

By
1

doctrines

Insertion des étrangers condamnés internés sans droit de séjour : l'impossible équation ?
C. Macq 497

jurisprudence

Immutabilité du siège (art. 779 C. jud.) Recours à la procédure écrite en cours de procédure (art. 755 C. jud.) - Débats résumés repris *ab initio*
ss., 3^e ch., 16 mai 2022 512

Dessaisissement - Suspicion légitime - rtee - Tous les divisions et membres la juridiction.
ss., 7 juin 2021 512

Procédure pénale - Audience publique (art. 148 Const., 185 et 190 i.cr.) - Visioconférence - Conditions - amande du prévenu empêché comparaitre - Respect des droits la défense
rrr. Namur, Namur, septembre 2022 512

chronique

hos - Bibliographie.

Journal des tribunaux

https://jt.larcier.be
24 septembre 2022 - 141^e année
N^o 6909
Georges Albert Dalry rédacteur en chef
BRUXELLES
BIBLIOTHEEK VAN DE DALRY
BRUSSEL

Bureau de dépôt : Le Vivain
Hebdomadaire, sauf jours fériés
ISSN 0021-812X
P307851



Doctrines

Réinsertion des étrangers condamnés ou internés sans droit de séjour : l'impossible équation ?

La présente contribution propose une analyse critique, en trois temps, des aménagements et modalités d'exécution de la peine ou de l'internement accessibles aux étrangers en séjour irrégulier. Cette analyse sera réalisée à la fois sous un angle théorique et pratique. L'analyse de la mise en œuvre sur le terrain de ces dispositions s'appuie sur l'examen de décisions qui nous ont été communiquées par les tribunaux de l'application des peines (chambres de l'application des peines et chambres de protection sociale) de même que sur le contenu d'entretiens effectués avec des avocats et magistrats exerçant dans cette matière¹.

Introduction

Le droit de l'exécution des peines et la loi relative à l'internement² ont, au cours de la dernière décennie, fait l'objet de diverses modifications visant à aligner la matière de l'exécution des peines et de l'internement sur des objectifs de politique migratoire.

Les autorités politiques ont, à plusieurs reprises, clairement affirmé leur intention de donner priorité, dans la détermination des modalités d'exécution de la peine ou d'une décision d'internement accessibles aux étrangers en séjour irrégulier, à la poursuite d'un objectif de rapatriement effectif de ces condamnés ou internés³.

Ceci s'est traduit par l'adoption de deux types de dispositions.

D'une part, des possibilités d'aménagement de peine ou de libération anticipée visant à garantir l'éloignement du territoire des condamnés et internés non autorisés au séjour ont été introduites en droit de l'exécution des peines⁴ et dans la loi relative à l'internement (1).



DÉFENSE NATIONALE
Nicolas B. Bernard
L'ouvrage expose, de manière claire et pratique, les principales règles qui régissent l'action de la Défense nationale. Il donne une vue d'ensemble sur l'organisation, les missions, les moyens, le financement, et les droits fondamentaux des militaires.
> Répertoire pratique du droit belge
370 p. • 75,00 € • Édition 2022

strada lex
Ouvrage disponible en version électronique sur www.stradalex.com

orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium SA
Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0900/39 067 • Fax 0900/39 068

(1) Les entretiens ont été réalisés entre le mois de janvier et le mois de juin 2022 avec les cinq chambres de l'application des peines et les trois chambres de protection sociale des tribunaux de l'application des peines francophones, de même qu'avec des avocats exerçant dans cette matière. Ils ont été complétés par l'analyse de 55 décisions prises par les chambres de l'application des peines et les chambres de protection sociale des tribunaux de l'application des peines de Bruxelles et de Mons.

(2) Loi du 5 mai 2014 relative à l'internement, *M.B.*, 9 juillet 2014, p. 52159 ci-après « loi relative à l'internement ».

(3) Voy. l'exposé d'orientation politique, Justice, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2020-21, n^o 55-1610/15, p. 35. Dans sa note d'orientation politique 2020, le ministre de la Justice affirmait poursuivre les efforts fournis afin de garantir que les détenus qui n'ont pas de droit au séjour en Belgique soient rapatriés en fin ou au cours de leur peine et se félicitait des initiatives prises en ce sens au cours des années précédentes. Ces intentions de mettre le droit de l'exécution des peines au service du rapatriement effectif de ces condamnés ont auparavant déjà été affirmées à plusieurs reprises par le politique. Voy. not. À cet égard le Plan Justice 2015 dans lequel le ministre de la Justice consacre un point particulier aux condamnés sans droit de séjour. Il estimait que ces derniers ne devaient pas pouvoir bénéficier des modalités alternatives d'exécution de la peine axées sur l'intégration dans la société belge (Plan Justice du ministre de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2014-2015, n^o 54 1019/001, pp. 243-244).

(4) Via l'adoption de dispositions introduites dans la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine (*M.B.*, 15 juin 2006, p. 30455, ci-après « loi relative au statut juridique externe ») ou via l'adoption de textes par l'exécutif (circulaires ministérielles, instructions ministérielles). Jusqu'au 1^{er} septembre 2022, la plupart des dispositions de la loi régissant les modalités d'exécution de la peine accessibles aux condamnés à une peine de trois ans ou moins n'étant pas entrées en vigueur, la définition des modalités accessibles et leurs conditions d'octroi étaient régies par l'exécutif. Le régime de l'exécution des peines applicables aux peines n'excédant pas trois ans d'emprisonnement est entré partiellement en vigueur ce 1^{er} septembre 2022 et devrait entrer entièrement en vigueur d'ici le 1^{er} septembre 2023 (conformé-

D'autre part, l'accès des étrangers non autorisés au séjour aux modalités d'exécution de la peine ou d'une décision d'internement accessibles, en principe, à tous les condamnés et internés, quel que soit leur statut de séjour et exécutable sur le territoire belge a fait l'objet de diverses restrictions (2).

Nous nous intéresserons, premièrement, aux modalités d'exécution de la peine et de l'internement s'adressant spécifiquement aux détenus et internés non autorisés au séjour et visant à garantir leur éloignement du territoire (1). Nous analyserons, ensuite, l'accès dont bénéficient ces internés et condamnés aux autres modalités d'exécution de la peine et de l'internement (2). Enfin, nous concluons en évaluant la capacité des dispositions spécifiques aux condamnés et internés non autorisés au séjour à répondre à l'objectif qu'elles poursuivent, à savoir garantir leur éloignement du territoire. Nous nous interrogerons, par ailleurs, plus globalement, sur la capacité du dispositif étudié à répondre aux logiques sous-tendant le droit de l'exécution des peines et la loi relative à l'internement axés sur la réhabilitation de la personne internée ou condamnée dans la société⁵ (3)⁶.

1 La mise en place de dispositifs visant à garantir l'éloignement du territoire des condamnés et internés non autorisés au séjour

Au cours de la dernière décennie, une série de dispositions spécifiques aux étrangers non autorisés au séjour et visant à garantir leur éloignement du territoire ont été inscrites dans le droit de l'exécution des peines privatives de liberté (A) de même que dans la loi relative à l'internement (B).

ment aux dispositions de la loi du 18 mai 2022 visant à reporter l'entrée en vigueur des dispositions relatives à l'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins, *M.B.*, 25 mai 2022, p. 44775. Voy. sur l'entrée en vigueur de ces dispositions : A. BEERNAERT, J.-F. FUNCK et O. NEDERLANDT, « L'entrée en vigueur du nouveau régime d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *J.T.*, 2022, pp. 461-472.

(5) Voy. l'article 9, § 2, de la loi du 12 janvier 2005 de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus, l'article 2 de la loi du 5 mai 2014 relative à l'internement et l'article 107.1 de la recommandation, Rec(2006)2-rev du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes adoptées par le Comité des ministres le 11 janvier 2006, lors de la 952^e réunion des délégués des ministres et révisée et modifiée par le Comité des ministres le 1^{er} juillet 2020, lors de la 1380^e réunion des délégués des ministres.

(6) Précisons que nous n'étudierons pas, dans le cadre de cette contribution, les perspectives offertes par le cadre international et européen, à savoir le transfèrement interétatique des personnes condamnées et les autres formes de reprise et de transfert de la surveillance de personnes

libérées sous conditions. Nous renvoyons, sur ces questions, aux contributions déjà existantes en la matière dont notamment : F. TULKENS, 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*, coll. CUP, vol. 160, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 134-141 ; S. NEVEU, *Le transfert interétatique de la peine privative ou restrictive de liberté en droit européen. À la recherche d'un équilibre entre intérêts individuels et collectifs*, Limal, Anthemis, décembre 2016.

(7) Loi du 15 mars 2012 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 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.*, 30 mars 2012, p. 20310 ci-après « loi du 15 mars 2012 ».

(8) La décision d'éloignement est définie par la circulaire 1815bis du 27 novembre 2017 (Coordination officieuse 21 décembre 2017) comme « une décision constatant l'illégalité du séjour d'un étranger et imposant une obligation de retour » tandis que la loi cite les décisions suivantes comme permettant une libération anticipée en vue de l'éloignement : un

A. Du côté des condamnés : des modalités d'exécution et aménagements de la peine visant à garantir l'éloignement du territoire des détenus non autorisés au séjour

1. La libération anticipée en vue d'un éloignement du territoire

L'article 20/1 introduit par une loi du 15 mars 2012 dans la loi relative au statut juridique externe⁷, prévoit la possibilité de libérer anticipativement le condamné qui fait l'objet d'une décision d'éloignement⁸ « en vue d'un éloignement du territoire ou d'un transfert vers un centre fermé ». C'est le pouvoir exécutif qui a le pouvoir d'autoriser sa libération à cette fin. Cet éloignement ou ce transfèrement peut avoir lieu dans les six mois qui précèdent la fin de la ou les peines privatives de liberté auxquelles l'intéressé a été condamné. Ce délai fixé initialement à deux mois a été porté à six mois par la loi pot-pourri II du 5 février 2016⁹. L'allongement de ce délai était alors motivé par la nécessité de prévoir un délai suffisant pour permettre à l'Office des étrangers et à l'administration pénitentiaire de passer les accords nécessaires, de mettre en ordre les documents (d'identité) de l'étranger et de préparer son rapatriement¹⁰.

Dans le cas où la personne condamnée retourne illégalement en Belgique dans les deux ans qui suivent sa libération, le ministère public peut ordonner son arrestation provisoire et le pouvoir exécutif peut décider de mettre à exécution la partie restante de la ou les peines¹¹.

L'introduction dans la loi relative au statut juridique externe de cette possibilité de libérer anticipativement les étrangers non autorisés au séjour en vue d'un éloignement ou d'un transfert dans un centre fermé est justifiée dans les travaux préparatoires par la volonté de ne « plus avoir, dans les prisons, des étrangers en détention administrative »¹². Les hypothèses dans lesquelles des détenus non autorisés au séjour peuvent être détenus administrativement avaient, toutefois, déjà été fortement restreintes. En effet, alors que les détenus pénaux pouvaient, initialement, dans la foulée de leur détention pénale, purger jusqu'à huit mois de détention administrative en prison afin d'être rapatriés au départ de celle-ci, ce délai avait été réduit à 14 jours ou 7 jours, selon le titre de détention, au début des années 2000¹³. Actuellement, il n'est plus possible de détenir administrativement en prison un étranger non autorisé au séjour que si celui-ci a fait l'objet d'une décision de libération prise dans le cadre d'une détention préventive et ce, pour une durée de 7 jours¹⁴.

arrêté royal d'expulsion exécutoire ou un arrêté ministériel de renvoi exécutoire ou un ordre de quitter le territoire exécutoire avec preuve d'éloignement effectif.

(9) Article 149 de la 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, p. 13130 ci-après « loi du 5 février 2016 ».

(10) Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice. Rapport de la première lecture fait au nom de la commission justice, *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-1418/005, pp. 270-271.

(11) Voy. l'article 20/1, alinéa 2, de la loi relative au statut juridique externe, tel qu'introduit par la loi du 5 février 2016.

(12) Projet de loi 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 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, Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur et des affaires administratives par Mme Matz, *Doc. parl.*, Chambre, n° 53-1364/3, p. 4.

(13) L. BREULS, S. DE RIDDER et S. BELLEMANS, « Détenus sans droit de séjour. Réinsérer ou rapatrier à tout

prix ? », INCC, mars 2017, <https://nicc.fgov.be/upload/publicaties/jsjv10fr.pdf>, pp. 5-6.

(14) L'article 74/8 de la loi du 15 décembre 1980 prévoit la possibilité de maintenir le condamné non autorisé au séjour à la suite d'une mainlevée d'un mandat d'arrêt pour une durée de sept jours. La circulaire ministérielle n° 1815bis précitée étend cette hypothèse de la mainlevée du mandat d'arrêt aux décisions de libération prises par la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation. Notons que des instructions circulant en interne attirent l'attention sur le fait qu'en vertu de ces dispositions, « le directeur doit demander des instructions à l'Office des étrangers concernant une détention administrative éventuelle à effectuer lorsqu'un étranger détenu, qui n'est pas en possession d'un droit de séjour valable en Belgique, doit être libéré en cas de levée d'un mandat d'arrêt ou d'une situation similaire ». Elles précisent par ailleurs que « cette instruction doit également être appliquée en cas de levée d'un mandat d'arrêt exécuté sous surveillance électronique. Dans ce cas également, des instructions doivent être demandées à l'Office des étrangers et celui-ci peut décider d'ordonner une détention administrative en prison qui peut aller jusqu'à sept jours ».

Les travaux préparatoires de la loi du 15 mars 2012 précisent encore que l'introduction dans la loi de cette possibilité de libération anticipée en vue de l'éloignement s'inscrit dans le prolongement de l'adoption de la loi du 19 janvier 2012¹⁵ qui a mis en place un cadre légal pour le transfèrement des étrangers « ayant satisfait à la justice » vers un centre fermé en vue de leur éloignement¹⁶. Cette loi du 19 janvier 2012 a notamment introduit un article 74/8 dans la loi du 15 décembre 1980 prévoyant que les étrangers qui sont détenus dans un établissement pénitentiaire et qui font l'objet d'une décision d'éloignement exécutoire sont, à l'issue de leur peine, immédiatement éloignés ou transférés vers un centre fermé en vue de leur éloignement effectif.

L'introduction de cette possibilité de libération anticipée a pour conséquence que le moment où l'Office des étrangers pourra effectuer un éloignement forcé, détermine la date à laquelle le détenu concerné sera libéré¹⁷.

Des chercheurs ayant analysé l'impact de l'introduction de cette possibilité de libération anticipée en vue de l'éloignement ont mis en évidence une augmentation du nombre de rapatriements effectués depuis la prison à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 15 mars 2012¹⁸.

Cette mesure ne peut toutefois avoir pour effet de garantir le rapatriement effectif, depuis la prison, de tous les condamnés faisant l'objet d'une décision d'éloignement, certains étant inéloignables¹⁹. Les travaux préparatoires de la loi précisent à cet égard qu'« il va sans dire que seuls les étrangers pouvant être rapatriés (donc qui sont identifiés) sont visés »²⁰.

Une partie des condamnés sous le coup d'une décision d'éloignement ne peuvent être éloignés en raison d'un risque de violation de leurs droits fondamentaux²¹. D'autres ne peuvent être éloignés en raison d'une absence de collaboration du pays d'éloignement, celui-ci refusant d'identifier l'étranger ou de délivrer un laissez-passer²². Certains pays se montrent peu disposés à collaborer, surtout lorsqu'il s'agit d'étrangers condamnés. Des auteurs citent notamment le défaut de collaboration de l'Algérie « qui pose d'importants problèmes : au cours de la période 2008-2013, la probabilité que le rapatriement d'un

détenu sans droit de séjour de nationalité algérienne se fasse, même après que l'OE eut estimé qu'une identification et un rapatriement étaient réalisables, était de 17,8 % »²³. La Belgique a par ailleurs connu des difficultés dans certains dossiers à obtenir la collaboration du Maroc, avec pour conséquence que des personnes condamnées pour terrorisme et sans droit de séjour n'ont pu être éloignées vers ce pays²⁴.

Afin de maximiser les chances d'identifier rapidement l'étranger, de définir son statut de séjour et d'effectuer les démarches nécessaires pour qu'il puisse être éloigné vers un pays étranger, la loi du 19 janvier 2012 a introduit à l'article 74/8 de la loi du 15 décembre 1980 le principe d'un échange d'informations entre l'établissement pénitentiaire et l'Office des étrangers, quant à l'identité et la situation de séjour de l'étranger, dès son incarcération²⁵. Il est prévu que si un prévenu ou un condamné est un étranger en séjour irrégulier, l'Office des étrangers est informé par le directeur de l'établissement pénitentiaire de son enfermement dans l'établissement pénitentiaire, dès le début de sa détention. À la réception de ces informations, l'Office des étrangers procède à l'identification de l'intéressé par les autorités nationales de son pays d'origine. À cette fin, il est habilité à demander à toute autorité belge de produire tous les documents et renseignements utiles à l'établissement de l'identification. Il est par ailleurs prévu que, dès que la procédure d'identification est clôturée, l'Office des étrangers transmette immédiatement un document au directeur de l'établissement pénitentiaire qui atteste que l'intéressé a été identifié.

La circulaire ministérielle 1815bis²⁶ précise les modalités selon lesquelles s'opère cet échange d'informations entre l'établissement pénitentiaire et l'Office des étrangers²⁷. Cette circulaire prévoit que, dans le cas où cela s'avère nécessaire, l'Office des étrangers peut envoyer un accompagnateur de migration qui entendra le condamné en séjour illégal et, le cas échéant, sollicitera les informations utiles à son identification directement auprès de l'établissement pénitentiaire²⁸. Toutes les informations échangées sont ensuite téléchargées et partagées via le système *Sidis suite*²⁹.

(15) Voy. la loi du 19 janvier 2012 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (M.B., 17 février 2012, p. 11412 ci-après « loi du 19 janvier 2012 »).

(16) Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur et des affaires administratives par Mme Matz, Doc. parl. Chambre, n° 53-1364/3, p. 3.

(17) L. BREULS et E. VANDENNIEUWENHUYSEN, « De vrijlatingsprocedures voor nietverblijfs-gerechtigde gedetineerden : evoluties sinds de inwerkingtreding van de Wet Externe Rechtspositie », *Fatik*, 2022, n° 173, p. 36, renvoyant à une publication précédente de L. BREULS et S. DE RIDDER, « De Wet op de Externe Rechtspositie als werkinstrument bij het repatriëren van vreemdelingen zonder recht op verblijf », *Fatik*, 2014, n° 144, p. 14.

(18) L. BREULS, S. DE RIDDER et S. BELLEMANS, « Détenus sans droit de séjour. Réinsérer ou rapatrier à tout prix », *op. cit.*, p. 9.

(19) *Ibidem*, pp. 3-5.

(20) Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur et des affaires administratives par Mme Matz, Doc. parl., Chambre, n° 5-1364/3, p. 3.

(21) La décision de renvoi vers le pays d'origine de la personne concernée peut, sous certaines conditions, porter atteinte au droit à la vie privée et familiale des individus concernés, en violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit à la vie privée et familiale (voy. parmi d'autres l'arrêt C.E.D.H., 19 avril 2019, I.M. c. Suisse). Cette décision de renvoi peut également exposer la personne concernée à un risque

d'être soumise à des traitements inhumains ou dégradants ou à de la torture, en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit que « nul ne peut être soumis à la torture ou aux traitements inhumains ou dégradants ». La Cour européenne des droits de l'homme juge, de manière constante, que lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'étranger faisant l'objet d'une décision d'expulsion, court un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention dans le pays de destination, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays. (voy. parmi d'autres C.E.D.H., gr. ch., 23 mars 2016, F.G. c. Suède, § 111 ; C.E.D.H., 1^{er} février 2018, M.A. c. France, §§ 51-67).

(22) Pour de plus amples développements quant à la situation des étrangers non expulsables en droit européen voy. C. GOSME, « Les limbes de l'inéloignabilité : la nouvelle condition juridique de l'étranger », *Revue critique de droit international privé*, 2015, pp. 43-88 ; F. LUTZ, « Non-Removable Returnees under Union Law : Status Quo and Possible Developments », *European Journal of Migration and Law*, vol. 20, 2018, pp. 28-52 ; B. M. QUEIROZ, « Non-Removable Migrants in Europe : An Atypical Migration Status ? », *European Public Law*, vol. 24, 2018, pp. 281-310 ; J.-B. FARCY, « Neither Here nor There : the Legal Exclusion of Non-Removable Migrants », in Q. CORDIER e.a. (dir.), *The Strong, the Weak and the Law*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 159-172. Pour une étude de leurs conditions et trajectoires de vie : J.-B. FARCY et S. SMITH, « Status

(Im)Mobility and the Legal Production of Irregularity : A Sociolegal Analysis of Temporary Migrants' Lived Experiences », *Social & Legal Studies* 2020, vol. 29, pp. 629-649.

(23) L. BREULS, S. DE RIDDER et S. BELLEMANS, « Détenus sans droit de séjour : réinsérer ou rapatrier à tout prix », *op. cit.*, p. 4.

(24) Voy. à ce propos notre commentaire dans la contribution suivante : C. MACQ, « Contours et enjeux de la déchéance de la nationalité », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2021, pp. 106-108.

(25) Voy. l'article 15 de la loi du 19 janvier 2012 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, M.B., 31 décembre 1980, p. 14584.

(26) Voy. Circulaire ministérielle n° 1815bis du 27 novembre 2017, *op. cit.*

(27) *Ibidem*. Il est prévu que « lors de l'incarcération de chaque étranger, la prison fournira à l'Office des étrangers la fiche d'écrou ainsi que les documents suivants : une copie des documents d'identité ou de voyage qui sont conservés dans le dossier d'écrou, en précisant si les documents dont on dispose sont des originaux ou des copies ; le document d'information de l'Office des étrangers complété par l'étranger sans documents de séjour valables en Belgique ; le cas échéant, toutes les informations dont dispose la prison au sujet d'éventuels alias. Dès réception de la fiche d'écrou, l'Office des étrangers introduit l'information relative à la situation de séjour de l'intéressé. Pour les personnes qui ne sont pas autorisées au séjour, l'Office des étrangers procède à l'identification

de l'étranger. Le cas échéant, l'Office des étrangers charge dans *Sidis suite* un formulaire d'audition aux fins d'éloignement d'un étranger illégal et en informe le greffe de la prison par voie électronique. Ce formulaire est remis immédiatement à l'étranger qui signe pour réception. L'accusé de réception est chargé dans *Sidis suite* dès qu'il a été rempli par l'étranger ». Il est prévu, par ailleurs, durant la détention, un échange constant d'informations entre l'Office des étrangers et le directeur de prison dans le cas où il y a une modification de la situation de séjour de l'étranger.

(28) La circulaire prévoit que l'accompagnateur de migration peut avoir accès au dossier d'écrou, en l'occurrence la fiche d'écrou, les documents justificatifs du/des titre(s) de détention, les documents d'identité ou de voyage, la liste d'inventaire des objets interdits ou de valeur déposés, les données relatives aux visites et aux communications téléphoniques ; prendre une photo ou des empreintes digitales aux fins d'identification ; voir les objets interdits et de valeur déposés et avoir un entretien avec le directeur ou un collaborateur du service psychosocial.

(29) Il s'agit d'une banque de données contenant des données jugées « nécessaires à l'exercice adéquat des missions légales de l'administration pénitentiaire ». (...) « Une liste limitative d'autorités, organes ou services (services de police, Sûreté de l'État, ministère public, magistrats du siège, huissiers de justice...) reçoivent un droit de lecture des données traitées dans *Sidis Suite*. Le SPF Justice gère cette banque de données ». Voy. « Trois nouvelles banques de données en matière pénale », www.stra-

Notons que, même à supposer que le pays d'éloignement collabore, certains condamnés ne peuvent être éloignés car ils ne souhaitent pas l'être et refusent de collaborer à leur identification. Il faut souligner le fait que les situations dans lesquelles se trouvent ces condamnés étrangers faisant l'objet d'une décision d'éloignement peuvent être très différentes³⁰. Parmi ces détenus, certains n'ont que peu de liens avec la Belgique tandis que d'autres n'ont pratiquement aucun lien avec le pays d'éloignement et ont toutes leurs attaches en Belgique, soit parce qu'ils bénéficiaient auparavant d'un droit au séjour qui leur a été retiré³¹, soit parce qu'ils vivent depuis des années en Belgique sans être jamais parvenus à régulariser leur situation. Certains ont des perspectives de régularisation, voire même une procédure de régularisation en cours.

Dans l'hypothèse d'un étranger s'opposant à son identification ou à son retour, la perspective d'une libération anticipée pourra être utilisée comme moyen de négociation pour obtenir la coopération de l'étranger. Des auteurs soulignent le rôle important que joue dans ce contexte l'accompagnateur de migration et la nécessité de garantir qu'aucune pression ne soit exercée sur l'étranger dans le but de garantir son éloignement³².

À cet égard, le rôle de l'avocat qui accompagne l'étranger apparaît fondamental. Il est important que celui-ci puisse l'informer de la procédure enclenchée aux fins de son éloignement de même que de l'incidence que peut avoir la communication d'informations à l'Office des étrangers. Ce même avocat pourra évaluer avec lui l'éventuelle utilité d'effectuer des démarches afin de tenter de régulariser sa situation dans le cas où il souhaiterait demeurer sur le territoire belge.

2. La libération en vue de l'éloignement du territoire

À côté des modalités d'exécution classiques de la peine (surveillance électronique, libération conditionnelle...), le droit de l'exécution des peines prévoit la possibilité d'octroyer une libération en vue de l'éloignement aux condamnés non autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire belge qui font l'objet d'une décision d'éloignement. L'octroi de cette modalité est subordonné à différentes conditions et relève actuellement de la compétence d'autorités distinctes selon que l'intéressé a été condamné à une peine de plus de trois ans (a) ou à une peine de trois ans ou moins (b).

a. La libération en vue de l'éloignement des détenus condamnés à une peine de plus de trois ans

La loi relative au statut juridique externe prévoit la possibilité d'octroyer aux condamnés à une peine de plus de trois ans, non autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire belge, une libération en vue de l'éloignement³³. L'octroi de cette modalité aux condamnés à une peine de plus de trois ans relève de la compétence des tribunaux de l'application des peines. La libération en vue de l'éloignement est accessible uniquement au 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. Le champ d'application de la libération en vue de l'éloignement est donc plus étendu que la libération anticipée en vue de l'éloignement qui ne s'adresse qu'aux condamnés qui font l'objet d'une décision d'éloignement effective³⁴.

À côté de cette notion d'étranger non autorisé ou non habilité au séjour, est également utilisée la notion d'étranger en séjour illégal définie comme « l'étranger qui ne remplit pas ou ne remplit plus les conditions d'accès au territoire ou de séjour »³⁵.

La définition des étrangers qu'il faut considérer comme autorisés au séjour peut poser quelques difficultés d'interprétation, dès lors que les documents susceptibles d'être délivrés dans le cadre d'une procédure de régularisation sont multiples et n'ont pas tous valeur d'autorisation à séjourner sur le territoire. Par ailleurs, en cas de retrait de séjour, le recours introduit contre la décision de retrait peut dans certains cas être suspensif, l'étranger étant alors autorisé à demeurer sur le territoire, tandis que dans d'autres cas, ce recours n'est pas suspensif³⁶.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser, à diverses reprises, les conditions dans lesquelles un étranger doit être considéré comme autorisé ou non au séjour.

Par arrêt du 11 mars 2015, elle a ainsi jugé qu'il faut entendre par « étranger en séjour illégal » au sens de l'article 75 de la loi du 15 décembre 1980, l'étranger qui demeure dans le Royaume sans être porteur des documents requis (article 7, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 15 décembre 1980) ou qui demeure dans le Royaume au-delà du délai autorisé (article 7, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 15 décembre 1980)³⁷.

Dans un arrêt du 13 mars 2017, elle a, par ailleurs, précisé que la délivrance d'une attestation d'immatriculation à la suite de l'introduction d'une demande de séjour pour raisons médicales sur pied de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 indique que les demandeurs sont autorisés à séjourner sur le territoire, fût-ce de manière temporaire et précaire. En l'espèce, les demandeurs avaient déposé une demande sur pied de l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 qui avait été déclarée recevable et ils avaient été mis en possession d'une attestation d'immatriculation. La Cour a jugé qu'ils ne pouvaient donc pas être considérés comme étant en séjour illégal³⁸.

Enfin, dans un arrêt du 26 avril 2017, elle a précisé que l'annexe 35 — qui est, selon l'arrêté royal du 8 octobre 1981, un « document spécial de séjour », délivré à l'étranger qui a introduit auprès du Conseil du contentieux des étrangers soit un recours de pleine juridiction, soit un recours en annulation contre une décision refusant le droit au séjour³⁹ — autorise l'étranger à demeurer sur le territoire. Ce document précise pourtant que « l'intéressé(e) n'est ni admis(e), ni autorisé(e) au séjour mais peut demeurer sur le territoire du Royaume dans l'attente d'une décision du Conseil du contentieux des étrangers »⁴⁰, mais, à l'estime de la Cour de cassation, cela suffit à considérer que le condamné étranger à qui un tel document a été délivré n'est pas en séjour illégal⁴¹.

Ces arrêts de la Cour de cassation sont de nature à éclairer les autorités compétentes sur les procédures et documents qu'il faut considérer comme valant autorisation de séjour, mais ils démontrent aussi toute la difficulté de cerner les situations dans lesquelles un étranger est autorisé à séjourner sur le territoire, tant les cas de figure dans lesquels il peut se retrouver sont multiples.

Si l'étranger répond bien à la définition du condamné non autorisé au séjour, il pourra se voir octroyer une libération en vue de l'éloignement qui aura pour effet de l'autoriser « à exécuter sa peine en dehors de la prison dans un autre pays que la Belgique, moyennant le respect de

dalex.be. Voy., par ailleurs, la loi du 5 mai 2019 portant dispositions diverses en matière d'information de la Justice, de modernisation du statut des juges consulaires et relativement à la banque des actes notariés, *M.B.*, 19 juin 2019, p. 62001.

(30) Voy. sur la multiplicité de ces situations : F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », *op. cit.*, pp. 142-144.

(31) Notons que les possibilités de retirer le droit de séjour et d'éloigner les étrangers condamnés pénalement ont été élargies à la suite de l'adoption de lois étendant les hypothèses dans lesquelles peuvent être prises des décisions de retrait de séjour et d'éloignement pour motifs d'ordre

public. C. MACQ, « Le point sur le retrait du droit au séjour et l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal », *Rev. dr. étr.*, 2018, n° 198, pp. 184-194.

(32) L. BREULS et E. VANDENNIEUWENHUYSEN, « De vrijlatingsprocedures voor nietverblijfs-gerechtigde gedetineerden : evoluties sinds de inwerkingtreding van de Wet Externe Rechtspositie », *op. cit.*, p. 33, renvoyant à S. DE RIDDER, *Foreign national prisoners facing expulsion. The percolation of migration law enforcement into sentence implementation decision-making on release in Belgium*, Thèse de doctorat, Vrije Universiteit Brussel, 2016, pp. 165-170.

(33) Voy. les articles 25/3 et 26, § 2, de la loi relative au statut juridique

externe.

(34) Voy. *supra*.

(35) Cette définition visée à l'article 1^{er}, 4^o, de la loi du 15 décembre 1980 est reprise dans la circulaire ministérielle 1815bis précitée.

(36) C. MACQ, « Le point sur le retrait du droit au séjour et l'éloignement pour motifs d'ordre public des étrangers en séjour légal », *op. cit.*, pp. 196-198.

(37) Cass., 2^e ch., 11 mars 2015, RG n° P.14.1709.F.

(38) Cass., 3^e ch., 13 mars 2017, RG n° S.15.0099.F.

(39) Article 111 de l'arrêté royal du 8 octobre 1981 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 27 octobre 1981, p. 13740.

(40) S. SAROLEA, « L'annexe 35 réhabilitée ? », note sous Cass., 26 avril 2017, *Newsletter EDEM*, mai 2017.

(41) Cass., 2^e ch., 26 avril 2017, RG n° P.17.0375.F, *Pas.*, 2017, n° 291. Sur cet arrêt, voy. J. HARDY et O. NEDERLANDT, « L'annexe 35 : sésame pour les condamnés sans titre de séjour devant le tribunal de l'application des peines ? », *Rev. dr. pén.*, 2017, pp. 843-848 ; L. BREULS, « Recente ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak met betrekking tot buitenlandse gedetineerden », *Fatit - Tijdschrift voor strafbeleid en vangeniswezen*, 2017, pp. 5-10 ; J. HARDY et O. NEDERLANDT, « Le séjour précaire devant le tribunal de l'application des peines », *Newsletter ADDE*, n° 133, juillet 2017.

conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé »⁴².

Différentes dispositions ont été introduites dans la loi relative au statut juridique externe, par la loi du 5 février 2016, afin de garantir l'éloignement effectif du condamné bénéficiant d'une libération en vue de l'éloignement, la crainte du législateur étant qu'un condamné libéré en vue de l'éloignement ne se maintienne sur le territoire belge. Ont été notamment inscrites dans la loi, l'obligation, en cas de libération en vue de l'éloignement, de quitter effectivement le territoire et l'interdiction de revenir en Belgique pendant le délai d'épreuve sans être en règle et sans l'autorisation préalable du tribunal de l'application des peines⁴³. Le délai endéans lequel l'exécution de la décision peut être reportée de manière à donner le temps nécessaire à l'Office des étrangers pour organiser l'éloignement a, par ailleurs, été allongé. Le tribunal de l'application des peines peut prévoir dans sa décision de retarder l'exécution de la décision de libération en vue de l'éloignement jusqu'à vingt jours après celle-ci, l'étranger étant entre-temps maintenu en détention et laissé à la disposition de l'Office des étrangers lorsque le condamné fait l'objet d'un ordre de quitter le territoire exécutoire avec preuve d'éloignement⁴⁴. Enfin, cette même loi du 5 février 2016, a inscrit dans la loi la possibilité de révoquer une libération en vue de l'éloignement du territoire « si le condamné omet ou refuse de quitter effectivement le territoire, ne coopère pas à son éloignement, ne coopère pas à son identification en vue de l'obtention d'un document de voyage ou revient sans l'autorisation du tribunal de l'application des peines »⁴⁵.

Comme pour les autres modalités d'exécution de la peine, l'octroi de cette modalité est subordonné à une condition de temps. La libération en vue de l'éloignement ne sera accordée qu'après que le condamné a exécuté une partie minimale de sa peine⁴⁶.

L'octroi d'une libération en vue de l'éloignement est, par ailleurs, subordonné à l'examen de contre-indications relatives au risque de perpétuation de nouvelles infractions graves, au risque que le condamné importune les victimes, ainsi qu'aux efforts fournis par le condamné pour indemniser les parties civiles⁴⁷. À la différence de ce qui est prévu pour l'octroi des autres modalités d'exécution de la peine pouvant être accordées aux condamnés à une peine de plus de trois ans⁴⁸, l'absence de perspectives de réinsertion sociale du condamné et l'attitude du condamné à l'égard des victimes ne constituent pas des contre-indications à l'octroi de cette modalité. Il n'y a pas non plus de plan de réinsertion sociale exigé dans ce cas.

La loi prévoyait auparavant l'obligation de vérifier les possibilités pour le condamné d'avoir un logement dans le pays d'origine. La loi du 5 février 2016 a, toutefois, supprimé cette obligation. Dans les travaux préparatoires, cette suppression était motivée par le fait que cette contre-indication est impossible à vérifier pour le tribunal de l'application des peines. Il était souligné le fait qu'« il a été constaté à plusieurs reprises que l'obtention d'une telle attestation étrangère fait l'objet d'un trafic en prison »⁴⁹. Une magistrate s'opposant à cette suppression, soulignait, lors des discussions ayant précédé l'adoption de la loi, son caractère potentiellement contre-productif. Elle invoquait le risque que les détenus sollicitent une libération provisoire en vue de l'élo-

ignement du territoire afin d'éviter d'aller à fond de peine et ce, même en l'absence d'attaches ou de possibilités d'hébergement dans leur pays d'origine. Or, dans ces conditions, le risque existe qu'ils ne quittent jamais le territoire belge ou qu'ils reviennent ensuite clandestinement après avoir été rapatriés⁵⁰.

On peut également voir derrière cette suppression une volonté de simplifier l'accès à cette modalité d'exécution de la peine afin de maximiser les possibilités d'éloignement des étrangers non autorisés au séjour au cours de leur peine, la réinsertion de ces étrangers dans la société n'étant, dans ce contexte, plus une priorité⁵¹.

L'octroi de cette modalité n'est toutefois pas automatique et reste soumis à une appréciation individualisée. En pratique, les tribunaux de l'application des peines apprécient, au cas par cas, la bonne réunion des conditions fixées par la loi.

Ainsi, bien que la loi du 5 février 2016 ait supprimé la nécessité d'évaluer les possibilités de bénéficier d'un logement à l'étranger, il ressort de notre analyse de jurisprudence ainsi que d'entretiens réalisés avec les magistrats des tribunaux de l'application des peines que l'accès à un logement dans le pays d'éloignement reste un élément pris en compte dans certains cas⁵². Certaines juridictions déduisent de l'absence de logement ou, plus largement, de l'absence de cadre structurel à l'étranger, un risque de récidive dès lors qu'il n'est pas garanti, dans ce cas, que l'étranger libéré quittera effectivement le territoire. Pour exemple, dans un jugement du 25 novembre 2019, constatant l'absence de projet de réinsertion précis dans le pays d'origine (l'intéressé affirmait rejoindre trois camionneurs dont il ignorait le prénom), la 80^e chambre du tribunal de l'application des peines de Bruxelles a refusé la libération en vue de l'éloignement. Elle estimait qu'il existe un risque de perpétuation de nouvelles infractions graves découlant de la difficulté d'évaluer la réelle motivation de l'intéressé à quitter la Belgique⁵³.

Le raisonnement qui consiste à fonder le risque de perpétuation de nouvelles infractions sur l'absence de logement ou de cadre structurel à l'étranger a, par le passé, été validé par la Cour de cassation⁵⁴. Bien que cet arrêt ait été rendu avant les modifications opérées par la loi du 5 février 2016, on peut imaginer qu'il est toujours d'actualité, la contre-indication liée à l'absence de risque de perpétuation de nouvelles infractions étant toujours actuellement inscrite dans la loi.

Les possibilités d'hébergement à l'étranger ne font, toutefois, pas, dans tous les cas, l'objet d'un examen scrupuleux par les tribunaux de l'application des peines. Pour exemple, dans une décision du 23 décembre 2019, la 80^e chambre du tribunal de l'application des peines de Bruxelles libère en vue de l'éloignement un étranger sur base de son « souhai, qui paraissait sincère, de retrouver ses racines en Roumanie et de s'y établir » sans examiner plus avant le cadre dans lequel cet étranger pourrait s'établir⁵⁵. La suppression de cette contre-indication permet donc effectivement dans certains cas de faciliter l'octroi de cette modalité.

Les tribunaux de l'application des peines attachent par ailleurs une importance particulière à la volonté exprimée par l'étranger. La Cour de cassation a validé le fait qu'un refus affirmé de quitter le territoire

(42) Voy. l'article 25/3, § 1^{er}, de la loi relative au statut juridique externe.

(43) Voy. l'article 55, 4^o, de la loi relative au statut juridique externe.

(44) Article 60 de la loi relative au statut juridique externe. L'article 60, alinéa 4, prévoit que lorsque « le condamné fait 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 », le jugement « devient exécutoire au moment de l'éloignement effectif ou du transfert vers un lieu qui relève de la compétence du ministre compétent pour l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement d'étrangers, et ce, au plus tard vingt jours après que la décision d'octroi a été coulée en force de chose jugée ». Notons que cet article 60 a été modifié par une loi du

30 juillet 2022 de manière à inscrire dans le texte de cette disposition une même possibilité de report de l'exécution d'une décision de libération en vue de l'éloignement prise par le juge de l'application des peines à l'égard des condamnés à une peine privative de liberté d'une durée de trois ans ou moins (article 50 de la loi du 30 juillet 2022 visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme II, *M.B.*, 8 août 2022, p. 61540 ; voy. *infra* pour de plus amples explications).

(45) Article 64, 8^o, de la loi de la loi relative au statut juridique externe.

(46) Article 26, § 2, de la loi relative au statut juridique externe. Cette modalité pourra être octroyée, à quelques exceptions près, à condition que le condamné ait subi, au minimum, le tiers de sa peine.

(47) Article 47, § 2, de la loi relative au statut juridique externe.

(48) Voy. *infra*.

(49) Rapport de la première lecture fait au nom de la commission justice, *Doc. parl.*, Chambre, n^o 54-1418/005, p. 135.

(50) Rapport de la première lecture fait au nom de la commission justice, *op. cit.*, p. 252.

(51) L. BREULS et E. VANDENNIEUWENHUYSEN, « De vrijlatingsprocedures voor nietverblijfs-gerechtigde gedetineerden : evoluties sinds de inwerkingtreding van de wet externe rechtspositie », *op. cit.*, p. 32.

(52) Comme expliqué en introduction, nous avons réalisé des entretiens auprès des magistrats des tribunaux de l'application des peines francophones. Une recherche analysant ces entretiens et les comparant avec des entretiens réalisés auprès des magistrats des tribunaux de l'application des peines néerlandophones est ac-

tuellement en cours.

(53) Le tribunal tient par ailleurs compte du fait que l'intéressé réfute son identification par les autorités égyptiennes et a une personnalité de type limite. T.A.P., Bruxelles, 8^o ch., 25 novembre 2019, RG n^o 19/124/LPE.

(54) Cass., 5 août 2014, RG n^o P.14.1152.F. Voy. pour le commentaire de cette décision, L. BREULS, « De voorlopige vrijheidstelling met het oog op verwijdering van het grondgebied : nood aan sociale reclasseringsperspectieven ? », *Tijdschrift voor Strafrecht*, 2017, pp. 124-128.

(55) T.A.P., Bruxelles, 23 décembre 2019, RG n^o 19/786/LPE. Le tribunal complète en ajoutant, par rapport au risque de récidive, que « l'incarcération semble à cet égard avoir atteint ses limites ».

puisse constituer un élément fondant l'existence d'un risque de récidive et, par conséquent, un refus de l'octroi d'une libération en vue de l'éloignement⁵⁶.

La condition de l'indemnisation des victimes fait, également, dans un certain nombre de cas, obstacle à l'octroi de cette modalité. Il ressort des décisions portées à notre connaissance que les juridictions apprécient cette condition de manière stricte. Elles n'octroient cette modalité que dans le cas où elles estiment que le condamné a fait de « réels » efforts d'indemnisation des victimes⁵⁷. Ainsi, dans un jugement du 12 octobre 2020, la 80^e chambre du tribunal de l'application des peines de Bruxelles refuse une libération en vue de l'éloignement à un condamné non autorisé au séjour au motif qu'il n'a consacré que 1.200 EUR, à savoir 10 % des sommes gagnées en prison, à l'indemnisation des victimes⁵⁸. Dans le même sens, aux termes d'un jugement du 7 février 2022, cette juridiction refuse une libération en vue de l'éloignement à un condamné ayant effectué des paiements de 25 EUR par mois depuis deux ans environ aux victimes alors qu'« il a perçu, entre mars 2021 et septembre 2021, une somme totale de 1.600 EUR sur son compte ». « Au regard de ces rentrées », le tribunal estime que « la somme de 25 EUR par mois ne peut être considérée comme un effort suffisant pour indemniser les parties civiles »⁵⁹. L'appréciation stricte de cette condition est justifiée dans certaines décisions par l'impossibilité de garantir que cette indemnisation se poursuivra une fois le condamné éloigné. La poursuite de l'indemnisation en cas de libération apparaît donc peu probable. Dès lors, les versements à effectuer avant l'octroi d'une mesure de libération doivent être nettement plus substantiels que pour les autres condamnés. Ce type de raisonnement ressort clairement d'un jugement du tribunal de l'application des peines de Bruxelles refusant la libération en vue de l'éloignement au motif que des montants insuffisants ont été versés aux parties civiles. Le tribunal motive sa décision par le fait qu'« en cas de retour en Turquie, il ne sera plus possible de vérifier la réalité de cette indemnisation puisque Monsieur X ne sera plus soumis ni à la guidance d'un assistant de justice ni au contrôle du ministère public. En outre, les parties civiles rencontreront des obstacles procéduraux considérables et devront faire face à des coûts très importants si elles voulaient faire exécuter les décisions judiciaires relatives à leur indemnisation. En conséquence, une telle exécution forcée doit être considérée, dans la pratique, comme quasiment impossible »⁶⁰.

Enfin, une incertitude quant à l'identité et au pays d'origine de l'étranger à éloigner peut, selon la Cour de cassation, être constitutive d'une impossibilité d'évaluer l'existence ou non de contre-indications à l'octroi d'une libération en vue de l'éloignement⁶¹. Les magistrats entendus nous ont fait part de ce que l'identification de l'étranger peut, dans certains cas empêcher pendant de longs mois, voire durant tout le temps de la détention, les tribunaux de l'application des peines de statuer sur une demande d'octroi de cette modalité. Cette identification est tantôt empêchée par l'étranger lui-même qui préfère faire le « choix » d'aller à fond de peine plutôt que d'être éloigné, tantôt par l'absence de collaboration du pays vers lequel l'étranger doit être éloigné⁶².

b. La libération provisoire en vue de l'éloignement des condamnés à une peine de trois ans ou moins

Jusqu'au 1^{er} septembre 2022, les conditions d'octroi d'une libération provisoire en vue de l'éloignement pour les étrangers condamnés à une peine de trois ans ou moins étaient, à l'égard de tous ces condamnés, fixées par la circulaire n° 1817 du 15 juillet 2015, modifiée à plusieurs reprises⁶³.

La circulaire invite les établissements pénitentiaires à s'enquérir auprès de l'Office des étrangers, dès l'écrou, de la situation de séjour de tout détenu de nationalité étrangère. Si le condamné n'est pas en ordre de séjour, la circulaire prévoit de demander à l'Office des étrangers, 5 mois avant la date d'admissibilité à la libération provisoire, une actualisation de sa situation⁶⁴.

Dans le cas où il ne fait pas l'objet d'une décision d'éloignement, le condamné étranger verra l'octroi d'une libération provisoire soumis aux mêmes conditions que celles applicables aux autres condamnés⁶⁵.

Dans le cas où l'Office des étrangers déclare qu'il fait l'objet d'une décision d'éloignement⁶⁶, il ne pourra être libéré provisoirement qu'en vue d'un éloignement du territoire. Cette libération provisoire en vue de l'éloignement peut être octroyée dès le moment de l'éloignement effectif ou dès le transfert vers un centre fermé, et cela à partir de 4 mois avant la date d'admissibilité à la libération provisoire et au plus tard 10 jours après cette date⁶⁷. Notons que la prise de cette décision de libérer provisoirement en vue de l'éloignement est, dans ce cas, du ressort de l'exécutif et n'est pas soumise au même examen individuel que celui opéré par le tribunal de l'application des peines. La révocation est possible en raison d'une condamnation définitive sanctionnant un crime ou un délit commis dans les deux ans qui suivent la libération provisoire.

Depuis ce 1^{er} septembre 2022 et d'ici le 1^{er} septembre 2023, devraient entrer progressivement en vigueur les dispositions de la loi relative au statut juridique externe régissant l'octroi de modalités d'exécution de la peine aux condamnés à une peine de trois ans ou moins. L'entrée en vigueur de ces dispositions à l'égard de ceux qui exécutent une ou plusieurs peines privatives de liberté dont la partie à exécuter s'élève à plus de deux ans a eu lieu ce 1^{er} septembre 2022. La date d'entrée en vigueur de ces dispositions à l'égard des condamnés à une peine n'excédant pas deux ans devrait être fixée, au plus tard, au 1^{er} septembre 2023⁶⁸.

La remise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire pourra, une fois ces dispositions entrées en vigueur à l'égard de ces condamnés, être accordée par le juge de l'application des peines. Pour pouvoir en bénéficier, la loi exige que le condamné non autorisé ou habilité au séjour réponde à des conditions de temps⁶⁹ et qu'il n'existe pas de contre-indications à l'octroi de cette modalité. Ces contre-indications portent sur le risque manifeste pour l'intégrité physique de tiers, le risque que le condamné importune les victimes, ainsi que les efforts fournis par le condamné pour indemniser les parties civiles⁷⁰. Précisons que précédemment, existait une contre-indication relative à la possibilité de disposer d'un logement à l'étranger. Cette contre-indication a été abrogée par une loi du 5 mai 2019⁷¹, ceci afin d'aligner les règles applicables aux condamnés à une peine de trois ans ou moins avec celles qui prévalent pour les condamnés à une peine de plus de trois ans⁷².

(56) Cass., 12 juillet 2017, RG n° P.17.0724.N.

(57) Pour rappel, la loi prévoit que peut constituer une contre-indication à l'octroi de cette modalité l'insuffisance des efforts fournis par le condamné pour indemniser les parties civiles « compte tenu de la situation patrimoniale du condamné telle qu'elle a évolué par son fait depuis la perpétration des faits pour lesquels il a été condamné ». Voy. l'article 47, § 2, 4^o, de la loi relative au statut juridique externe.

(58) T.A.P., Bruxelles, 80^e ch., 12 octobre 2020, RG n° 20/30/LPE.

(59) T.A.P., Bruxelles, 80^e ch., 7 février 2022, RG n° 21/552/LPE.

(60) T.A.P., Bruxelles, 80^e ch., 17 mai 2021, RG n° 21/110/LPE-19/949/SE.

(61) Cass., 5 mars 2019, RG n° P.19.0137.N ; Cass., 9 janvier 2018, RG n° P.17.1283.N.

(62) Voy. *supra*.

(63) Voy. les circulaires ministérielles 1817bis du 29 avril 2016 et 1817ter du 4 juillet 2017. Il est par ailleurs dérogé temporairement à cette circulaire par voie d'une instruction ministérielle du 16 mai 2017 (instruction du ministre Koen Geens aux directeurs de prison du 16 mai 2017 intitulée « La libération provisoire des condamnés subissant une ou plusieurs peines d'emprisonnement dont la partie exécutoire n'excède pas trois ans », non publiée).

(64) Voy. p. 12 de la circulaire ministérielle 1817 du 15 juillet 2015.

(65) Voy. *infra*.

(66) C'est-à-dire d'un arrêté royal

d'expulsion exécutoire ou, d'un arrêté ministériel de renvoi exécutoire ou d'un ordre de quitter le territoire avec preuve d'éloignement effectif. Voy. p. 12 de la circulaire ministérielle 1817.

(67) *Ibidem*.

(68) Voy. la loi du 18 mai 2022 visant à reporter l'entrée en vigueur des dispositions relatives à l'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins, *M.B.*, 25 mai 2022, p. 44775. Pour une analyse détaillée des effets de l'entrée en vigueur de ces dispositions, voy. M.-A. BEERNAERT, J.-F. FUNCK et O. NEDERLANDT, « L'entrée en vigueur du nouveau régime d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *J.T.*, 2022,

pp. 461-472.

(69) L'article 26, § 1^{er}, prévoit que le condamné doit avoir subi un tiers de sa peine.

(70) Voy. l'article 28, § 2, de la loi relative au statut juridique externe.

(71) Voy. l'article 24 de la loi du 5 mai 2019 modifiant la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine en vue d'adapter la procédure devant le juge de l'application des peines en ce qui concerne les peines privatives de liberté de trois ans ou moins, *M.B.*, 14 juin 2019, p. 61148.

(72) Cet alignement tardif peut s'expliquer par une perte de confiance

Très concrètement, le condamné répondant aux conditions fixées par la loi, pourra introduire une demande auprès du juge de l'application des peines qui examinera individuellement sa demande et vérifiera qu'il n'existe pas en l'espèce de contre-indications à l'octroi de cette modalité.

Notons qu'au moment où nous finalisons cette contribution, une loi du 30 juillet 2022 vient tout juste d'être adoptée, modifiant, notamment, certaines dispositions de la loi relative au statut juridique externe de manière à préciser les conditions entourant l'octroi de cette modalité aux condamnés à une peine privative de liberté d'une durée de trois ans ou moins par le juge de l'application des peines⁷³. Cette loi complète l'article 60 de la loi relative au statut juridique externe en précisant que l'exécution d'un jugement du juge de l'application des peines octroyant une libération en vue de l'éloignement pourra être retardée jusqu'à vingt jours afin de permettre l'éloignement de l'étranger ou son transfert vers un centre fermé⁷⁴. Cet ajout est motivé dans les travaux préparatoires de la loi par la volonté de « garantir que la décision d'accorder la liberté provisoire en vue de l'éloignement prise par le juge de l'application des peines (c'est-à-dire pour les condamnés à un total de peines jusque 3 ans inclus) mène, dans tous les cas, à la fin de l'exécution des peines » au plus tard 20 jours après que le jugement soit passé en force de chose jugée⁷⁵.

Par ailleurs, cette même loi soumet l'octroi, par le juge de l'application des peines, d'une libération en vue de l'éloignement du territoire à la condition que le condamné quitte effectivement le territoire, sous peine de révocation. La libération en vue de l'éloignement d'un condamné à une peine privative de liberté de plus de trois ans était déjà soumise à cette condition. La loi du 30 juillet 2022 aligne, sur ce point, les deux régimes⁷⁶.

En pratique, l'octroi de cette modalité de libération en vue de l'éloignement par le juge de l'application des peines aux condamnés à une peine privative de liberté d'une durée de trois ans ou moins risque de se heurter aux mêmes obstacles que ceux rencontrés dans l'octroi et l'exécution d'une libération en vue de l'éloignement aux condamnés à plus de trois ans, détaillés ci-dessus⁷⁷, avec la difficulté supplémentaire qu'il faudra effectuer les investigations nécessaires dans des délais plus courts pour que cette modalité puisse être mise en place pendant la durée de la peine.

B. Du côté des internés, la libération provisoire en vue de l'éloignement

L'article 28 de la loi relative à l'internement prévoit la possibilité de prendre une décision de libération anticipée en vue de l'éloignement du territoire à tout moment de l'exécution de la mesure d'internement (qui est, rappelons-le, prévue pour une durée indéterminée).

La loi prévoit que cette modalité s'adresse à la personne internée pour laquelle une décision définitive a été prise établissant qu'elle ne dispose pas d'un droit de séjour en Belgique, qui est mise à la disposition d'une juridiction étrangère ou qui a exprimé sa volonté de quitter le pays.

L'éloignement peut avoir lieu vers le pays d'origine mais également vers tout autre pays dans lequel la personne pourrait être accueillie⁷⁸.

Cette modalité peut être octroyée à tout moment de l'internement pour autant qu'il n'existe pas de contre-indications dans le chef de la personne internée. Ces contre-indications portent sur le risque qu'elle

commette des infractions, le risque qu'elle importune les victimes de même que les efforts consentis par la personne internée pour indemniser la partie civile, compte tenu de sa situation patrimoniale telle qu'elle a évolué par son fait depuis la perpétration des faits pour lesquels elle a été internée⁷⁹. Par ailleurs, la personne internée doit marquer son accord sur les conditions qui sont attachées à la libération anticipée en vue de l'éloignement, parmi lesquelles celles de ne pas commettre d'infractions et de quitter effectivement le territoire belge⁸⁰.

L'octroi de cette modalité est, comme pour toutes les autres modalités, de la compétence de la chambre de protection sociale du lieu de l'internement⁸¹.

L'accès à cette modalité nécessitait auparavant, impérativement, l'examen des possibilités de logement et ensuite d'hébergement à l'étranger, l'insuffisance de ces possibilités de logement ou d'hébergement constituant précédemment une contre-indication à l'octroi de cette modalité. Cette contre-indication a été supprimée par une loi du 5 mai 2019⁸² pour les mêmes motifs que ceux retenus pour les condamnés. Dans les travaux préparatoires de cette loi, on peut lire qu'« il ressort de la pratique que cette contre-indication est très difficile à évaluer pour les chambres de protection sociale. Il en découle que cette contre-indication constitue dans la pratique une entrave importante à l'octroi d'une libération anticipée en vue de l'éloignement du territoire »⁸³.

Toutefois, en dépit de la suppression de cette contre-indication, les chambres de protection sociales continuent à examiner les possibilités d'hébergement de l'interné à l'étranger.

Pour exemple, la chambre de protection sociale de Bruxelles, aux termes d'une décision du 23 février 2021, octroie une libération anticipée à Monsieur X, après avoir constaté que celui-ci pourrait être accueilli et hébergé par son frère au Kosovo. Le tribunal constate par ailleurs que le psychiatre atteste de ce que Monsieur X n'a plus besoin de médication⁸⁴.

Précisons que la prise en charge de la personne internée à l'étranger peut, depuis 2009, être organisée avec la collaboration du Service *Special Needs* de l'Office des étrangers. Ce service investigate les possibilités de prise en charge à l'étranger et accompagne la personne éloignée dans le cadre de son retour⁸⁵.

À titre d'illustration, par décision du 29 juin 2021⁸⁶, la chambre de protection sociale de Bruxelles octroie une libération anticipée en vue de l'éloignement à un interné atteint de troubles schizophréniques. L'intéressé était interné depuis 2005 pour des faits de vols simples, coups et blessures volontaires et séjour illégal. La chambre de protection sociale constate que sa situation est devenue inhumaine dans l'établissement de défense sociale où il est interné depuis de longues années, cet internement prolongé ayant pour effet d'aggraver sa situation mentale. Elle note que des démarches ont été effectuées par son avocat et le service *Special Needs* en vue de sa prise en charge par un centre social accueillant des patients psychiatriques à Rabat. L'intéressé bénéficie d'un laissez-passer des autorités marocaines et le service *Special Needs* s'est par ailleurs engagé à lui fournir une aide financière jusqu'à ce que l'intéressé ait pu mettre en place un projet avec le centre social à Rabat. Tenant compte de ce qu'il existe un projet solide dans le pays d'accueil, de l'absence d'autres perspectives en Belgique et du caractère inhumain de son internement dans un centre hautement sécurisé, la chambre de protection sociale ordonne sa libération anticipée en vue d'un éloignement vers le Maroc.

dans le fait que cette partie de la loi entre un jour en vigueur L. BREULS et E. VANDENNIEUWENHUYSEN, « De vrijlatingsprocedures voor nietverblijfs-gerechtigde gedetineerden : evoluties sinds de inwerkingtreding van de wet externe rechtspositie », *op. cit.*, p. 32.

(73) Voy. la loi du 30 juillet 2022 visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme II, *M.B.*, 8 août 2022, p. 61540.

(74) Voy. l'article 50 de la loi du 30 juillet 2022, *op. cit.*

(75) Voy. le projet de loi du 22 juin 2022 visant à rendre la justice plus humaine plus rapide et plus ferme II, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord.,

2021-2022, n° 55-2774/1, p. 65.

(76) Voy. l'article 52 de la loi du 30 juillet 2022, *op. cit.* Cet article modifie l'article 39 de la loi relative au statut juridique externe.

(77) Voy. *supra*.

(78) N. COLETTE-BASECQZ et P. JASPIS, « Chapitre V - La réforme de l'internement : regard sur quatre années d'application de la loi du 5 mai 2014 », in H. BOSLY et C. DE VALKENNEER (dir.), *Actualités en droit de l'exécution des peines et de l'internement*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 277.

(79) Voy. l'article 28 de la loi relative à l'internement.

(80) Voy. l'article 36 de la loi relative

à l'internement.

(81) La chambre de protection sociale est la chambre du tribunal de l'application des peines exclusivement compétente pour les affaires d'internement. Voy. l'article 3, 6°, de la loi relative à l'internement.

(82) Cette contre-indication relative aux possibilités insuffisantes d'avoir un hébergement a été abrogée par la loi du 5 mai 2019 portant des dispositions diverses en matière pénale et en matière de cultes, et modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et le Code pénal social, *M.B.*, 24 mai 2019.

(83) Projet de loi du 6 février 2019 portant des dispositions diverses en

matière pénale et en matière de cultes, *Doc. parl.*, Chambre, n° 54 - 3515/001 p. 259.

(84) Bruxelles, 23 février 2021, RG n° 19/0876/PL

(85) N. COLETTE-BASECQZ et P. JASPIS, « Chapitre V - La réforme de l'internement : regard sur quatre années d'application de la loi du 5 mai 2014 », *op. cit.*, p. 276.

(86) T.A.P. Bruxelles, ch. prot. soc., 29 juin 2021, RG n° 16/1625 PL. La cellule rapatriement de l'Office des étrangers s'était par ailleurs engagée à suivre son rapatriement à l'étranger.

Les avocats et magistrats entendus dans le cadre de nos recherches nous rapportent toutefois tous que ce service *Special Needs*, composé d'une seule personne, est surchargé et que les difficultés rencontrées en pratique dans l'organisation d'une prise en charge à l'étranger empêchent bien souvent l'octroi de cette modalité. L'organisation de cette prise en charge dépend alors essentiellement de la famille, s'il y en a une, et/ou de l'avocat de l'interné.

À cela, il faut ajouter les mêmes empêchements à l'octroi d'une libération en vue de l'éloignement que ceux mis en avant ci-dessus pour les condamnés, à savoir les empêchements liés à l'absence d'identification de la personne concernée, au manque de collaboration des autorités du pays où l'étranger souhaite être éloigné ou encore au refus de la personne concernée d'être éloignée⁸⁷. L'éloignement peut également être empêché car contraire au respect dû aux droits fondamentaux⁸⁸.

2 L'accès restreint aux modalités d'exécution de la peine ou de l'internement, en principe, accessibles à tous les condamnés et internés

Il faut distinguer, parmi les étrangers condamnés, la situation des condamnés à une peine de plus de trois ans dont l'accessibilité à des modalités d'exécution de la peine est régie par la loi (A) et la situation des condamnés à une peine égale ou inférieure à trois ans dont l'accessibilité à des modalités d'exécution de la peine est toujours partiellement régie par l'exécutif (circulaires ministérielles, lettres collectives ou autres instructions)⁸⁹ (B). Nous analyserons ensuite l'accès des internés aux modalités d'exécution d'une décision d'internement à exécuter sur le territoire belge (C)⁹⁰.

A. Du côté des condamnés à une peine de plus de trois ans non autorisés au séjour : un accès restreint, en pratique, aux modalités d'exécution de la peine

Les dispositions de la loi relative au statut juridique externe, actuellement en vigueur, prévoient la possibilité pour les condamnés à une peine de plus de trois ans d'emprisonnement de bénéficier de différentes modalités d'exécution de la peine qui peuvent être exécutées sur le territoire belge, à savoir : des permissions de sortie⁹¹, des congés pénitentiaires⁹², un placement en maison de transition⁹³, une mesure de surveillance électronique⁹⁴, une détention limitée⁹⁵, la libération provisoire pour raisons médicales⁹⁶, ou encore une libération conditionnelle⁹⁷.

L'octroi de permissions de sortie, de congés et d'un placement en maison de transition relève, en règle, de l'exécutif⁹⁸. Le condamné pourra prétendre à l'octroi de ces modalités moyennant le respect de conditions de temps et l'absence de contre-indications, celles-ci portant sur le risque qu'il se soustraie à l'exécution de sa peine, qu'il commette des infractions graves ou qu'il importune les victimes⁹⁹.

L'octroi d'une surveillance électronique, d'une détention limitée ou d'une libération conditionnelle dépend du tribunal de l'application des peines qui apprécie, au cas par cas, à la demande du condamné, s'il satisfait aux conditions de temps fixées par la loi et ne présente pas de contre-indications, celles-ci portant sur « l'absence de perspectives de réinsertion sociale du condamné, le risque de perpétration de nouvelles infractions graves, le risque que le condamné importune les victimes, l'attitude du condamné à l'égard des victimes ainsi que les efforts consentis par le condamné pour indemniser la partie civile »¹⁰⁰.

L'accès des étrangers non autorisés ou habilités à séjourner sur le territoire à ces modalités d'exécution de la peine a fait l'objet de nombreux questionnements jurisprudentiels et rebondissements législatifs au cours de la dernière décennie.

La Cour de cassation a, d'abord, été saisie, à diverses reprises, de la légalité de décisions rendues par des tribunaux de l'application des peines, certaines juridictions refusant, de manière absolue, d'octroyer des modalités d'exécution de la peine à exécuter sur le territoire belge à des étrangers en séjour irrégulier au motif que l'illégalité du séjour

(87) Voy. pour des décisions illustrant ces difficultés : N. COLETTE-BASECQZ et P. JASPIS, « Chapitre V - La réforme de l'internement : regard sur quatre années d'application de la loi du 5 mai 2014 », *op. cit.*, pp. 276-277.

(88) Voy. parmi d'autres, à cet égard, la décision *Savran c. Danemark* (C.E.D.H., gr. ch., 7 décembre 2021, *Savran c. Danemark*) aux termes de laquelle la Cour européenne des droits de l'homme juge contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme le renvoi d'un étranger gravement malade vers son pays d'origine. Voy. notre commentaire de cette décision : C. MACQ, « L'éloignement d'un étranger atteint d'une maladie mentale grave n'engendre pas un risque de traitements contraires à l'article 8 mais viole son droit à la vie privée : un arrêt en demi-teinte, reflet d'une Cour partagée », *Cahier de l'EDEM*, décembre 2021.

(89) Notons que l'entrée en vigueur de la loi relative au statut juridique externe pour ce qui concerne les condamnés à une peine n'excédant pas trois ans est fixée pour partie au 1^{er} septembre 2022 et pour partie au 1^{er} septembre 2023 (en vertu de la loi du 18 mai 2022 visant à reporter l'entrée en vigueur des dispositions relatives à l'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins, *M.B.*, 25 mai 2022, p. 44775.) Voy. M.-A. BEERNAERT, J.-F. FUNCK et O. NEDERLANDT, « L'entrée en vigueur du nouveau régime d'exécution des peines priva-

tives de liberté de trois ans ou moins : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *J.T.*, 2022, pp. 461-472.

(90) Précisons qu'à l'heure où nous finalisons cette contribution, la loi du 30 juillet 2022 visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme II vient tout juste d'être adoptée (*M.B.*, 8 août 2022). Cette loi introduit temporairement la possibilité pour les directeurs de prison d'octroyer une mesure de libération anticipée aux condamnés à une peine privative de liberté, quelle qu'en soit la durée, 6 mois avant la fin de la partie exécutoire de leur peine (articles 63 à 66). Le législateur a toutefois exclu, expressément et de manière absolue, certains condamnés du bénéfice de cette mesure, notamment les condamnés sans droit de séjour. Voy. *supra* sur les difficultés que cela soulève.

(91) La permission de sortie permet au condamné de quitter la prison pour une période n'excédant pas seize heures. Elle peut être accordée à tout moment de la détention, notamment, pour des raisons familiales, professionnelles, juridiques ou médicales. Le détenu peut par ailleurs bénéficier de permissions de sortie en vue de préparer sa réinsertion à partir de deux ans avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle. Voy. les articles 4 et 5 de la loi relative au statut juridique externe.

(92) Le congé pénitentiaire permet au condamné qui se trouve dans l'année précédant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle de quitter la prison trois fois trente-six

heures par trimestre en vue de préserver et favoriser ses contacts familiaux, affectifs et sociaux et de préparer sa réinsertion sociale. Voy. les articles 6 et 7 de la loi relative au statut juridique externe.

(93) Le placement en maison de transition est une forme de détention sous laquelle le condamné subit, au plus tôt dix-huit mois avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, une partie de sa peine privative de liberté dans une structure de petite taille et sur la base d'un plan de placement. Voy. l'article 91 de la loi relative au statut juridique externe.

(94) 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 de seize heures maximums par jour. Elle peut être accordée au plus tôt six mois avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle en vue de lui permettre de défendre des intérêts professionnels, de formation ou familiaux qui requièrent sa présence hors de la prison. Voy. l'article 21 de la loi relative au statut juridique externe.

(95) La surveillance électronique est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné subit une partie de sa peine en dehors de la prison, selon un plan d'exécution déterminé, dont le respect est contrôlé notamment par des moyens électroniques. Il peut en bénéficier au plus tôt six mois avant la date d'admissibilité à la libération conditionnelle. Voy. l'article 22 de la

loi relative au statut juridique externe.

(96) Articles 72 à 74 de la loi relative au statut juridique externe.

(97) La libération conditionnelle est un mode d'exécution de la peine privative de liberté par lequel le condamné subit sa peine hors de la prison, moyennant le respect des conditions qui lui sont imposées pendant un délai d'épreuve déterminé. Elle peut être octroyée au condamné ayant déjà effectué une partie déterminée de sa peine, fixée à un tiers en principe (même si, dans certains cas, ce seuil est plus élevé : voy.

l'article 25, § 2, de la loi relative au statut juridique externe). Le seuil des deux-tiers normalement prévu pour les condamnés en état de récidive n'est par contre plus appliqué à l'heure actuelle, ce seuil ayant été jugé discriminatoire (voy. C. const., 18 décembre 2014, arrêt n° 185/2014 ; C. const., 26 juillet 2017, arrêt n° 102/2017 ; C. const., 7 février 2018, arrêt n° 15/2018 ; Cass., 3 novembre 2021, RG n° P.21.1302.F).

(98) Le tribunal de l'application des peines pourrait aussi octroyer ces modalités, mais uniquement à titre exceptionnel dans le cas où c'est nécessaire pour permettre à court terme l'octroi d'une modalité sollicitée devant lui. Voy. l'article 59 de la loi relative au statut juridique externe.

(99) Voy. les articles 5, 7, et 9/2 de la loi relative au statut juridique externe.

(100) Article 47, § 2, de la loi relative au statut juridique externe.

entraîne nécessairement une absence de perspectives de reclassement sur le territoire belge¹⁰¹. La Cour, a, au fil de ses arrêts, développé une jurisprudence « double face » en la matière.

D'un côté, elle a rappelé à plusieurs reprises que les étrangers non autorisés à séjourner sur le territoire belge ne peuvent *de facto* être exclus de l'accès à ces modalités, confirmant la possibilité pour ceux-ci d'en bénéficier. La Cour de cassation a ainsi précisé, aux termes d'un arrêt rendu le 20 janvier 2009, qu'aucune disposition de la loi sur le statut juridique externe ne fait d'une résidence légale ininterrompue en Belgique une condition de recevabilité d'une demande de détention limitée¹⁰². Par analogie, cet argument s'étend également aux autres dispositions de la loi sur le statut juridique externe¹⁰³.

De l'autre côté, elle a admis, à plusieurs reprises, que l'illégalité du séjour puisse constituer un obstacle dirimant à l'octroi de ces modalités d'exécution de la peine. S'appuyant sur le fait que l'absence de perspectives de réinsertion sociale constitue une contre-indication sur la base de laquelle le tribunal de l'application des peines peut refuser d'accorder une modalité d'exécution de la peine, la Cour de cassation a validé le fait que l'absence de ces perspectives puisse être considérée comme inhérentes au séjour illégal. En ce sens, la Cour de cassation a jugé en 2011 que la libération conditionnelle « ne peut être appliquée lorsqu'il n'est pas possible d'octroyer une mesure visant la réinsertion en Belgique car le délinquant n'a pas le droit de résider dans le Royaume »¹⁰⁴. Dans le même sens, elle avait déjà considéré, aux termes d'un arrêt du 3 mars 2009, que, dans le cadre d'une demande de surveillance électronique, l'absence de perspectives de réinsertion sociale résultait de l'absence d'un droit de séjour¹⁰⁵. Ainsi elle conclut, aux termes de cet arrêt, au fait que « le juge de l'exécution des peines ne fait pas preuve de partialité en refusant la surveillance électronique au motif qu'en l'absence de droit de séjour, il n'existe aucune perspective d'avenir pour le plaignant ».

En pratique, Olivia Nederlandt note, pour la période antérieure à 2016, que « bien que la loi n'interdise pas l'octroi de modalités à des personnes étrangères sans titre de séjour, (...) l'absence de titre de séjour va généralement conduire au rejet des modalités, tant de la part de la direction générale des établissements pénitentiaires que des tribunaux de l'application des peines. Ainsi la majorité des tribunaux de l'application des peines, à savoir les chambres néerlandophones et une chambre francophone, appliquaient jusqu'en 2016 une logique "binaire" »¹⁰⁶. Partant du postulat que seules les personnes condamnées ayant un titre de séjour peuvent se réinsérer en Belgique, tandis que celles qui n'ont pas de titre de séjour se réinséreront dans leur pays d'origine via la libération en vue de l'éloignement du territoire, ils n'octroyaient aucune de ces modalités aux condamnés sans droit de séjour, sauf des permissions de sortie visant à régulariser leur situation. Les quatre autres chambres francophones « octroyaient, mais avec parcimonie pour la majorité d'entre elles, des modalités aux condamnés pouvant attester de possibilités de régularisation ou afin de faire des démarches en vue de leur régularisation »¹⁰⁷.

La loi du 5 février 2016 a ensuite coupé court à toute discussion en excluant de manière absolue les condamnés non autorisés ou habilités au séjour du bénéfice de la majorité des modalités d'exécution de la

peine¹⁰⁸. Les seules modalités qui restaient accessibles à cette catégorie de condamnés consistaient en des permissions de sortie occasionnelles « accordées afin de défendre des intérêts sociaux, moraux, juridiques, familiaux, de formation ou professionnels qui requièrent sa présence hors de la prison ou de subir un examen ou un traitement médical en dehors de la prison »¹⁰⁹, la libération provisoire pour raisons médicales¹¹⁰, ou une mise en liberté provisoire en vue d'un éloignement du territoire¹¹¹. Ces dispositions n'ont toutefois eu une durée de vie que limitée puisqu'elles ont ensuite été annulées par la Cour constitutionnelle par arrêt du 21 décembre 2017¹¹² pour des raisons qui seront explicitées ci-après.

L'adoption de ces dispositions faisait suite aux intentions communiquées par le ministre de la Justice alors en fonction, dans son plan justice, de « réformer la législation de manière à dégager autant que possible une complémentarité avec la politique migratoire et de retour et les décisions de l'Office des étrangers »¹¹³. Le ministre estimait en ce sens que « si la réhabilitation et la réinsertion sociale devaient à nouveau recevoir la priorité dans l'exécution des peines d'emprisonnement, cela n'était pas valable pour les détenus sans titre de séjour qui doivent, quant à eux, impérativement quitter la Belgique »¹¹⁴.

L'avant-projet de loi avait fait l'objet de vives critiques par le Conseil d'État. Il critiquait la pertinence de la différence de traitement générée par ces dispositions entre étrangers condamnés non autorisés au séjour et les autres catégories de condamnés eu égard à l'objectif qu'elles poursuivent dès lors que les modalités d'exécution de la peine visées pouvaient déjà, en l'état actuel du droit, être refusées en présence de contre-indications¹¹⁵. Il invitait, dès lors, le législateur, à « mieux justifier, en ce qui concerne chaque type de modalité d'exécution de la peine pris séparément, en quoi une différence de traitement est pertinente et proportionnelle au regard de l'objectif poursuivi et en quoi il est nécessaire d'instaurer une impossibilité absolue d'octroi de modalités d'exécution de la peine »¹¹⁶. La doctrine s'est également montrée très critique à l'égard de ces dispositions soulignant leur caractère attentatoire aux droits fondamentaux¹¹⁷ et déplorant le fait qu'elles aient pour effet de priver l'étranger de manière absolue de toute préparation d'une réinsertion, que celle-ci ait lieu en Belgique ou à l'étranger. Ainsi, les étrangers susceptibles d'être régularisés ou inéligibles sont empêchés de manière absolue de préparer une réinsertion sur le territoire belge alors qu'ils y demeureront à terme¹¹⁸ et ceux qui seront à terme éloignés se voient privés de toute possibilité de préparer leur réinsertion alors que des modalités d'exécution de la peine peuvent permettre de préparer une réinsertion, même dans le cas où celle-ci doit avoir lieu à l'étranger¹¹⁹.

La Cour constitutionnelle a mis fin à cette situation en annulant lesdites dispositions par arrêt du 21 décembre 2017¹²⁰. Aux termes de cet arrêt, elle juge ces dispositions contraires aux principes d'égalité et de non-discrimination car générant une différence de traitement non proportionnée à l'objectif poursuivi. La Cour souligne, dans son arrêt, le fait que ces dispositions ont pour effet de priver tous les étrangers dont la présence sur le territoire n'est pas couverte par une autorisation de séjour au moment où ils en font la demande, « quels que soient les faits qu'ils ont commis, la peine prononcée à leur égard, leur comportement depuis leur incarcération, l'historique de leur situation adminis-

(101) L. BREULS et E. VANNIEUWENHUYSEN, « De vrijlatingsprocedures voor nietverblijfsrechtelijke gedetineerden : evoluties sinds de inwerkingtreding van de Wet Externe Rechtspositie », *op. cit.*, p. 30.

(102) Cass., 20 janvier 2009, RG n° P.08.1930.N.

(103) L. BREULS et E. VANNIEUWENHUYSEN, « De vrijlatingsprocedures voor nietverblijfsrechtelijke gedetineerden : evoluties sinds de inwerkingtreding van de Wet Externe Rechtspositie », *op. cit.*, p. 30.

(104) Cass., 25 janvier 2011, RG n° P.10.2053.N.

(105) Cass., 3 mars 2009, RG n° P.09.0207.N.

(106) O. NEDERLANDT, *Les juges de l'application des peines face à la réinsertion des personnes condamnées. Une immersion dans la fabrique législative et la pratique judiciaire du droit*

de l'exécution des peines privatives de liberté, Thèse de doctorat, 2020, UCLouvain, Saint-Louis Bruxelles, p. 609.

(107) *Ibidem*, p. 610. Pour des illustrations issues de la jurisprudence des tribunaux de l'application des peines francophones, voy. O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines en réforme. La réinsertion, un horizon toujours plus lointain ? », *Rev. dr. pén.*, 2016, n° 11, pp. 1036-1037.

(108) Articles 148, 153 et 163 de la loi du 5 février 2016.

(109) Par application de l'art. 4, § 2, de la loi relative au statut juridique externe. Cette possibilité de bénéficiaire de permissions de sortie avait initialement été supprimée. Elle a été réintroduite à la suite des critiques émises par le Conseil d'État dans son avis sur l'avant-projet de loi (projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des disposi-

tions diverses en matière de justice, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2015-2016, n° 54-1418/001, pp. 282-285 ci-après « avis du Conseil d'État »).

(110) Articles 72 à 74 de la loi relative au statut juridique externe.

(111) Article 25/3, § 1^{er}, de la loi relative au statut juridique externe.

(112) C. const., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017, *voy. infra*.

(113) Plan Justice du ministre de la Justice (p. 50), *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2014-2015, n° 54-1019/001, p. 244.

(114) Plan Justice du ministre de la Justice (p. 37), *op. cit.*, p. 231.

(115) Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2015-2016, n° 54-1418/001, p. 284.

(116) *Ibidem*.

(117) O. NEDERLANDT, « L'exécution des peines : peut-on conditionner la réinsertion à l'existence d'un titre de

séjour ? », *J.T.*, 2016, p. 436.

(118) F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », *op. cit.*, pp. 142-143.

(119) M.-A. BEERNAERT, « L'individualisation dans le prononcé et l'exécution de la peine : machine arrière toute ? », *op. cit.*, p. 193.

(120) C. const., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017, B.85.1 et s., *J.T.*, 2018, p. 97, *Rev. dr. pén.*, 2018, p. 455, note E. DELHAISE et O. NEDERLANDT, « Légiférer coûte que coûte ? », pp. 541-566 ; *Voy. également* : M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La Cour constitutionnelle recadre le législateur "pot-pourri" », *J.T.*, 2018, pp. 81-96.

trative de séjour, leurs attaches familiales en Belgique et la possibilité d'éloignement en ce qui les concerne »¹²¹. Regrettant que « par leur caractère absolu et automatique, (ces dispositions) 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 », la Cour conclut au fait 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 (...) le législateur a pris une mesure disproportionnée »¹²².

Il résulte de cet arrêt que l'absence de titre de séjour ne peut constituer une contre-indication à l'octroi de modalités d'exécution de la peine¹²³. Il appartient au tribunal de l'application des peines d'examiner la possibilité d'accorder une telle modalité à l'étranger sans titre de séjour qui la demande, en vue de lui permettre de préparer sa réinsertion ou de maintenir des liens familiaux, affectifs et sociaux, de manière individuelle et en prenant en considération la situation administrative, familiale et sociale concrète de l'étranger¹²⁴.

En pratique, depuis cet arrêt, des modalités d'exécution de la peine sont à nouveau octroyées à des étrangers ne disposant pas de titre de séjour. Pour exemple, le tribunal de l'application des peines de Mons a octroyé, en date du 30 juillet 2021, une mesure de surveillance électronique à une personne de nationalité algérienne ne disposant pas de droit au séjour, son droit de séjour lui ayant été retiré malgré des attaches fortes sur le territoire belge, son ex-femme et ses deux filles y résidant légalement¹²⁵. Celui-ci avait la possibilité d'être accueilli et soutenu financièrement par son frère et sa belle-sœur. Une enquête sociale avait confirmé cette possibilité et des congés avaient été préalablement exécutés avec succès dans ce lieu d'accueil. Le tribunal note, par ailleurs, la possibilité pour l'intéressé de bénéficier d'un suivi psychologique et de poursuivre un bénévolat sur le territoire belge. Le tribunal octroie dès lors une mesure de surveillance électronique à l'intéressé nonobstant son statut de séjour aux motifs que « même si la situation de séjour est précaire, cette circonstance ne constitue pas en soi un obstacle à l'octroi de la mesure sollicitée dès lors notamment que le condamné a mis en place un plan de reclassement concret, réaliste et adapté à sa situation qui ne lui permet pas de travailler ni d'avoir accès à une formation ». De même, une autre décision d'octroi d'une surveillance électronique avait été prise par le tribunal de l'application des peines de Mons au mois de février 2021 à l'égard d'un étranger à qui l'on avait retiré le droit de séjour¹²⁶. Celui-ci avait également un projet de bénévolat, un suivi psychologique et pouvait être accueilli par sa compagne.

Le tribunal de l'application des peines de Bruxelles a rendu des décisions allant dans le même sens à l'égard d'étrangers dont le droit au séjour avait été retiré mais qui bénéficiaient de possibilités d'accueil chez des proches, d'un suivi psychologique et d'un projet occupationnel prenant la forme d'un bénévolat¹²⁷. L'un de ces jugements octroie la surveillance électronique, à un étranger à qui avait été délivré un ordre de quitter le territoire assorti d'une interdiction d'entrée d'une durée de 15 ans sur le territoire belge, décision qui n'était plus susceptible de recours¹²⁸. Le tribunal constate que l'intéressé est incarcéré depuis 5 ans et que « la date d'expiration de ses peines approche ». Il ajoute : « il présente aujourd'hui un projet de reclassement qui paraît cohérent au sein de sa famille qui demeure en Belgique. Les éléments relevés ci-dessus semblent indiquer qu'il souhaite tourner le dos à son passé délinquant et se réinsérer positivement. Le tribunal estime qu'il

faut tirer profit de cette opportunité et permettre à l'intéressé de préparer sa libération par le biais d'une mesure transitoire telle que la surveillance électronique et ainsi, de favoriser la mise en place de repères stables et solides ». Le tribunal lui octroie dès lors la surveillance électronique.

Les magistrats rencontrés dans le cadre de nos recherches admettent toutefois que les décisions octroyant des modalités d'exécution de la peine à exécuter sur le territoire belge à l'égard d'étrangers privés de droit de séjour restent peu nombreuses.

Ceci peut s'expliquer, premièrement, par le fait que la prise de décision est, dans nombre de cas, empêchée ou retardée par la difficulté pour les magistrats d'obtenir des informations sur la situation de séjour de l'étranger et de les décrypter. Les magistrats des tribunaux de l'application des peines ne sont pas formés en droit des étrangers et ont beaucoup de difficultés à apprécier les perspectives de régularisation d'un étranger en cours de procédure et les effets de l'introduction de procédures ou de recours contre une décision de refus ou de retrait de séjour sur la situation de séjour de l'étranger. En pratique, ils ne reçoivent des informations de l'Office des étrangers que via le dossier judiciaire intégré et la banque de données *Sidis Suite*. Ces informations ne sont pas toujours encodées par l'Office des étrangers et, dans tous les cas, sont assez lacunaires puisque l'Office des étrangers se contente d'indiquer si l'intéressé a droit au séjour, n'a pas droit au séjour ou si des procédures sont en cours. La loi du 15 décembre 1980 et les circulaires ministérielles prévoient des échanges d'informations quant à l'évolution de la situation de séjour entre l'établissement pénitentiaire et l'Office des étrangers¹²⁹ mais rien n'est prévu en termes d'échanges d'informations avec le pouvoir judiciaire. Les magistrats s'appuient dès lors sur les informations obtenues par le ministère public auprès de l'Office des étrangers ou de la prison ou sur les informations rapportées par les avocats, eux-mêmes trop peu souvent formés à la matière du droit des étrangers¹³⁰.

Le peu de décisions octroyant des modalités d'exécution de la peine à exécuter sur le territoire belge à l'égard d'étrangers non autorisés au séjour peut, deuxièmement, s'expliquer par l'association que certains tribunaux de l'application des peines continuent d'opérer automatiquement entre illégalité du séjour et absence de perspective de reclassement. En outre, lorsqu'une appréciation des perspectives de réinsertion sociale est effectuée *in concreto*, les tribunaux de l'application des peines se trouvent confrontés à la difficulté pour ces étrangers non autorisés au séjour de proposer un plan de reclassement incluant un projet occupationnel et des sources de revenus suffisantes en raison du fait que ces étrangers ne sont pas autorisés à travailler légalement et n'ont pas accès à l'aide sociale¹³¹. Les tribunaux de l'application des peines considèrent que, de cette exclusion de droits, découle un risque de récidive qui constitue une contre-indication à l'accès à ce type de mesures. Ceci les conduit, en pratique, à octroyer des modalités d'exécution de la peine aux seuls étrangers bénéficiant de soutiens à l'extérieur.

Par ailleurs, on peut relever aussi que les services psychosociaux n'offrent qu'un suivi limité aux étrangers en séjour irrégulier et n'assurent pas de la même manière que pour les autres condamnés, leur évaluation, leur suivi et la préparation de leur plan de reclassement, parce qu'ils partent encore du postulat qu'ils ne pourront pas être réinsérés sur le territoire belge. Le service psychosocial¹³² (SPS) qui est tenu de rendre un rapport psychosocial permettant une évaluation des perspectives de réinsertion et du risque de récidive ne rend que des rapports sommaires pour les étrangers en séjour irrégulier¹³³. Le ma-

(121) C. const., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017, B.90.2.

(122) C. const., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017, B.90.3.

(123) Comme mentionné ci-dessus, la loi du 30 juillet 2022 qui introduit la possibilité de bénéficier d'une mesure de libération anticipée 6 mois avant la fin de la partie exécutoire d'une peine privative de liberté quelle qu'en soit la durée, exclut de manière absolue et automatique du bénéfice de cette mesure certains condamnés, en ce compris les condamnés sans droit de séjour. Cette exclusion automatique des condamnés sans droit de séjour pose question au regard de la jurispru-

dence de la Cour constitutionnelle et des développements repris dans son arrêt du 21 décembre 2017. On peut, à l'image des requérants dans cette affaire, s'interroger sur le caractère proportionné de cette exclusion dès lors que celle-ci a, à nouveau, pour effet de priver les condamnés sans droit de séjour de manière absolue d'une mesure accessible aux autres condamnés, peu importe leur situation administrative, familiale ou sociale.

(124) Voy. la 80^e chambre du T.A.P. de Bruxelles tirant ces conclusions de l'arrêt de la Cour constitutionnelle aux termes d'un jugement du 12 juillet 2021, RG n° 21/534/SE.

(125) T.A.P. Mons, 31 juillet 2021, RG n° 21/00324-SE2.

(126) T.A.P. Mons, 25 février 2021, RG n° 20/00812-SE.

(127) T.A.P. Bruxelles, 80^e ch., 27 janvier 2020, RG n° 19/537/SE.

(128) T.A.P. Bruxelles, 80^e ch., 12 juillet 2021, RG, n° 21/534/SE.

(129) Voy. supra.

(130) Il est intéressant de souligner que des initiatives ont été prises en ce sens, notamment par l'ULB qui a organisé au début de cette année 2022 une formation sous forme de *trip-tique* « l'étranger face au droit pénal » à l'attention des pénalistes.

(131) L'article 57, § 2, de la loi organique des CPAS limite l'aide sociale à

laquelle ils peuvent avoir accès à l'aide médicale urgente (loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale, *M.B.*, 5 août 1976, p. 9876).

(132) Il s'agit d'un service composé d'assistants sociaux et de psychologues, qui travaille au sein de la prison et dépend de la Direction générale des établissements pénitentiaires (qui dépend elle-même du SPF Justice).

(133) Voy. SPF Justice - Direction générale des établissements pénitentiaires, instructions de service SPS, gestion des détenus et statut externe, 2017. Ces instructions prévoient que, pour les étrangers qui ne sont pas en ordre de séjour, il n'y a pas lieu de ré-

gistrat du tribunal de l'application des peines peut alors se retrouver, en l'absence d'investigations approfondies, dans l'impossibilité d'évaluer à suffisance les perspectives de réinsertion et le risque de récidive.

Enfin, le peu de décisions d'octroi de modalités à exécuter sur le territoire belge à l'égard de condamnés non autorisés au séjour peut aussi s'expliquer par le fait que la contre-indication relative aux efforts d'indemnisation consentis par rapport aux victimes est appréciée de manière stricte par les tribunaux de l'application des peines, en raison du risque accru de perdre la trace de ces condamnés à leur sortie et de la difficulté de garantir ensuite le suivi de l'indemnisation des victimes¹³⁴.

B. Du côté des condamnés non autorisés au séjour dont le total de la peine à exécuter ne dépasse pas trois ans : un accès restreint en théorie et en pratique aux modalités d'exécution de la peine

1. L'accès à des aménagements de peine organisés par l'exécutif

Jusqu'à tout récemment, les modalités accessibles aux condamnés à des peines de trois ans ou moins étaient exclusivement organisées par l'exécutif et consistaient principalement en la surveillance électronique et la libération provisoire.

Comme expliqué plus haut, ce régime est toutefois en cours de modification, puisque les condamnés à des peines de plus de deux ans se voient désormais appliquer la loi relative au statut juridique externe et relèvent de la compétence du juge de l'application des peines (depuis le 1^{er} septembre 2022) et qu'il devrait en aller de même d'ici un an (à partir du 1^{er} septembre 2023) pour les condamnés à des peines n'excédant pas deux ans.

Jusqu'à l'entrée en vigueur complète des dispositions de la loi relative au statut juridique externe, la possibilité d'exécuter la peine sous surveillance électronique reste, encore, à l'égard de certains condamnés, réglementée par la circulaire ministérielle n° ET/SE-2 du 17 juillet 2013¹³⁵. Cette circulaire prévoit expressément que le condamné, ressortissant de pays tiers, en séjour illégal ne peut en bénéficier. On peut lire en page 4 de la circulaire que la surveillance électronique ne peut être octroyée à une personne de nationalité étrangère que « si l'étranger condamné séjourne légalement en Belgique ou s'il est en possession d'un passeport en cours de validité comme ressortissant d'un pays de l'Union européenne ou de l'espace Schengen »¹³⁶. *A contrario*, « s'il ne remplit pas ces conditions de séjour, il n'entre pas dans le champ d'application de cette circulaire et la peine sera subie en prison ».

En dehors des congés et des permissions de sortie, la seule modalité d'exécution de la peine accessible, en vertu des textes pris par l'exécutif, à l'étranger non autorisé au séjour est, par conséquent, la libéra-

tion provisoire. Or, la libération provisoire est soumise à des conditions de temps plus strictes que la surveillance électronique. Pour la majorité des condamnés, la surveillance électronique peut en effet, moyennant le respect de certaines conditions, être octroyée dès l'incarcération avec la conséquence que le détenu peut immédiatement quitter la prison¹³⁷. La libération provisoire ne peut, quant à elle, être octroyée, pour la majorité des condamnés, qu'après que le détenu a exécuté une partie de sa peine¹³⁸. Ainsi l'étranger en séjour illégal exécutera, dans la majorité des cas, une partie de la peine d'emprisonnement à laquelle il est condamné en prison, là où un condamné en ordre de séjour pourra, dans la majorité des cas, être libéré immédiatement en vue d'un placement sous bracelet électronique.

Par ailleurs, s'il est condamné à une peine de plus d'un an d'emprisonnement, il lui sera plus difficile d'obtenir d'être libéré provisoirement en raison de sa situation de séjour précaire. Pour les condamnés à une peine de moins d'un an, la libération provisoire est automatique une fois les conditions de temps atteintes pour en bénéficier¹³⁹. Pour les condamnés à une peine de plus d'un an, par contre, la libération provisoire est soumise à l'examen des contre-indications portant sur l'impossibilité pour le condamné de subvenir à ses besoins matériels (hébergement, moyens de subsistance) et le risque manifeste pour l'intégrité physique de tiers. En pratique, la nécessité de bénéficier de moyens de subsistance est de nature à empêcher dans nombre de cas aux condamnés qui ne sont pas autorisés au séjour de bénéficier d'une libération provisoire, ceux-ci n'ayant pas droit à la sécurité sociale, ni le droit à travailler et donc peu de chance de pouvoir subvenir par eux-mêmes à leurs besoins¹⁴⁰.

Précisons par ailleurs que les condamnés non autorisés au séjour peuvent accéder à la libération provisoire aux conditions générales fixées par la circulaire, excepté dans le cas où un ordre de quitter le territoire a été pris à leur encontre. Dans ce cas, la libération provisoire ne sera accordée qu'en vue d'un éloignement du territoire¹⁴¹.

En pratique, mis à part la libération provisoire automatique applicable aux condamnés à une peine de moins d'un an qui ne font pas l'objet d'une mesure d'éloignement, les condamnés non autorisés au séjour condamnés à de petites peines ont très peu de chance de bénéficier d'une libération provisoire. Leur seule porte de sortie consiste alors à être libérés provisoirement ou de manière anticipée en vue de l'éloignement. Comme nous l'avons vu précédemment, tous les condamnés non autorisés au séjour ne pourront toutefois pas bénéficier de ces libérations en vue de l'éloignement. Or, en l'absence d'accès à ces modalités, ils n'auront d'autre choix que d'exécuter en prison l'entièreté de leur peine, aussi courte soit-elle. À cela, il faut ajouter le fait que les étrangers en séjour irrégulier poursuivis pour des délits mineurs ont plus de (mal)chance d'être condamnés à une peine de prison ferme que les autres condamnés¹⁴². V. Spronck, directeur de la prison de Mons, soulignait, récemment, à cet égard, combien désespérante était

aliser des investigations psychosociales. Le canevas à utiliser est la « note en vue de libération provisoire en vue d'éloignement/de remise » (p. 17). Cette note « ne nécessite ni investigation ni avis ». La note reprend les rubriques suivantes : « Milieu d'accueil dans le pays de retour et qualité des attaches en Belgique ; Source des revenus & Activités professionnelles/occupationnelles (au sens large) ; Efforts pour l'indemnisation des parties civiles (p. 21) ».

(134) Voy. *supra* les décisions reprenant les raisonnements suivis par les tribunaux de l'application des peines dans le cadre de l'évaluation de ces efforts en cas de libération en vue de l'éloignement.

(135) Circulaire ministérielle n° ET/SE-2 du 17 juillet 2013, ayant pour objet la « réglementation de la surveillance électronique en tant que modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement lorsque l'ensemble des peines en exécution n'excède pas trois ans d'emprisonnement », entrée en vigueur le 18 juillet 2013, modifiée par

la circulaire n° ET/SE-2bis du 26 novembre 2015, entrée en vigueur le 27 novembre 2015, par la circulaire n° ET/SE-2ter du 29 avril 2016, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2016, et par la circulaire n° ET/SE-2quater du 4 juillet 2017, entrée en vigueur le même jour, toutes ayant le même objet. Voy. aussi la lettre collective n° 138 du 29 avril 2016 de la DG EPI qui rend applicable la circulaire n° ET/SE-2 aux condamnés qui subissent l'emprisonnement subsidiaire à une peine de probation autonome.

(136) Une liste des pays de l'Union européenne ou de l'espace Schengen est à consulter sur le site web de l'Office des étrangers : <http://dofi.ibz.be>.

(137) Voy. M.-A. BEERNAERT, J.-F. FUNCK et O. NEDERLANDT, « L'entrée en vigueur du nouveau régime d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *op. cit.* : « Pour la majorité des condamnés à des peines jusqu'à trois ans, la décision d'octroi de la surveillance électronique est prise par la direction de la prison, im-

mediatement après leur incarcération ou dès que la condamnation est passée en force de chose jugée, les condamnés étant ensuite mis en interruption de peine — c'est-à-dire, concrètement, libérés — dans l'attente de l'activation du dispositif électronique ».

(138) Ces seuils sont actuellement fixés par la circulaire 1815bis, précitée, à lire en combinaison avec les instructions ministérielles du 16 mai 2017. Ces textes prévoient que le condamné à une peine de 4 mois ou moins pourra être immédiatement libéré ; le condamné à une peine de plus de 4 mois et moins de 7 mois d'emprisonnement pourra être libéré après 1 mois ; le condamné à une peine de plus de 7 mois et moins d'un an d'emprisonnement pourra être libéré après 2 mois ; le condamné à une peine de plus d'un an à deux ans d'emprisonnement, pourra être libéré après 4 mois et le condamné à une peine de plus de deux ans d'emprisonnement pourra être libéré après 8 mois. « Des règles spécifiques sont applicables à l'égard des personnes condamnées qui su-

bissent une ou plusieurs peines d'emprisonnement subsidiaire(s) à une peine d'amende, de travail, de surveillance électronique ou de probation » ; voy., à cet égard, O. NEDERLANDT, « Actualités en droit de l'exécution des peines privatives de liberté : un état de crise permanent ? », in F. KUTY et C. GUILLAIN (coord.), *Actualités en droit pénal et exécution des peines*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 187 ; M.-A. BEERNAERT, *Manuel de droit pénitentiaire*, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2019, p. 283.

(139) Voy. la circulaire ministérielle n° 1817 du 15 juillet 2015 précitée, coordination officieuse au 24 décembre 2021.

(140) Voy. *supra*.

(141) Voy. *supra*.

(142) Voy. M. DE NANTEUIL, « Peines de travail pour les étrangers en séjour illégal : vers une application plus égalitaire des dispositions en matière de peines alternatives ? », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2022.

la situation de ces étrangers, bien souvent condamnés pour délits mineurs engorgeant les prisons déjà surpeuplées car forcés d'exécuter de petites peines¹⁴³.

2. L'accès aux modalités d'exécution de la peine relevant de la compétence du juge de l'application des peines

Dès l'entrée en vigueur de la loi relative au statut juridique externe à l'égard de ces condamnés à une peine de trois ans ou moins¹⁴⁴, l'octroi de modalités d'exécution de la peine dépendra du juge de l'application des peines. La loi prévoit que les personnes condamnées à des peines privatives de liberté dont le total en exécution ne dépasse pas trois ans peuvent se voir octroyer par le juge de l'application des peines exactement les mêmes mesures que celles que le tribunal de l'application des peines peut d'ores et déjà accorder aux personnes condamnées à plus de trois ans, à savoir : une détention limitée, une surveillance électronique, une libération conditionnelle ou une libération en vue de l'éloignement¹⁴⁵.

La loi du 5 février 2016 avait exclu les étrangers non habilités ou autorisés à séjourner sur le territoire de manière absolue de l'accès à ces modalités¹⁴⁶. Pour les mêmes raisons que celles ayant justifié l'annulation des dispositions excluant les condamnés à une peine de plus de trois ans de la majorité des modalités d'exécution de la peine, cette disposition a été annulée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 21 décembre 2017¹⁴⁷.

Pour les étrangers non autorisés au séjour, l'entrée en vigueur de cette loi signifie donc la possibilité d'accéder à nouveau à des modalités d'exécution de la peine à exécuter sur le territoire belge.

L'octroi de ces différentes mesures est subordonné par la loi à deux types de conditions : une condition de temps, d'une part, et une condition tenant à l'absence de contre-indications, de l'autre. La surveillance électronique et la libération conditionnelle ne peuvent être octroyées qu'en l'absence de contre-indications portant sur : le fait que le condamné n'a pas la possibilité de subvenir à ses besoins ; un risque manifeste pour l'intégrité physique de tiers ; le risque que le condamné importune les victimes ; l'attitude du condamné à l'égard des victimes des infractions qui ont donné lieu à sa condamnation ; les efforts consentis par le condamné pour indemniser la partie civile, compte tenu de la situation patrimoniale du condamné telle qu'elle a évolué par son fait depuis la perpétration des faits pour lesquels il a été condamné. Les mêmes contre-indications, à l'exception de la première, sont également applicables pour la détention limitée¹⁴⁸.

En pratique, les juges de l'application des peines risquent de faire face à certaines difficultés déjà rencontrées par les tribunaux de l'application des peines dans l'octroi de modalités aux étrangers en séjour illégal. Ainsi, les décisions risquent d'être retardées en cas d'absence d'informations claires quant à la situation de l'étranger, ce qui posera d'autant plus de difficultés que les délais entre l'incarcération de l'étranger en séjour irrégulier condamné à une courte peine et le moment où le juge de l'application des peines sera appelé à statuer seront plus courts. Les contre-indications applicables aux condamnés à une peine de trois ans

ou moins diffèrent toutefois sur deux points cruciaux qui permettent d'espérer que ces modalités puissent plus fréquemment être octroyées à ces condamnés. En effet, alors que l'illégalité du séjour empêche bien souvent l'accès à ces modalités en raison de l'absence de perspective de réinsertion sociale et du risque de récidive qui y est associé dans le cas des étrangers non autorisés au séjour et condamnés à une peine de plus de trois ans, « les personnes condamnées à des peines qui n'excèdent pas trois ans ne devront pas présenter de perspectives de réinsertion ni de plan de reclassement ; et, à leur égard, le risque de commission d'infractions graves n'est pas repris comme contre-indication, seul le risque "manifeste" de porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui devant être examiné »¹⁴⁹.

C. Du côté des internés : un accès restreint, en pratique, aux modalités d'exécution d'une mesure d'internement

L'octroi de modalités d'exécution d'une décision d'internement s'inscrit dans un parcours de soins visant, à terme, à réhabiliter la personne atteinte d'un trouble mental. L'article 2 de la loi relative à l'internement précise à cet égard que l'internement de personnes atteintes d'un trouble mental constitue une mesure de sûreté destinée non seulement « à protéger la société » mais également « à faire en sorte que soient dispensés à la personne internée les soins requis par son état en vue de sa réinsertion dans la société. ». Dans ce contexte, celle-ci doit se voir « proposer les soins dont elle a besoin pour mener une vie conforme à la dignité humaine. Ces soins doivent permettre à la personne internée de se réinsérer le mieux possible dans la société et sont dispensés — lorsque cela est indiqué et réalisable par le biais d'un trajet de soins de manière à être adaptés à la personne internée ».

L'octroi de modalités d'exécution d'une décision d'internement est de la compétence des chambres de protection sociale des tribunaux de l'application des peines. Ces différents modes d'exécution de l'internement peuvent être accordés par la chambre de protection sociale, à tout moment de l'exécution de l'internement, à l'interné qui satisfait aux conditions légales : l'octroi est de droit si l'interné répond à ces conditions¹⁵⁰.

La première étape de ce parcours peut, ou non, consister en le placement en milieu hospitalier sécurisé ou fermé. Le placement est la décision par laquelle la chambre de protection sociale désigne l'établissement dans lequel l'internement sera exécuté¹⁵¹.

Les internés placés ou détenus peuvent bénéficier de permissions de sortie et de congés pour autant qu'il n'existe pas de contre-indications portant sur le risque qu'ils ne se soustraient à l'exécution de l'internement, le risque qu'ils commettent des infractions durant ces modalités et le risque qu'ils importunent les victimes¹⁵². Ils peuvent, par ailleurs, bénéficier d'une détention limitée¹⁵³, d'une surveillance électronique¹⁵⁴ ou une libération à l'essai¹⁵⁵. L'octroi de ces modalités est soumis aux contre-indications suivantes : l'absence de perspectives de réinsertion sociale de la personne internée compte tenu de son trouble mental, le risque qu'elle commette des infractions, le risque qu'elle

(143) LA BRËCHE, « Le pénal un outil de politique migratoire. Entretien avec Vincent Spronck directeur de prison », n° 4, pp. 103-107.

(144) Sur les effets de l'entrée en vigueur du juge de l'application des peines voy. M.-A. BEERNAERT, J.-F. FUNCK et O. NEDERLANDT, « L'entrée en vigueur du nouveau régime d'exécution des peines privatives de liberté de trois ans ou moins : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *op. cit.*

(145) Sur la libération en vue de l'éloignement, voy. *supra*.

(146) Par l'article 153 de la loi du 5 février 2016, *op. cit.*, annulé par l'arrêt n° 148/2017 de la Cour constitutionnelle, *op. cit.*

(147) C. const., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017.

(148) Voy. l'article 28, § 1^{er}, de la loi relative au statut juridique externe.

(149) M.-A. BEERNAERT, J.-F. FUNCK et O. NEDERLANDT, « L'entrée en vigueur du nouveau régime d'exécution

des peines privatives de liberté de trois ans ou moins : faut-il s'en réjouir ou s'en inquiéter ? », *op. cit.*, p. 464.

(150) O. NEDERLANDT et F. VANSILLETTE, « L'exécution de la décision d'internement », in O. NEDERLANDT, N. COLETTE-BASECQZ, F. VANSILLETTE et Y. CARTUYVELS, *La loi de 2014 relative à l'internement. Nouvelle loi, nouveaux défis : vers une véritable politique de soins pour les internés ?*, la Charte - die Keure, Bruges, 2018, p. 251.

(151) Voy. l'article 19 de la loi relative à l'internement. Précisons qu'en Belgique, un certain nombre d'internés attendent leur placement de longs mois dans les annexes psychiatriques des prisons en raison du nombre de places insuffisant dans les lieux de placement fermés ou sécurisés alors que les annexes psychiatriques ne sont pas considérées comme des lieux de placement adéquats.

La Belgique a pourtant été condamnée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme à cesser cette pratique jugée contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (not. aux termes de son arrêt pilote du 6 septembre 2016, *W.D. c. Belgique* : C.E.D.H., 6 septembre 2016, *W.D. c. Belgique*, pour un commentaire de cet arrêt, voy. N. COLETTE-BASECQZ et O. NEDERLANDT, « L'arrêt pilote *W.D. c. Belgique* sonne-t-il le glas de la détention d'internés dans les annexes psychiatriques des prisons ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2018, n° 113, pp. 213-239). Des décisions allant dans le même sens ont été rendues par nos juridictions internes. Voy. les décisions citées par P. JASPIS dans la contribution suivante : N. COLETTE-BASECQZ et P. JASPIS, « Chapitre V - La réforme de l'internement : regard sur quatre années d'application de la loi du 5 mai 2014 », *op. cit.*, p. 256 :

Civ. Bruxelles réf. 8 août 2019, RG, n° 19/78/C, inédit, de même que l'ordonnance des référés, Bruxelles F, 17 juin 2029 R.G., n° 19/60/C condamnant toutes deux l'État belge sous astreinte à mettre fin à la détention d'internés dans les annexes psychiatriques des prisons.

(152) Article 22 de la loi relative à l'internement.

(153) Voy. l'article 23, § 1^{er}, de la loi relative à l'internement.

(154) Voy. l'article 24 de la loi relative à l'internement.

(155) Voy. l'article 25 de la loi relative à l'internement qui définit la libération à l'essai comme une modalité d'exécution de la décision d'internement par laquelle la personne internée subit la mesure de sûreté qui lui a été imposée dans le cadre d'un trajet de soins résidentiel ou ambulatoire, moyennant le respect des conditions qui lui sont imposées pendant le délai d'épreuve.

importune les victimes ainsi que l'attitude de la personne internée à l'égard des victimes des faits qui ont conduit à son internement¹⁵⁶.

Les internés non autorisés au séjour ont, à l'instar des condamnés non autorisés au séjour, été, un temps, exclus de la majorité des modalités d'exécution d'une décision d'internement par une loi du 4 mai 2016¹⁵⁷. La Cour constitutionnelle a toutefois annulé les dispositions de cette loi les jugeant disproportionnées car privant de manière absolue de l'accès à ces modalités d'exécution d'une décision d'internement les étrangers internés « quels que soient leur comportement depuis leur internement, l'historique de leur situation administrative de séjour, leurs attaches familiales en Belgique et la possibilité d'éloignement en ce qui les concerne ». Elle reprochait à ces dispositions, « par leur caractère absolu et automatique », de faire obstacle à ce que « la chambre de protection sociale examine leur demande de bénéficier d'une mesure leur permettant de préparer leur réinsertion sociale ou leur traitement, ou de maintenir des liens familiaux, affectifs ou sociaux »¹⁵⁸.

Les internés non autorisés au séjour ont donc, en théorie, à nouveau accès à ces diverses modalités d'exécution d'une décision d'internement. En pratique, certaines de ces modalités leur sont toutefois, comme c'est le cas pour les personnes condamnées, inaccessibles pour des motifs liés à l'illégalité de leur séjour. Ainsi la libération à l'essai qui constitue, en principe, une étape obligatoire du trajet de soins est inaccessible pour nombre d'étrangers non autorisés au séjour en raison du fait que leur droit à l'aide sociale est limité à une aide médicale urgente¹⁵⁹. Les lieux de libération à l'essai ne recevant pas de subvention de l'État, contrairement aux établissements de placement, refusent d'admettre des internés non autorisés au séjour car ceux-ci ne bénéficient pas d'allocations ou d'une mutuelle susceptibles de couvrir tous les frais d'hospitalisation ou les frais médicaux.

Une libération à l'essai en ambulatoire est également difficile à mettre en place pour les mêmes raisons. Les étrangers non autorisés au séjour n'ayant droit qu'à l'aide médicale urgente, ils n'ont pas la garantie que l'entièreté de leurs soins et de leur suivi puisse être pris en charge en ambulatoire. Ils peuvent être libérés à l'essai mais à condition qu'ils démontrent être soutenus à suffisance à l'extérieur pour payer la médication, souvent fort onéreuse. Des libérations à l'essai sont ainsi ordonnées à l'égard d'étrangers non autorisés au séjour dans le cas où ceux-ci disposent de soutiens solides à l'extérieur¹⁶⁰. Ces libérations à l'essai sont, dans certains cas, exécutées à l'étranger dans la mesure où ces personnes ont la nationalité et/ou un lieu d'accueil dans un pays limi-

trophe à la Belgique où elles peuvent bénéficier des ressources nécessaires pour avoir accès aux soins¹⁶¹.

L'impossibilité pour nombre d'internés en séjour illégal d'obtenir une libération à l'essai a pour conséquence que ces étrangers non autorisés au séjour se retrouvent bloqués dans les lieux de placement¹⁶² alors que ceux-ci sont déjà saturés et ne sont plus adaptés à leur situation¹⁶³. Patricia Jaspis, ancienne présidente de la CPS de Mons, rapportait qu'au mois de décembre 2020, 13 % de la population des lieux de placement était en séjour irrégulier¹⁶⁴. La présidente de la Chambre de protection sociale de Bruxelles nous communiquait au début du mois de mai 2022 que 65 personnes internées sur 524 qui dépendent de la CPS de Bruxelles étaient non autorisées au séjour¹⁶⁵.

Ceci conduit des chambres de protection sociale à prononcer des décisions de libération définitive sans passer par une libération à l'essai, pourtant considérée comme une étape indispensable du trajet de soins. Passer directement du lieu de placement à la libération définitive, sans transition, est pourtant considéré par ces juridictions comme présentant un risque au regard des fragilités particulières inhérentes au statut de ces personnes dans la mesure où la continuité des soins ne peut, dans ce cas, être garantie. Les chambres de protection sociale estiment, toutefois, dans certaines hypothèses, ne pas avoir d'autre choix que de passer outre cette étape dans le cas d'étrangers non autorisés au séjour et privés de l'accès aux autres modalités.

Pour exemple, la chambre de protection sociale de Bruxelles a libéré définitivement, au mois de février 2022¹⁶⁶, un interné, non autorisé au séjour, originaire de Sierra Leone, placée à l'Établissement de défense sociale de Paifve depuis 2011 en raison de l'échec de ses congés de même que de sa libération à l'essai. Ces échecs étaient entièrement dus à son statut administratif (absence de revenus, de mutuelle), qui avait conduit les structures où il devait exécuter ces modalités à refuser de le prendre en charge¹⁶⁷. Par jugement du 22 février 2022, la chambre de protection sociale, constatant ces échecs, a ordonné la libération définitive de cet interné. La chambre de protection sociale souligne dans son jugement le fait que la direction et l'équipe psychosociale estiment que « l'absence de toute perspective s'offrant à l'interné » rend la mesure d'internement « particulièrement inhumaine » au sein d'une structure de haute sécurité telle que l'Établissement de défense sociale de Paifve. La chambre de protection sociale considère que la privation de liberté de l'intéressé, en dépit de la stabilisation de son état doit être considérée comme irrégulière car contraire à l'article 5 de la Convention européenne des droits de

(156) Article 26 de la loi relative à l'internement.

(157) Voy. l'article 163 de la loi du 4 mai 2016 relative à l'internement et à diverses dispositions en matière de Justice (*M.B.*, 13 mai 2016, p. 31338) privant les internés dont il ressort d'un avis de l'Office des étrangers qu'ils ne sont pas autorisés ou habilités à séjourner dans le Royaume de l'accès à des congés et des permissions de sortie de même que l'article 167 de cette loi du 4 mai 2016 privant ces mêmes internés de l'accès à une détention limitée, une surveillance électronique ou une libération à l'essai.

(158) C. const., 28 juin 2018, arrêt n° 80/2018, B.49.2.

(159) Voy. l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des C.P.A.S., *op. cit.*

(160) Voy. par exemple T.A.P. Mons, ch. prot. soc., 21 novembre 2019, RG n° 19/01014, inédit (citée par P. JASPIS dans la contribution suivante : N. COLETTE-BASECQZ et P. JASPIS, « Chapitre V - La réforme de l'internement : regard sur quatre années d'application de la loi du 5 mai 2014 », *op. cit.*, p. 274) qui libère à l'essai Mme X en séjour illégal précisant que « les perspectives de réinsertion de Mme X restent précaires en l'absence actuellement de régularisation de son droit de séjour mais réelles compte tenu de la procédure

(de régularisation) en cours et du réseau bienveillant dont elle bénéficiera à l'extérieur ». Voy., pour un autre exemple, également T.A.P. Bruxelles, ch. prot. soc., 16 juin 2020, RG n° 16/1860/PL qui libère à l'essai un étranger sans titre de séjour, interné depuis 7 ans pour des faits de vols simples. Le tribunal relève que l'intéressé est toujours en séjour illégal et que d'après l'Office des étrangers sa situation ne se régularisera pas. Le tribunal estime pouvoir le libérer à l'essai dès lors qu'il pourra être accueilli par sa maman disposant d'un revenu de veuve. La direction du lieu de placement sollicitait sa libération soulignant l'absurdité de l'internement dans son cas, l'intéressé ayant un comportement exemplaire et son état mental étant stabilisé.

(161) Pour exemple, la chambre de protection sociale du tribunal de l'application des peines de Mons a libéré à l'essai des personnes internées et ordonné l'exécution de cette mesure probatoire en France tenant compte de la possibilité pour ces personnes d'être prises en charge en France par des proches ou par les autorités françaises (T.A.P. Mons, ch. prot. soc., 10 mai 2021, RG n° 21/00159P et T.A.P. Mons, ch. prot. soc., 27 mai 2021, RG n° 20/00795). La chambre de protection sociale a ainsi fait application de la décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil, du 27 novembre

2008, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution (*J.O.*, 2008, L. 337, p. 102) qui permet de transférer la surveillance des mesures de probation à un autre État membre. Voy. sur ces questions les contributions citées en introduction.

(162) En effet, la libération à l'essai est considérée comme une étape indispensable du trajet de soins à suivre avant de pouvoir bénéficier d'une libération définitive. Voy. l'article 66 de la loi relative à l'internement qui prévoit que la libération définitive est accordée à l'expiration du délai d'épreuve fixé pour la libération à l'essai et à condition que le trouble mental soit suffisamment stabilisé pour qu'il n'y ait raisonnablement plus à craindre qu'à cause de son trouble mental ou non, en conjonction éventuellement avec d'autres facteurs de risque, la personne internée commette à nouveau des infractions. Il y a une exception à cela qui consiste dans le cas où l'interné fait l'objet d'une libération anticipée en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise. Dans cette hypothèse, la personne internée sera libérée définitivement de plein droit après six ans, à compter de l'exécution du jugement (voy. l'article 42, § 2, de la loi

relative à l'internement).

(163) Voy. P. JASPIS qui souligne que « la privation de liberté de certaines de ces personnes n'a plus de sens au regard de la loi relative à l'internement » ajoutant que « le maintien en placement peut avoir des effets contreproductifs puisque le désespoir généré par cette situation peut aggraver la maladie mentale ». N. COLETTE-BASECQZ et P. JASPIS, « Chapitre V - La réforme de l'internement : regard sur quatre années d'application de la loi du 5 mai 2014 », *op. cit.*, p. 274.

(164) *Ibidem*.

(165) Parmi celles-ci : 18 étaient placées à l'Établissement de défense sociale de Paifve ; 26 étaient placées à l'hôpital psychiatrique sécurisé Les Marronniers à Tournai ; 8 détenues à l'annexe psychiatrique de la prison de Saint-Gilles et 1 à la prison de Jamioux (en attente d'être admis sur leur lieu de placement) ; 4 étaient libérées à l'essai ; 6 avaient été libérées anticipativement en vue de l'éloignement du territoire ; et 2 étaient en fugue.

(166) T.A.P. Bruxelles, ch. prot. soc., 22 février 2022, RG n° 21/0871/LE. (167) La chambre de protection sociale avait précédemment ordonné sa libération à l'essai dans une structure, décision qui n'avait pu être exécutée - T.A.P. Bruxelles, ch. prot. soc., 23 août 2021, RG n° 21/0871/LE.

l'homme¹⁶⁸ qui impose de remettre en liberté l'interné dont le trouble est suffisamment stabilisé¹⁶⁹. Cette décision témoigne des situations extrêmes auxquelles les chambres de protection sociale peuvent se retrouver confrontées, à défaut de perspectives suffisantes offertes aux internés en séjour irrégulier.

3 En guise de conclusion : regard critique et perspectives d'évolution

En conclusion, la logique qui consiste à éloigner plutôt qu'à réinsérer, dans laquelle s'inscrit la mise en œuvre des dispositions étudiées, s'accorde mal avec la multiplicité des réalités dans lesquelles évoluent les condamnés et les internés non autorisés au séjour. L'alignement du droit et des pratiques de l'exécution des peines et de l'internement sur cet objectif de rapatriement effectif des condamnés ou internés dépourvus de titre de séjour apparaît, par ailleurs, problématique dès lors qu'il a pour conséquence de reléguer au second plan la préparation de la réinsertion de ces étrangers dans la société, que celle-ci ait lieu en Belgique ou à l'étranger. Or, le droit de l'exécution des peines et la loi relative à l'internement prévoient expressément que la privation de liberté doit permettre *in fine* la réinsertion et la réhabilitation de la personne condamnée et internée dans la société, que ce soit en Belgique ou à l'étranger¹⁷⁰.

En théorie, le législateur voudrait que puisse être éloigné tout condamné ou interné non autorisé au séjour. En pratique, il existe nombre d'obstacles à l'éloignement de ces condamnés et internés, qui sont aussi divers que les situations de séjour et contextes personnels et familiaux dans lesquels ils peuvent se trouver.

De cette absence de prise en compte par le droit de la complexité des situations dans lesquelles se trouvent ces condamnés et internés résulte une série d'effets négatifs, voire contre-productifs.

Effets négatifs d'abord pour l'étranger lui-même qui se retrouve, dans certains cas, privé de toute perspective de libération anticipée et de toute préparation de sa réinsertion ou réhabilitation.

Pour les condamnés, cela signifie aller à fond peine sans aucune préparation de leur réinsertion. Or, une privation de liberté qui se prolonge dans le temps sans perspective de libération et de préparation de la réinsertion du condamné dans la société pose question au regard du respect dû aux droits fondamentaux. F. Tulkens et D. Vandermeersch analysant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme soulignaient le fait qu'« en ce qui concerne le prononcé et l'exécution de la peine privative de liberté, examinés dans différents contextes au regard de l'article 3, de l'article 5 et de l'article 8 de la Convention, la Cour a développé ces dernières années une jurisprudence qui s'attache aux exigences de la réinsertion des personnes condamnées, même dans les situations les plus difficiles et les plus extrêmes »¹⁷¹. Ceci pose également question au regard des principes d'égalité et de non-discrimination. Dans sa recommandation CM/

Res(2012)12 du 22 mars 2017 relative aux détenus étrangers, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe appelait à « 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 ». Il est ensuite souligné le fait que : « le régime pénitentiaire [...] doit les (détenus étrangers) préparer en vue de leur remise en liberté et de leur réinsertion sociale ». On peut également citer la recommandation du 22 mars 2017¹⁷² sur les sanctions et mesures adoptées dans la communauté qui interdit toute discrimination dans le prononcé et l'exécution de sanctions sur la base, notamment, de la race, la nationalité, de l'origine ethnique, et de la situation économique, sociale ou autre.

Pour les internés, la durée de l'internement n'étant pas *a priori* limitée dans le temps, cela signifie le risque d'être privés de liberté à vie dans des structures telles que les établissements de défense sociale. En matière d'internement, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé à diverses reprises la nécessité d'organiser la privation de liberté de manière à ce que la personne internée reçoive les soins adaptés à sa situation. Dans un arrêt *Jeanty c. Belgique* du 31 mars 2020, elle rappelle que « les mesures privatives de liberté s'accompagnent inévitablement de souffrance et d'humiliation ». Elle estime dès lors que l'article 3 de la Convention portant l'interdiction de traitements inhumains et dégradants « impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du détenu sont assurés de manière adéquate ». Dès lors « le manque de soins médicaux appropriés, et, plus généralement, la détention d'une personne malade dans des conditions inadéquates, peuvent engager la responsabilité de l'État au regard de l'article 3 »¹⁷³. Dans un arrêt *W.A. c. Suisse* du 2 novembre 2021, la Cour a rappelé que la détention d'internés ne pouvait respecter les exigences découlant de l'article 5 de la Convention qu'à condition que l'interné soit incarcéré dans un établissement adapté à son trouble mental¹⁷⁴.

Le dispositif actuel est, par ailleurs, critiquable en ce qu'il engendre des effets difficilement gérables pour les autorités carcérales et judiciaires. Celles-ci déplorent être forcées de gérer des situations sur la base de textes qui sont autant d'outils peu adaptés aux situations auxquelles elles sont confrontées.

Dans un récent entretien publié dans le magazine « La Brèche »¹⁷⁵, Vincent Spronck, directeur de la prison de Mons, soulignait les difficultés rencontrées par cette population en prison, par ailleurs surreprésentée dans les établissements pénitentiaires. La proportion d'étrangers dans nos établissements pénitentiaires était évaluée en 2015 à 45 %¹⁷⁶ et en 2017 à 44 %¹⁷⁷ de la population carcérale. Le dernier rapport contenant des statistiques pénitentiaires publié au niveau européen fait état d'un chiffre similaire au 31 janvier 2021. La proportion d'étrangers détenus était évaluée à 44,7 % de la population pénitentiaire belge¹⁷⁸. Ce chiffre est particulièrement élevé au regard de ceux affichés par

(168) Voy. l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme qui protège le droit à la liberté individuelle.

(169) La Chambre de protection sociale renvoie ici à l'arrêt *Denis et Irvine c. Belgique*, §§ 168 et s. (C.E.D.H., gr. ch., 1^{er} juin 2021, *Denis et Irvine c. Belgique*.) Dans cet arrêt, la Cour conclut à la non-violation de l'article 5 mais précise néanmoins que l'article 5, § 1^{er}, e), de la Convention exige « que l'aliénation ait été établie de manière probante, que le trouble revête un caractère ou une ampleur légitimant l'internement et que ce trouble persiste pendant toute la durée de l'internement » (§ 168 de l'arrêt).

(170) Voy. l'article 9, § 2, de la loi du 12 janvier 2005 de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus, *M.B.*, 1^{er} février 2005, p. 2815.

Voy. également l'article 2 de la loi relative à l'internement. Ceci figure également à l'article 107.1 de la Recommandation Rec(2006)2-rev du Comité des ministres aux États membres sur les règles pénitentiaires européennes adoptée par le Comité des ministres le 11 janvier 2006, lors de la 952^e réunion des délégués des ministres et révisée et modifiée par le Comité des ministres le 1^{er} juillet 2020, lors de la 1380^e réunion des délégués des ministres.

(171) F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », *op. cit.*, p. 7.

(172) Recommandation Rec(2017)3 du Comité des ministres aux États membres relative aux règles européennes sur les sanctions et mesures appliquées dans la communauté adoptée par le Comité des ministres

le 22 mars 2017, lors de la 1282^e réunion des délégués des ministres.

(173) C.E.D.H., 31 mars 2020, *Jeanty c. Belgique*, § 97 de l'arrêt. La Cour conclut dans cette affaire à la violation de l'article 3 au motif que « compte tenu de l'état de santé mentale du requérant, le manque d'encadrement et de suivi médical au cours de ses deux périodes de détention combiné avec l'infliction d'une sanction disciplinaire dans une cellule d'isolement pendant trois jours alors qu'il avait commis plusieurs tentatives de suicide ont constitué une épreuve particulièrement pénible et ont soumis le requérant à une détresse ou à une épreuve d'une intensité ayant excédé le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention ». La Cour ajoute que « la circonstance qu'il [à savoir le traitement réservé au détenu] n'avait pas

pour but d'humilier ou de rabaisser le requérant n'exclut pas qu'il soit qualifié de dégradant et tombe ainsi sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 3 ».

(174) C.E.D.H., 2 novembre 2022, *W.A. c. Suisse*.

(175) LA BRÈCHE, « Le pénal, un outil de politique migratoire. Entretien avec Vincent Spronck, directeur de prison », *op. cit.*

(176) L. BREULS, S. DE RIDDER et S. BELLEMANS, « Détenus sans droit de séjour : réinsérer ou rapatrier à tout prix ? », *op. cit.*, p. 3.

(177) Rapport de la DG EPI, SPF Justice, 2017, p. 45.

(178) Voy. M.F. AEBI et M.M. TIAGO, *Space I - 2020. Prison populations*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2020, p. 44.

d'autre pays européens dont la population étrangère au sein des prisons est en majorité inférieure à 25 %¹⁷⁹. En comparaison, la proportion d'étrangers résidant officiellement sur le territoire belge est évaluée à 12 % dans le dernier rapport Myria¹⁸⁰. Parmi les détenus de nationalité étrangère, la proportion d'étrangers non autorisés au séjour était évaluée, en 2015, à 54 %¹⁸¹. Cette surpopulation est générée par le fait qu'il y a proportionnellement plus d'étrangers à l'entrée en prison¹⁸² mais également moins à la sortie puisqu'ils ont moins de chances de pouvoir bénéficier d'une libération anticipée. Outre la difficulté de gérer une prison en surpopulation, Vincent Spronck expliquait que cette surreprésentation des étrangers en séjour irrégulier pose difficulté dans la gestion quotidienne de son établissement. Ainsi, la barrière de la langue et les problèmes de santé mentale générés dans le chef de ces condamnés par l'incompréhension de leur situation rendent plus difficile le contact avec ces détenus avec la difficulté que « quand on ne se comprend pas, ça monte plus vite »¹⁸³.

En matière d'internement, l'impuissance et la colère des présidentes de chambres de protection sociale francophones que nous avons rencontrées face à l'absence de solutions « humaines » pour les internés en séjour irrégulier transparaissent de certaines décisions étudiées dans le cadre de cette contribution¹⁸⁴. Certaines magistrates soulignaient lors de nos entretiens toutes les difficultés qu'elles éprouvaient à laisser des étrangers en séjour irrégulier, faute d'autres solutions, dans des établissements de défense sociale, alors qu'elles savent pertinemment que leur place n'est plus là et que cela finit par générer des souffrances insupportables chez certains, au point de mettre fin à leur vie. Ceci est d'autant plus consternant vu le contexte de surpopulation, ces établissements comportant un nombre insuffisant de places pour être en mesure d'accueillir tous ceux qui devraient pouvoir y être pris en charge.

Il faut souligner ici le rôle important qu'ont les tribunaux de l'application des peines et bientôt les juges de l'application des peines dans la prise en compte des situations individuelles dans lesquelles se trouve chacun de ces condamnés et internés. Il ressort toutefois de notre analyse que les acteurs judiciaires sont souvent perdus face à la diversité des situations dans lesquelles peuvent se trouver ces étrangers et en manque d'informations pour être à même d'évaluer les perspectives de réinsertion de l'étranger en Belgique ou à l'étranger. Par ailleurs, un certain nombre de juges continuent à bloquer l'octroi de toute modalité au motif que l'illégalité du séjour serait synonyme d'absence de perspectives de réinsertion ou de risque de récidive, s'inscrivant ainsi dans une logique pourtant condamnée par la Cour constitutionnelle.

Enfin, le dispositif décrit génère des effets contre-productifs pour la société dans son ensemble qui doit assumer le coût de la surpopulation que cela engendre. Il faut également mentionner le coût sécuritaire lié à ce dispositif qui ne prépare pas la réinsertion de ces condamnés et internés et qui ne met donc rien en place, dans ces hypothèses, pour prévenir la récidive. Ainsi, les condamnés sans droit au séjour se trouvent relâchés, en Belgique, sans encadrement après avoir subi l'entièreté de leur(s) peine(s).

En conclusion, il est temps de repenser le dispositif actuel de manière à offrir une place réelle à la préparation de la réinsertion et la réhabilitation de ces condamnés et internés, que celle-ci ait lieu en Belgique ou à l'étranger. À cet égard, il faut souligner la créativité de certains tribunaux de l'application des peines octroyant des modalités « classiques » d'exécution de la peine ou d'une mesure d'internement, telles qu'une surveillance électronique, une libération conditionnelle

ou encore une libération à l'essai, à des étrangers non autorisés au séjour. Ces décisions sont toutefois encore trop peu nombreuses.

Ceci s'explique, en partie, par l'absence de préparation de la réinsertion de ces condamnés et internés au cours de leur détention. Préparer la réinsertion de ces étrangers non autorisés au séjour pourrait passer par un renforcement de leur accompagnement psychosocial en détention. Faciliter l'accès à des formations permettant un apprentissage des langues nationales de même que leur donner un accès prioritaire au travail, notamment dans l'objectif qu'ils puissent rembourser les parties civiles, constitue également des pistes d'amélioration de la prise en charge de ces condamnés pendant leur détention en vue de préparer leur réinsertion, que celle-ci ait lieu en Belgique ou à l'étranger.

Pour faciliter la réinsertion à l'étranger des internés, on pourrait également imaginer renforcer les effectifs de la cellule *Special Needs* de l'Office des étrangers et la collaboration avec ce service¹⁸⁵.

À côté de cela, il conviendrait sans doute également de repenser le rôle assigné aux agents dépêchés par l'Office des étrangers dans les établissements pénitentiaires qui consiste pour le moment uniquement à évaluer les possibilités d'éloignement de l'étranger. Ceux-ci pourraient également avoir pour rôle d'évaluer avec les étrangers condamnés leurs perspectives de régularisation ou de réinsertion, fût-ce à l'étranger.

Tous les acteurs rencontrés nous ont, par ailleurs, rapporté un manque de connaissance du droit des étrangers par les acteurs intervenant dans la chaîne pénale avec la difficulté d'appréhender justement les situations dans lesquelles se trouvent les condamnés et internés étrangers. Une piste pour améliorer leur prise en charge pourrait dès lors résider dans le renforcement de la formation en droit des étrangers de tous les acteurs intervenant dans le cadre de cette privation de liberté : avocats, magistrats, travailleurs sociaux, personnel des établissements pénitentiaires et de défense sociale.

Enfin, comme le soulignait très justement Vincent Spronck, « le problème est plus profond », il est « social »¹⁸⁶. La privation de droits sous-jacente à la condition d'étranger en séjour irrégulier conduit à placer certains d'entre eux dans des situations inextricables, la réinsertion étant d'emblée handicapée par cette privation de droits. L'incapacité des autorités carcérales et judiciaires à offrir de réelles perspectives de réinsertion découle notamment de la marginalisation juridique et sociale dont l'étranger en séjour irrégulier, condamné et interné fait l'objet. Une marge de manœuvre existe toutefois à chaque niveau.

Une des voies permettant d'améliorer les perspectives de réinsertion de ces étrangers consiste à repenser les dispositions de droit pénitentiaire et de la loi relative à l'internement, de même que leur mise en œuvre dans une perspective plus inclusive. Ceci passe nécessairement par un abandon de la logique binaire, éloigner ou réinsérer, de manière à penser ces dispositions et axer leur mise en œuvre sur la préparation de la réinsertion des étrangers condamnés ou internés dans la société, quelle qu'elle soit.

Christelle MACQ

Doctorante et assistante en droit à l'UCLouvain
CRID&P-Centre de recherche interdisciplinaire
sur la déviance et la pénalité
EDEM-Equipe droits européens et migrations

(179) *Ibidem*, pp. 4-5.

(180) MYRIA, *La migration en chiffres et en droits 2021*, Cahier Population et mouvements, p. 3

(181) L. BREULS, S. DE RIDDER et S. BELLEMANS, « Détenus sans droit de séjour : réinsérer ou rapatrier à tout prix ? », *op. cit.*, p. 3.

(182) Et ce notamment, car les étrangers en séjour irrégulier bénéficient dans une moindre proportion de l'octroi de peines alternatives à l'enfermement. Voy. M. DE NANTEUIL, « Peines de travail pour les étrangers en séjour illégal : vers une application plus égalitaire des dispositions en matière de peines

alternatives ? », *Cahiers de l'EDEM*, mai 2022.

(183) LA BRËCHE, « Le pénal, un outil de politique migratoire. Entretien avec Vincent Spronck, directeur de prison », *op. cit.*, p. 106.

(184) Voy. *supra* et, notamment, la décision du T.A.P. Bruxelles, ch. prot. soc., 22 février 2022, RG n° 21/0871/LE.

(185) Pour rappel, une réinsertion à l'étranger peut également se préparer par le biais de l'octroi d'une modalité d'exécution de la peine « classique » telle que la libération conditionnelle ou la libération à l'essai, à la condition que celle-ci soit exécutée à

l'étranger. Nous renvoyons, sur les perspectives offertes par le cadre international et européen aux contributions déjà existantes en la matière, citées en introduction : F. TULKENS et D. VANDERMEERSCH, « Quel horizon pour l'étranger en séjour illégal condamné à une peine privative de liberté ? », *op. cit.* et S. NEVEU, *Le transfert interétatique de la peine privative ou restrictive de liberté en droit européen. À la recherche d'un équilibre entre intérêts individuels et collectifs*, *op. cit.* Nous renvoyons, par ailleurs, aux décisions citées en note 161, celles-ci ordonnant la libération à l'essai d'internés à l'étranger

par application de la décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil, du 27 novembre 2008, concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution (J.O., 2008, L 37, p. 102) qui permet de transférer la surveillance des mesures de probation à un autre État membre.

(186) LA BRËCHE, « Le pénal, un outil de politique migratoire. Entretien avec Vincent Spronck, directeur de prison », *op. cit.*, p. 107.

