérale, et partant, nous estimons que la seule satisfaction aux conditions des articles 28 §1^{er} ou le cas échéant 47 §1^{er} et 48 de la loi du 17 mai 2006²⁷⁵ devrait suffire à octroyer la modalité. A notre estime, il n'y a pas lieu d'avoir égard au statut administratif du détenu en matière de séjour dans le cadre d'une demande de surveillance électronique.

§6. La libération conditionnelle

L'avantage de cette mesure par rapport à un enfermement jusqu'à fond de peine est bien résumé par les travaux parlementaires qui indiquent qu'elle « *garantit une meilleure protection de la société parce qu'il s'appuie sur la réinsertion du condamné et que des mesures peuvent être prises pour limiter la récidive au travers de la guidance et de la surveillance exercées sur le libéré conditionnel* »²⁷⁶. C'est notamment une des nombreuses critiques qui furent émises à l'encontre de la réforme qui, bien que sans le vouloir, risquait de libérer des détenus sans que le moindre contrôle ne puisse être effectué à leur égard.

Ainsi, si pour l'instant nous nous sommes toujours interrogé sur la question des droits humains que ces modalités entendaient préserver, l'enjeu paraît ici déplacé. La libération conditionnelle semble essentiellement garantir la sécurité de notre société en ce qu'elle offre la possibilité d'un suivi et d'un contrôle du détenu après sa libération. Nous l'avons vu, la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement ou de la remise n'est pas souvent accordée ni souvent sollicitée pour toutes les raisons que nous avons pu aborder. Dès lors, ne serait-il pas d'ordre

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 21.

²⁷⁵ Nous n'avons pas mentionné l'article 22 de la même loi qui doit cependant également être respecté.

²⁷⁶ Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, Doc. parl., Sénat, 2004-2005, 3-1128/1, p. 22.

public de permettre à la société de s'assurer de la bonne conduite d'un détenu fraîchement libéré, fut-il en situation illégale ou non ? C'est pourquoi, à notre sens, s'il est nécessaire de toujours effectuer un contrôle de qualité basé sur les circonstances particulières de la situation de l'individu concerné, il n'est pas forcément opportun de lui en empêcher catégoriquement le bénéfice car de la sorte, c'est le rôle du juge qui viendrait à être remis en question.

Nous avons eu l'opportunité d'aborder toutes les modalités d'exécution de la peine en causes dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle. Et si nous avons déjà pu en tirer certaines conclusions, que nous avons voulu les plus objectives possible, c'est au sein de la conclusion générale que nous aimerions présenter notre avis final.

CONCLUSION :

Nous concluons cette recherche en rappelant qu'elle ne l'est que pour un temps seulement. Le droit est tel qu'il est, sans cesse mû par une société elle-même en perpétuelle évolution. Il est d'autant plus pertinent de l'affirmer que la matière de l'exécution des peines accapare, depuis quelques années maintenant, l'attention toute particulière du législateur. Pour preuve, encore très récemment, le 17 avril 2018, un avant-projet de loi portant le Code de l'application des peines est mis à l'examen des députés, le 18 juillet 2018, une nouvelle loi crée une nouvelle modalité d'exécution de la peine. C'est cette caractéristique évolutive du droit qui était au centre de notre question de recherche et a nécessité de procéder avec méthode et rigueur.

C'est ainsi qu'il fallait, dans un premier temps, présenter le régime initial qui *de facto* est celui en vigueur à l'heure actuelle, sous réserve des modifications ultérieures ayant survécu à la censure de la Cour constitutionnelle. Ce régime, né d'une loi du 17 mai 2016, ne distingue les détenus que par le total des peines d'emprisonnement qui doivent être exécutées. Pour les modalités d'exécutions de la peine dites « mineures », il s'agit de laisser la main à l'exécutif tandis qu'il revient au pouvoir judiciaire d'accorder ou non les modalités qui modifieraient substantiellement la nature de la peine. Dans ce cadre législatif, le détenu étranger ne disposant pas d'un titre de séjour légal en Belgique peut bénéficier de l'entièreté des mesures existantes pourvu qu'il satisfasse aux conditions générales prévues par la loi. Le contrôle effectué par les autorités compétentes n'a en l'espèce jamais fait l'objet de condamnations virulentes de la part de la doctrine ou du monde professionnel. Si on ne peut en conclure que le régime était parfait, on peut éventuellement considérer qu'il était alors apprécié que la décision finale revienne à l'autorité décisionnelle et rien qu'à elle.

En effet, le régime institué par la loi du 5 février 2016, dite « pot-pourri II », a été assimilée à certains égards comme l'expression d'une méfiance du juge et a eu pour effet de lui dénier sa qualité de décideur. De fait, l'exclusion catégorique des étrangers sans titre de séjour de la majorité des modalités d'exécution de la peine fait obstacle à ce qu'un examen de la situation personnelle du détenu puisse être effectué. Si d'aucuns ont considéré que cette réforme avait été instrumentalisée au profit des options du gouvernement en matière de politique migratoire, il est évident qu'on ne peut que constater que celle-ci s'intègre dans un contexte social particulièrement favorable. La preuve en est que le législateur, même dans le cadre d'une mise

en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise, ne souhaitait plus que l'on s'attarde sur les possibilités de réinsertion du détenu dans son pays d'origine. L'idée est simple, le détenu étranger n'est voué qu'à être éloigné et si possible, le plus rapidement possible. Nous avons pu mettre en avant toutes les incohérences du régime, constater son inefficacité à l'égard de certaines catégories d'étrangers et conclure de son manque de pertinence. L'étendue des implications qu'apportaient cette loi ont poussé la doctrine à manifester de nombreuses critiques et certains praticiens à s'interroger sur la constitutionnalité de celle-ci.

L'évolution du droit est une chose, le fait qu'elle ait lieu dans les règles en est une autre. En l'occurrence, tel n'a pas été le cas en l'espèce si l'on s'en réfère au constat de la Cour constitutionnelle. Moins de deux ans après l'entrée en vigueur de la réforme, la Cour annule partiellement la loi du 5 février 2016. Les dispositions centrales qui instituaient l'exclusion des détenus étrangers n'ont pas résisté au contrôle de constitutionnalité. Si dans un premier temps, la Cour a confirmé qu'une distinction de traitement pouvait être entreprise par le législateur sur base de la légalité du séjour du détenu, ce motif constituant de la sorte un critère objectif. Dans un second temps, elle affirme que la mesure entraîne des effets disproportionnés au regard du but visé par celle-ci, mais aussi qu'elle n'est pas raisonnablement justifiée par rapport à la politique que souhaite mettre en place le gouvernement. Autrement dit, son caractère absolu et automatique faisant obstacle à l'examen de la demande d'un détenu constitue une mesure disproportionnée. De plus, en ne prouvant pas qu'il n'existait pas de mesures moins contraignantes permettant d'atteindre les objectifs que s'était fixé le gouvernement, les défenseurs ne justifient pas raisonnablement la mesure. La Cour ne s'est pas contentée d'appliquer sa censure, dans un *obiter dictum*, elle ajoute que rien n'empêche, à l'avenir, le législateur de mettre en place un régime similaire pour autant qu'il « *apprécie, pour chaque modalité d'exécution de la peine envisagée, s'il est pertinent de l'exclure pour certaines catégories d'étrangers non autorisés au séjour, dans le respect du principe de proportionnalité* ».

Nous avons pris la Cour au mot et tenté d'imaginer quel pourrait être le régime nouveau qui satisferait à son contrôle. Pour ce faire, il convenait de dégager les différentes catégories d'étrangers non autorisés au séjour, ce qui nous a permis de faire le constat que l'irrégularité du séjour est un fait juridique qui emporte de nombreuses réalités factuelles différentes. Nous

avons alors affecté chacune de ces catégories à toutes les modalités d'exécution de la peine afin de déterminer si, à la lumière de leurs objectifs, une exclusion pouvait se justifier.

La première réponse que nous souhaitons apporter est qu'il ne nous apparaît jamais bénéfique que le législateur puisse préjuger d'une situation quelle qu'elle soit au détriment des pouvoirs normalement réservés au juge ou au ministre. Les contrôles prévus doivent être en mesure de permettre à l'autorité d'évaluer les possibilités de réinsertion et de garantir le respect des droits fondamentaux qui s'attachent à ces mesures. Au-delà des nuances que nous avons pu apporter, il semble que l'essentiel des mesures défendent des intérêts inaliénables et qu'aucune catégorie d'étrangers ne puisse valablement être écartée de leur bénéfice. Seule la détention limitée qui apparaît comme une mesure visant uniquement un objectif de réinsertion en Belgique paraît pouvoir être systématiquement refusée à l'étranger sans titre de séjour. Nous insistons malgré tout sur le fait que si le législateur s'inquiète de la légèreté du contrôle effectué par les autorités compétentes dans le cadre de l'octroi d'une modalité, rien ne lui empêche d'accentuer sa profondeur pour eux par le biais de notions déjà définies par le droit des étrangers comme « le risque de fuite » par exemple. Il ne s'agirait cependant pas d'user de cette faculté pour habilement empêcher l'accès au détenu étranger, mais bien pour s'assurer, compte tenu de sa situation particulière, de sa volonté de remplir un devoir de réinsertion et/ou profiter légitimement de son droit à la vie privée et familiale. Enfin, sachant les difficultés que pose la libération provisoire en vue de l'éloignement ou de la remise, la libération conditionnelle nous semble remplir une autre mission. Au-delà de l'injustice que crée l'exclusion de son bénéfice auprès des détenus étrangers sans titre, elle permet à la société d'assurer un contrôle du détenu une fois libéré. C'est pour cette raison que cette modalité nous semble essentielle tant pour les détenus en règle en matière de séjour que les autres.

A titre de deuxième réponse, à défaut de se satisfaire du contrôle prévu par la loi, le législateur pourrait-il conditionner l'octroi d'une modalité de l'exécution de la peine à l'existence d'un arrêté ministériel de renvoi ou un arrêté royal d'expulsion (désormais un ordre de quitter le territoire pour des raisons d'ordre public ou de sécurité nationale) ? Nous le pensons. Ces mesures, prévues par la loi sur les étrangers, ne sont prises qu'à l'égard d'une catégorie d'étrangers n'ayant pas respecté certaines conditions de leur séjour ou constituant un potentiel danger. Il paraît tout à fait objectif, proportionné et raisonnablement justifié de leur refuser le bénéfice de modalités d'exécution de la peine. Néanmoins, des permissions de sorties accompagnées devraient toujours pouvoir être envisageables afin de préserver les droits

fondamentaux de détenu. Nous pensons également que la surveillance électronique en ce qu'elle n'est qu'une autre forme de détention devrait pouvoir s'appliquer.

La réforme du 5 février 2016 a fondamentalement remis en question la place du détenu étranger et la qualité de ses droits dans le cadre de l'exécution de la peine. On ne peut que saluer la décision de la Cour constitutionnelle d'avoir constaté la disproportion que ses effets entraînaient. La politique du gouvernement est ce qu'elle est et c'est pourquoi la Cour n'a pas le pouvoir de l'empêcher d'atteindre les buts qu'elle s'est fixée, mais elle a le devoir de s'assurer que les droits fondamentaux ne sont pas négligés au profit de celle-ci. Si elle permet au législateur d'agir à nouveau, elle lui rappelle néanmoins qu'il n'est pas question de le faire sans respecter la constitution. A l'heure où le gouvernement souhaite se doter d'un nouveau code de l'application de la peine, il s'agira d'être particulièrement attentif à la place qu'il réservera au détenu sans titre de séjour en Belgique.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

➤ LEGISLATION AU SENS STRICT :

- Convention européenne des droits de l'homme, faite à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.
- Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 décembre 1980.
- Loi du 5 mars 1998 relative à la libération conditionnelle et modifiant la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et délinquants d'habitude, remplacée par la loi du 1^{er} juillet 1964.
- Loi du 18 mars 1998 instituant les commissions de libérations conditionnelles.
- Loi du 12 janvier 2005 de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus, *M.B.*, 1^{er} février 2005.
- Loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine, *M.B.*, 15 juin 2006.
- Loi du 17 mai 2006 instaurant les tribunaux de l'application des peines, *M.B.*, 15 juin 2006.
- Loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 19 février 2016.
- Loi du 21 novembre 2017 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, *M.B.*, 12 mars 2018.
- Code judiciaire, art. 78, al. 3.

➤ AVIS ET AUTRES DOCUMENTS :

- Projet de loi relatif au statut juridique externe des détenus, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, 3-1128/1.
- Recommandation CM/Res(2012)12 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres relative aux détenus étrangers, adoptée le 10 octobre 2012, lors de la 1152^e réunion des délégués des ministres
- « Accord de gouvernement » du 10 octobre 2014, pt 7.4 « encourager la politique du retour », p. 159.
- Avis C.E., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1418/001, p. 284, pt. 40.2.
- Exposé des motifs, Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2015-2016, n° 54-1418/1 p. 132.
- Conseil supérieur de la Justice, Avis d'office sur l'avant-projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, 29 juin 2015, p. 12,
www.csj.be/sites/5023.b.fedimbo.belgium.be/files/press_publications/avis-18062015-fr_0.pdf.
- Rapport fait au nom de la commission de justice, 7 décembre 2015, 54-1418/005, p. 218, exposé de P. MARTENS.
- Note du Ministre de la Justice du 16 mai 2017, à l'attention des directeurs d'établissements pénitentiaires concernant la libération provisoire des condamnés subissant une ou plusieurs peines d'emprisonnement dont la partie exécutoire n'excède pas trois ans.

JURISPRUDENCE :

➤ Jurisprudence belge :

COUR CONSTITUTIONNELLE :

- C. A., 14 juillet 1997, n° 40/97, B.6.1.
- C.C, 21 décembre 2017, n° 148/2017.
- C.C., 22 février 2018, n° 19/2018.

- C.C., 29 mars 2018, n° 47/2018.

COUR DE CASSATION :

- Cass. (2^e ch.), 8 juin 2005, R.G., n° P.05.0349.F, *Pas.*, 2005.
- Cass., 20 janvier 2009, R.G. n° P.08.1930.N, *Pas.*, 2009, p. 174.
- Cass., 25 janvier 2011, R.G. n° P.10.2053.N, *Pas.*, 2011, p.269.
- Cass. (vac.), 5 août 2014n, n° P.14.1152.F.
- Cass. (vac.), 5 août 2014n, n° P.14.1152.F., *T. Strafr.*, 2017, p.124, note L. BREULS.

CONSEIL D'ETAT

- C.E. (11^e ch.), 15 février 2012, n° 218.010.

TRIBUNAL DE L'APPLICATION DES PEINES

- T.A.P. Bruxelles (80^e ch.), 20 décembre 2010, R.G. n° 10/0327/SE, inédit cité par O., NEDERLANDT, « L'exécution des peines en proie aux réformes. La réinsertion, un horizon toujours plus lointain ? », *Rev. dr. pén.*, 2016/11, p. 1038.
- T.A.P. Bruxelles (80^e ch.), 26 octobre 2012, R.G. n°12/931/SE.
- T.A.P Mons (37^e ch.), 27 avril 2016, R.G. n° 15/00442-LP, inédit cité par Nederlandt, O., *op. cit.* p. 1039.

➤ Jurisprudence européenne :

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

- Cour eur. D.H. (gde ch.), 2 août 2001, arrêt *Boultif c. Suisse*.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), 24 octobre 2002, arrêt *Mastromatteo c. Italie*.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), 17 avril 2003, arrêt *Yilmaz c. Allemagne*.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), 18 octobre 2006, arrêt *Üner c. Pays-Bas*.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), 4 décembre 2007, arrêt *Dickson c. Royaume-Uni*.

- Cour eur. D.H. (gde ch.), 9 juillet 2013, arrêt *Vinter et autres c. Royaume-Uni*.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), 8 juillet 2014, arrêt *Harakchiev et Toulmov c. Bulgarie*.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), 3 octobre 2014, arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas*.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), 30 juin 2015, arrêt *Khoroshenko c. Russie*.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), 26 avril 2016, arrêt *Murray c. Pays-Bas*.
- Cour eur. D.H. (gde ch.), 13 décembre 2016, arrêt *Paposhvili c. Belgique*.

DOCTRINE

- ANDERSEN R., BERNARD A., Baron CHARLES, DE GRAVE J., Baron du JARDIN, FORIERS P.-A., Vicomte HAYOIT de TERMICOURT, Baron MAHAUX, SIMONT L., « Titre XII. - Statut juridique externe des condamnés » in *Répertoire pratique du droit belge : complément 11*, Bruxelles, Bruylant, 2011.
- BEERNAERT M.-A., *Manuel de droit pénitentiaire*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2012.
- BEERNAERT M.-A., *L'exécution des condamnations pénales*, Limal, Anthemis, 2008.
- BEERNAERT M.A., « C'est officiel : les condamnés ont un droit subjectif à l'obtention de permissions de sortie ou de congés pénitentiaires ! », *J.L.M.B.*, 2014/2, p. 93-95
- BEERNAERT M.-A., « Le statut juridique externe des détenus et les tribunaux de l'application des peines – Un premier aperçu rapide », *J.T.*, 2006/42, n° 6248.
- BEERNAERT, M.-A., « Les paradoxes du droit belge de l'exécution des peines » in *Liber amicorum Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2011, p. 191-200.
- BEERNAERT M.-A., « L'individualisation dans le prononcé et l'exécution de la peine : machine arrière toute ? », in *La loi « pot-pourri II » : un recul de civilisation ?* (M. CADELLI et T. MOREAU dir.), Limal, Anthemis, 2016.
- BEERNAERT M.-A., VANDERMEERSCH D., *Le tribunal de l'application des peines et le statut externe des condamnés à des peines privatives de liberté de plus de trois ans*, Waterloo, Kluwer, 2008.
- BEERNAERT M.-A., VANDERMEERSCH D., « La Cour constitutionnelle recadre le législateur « pot-pourri II » : l'arrêt 148/2017 du 21 décembre 2017 », *J.T.*, 2018/5.
- BLERO, B. et MOSSOUX, Y., « Le congé pénitentiaire et la permission de sortie : des compétences intégralement liées du ministre de la Justice ? - Commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation n° C.12.0291.F du 15 novembre 2013 », *A.P.T.*, 2014/3, p. 346.

- BREULS L., DE RIDDER S., et BELLEMANS S., « Détenus sans droit de séjour. Réinsérer ourapatrier à tout prix ? », *INCC*, mars 2017.
- BRION, F., « Chronique de criminologie. Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle », *Rev. dr. pén.*, 2001/4-5.
- CARLIER, J.-Y., SAROLEA, S., *le droit des étrangers*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016.
- CARTUYVELS Y., GUILLAIN C., van de KERCHOVE M., et TULKENS F., *Introduction au droit pénal : Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014.
- CLAVIE, M., « Le tribunal de l'application des peines : les quatre premières années de jurisprudence », *J.T.*, 2011/21, n° 6439.
- FRANCHIMONT M., et JACOBS A., MASSET A., « Section 7 - L'exécution des condamnations » in *Manuel de procédure pénale*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012.
- FRANSSEN V., « La réforme « pot-pourri II » en droit pénal et en procédure pénale. Premiers commentaires », *R.F.D.L.*, 2016/3.
- JACOBS A., MASSET A., « Section 1 - Calcul des peines et état des lieux » in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014
- JACOBS A., MASSET A., « Section 3 - Les peines privatives de liberté de plus de trois ans » in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014.
- JACOBS A., MASSET A., « Section 4 - La situation des détenus sans titre de séjour » in *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2014.
- LEJEUNE Y., *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, Larcier, 2014, 2^e édition.
- MACQ C., « Pas de mesures d'aménagement de peine pour les détenus condamnés en séjour irrégulier : une législation conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution ? », *Note sous T.A.P Bruxelles (80e ch.)*, 27 mars 2017, RG n°16/697/LC. In : Newsletter EDEM, p. 13-19 (mai 2017).
- MOREAU T., REYNAERT P., « La surveillance électronique : liberté virtuelle ou prison virtuelle ? » in *L'exécution des condamnations pénales* (A. MASSET dir.), coll. CUP, Louvain-La-Neuve, Anthemis, vol. 101, 2008.
- MOREAU, T., VANDERMEERSCH, D., « *Éléments de droit pénal* », Bruxelles, La charte, 2016.
- MULIER C., GIACOMETTI M., « Le durcissement du régime de la libération conditionnelle : une réforme opportune ? », *A.D.L.*, 2013/2.

- NEDERLANDT O., « L'exécution des peines en proie aux réformes. La réinsertion, un horizon toujours plus lointain ? », *Rev. dr. pén.*, 2016/11, p. 1023.
- NEDERLANDT O., MOREAU T., « Chapitre X - Évolution dans le champ de l'exécution des peines depuis la loi pot-pourri II » in *La loi pot-pourri II*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017.
- SAROLEA. S., « Quelles vies privée et familiale pour l'étranger ? Pour une protection non discriminatoire de ces vies par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue québécoise de droit international*, vol.13, n°1, 2000.
- TULKENS F., VANDERMEERSCH D., « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », in *Actualités de droit pénal. Hommage à Ann Jacobs*, CUP, vol. 160, Bruxelles, Larcier, 2015.
- VANDERMEERSCH, D., « *Éléments de droit pénal et de procédure pénale* », Bruxelles, La charte, 2015, 5^e édition.

AUTRES SOURCES

- K. GEENS, *Ministre de la Justice, Plan Justice, Une plus grande efficience pour une meilleure justice*, 18 mars 2015, pp. 68 et 77 https://cdn.nimbu.io/s/1jn2gqe/assets/Plan_Justice_18mars_FR.pdf.
- “Codes belges : Le grand toilettage de Koen Geens”, 7 décembre 2016, la Dernière heure, <http://www.dhnet.be/actu/belgique/codes-belges-le-grand-toilettage-de-koen-geens-58471d73cd70a64a63766927>, repris par le site du ministre : <https://www.koengeens.be/fr/news/2016/12/07/le-grand-toilettage-de-koen-geens>.
- OIP, « Notice 2016, Pour le droit à la dignité des personnes détenues », p. 244, <http://oipbelgique.be/fr/wp-content/uploads/2017/01/Notice-2016.pdf>.

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

