

**RÉCIDIVE ET CRIMES CORRECTIONNALISÉS
DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR
CONSTITUTIONNELLE**

PAR

Marie-Aude BEERNAERT
Professeure ordinaire à l'UCL

À diverses reprises ces dernières années – et notamment durant la présidence de Jean Spreutels – la Cour constitutionnelle a été amenée à se prononcer sur le régime de la récidive légale, combiné avec celui de la correctionnalisation des crimes (1). Au fil de ces arrêts, elle a constaté une série de discriminations, parfois en chaîne. D'autres pourraient suivre encore.

**I. LES DONNÉES DE BASE DU PROBLÈME : L'ABSENCE
DE RÉCIDIVE LÉGALE DE CRIME SUR DÉLIT, COUPLÉE
À LA DÉNATURATION D'INFRACTIONS CRIMINELLES
EN INFRACTIONS CORRECTIONNELLES**

Au risque d'enfoncer une porte ouverte, il convient de rappeler que tous les cas dans lesquels une personne commet une nouvelle infraction après avoir déjà encouru précédemment une condamnation pénale définitive ne sont pas constitutifs de récidive légale.

C'est ainsi qu'il n'existe pas, dans le régime juridique des articles 54 à 56 du Code pénal, de récidive de *crime sur délit* (2). Comme la

(1) Pour une analyse générale, voy. M. JADOUX et J. WAYNTRAUB, « Récidive et discrimination : quand les juridictions s'en mêlent », in *Questions d'actualité en droit pénal et en procédure pénale*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 9-37.

(2) L'absence de récidive légale en cas de condamnation à une peine criminelle après une condamnation à une peine correctionnelle est reconnue par la Cour de cassation. À plusieurs reprises, celle-ci a en effet annulé des arrêts de cours d'assises qui avaient retenu l'état de récidive à charge d'accusés se trouvant en pareille situation. Voy. not. Cass., 9 août 1989, R.G. n° 7701, *Pas.*, 1989, n° 651 ; Cass., 30 juin 1999, R.G. n° P.99.0841.F, *Pas.*, 1999, n° 411.

Cour constitutionnelle a eu l'occasion de le souligner (3), il ne s'agit pas là d'une inadvertance, mais bien d'un choix délibéré du législateur de 1867. Celui-ci considérait en effet que les peines criminelles temporaires offraient déjà, entre le maximum et le minimum, une latitude suffisante pour proportionner, en pareil cas, la punition à la culpabilité de l'auteur (4).

La récidive de *délit sur délit*, par contre, est légalement organisée par l'article 56, alinéa 2, du Code pénal : elle suppose une première condamnation à une peine d'emprisonnement d'au moins un an et présente un caractère temporaire, le nouveau délit devant avoir été commis avant l'expiration de cinq ans depuis que le prévenu a subi ou prescrit sa première peine.

Par l'effet de la correctionnalisation, ce régime de récidive de délit sur délit est toutefois également susceptible de s'appliquer à un crime commis dans les cinq ans qui suivent l'exécution ou la prescription d'une peine d'emprisonnement d'un an ou plus. Le crime qui, à la suite de l'application de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, n'est plus sanctionné que d'une peine correctionnelle doit en effet être traité comme un délit puisque c'est la peine effectivement prononcée par le juge du fond qui détermine, *in fine*, la nature criminelle ou correctionnelle de l'infraction.

L'auteur d'un crime renvoyé au tribunal correctionnel pourrait ainsi se retrouver en situation de récidive légale alors même que, s'il avait été jugé en [Cour](#) d'assises et condamné à une peine criminelle de réclusion, il n'aurait pas été considéré comme récidiviste. Or, la récidive est susceptible d'emporter plusieurs conséquences défavorables – et en l'occurrence potentiellement discriminatoires –, puisqu'elle permet de prononcer une peine majorée (II), qu'elle retarde la date d'admissibilité à la libération conditionnelle (III) et qu'elle place le condamné dans une situation plus défavorable en ce qui concerne le délai d'épreuve de la réhabilitation (IV).

(3) C. const., 15 décembre 2011, n° 193/2011, cons. B.7.1 ; C. const., 22 décembre 2011, n° 199/2011, cons. B.6.1 ; C. const., 18 décembre 2014, n° 185/2014, cons. B.9 ; C. const., 26 juillet 2017, n° 102/2017, cons. B.5 ; C. const., 7 février 2018, n° 15/2018, cons. B.4.3.

(4) Rapport fait par J.J. HAUS au nom de la Commission du gouvernement, in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique. Commentaire et complément du Code pénal belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1867, p. 111, n° 248.

II. RÉCIDIVE ET PRONONCÉ D'UNE PEINE MAJORÉE

Lorsque les conditions de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal sont réunies, l'état de récidive de délit (ou crime correctionnalisé) sur délit permet au juge correctionnel de prononcer une peine d'emprisonnement correspondant au double du maximum porté par la loi pour l'infraction commise. Paradoxalement, cette peine majorée pourrait alors être plus longue que la peine que le même auteur aurait encourue s'il avait été jugé en Cour d'assises et condamné à la réclusion.

Cette situation a fait l'objet de questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle et a donné lieu à deux arrêts, prononcés à une semaine d'intervalle, les 15 et 22 décembre 2011 (A). Lors du vote de la loi pot-pourri II (5), le législateur a entendu rencontrer cette jurisprudence de la Cour, sans toutefois y parvenir complètement (B). Diverses questions se posent, par ailleurs, quant à la possibilité d'appliquer l'enseignement de la Cour constitutionnelle à des hypothèses voisines de celles qui lui furent soumises (C).

A. Les arrêts n^{os} 193/2011 et 199/2011 de la Cour constitutionnelle

Les deux affaires à l'origine des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 portaient sur une situation largement comparable : un prévenu était poursuivi devant les juridictions correctionnelles pour une tentative d'assassinat, commise moins de cinq ans après qu'il a subi ou prescrit une peine d'emprisonnement (d'un an dans un cas, de cinq ans dans l'autre).

La tentative d'assassinat étant punissable de 20 à 30 ans de réclusion (art. 52 et 394 C. pén.), le maximum de la peine encourue devant les juridictions correctionnelles était en principe un emprisonnement de 20 ans (art. 25, al. 4, C. pén.) (6). Eu égard aux antécédents judiciaires, constitutifs de récidive, ce taux pouvait toutefois être théoriquement doublé et porté à 40 ans d'emprisonnement (art. 56, al. 2, C. pén.). Or, si les intéressés avaient été renvoyés devant la Cour d'assises (juge naturel pour connaître des crimes aux termes de l'art. 150 Const.), ils

(5) 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.

(6) Les seuils de peines auxquels il est fait référence dans la présente contribution sont ceux qui préexistaient à la loi du 5 février 2016 dite pot-pourri II, et qui sont redevenus applicables à la suite de l'arrêt d'annulation partielle de la Cour constitutionnelle n^o 148/2017 du 21 décembre 2017.

n'auraient été passibles que de 30 ans de réclusion maximum – voire même de 20 ans seulement si la Cour d'assises avait admis des circonstances atténuantes (art. 80, al. 2, C. pén.) – sans majoration possible eu égard à la nature criminelle de l'infraction et à l'absence de récidive de crime sur délit.

Il y avait là, de toute évidence, des différences de traitement bien difficiles à justifier raisonnablement et la Cour constitutionnelle va y voir une discrimination. Certes, l'emprisonnement (correctionnel) et la réclusion (criminelle) sont des peines de nature différente, mais, à l'estime de la Cour, cette circonstance ne saurait être déterminante : les deux sanctions ayant en commun de priver le condamné de sa liberté, elles peuvent être comparées en termes de durée ; et il ne saurait être raisonnablement justifié que celui qui est jugé en correctionnelle puisse être condamné à une peine plus longue que s'il avait été renvoyé, pour le même fait, en assises.

La Cour va juger qu'il appartient au législateur de remédier à la discrimination constatée. Dans l'attente, toutefois, elle invite les juges correctionnels à s'autocensurer, en veillant à ne pas condamner « à une peine privative de liberté dont la durée excède le délai maximum de la peine privative de liberté qui pourrait être imposée par la Cour d'assises » (formule de l'arrêt n° 193/2011) « ayant constaté des circonstances atténuantes » (ajout de l'arrêt n° 199/2011).

Le deuxième arrêt est donc plus précis (et à notre sens aussi plus correct) sur ce point que le premier : il invite à comparer ce qui est réellement comparable, c'est-à-dire le sort susceptible d'être réservé à l'auteur d'un crime auquel on reconnaît des circonstances atténuantes, soit pour le faire juger au tribunal correctionnel, soit pour diminuer la peine de réclusion prononcée en assises. La peine susceptible de lui être infligée dans le premier cas ne saurait excéder celle applicable dans le second. Pour une tentative d'assassinat punissable de maximum 20 ans de réclusion lorsque la Cour d'assises admet des circonstances atténuantes, il ne saurait donc être question pour les juridictions correctionnelles d'aller au-delà de 20 ans d'emprisonnement, même si elles constatent un état de récidive sur pied de l'article 56 du Code pénal.

B. La réforme législative de 2016

Pour tenter de rencontrer la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le législateur a ajouté un alinéa 3 à l'article 56 du Code pénal, lors du vote de la loi pot-pourri II du 5 février 2016. Aux termes de ce

nouvel alinéa, il est désormais prévu qu'en cas de récidive de crime correctionnalisé sur délit, « la durée de la peine d'emprisonnement ne pourra excéder celle de la peine de réclusion maximale prévue par la loi pour ce crime ». En réalité, et compte tenu de l'enseignement de l'arrêt n° 199/2011, le législateur aurait dû viser comme plafond non pas la peine de réclusion maximale « prévue par la loi », mais bien la peine de réclusion maximale « susceptible d'être appliquée par la Cour d'assises pour le même crime, après admission de circonstances atténuantes ».

Puisque l'intervention du législateur n'a donc pas (encore) suffi à remédier à la discrimination constatée (7), il nous paraît que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle doit continuer d'être prise en compte et primer sur le libellé du nouvel article 56, alinéa 3, du Code pénal.

C. L'enseignement des arrêts n°s 193/2011 et 199/2011 étendu à des hypothèses voisines ?

Les arrêts n°s 193/2011 et 199/2011 portaient sur une même hypothèse de récidive de crime correctionnalisé sur délit (un crime originellement passible de la réclusion de 20 à 30 ans, commis dans les cinq ans suivant l'exécution ou la prescription d'une peine d'emprisonnement d'un an ou plus et renvoyé au tribunal correctionnel). La question se pose dès lors de savoir si leur enseignement peut être généralisé aux autres hypothèses de récidive de crime correctionnalisé sur délit (1) et aux situations de récidive de crime correctionnalisé sur crime (2). On peut également se demander si la neutralisation de l'aggravation de peine en cas de récidive de crime correctionnalisé sur délit ne conduit pas, en cascade, à proscrire toute majoration de peine en cas de récidive de délit sur délit (3).

1. Les autres hypothèses de récidive de crime correctionnalisé sur délit

Bien qu'ils aient été prononcés à propos de crimes originellement passibles de 20 à 30 ans de réclusion, l'enseignement des arrêts n°s 193/2011 et 199/2011 nous semble généralisable à tous les autres

(7) Dans le même sens, voy. D. VANDERMEERSCH, « L'effet papillon de la généralisation de la correctionnalisation », in *La loi pot-pourri II : un recul de civilisation ?* (M. CADELLI et T. MOREAU dir.), Limal, Anthémis, 2016, pp. 96-97 ; et C. NOIRHOMME, « La récidive légale et la correctionnalisation : suite et fin ? », *J.T.*, 2017, p. 141.

crimes correctionnalisés, même punis d'une peine criminelle moins lourde.

Le crime passible de quinze à 20 ans de réclusion ne saurait donc être puni de plus de quinze ans d'emprisonnement et celui passible de dix à quinze ans de réclusion, de plus de dix ans d'emprisonnement, indépendamment d'un éventuel état de récidive (8).

En réalité, les deux seuls crimes correctionnalisés pour lesquels la récidive n'est dès lors pas complètement neutralisée sont :

- d'une part, le crime passible de perpétuité, qui est normalement punissable de maximum 20 ans d'emprisonnement au tribunal correctionnel (9), mais pourrait être puni de 30 ans d'emprisonnement (10) si les conditions de la récidive légale sont remplies (11) ;
- et, d'autre part, le crime passible de la réclusion de cinq à dix ans, pour lequel le régime de la récidive est applicable tant en assises qu'en correctionnelle (dès lors que le maximum de la peine applicable après admission de circonstances atténuantes est, dans les deux cas, de cinq ans d'emprisonnement (12)), ce qui permet de doubler le maximum de la peine (portée donc à dix ans d'emprisonnement),

(8) Dans le même sens, voy. D. DE BÉCO et C. GUILLAIN, « Commentaire des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 à propos de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la Cour d'assises », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 683.

(9) Précisons toutefois que peu de crimes passibles de perpétuité sont correctionnalisables et susceptibles, en cette qualité, d'être jugés devant les juridictions correctionnelles. Depuis l'annulation partielle de la loi pot-pourri II par l'arrêt n° 148/2017 C. const., il s'agit (comme avant l'entrée en vigueur de cette loi) uniquement de la prise d'otage avec les circonstances aggravantes visées à l'art. 347bis, § 2, al. 2, ou § 4 C. pén. et de la tentative de vol avec meurtre, visée aux art. 475 et 476 C. pén. (art. 2, al. 3, 4° et 10°, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, telle que rétablie par l'arrêt n° 148/2017).

(10) Correspondant au maximum de la peine de réclusion applicable par la cour d'assises en cas d'admission de circonstances atténuantes (art. 80, al. 1^{er}, C. pén.). En réalité, l'article 80, alinéa 1^{er}, du Code pénal (tel que restauré dans sa version antérieure à la loi pot-pourri II par l'arrêt d'annulation partielle n° 148/2017 de la Cour constitutionnelle) prévoit qu'en cas d'admission de circonstances atténuantes, la réclusion à perpétuité sera remplacée par la « réclusion à temps », ce qui pourrait donner à penser qu'une peine de quarante ans de réclusion est susceptible d'être prononcée dans ce cas de figure, puisque l'article 9 du Code pénal, épargné par l'annulation, comporte toujours la peine de réclusion de 30 à 40 ans. Il semble toutefois inconcevable que la Cour d'assises prononce encore des peines de réclusion à temps de plus de 30 ans, puisqu'ensuite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, il n'existe plus de régime d'exécution pour les peines privatives de liberté à temps excédant 30 ans (voy. M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, « La Cour constitutionnelle recadre le législateur "pot-pourri II" : l'arrêt 148/2017 du 21 décembre 2017 », *J.T.*, 2018, p. 83).

(11) D. DE BÉCO et C. GUILLAIN, « Commentaire des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 à propos de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la Cour d'assises », *op. cit.*, p. 683.

(12) Art. 25, al. 2, et 80, al. 5, C. pén.

sans que l'auteur ne soit traité plus sévèrement devant les juridictions correctionnelles qu'à la Cour d'assises (13).

La question demeure par contre de savoir s'il est bien admissible, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, que, par l'effet de la récidive légale qui lui est applicable, le crime punissable de la réclusion de cinq à dix ans soit au final puni aussi sévèrement que celui passible de dix à quinze ans de réclusion, pour lequel la récidive est inapplicable (en assises) ou neutralisée (au tribunal correctionnel, en vertu de l'enseignement de la Cour constitutionnelle). N'y aurait-il pas là une nouvelle discrimination, née de la différence de traitement corrigée par la Cour constitutionnelle ? À partir du moment où l'aggravation de peine résultant de l'état de récidive doit être neutralisée en cas de correctionnalisation de crimes originellement passibles de la réclusion de dix à quinze, quinze à 20 ou 20 à 30 ans, ne faut-il pas, *a fortiori*, la neutraliser également pour les crimes moins sévèrement punis par la loi, passibles de cinq à dix ans de réclusion ? À notre estime, le respect de l'échelle des peines et l'arrêt n° 15/2018 de la Cour constitutionnelle (14) plaident en ce sens.

2. Les hypothèses de récidive de crime correctionnalisé sur crime

La récidive de crime correctionnalisé sur crime est régie par l'article 56, alinéa 1^{er}, du Code pénal, aux termes duquel celui qui commet un délit (ou un crime correctionnalisé) après une condamnation à une peine criminelle pourra être condamné à une peine double du maximum porté par la loi contre le délit (ou le crime correctionnalisé). En toute logique, le raisonnement de la Cour constitutionnelle qui invite les juridictions correctionnelles à ne pas prononcer de peines privatives de liberté plus longues que celles qui pourraient être imposées pour le même fait par la Cour d'assises ayant constaté des circonstances atténuantes devrait trouver à s'appliquer ici également.

En l'espèce, il convient toutefois de tenir compte du fait qu'à la différence de la récidive de crime sur délit, qui n'est pas prévue par

(13) Dans le même sens, D. VANDERMEERSCH, « L'effet papillon de la généralisation de la correctionnalisation », *op. cit.*, p. 97 ; *contra*, D. DE BÉCO et C. GUILLAIN, « Commentaire des arrêts de la Cour constitutionnelle des 15 et 22 décembre 2011 à propos de la loi du 21 décembre 2009 relative à la réforme de la Cour d'assises », *op. cit.*, p. 683, qui considèrent que, saisi d'un crime emportant une réclusion de cinq à dix ans, le tribunal correctionnel ne serait pas autorisé à dépasser les cinq ans d'emprisonnement, même en cas de récidive.

(14) Sur cet arrêt, voy. *infra* – « Récidive et exécution de la peine ».

le Code pénal, il existe certaines situations de récidive de crime sur crime, visées par l'article 54 du Code pénal. Ainsi, après une première condamnation à une peine criminelle :

- l'auteur d'un crime punissable de la réclusion de ~~vingt~~ à ~~dix~~ ans (ou de ~~dix~~ à ~~quinze~~ ans si la ~~Cour~~ d'assises admet des circonstances atténuantes ; art. 80, al. 4, C. pén.) pourrait être condamné à la réclusion de ~~dix~~ à ~~quinze~~ ans,
- et l'auteur d'un crime punissable de la réclusion de ~~dix~~ à ~~quinze~~ ans (ou de ~~quinze~~ à 20 ans si la ~~Cour~~ d'assises admet des circonstances atténuantes; art. 80, al. 3, C. pén.) pourrait être condamné à la réclusion de ~~quinze~~ à 20 ans (15).

C'est donc logiquement par comparaison à ces peines-là qu'il faudra fixer la durée maximale de la peine d'emprisonnement susceptible d'être prononcée par les juridictions correctionnelles pour les mêmes crimes correctionnalisés. Sans pouvoir aller jusqu'à doubler la peine, comme normalement prévu par l'article 56, alinéa 1^{er}, du Code pénal – ce qui reviendrait à prononcer une peine plus lourde que celle applicable en assises – le crime passible de ~~quinze~~ à 20 ans de réclusion pourrait donc, en cas de correctionnalisation, être puni de 20 ans d'emprisonnement et celui passible de ~~dix~~ à ~~quinze~~ ans de réclusion, de ~~quinze~~ ans d'emprisonnement pour tenir compte de l'antécédent criminel.

3. La récidive de délit sur délit

En ce qui concerne les infractions que la loi punit d'entrée de jeu d'une peine correctionnelle (les « vrais » délits), il ne saurait évidemment être question de comparer le sort de l'auteur selon qu'il est jugé en assises (ce qui est par hypothèse impossible) ou au tribunal correctionnel.

À première vue, rien ne paraît dès lors empêcher les juridictions correctionnelles de doubler la peine applicable si les conditions de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal sont réunies. Sauf à considérer que l'enseignement de la Cour constitutionnelle oblige les juges à écarter la majoration de peine dans ce cas-là également, pour éviter de créer

(15) En ce qui concerne l'auteur d'un crime passible de ~~quinze~~ à 20 ans (ou de 20 à 30 ans si la ~~Cour~~ d'assises admet des circonstances atténuantes ; art. 80, al. 2, C. pén.), l'article 54 du Code pénal impose qu'il soit condamné à 17 ans de réclusion au moins s'il a déjà précédemment été condamné à une peine criminelle. En l'espèce, toutefois, seul le minimum de la peine est majoré et non le maximum applicable.

ici encore une nouvelle discrimination : il peut en effet sembler difficilement justifiable que la peine soit susceptible d'être majorée (doublée) en cas de récidive de délit sur délit, mais non pour la majorité des situations (en principe plus graves) de récidive de crime correctionnalisé sur délit.

III. RÉCIDIVE ET EXÉCUTION DE LA PEINE

La constatation de l'état de récidive légale n'a pas qu'une incidence sur le taux de la peine maximale qui peut être prononcée. Elle entre aussi en ligne de compte pour calculer la date d'admissibilité à la libération conditionnelle (16) et, par référence à celle-ci, à la plupart des autres modalités relevant du statut juridique externe des condamnés à des peines privatives de liberté de plus de trois ans, puisque cette date pivot détermine à son tour les moments à partir desquels un condamné pourra bénéficier de permissions de sortie périodiques (17), de congés pénitentiaires (18), ou encore d'une surveillance électronique ou d'une détention limitée (19).

L'article 25, paragraphe 2, de loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe des personnes condamnées à une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine (ci-après, « loi relative au statut juridique externe ») réserve en effet un sort sensiblement moins avantageux aux détenus condamnés en état de récidive qu'aux condamnés primaires : les premiers ne seront, en principe, admissibles à la libération conditionnelle qu'aux deux tiers de leurs peines prononcées en état de récidive au lieu du tiers pour les premiers (20).

(16) Ou à la mise en liberté provisoire en vue de l'éloignement du territoire ou de la remise (art. 26 de la loi relative au statut juridique externe).

(17) Deux ans avant l'admissibilité à la libération conditionnelle (art. 4, § 3, de la loi relative au statut juridique externe).

(18) Un an avant l'admissibilité à la libération conditionnelle (art. 7, 1^{er}, de la loi relative au statut juridique externe).

(19) Six mois avant l'admissibilité à la libération conditionnelle (art. 23, § 1^{er}, 1^o, de la loi relative au statut juridique externe).

(20) Notons que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2013, ces seuils ne concernent plus que les condamnés à des peines privatives de liberté de moins de 30 ans ; pour les condamnations à 30 ans ou à perpétuité (passées en force de chose jugée après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle), des seuils spécifiques de quinze, 19 et 23 ans sont en effet instaurés, en fonction des antécédents de l'auteur, mais sans plus faire référence à un état de récidive légal.

Pour que ces seuils rehaussés trouvent à s'appliquer, il faut que l'état de récidive légale soit « établi dans le jugement ou l'arrêt de condamnation par le renvoi exprès à la condamnation qui est à la base de la récidive » (art. 2, 7°, de la loi relative au statut juridique externe). Il n'est pas requis que le juge du fond ayant retenu la récidive ait aussi effectivement majoré la peine imposée (le seul constat de l'état de récidive suffit (21)), ni que l'état de récidive soit expressément constaté dans le dispositif de la décision (22). Par contre, l'identification (fût-ce au travers du libellé des préventions) de la condamnation fondant la récidive dans le jugement ou l'arrêt qui l'a retenue est bien indispensable pour que le condamné puisse être considéré comme récidiviste aux fins de l'exécution de sa peine (23).

Indépendamment de toute majoration de la peine susceptible d'être *prononcée*, le seul fait de retenir, à l'égard de l'auteur d'un crime correctionnalisé renvoyé devant les juridictions correctionnelles, un état de récidive légale qui n'aurait pas existé si l'intéressé avait été condamné à une peine criminelle en *Cour* d'assises, a donc une influence sur le *régime d'exécution* de la peine applicable, en soumettant le condamné aux seuils des deux tiers au lieu du tiers de la peine.

Saisie par un justiciable condamné à une peine de *dix* ans d'emprisonnement du chef d'une tentative d'assassinat commise en état de récidive légale, la Cour de cassation avait accepté de poser une question préjudicielle à ce propos à la Cour constitutionnelle (24).

En réponse, la Cour va, dans son arrêt n° 185/2014 du 18 décembre 2014, juger inconstitutionnel le fait qu'« une personne qui, après une condamnation à un emprisonnement d'un an au moins, est condamnée du chef de tentative d'assassinat moins de cinq ans après avoir subi sa peine ou après que cette peine fut prescrite, soit traitée différemment, en ce qui concerne la possibilité d'une libération conditionnelle, selon qu'elle est renvoyée devant la *Cour* d'assises et condamnée à une peine criminelle ou que, le crime ayant été correctionnalisé en

(21) Dans le même sens, voy. P. TERSAGO, « Het belang van gerechtelijke antecedenten in het straf(proces)recht », *N.C.*, 2011, p. 35, n° 63.

(22) Il suffit, p. ex., que le juge mentionne, au rang des dispositions légales qu'il déclare appliquer au condamné, l'article 56 du Code pénal, et qu'il s'approprie, ce faisant, la circonstance de la récidive fondée sur l'antécédent judiciaire identifié au bas des préventions mises à charge du condamné et déclarées établies (Cass., 12 mars 2008, R.G. n° P.08.0306.F, *Pas.*, 2008, n° 173 ; voy. aussi Cass., 2 mai 2012, R.G. n° P.12.0667.F, *Pas.*, 2012, n° 268).

(23) Cass., 20 juillet 2010, R.G. n° P.10.1153.F, *Pas.*, 2010, n° 483.

(24) Cass., 26 novembre 2013, R.G. n° P.13.0991.N, *Pas.*, 2013, n° 633.

raison de circonstances atténuantes ou d'une cause d'excuse, elle est condamnée à une peine correctionnelle par le tribunal correctionnel ou la Cour d'appel ».

Malgré ce constat d'inconstitutionnalité, les effets des dispositions concernées (25) ont été maintenus par la Cour « jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi qui met fin à cette discrimination et au plus tard jusqu'au 31 juillet 2015 » (26). Mais aucune initiative législative n'est intervenue depuis lors.

À l'été 2016, soit après l'échéance du 31 juillet 2015, la Cour de cassation a été saisie une nouvelle fois d'un pourvoi formé par un justiciable poursuivi pour un crime correctionnalisé (il s'agissait en l'occurrence d'un vol avec violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner, passible de 20 à 30 ans de réclusion sur la base de l'art. 474 C. pén.) et condamné en état de récidive à une peine d'emprisonnement qui, certes, n'excédait pas le maximum de la peine criminelle que la Cour d'assises aurait pu prononcer à son égard si elle avait également retenu des circonstances atténuantes (27), mais qui le soumettait en principe à un régime d'exécution plus défavorable (avec une date d'admissibilité à la libération conditionnelle aux deux tiers plutôt qu'au tiers s'il avait été condamné à une peine criminelle). Se ralliant à l'enseignement de la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation va juger qu'il n'y avait pas lieu de casser la condamnation (puisque, malgré le constat de récidive légale, la peine prononcée n'excédait pas celle que la Cour d'assises aurait pu infliger après admission de circonstances atténuantes), mais que, par contre, l'état de récidive légale ne pourrait « plus être pris en considération pour fixer la durée de la détention à subir avant d'être admis à saisir le tribunal de l'application des peines d'une demande de libération conditionnelle » (28).

(25) L'art. 56, al. 2, C. pén., lu en combinaison avec l'art. 25 du même Code, l'art. 2 de la loi 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes et l'art. 25, § 2 b) de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe.

(26) C. const., 18 décembre 2014, n° 185/2014 ; sur cet arrêt, voy. M. BOUHON, « La récidive en matière de libération conditionnelle : le compte à rebours est lancé ! », *J.T.*, 2015, pp. 282-283 ; et J. ROZIE, « Récidive bij strafvoemeting en strafuitvoering : een wet van communicerende vaten ? », *N.C.*, 2015, pp. 185-191.

(27) Il avait été condamné à 17 ans d'emprisonnement, alors que le maximum applicable en assises, après admission de circonstances atténuantes aurait été de 20 ans de réclusion (art. 80, al. 2, C. pén.).

(28) Cass., 19 octobre 2016, RG P.06.0837.F, *J.T.*, 2017, p. 138, et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH, et note C. NOIRHOMME.

Dans une circulaire adoptée quelques mois plus tard (29), le Collège des procureurs généraux va défendre une interprétation pour le moins restrictive de la jurisprudence constitutionnelle et de cassation : à son estime, elle ne vaudrait que pour les crimes punissables de la réclusion de 20 à 30 ans ou plus ; pour les autres crimes, par contre, l'inégalité de traitement ne serait que théorique, s'agissant d'infractions qui, dans les faits, sont systématiquement soustraites à la juridiction de la Cour d'assises par le mécanisme de la correctionnalisation.

Le tribunal de l'application des peines de Bruxelles ayant refusé de suivre cette thèse, et fixé l'admissibilité à la libération conditionnelle au tiers de la peine dans le cas d'un justiciable condamné, en état de récidive légale, à une peine de cinq ans d'emprisonnement sur pied de l'article 472 du Code pénal, le parquet décida de se pourvoir en cassation et la Cour de cassation choisit de poser une nouvelle question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, ciblée cette fois sur le sort réservé à l'auteur d'un crime correctionnalisé initialement punissable de quinze à 20 ans de réclusion.

Sans grande surprise, la Cour constitutionnelle va juger, dans son arrêt n° 102/2017 du 26 juillet 2017, que le constat de violation contenu dans l'arrêt n° 185/2014 qui visait la personne condamnée du chef d'un crime correctionnalisé, initialement punissable de 20 à 30 ans de réclusion est transposable à l'égard d'un crime punissable de la réclusion de quinze à 20 ans qui a été correctionnalisé (30).

En toute logique, il devrait en aller de même pour les crimes correctionnalisés initialement punissables de dix à quinze ans de réclusion (31).

Pour les crimes punis avant leur correctionnalisation de la réclusion de cinq à dix ans, les choses sont par contre plus complexes, dans la mesure où l'état de récidive légale prévu par l'article 56, alinéa 2, du Code pénal leur est applicable qu'ils soient jugés en assises ou en

(29) Circ. n° 3/2017 du 23 février 2017. Notons que cette circulaire a ultérieurement été abrogée, le 25 janvier 2018, après que la position du collège eut été contredite par l'arrêt n° 102/2017 de la Cour constitutionnelle.

(30) Dans la foulée, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre le jugement du tribunal de l'application des peines de Bruxelles qui avait déclaré le condamné admissible à la libération conditionnelle au tiers de sa peine, nonobstant le constat de récidive dans le jugement de condamnation (Cass., 27 septembre 2017, R.G. n° P.17.0461.F).

(31) Ce que la Cour constitutionnelle a entre-temps confirmé par son arrêt n° 15/2018 dans lequel elle affirme que toute personne condamnée par une juridiction correctionnelle, en état de récidive légale, à une peine d'emprisonnement du chef d'un crime initialement punissable d'une autre peine de réclusion que celle de cinq à dix ans, est admissible à la libération conditionnelle après avoir subi un tiers de sa peine.

correctionnelle, la peine maximale après admission de circonstances atténuantes étant, dans les deux cas, de cinq ans d'emprisonnement. Pour autant, ne serait-il pas discriminatoire, ici aussi, d'admettre que le seuil des deux tiers soit applicable à celui qui est condamné pour des faits moins lourdement sanctionnés par la loi, alors que c'est un seuil d'un tiers qui serait applicable, d'après les arrêts n^{os} 185/2014 et 102/2017, en cas de correctionnalisation de crimes plus sévèrement punis ?

Et le même raisonnement ne devrait-il pas aussi, et même *a fortiori*, être tenu à l'égard de l'auteur condamné en état de récidive pour un délit (et non plus un crime correctionnalisé) commis dans les cinq ans de l'exécution ou de la prescription d'une précédente peine d'emprisonnement d'un an au moins ? Ne serait-il également discriminatoire de lui appliquer le seuil des deux tiers, là où un condamné pour crime (fût-il correctionnalisé et générateur, à ce titre, d'un même état de récidive) serait admissible à la libération conditionnelle au tiers de sa peine ?

Ce sont ces deux dernières situations qui ont été portées à l'appréciation de la Cour constitutionnelle à la suite d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation (32) et ont donné lieu à l'arrêt n^o 15/2018 du 7 février 2018.

La Cour y relève une nouvelle discrimination : à son estime, il est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution qu'une personne condamnée par une juridiction correctionnelle, en état de récidive légale, à une peine d'emprisonnement du chef d'un *délit* ou d'un *crime correctionnalisé initialement punissable*, avant sa correctionnalisation, *de la peine de réclusion de cinq à dix ans*, soit admissible à la libération conditionnelle après avoir subi deux tiers de sa peine, alors qu'une personne condamnée par une juridiction correctionnelle, en état de récidive légale, à une peine d'emprisonnement du chef d'un crime correctionnalisé initialement punissable, avant sa correctionnalisation, d'une autre peine de réclusion est admissible à la libération conditionnelle après avoir subi un tiers de cette peine. Une telle différence de traitement est en effet dépourvue de justification raisonnable, dès lors qu'elle remet en cause l'échelle des peines au stade de leur exécution, les condamnés en état de récidive légale à une peine d'emprisonnement pour un fait puni plus sévèrement par la loi étant susceptibles d'être admissibles à la libération conditionnelle plus tôt

(32) Cass., 31 mai 2017, R.G. n^o P.17.0545.F, concl. av. gén. M. NOLET DE BRAUWERE.

que les condamnés en état de récidive légale à une peine d'emprisonnement pour un fait puni moins sévèrement par la loi.

IV. RÉCIDIVE ET RÉHABILITATION

Il reste une dernière question qui n'a, à ce jour, pas encore été soumise à la Cour constitutionnelle. Elle concerne le délai d'épreuve en vue de réhabilitation qui, aux termes de l'article 626 du Code d'instruction criminelle, est également plus long lorsque l'auteur est condamné en état de récidive légale : pour les peines correctionnelles jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, il passe ainsi de trois à six ans, tandis que pour les peines correctionnelles de plus de cinq ans et les peines criminelles, il passe de cinq à dix ans.

Il nous paraît qu'il y a lieu, ici aussi, de tirer les conséquences de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle : si l'état de récidive n'existe qu'en raison de la correctionnalisation du crime, il ne saurait, nous semble-t-il, être retenu aux fins de l'application de l'article 626 sans générer de discrimination.

Mais ici encore, la question rebondit aussitôt : car si la récidive est neutralisée pour les crimes correctionnalisés, ne faudra-t-il pas, dans la foulée et à peine de créer une nouvelle discrimination, en faire de même pour les simples délits ?

POUR CONCLURE

L'examen détaillé des différents arrêts de la Cour constitutionnelle prononcés en matière de récidive légale fait clairement apparaître une logique de discriminations en cascade.

Dans un premier temps, la Cour a en effet été amenée à se prononcer sur le sort réservé aux crimes qui, parce qu'ils sont correctionnalisés, génèrent un état de récidive légale qui n'eût pas existé s'ils avaient été sanctionnés par une peine de réclusion en assises. Sans grande surprise, elle a jugé qu'un crime correctionnalisé ne saurait être traité plus sévèrement que le même crime non correctionnalisé. Et puisqu'en cas d'antécédents correctionnels, il n'y a pas de régime de récidive légale prévu dans le second cas, elle en a déduit qu'il faut aussi neutraliser la récidive dans le premier, que ce soit au niveau du taux maximal de la peine susceptible d'être prononcée (arrêts n^{os} 193/2011 et

199/2011) ou au niveau de son régime d'exécution (arrêts n^{os} 185/2014 et 102/2017).

L'étape suivante a logiquement consisté à comparer le sort réservé aux délits par rapport à celui réservé aux crimes correctionnalisés pour lesquels la récidive était ainsi neutralisée. Au regard de l'échelle des peines, il paraît difficilement justifiable que le délit soit traité plus sévèrement que le crime correctionnalisé : si la récidive est neutralisée pour le second, elle doit donc l'être aussi pour le premier. C'est en ce sens que la Cour s'est prononcée pour le régime d'exécution des peines et la date d'admissibilité à la libération conditionnelle dans son arrêt n^o 15/2018. À notre estime, la même réponse s'imposera s'agissant du taux maximal de la peine susceptible d'être prononcée par les juridictions correctionnelles.

On est dès lors en droit de se demander ce qu'il reste encore de l'article 56, alinéa 2, du Code pénal et du régime de récidive de délit (ou crime correctionnalisé) sur délit qu'il organise.

L'article 56, alinéa 2, permet en principe au juge correctionnel de doubler la peine applicable, mais en réalité, une telle majoration ne paraît plus possible, ni pour les crimes correctionnalisés (à peine de les traiter plus sévèrement qu'en assises), ni pour les délits (à peine de les traiter plus sévèrement que les crimes correctionnalisés).

Lu en combinaison avec l'article 25, paragraphe 2, b, de la loi du 17 mai 2006 relative au statut juridique externe, la même disposition permet aussi de retarder la date d'admissibilité à la libération conditionnelle, mais le seuil des deux tiers censément applicable ne peut plus être retenu à l'égard de ceux qui ont été condamnés en situation de récidive, que ce soit de crime correctionnalisé sur délit ou de délit sur délit.

Enfin, l'application de l'article 56, alinéa 2, pourrait encore justifier un délai d'épreuve plus long en matière de réhabilitation, mais l'on voit mal, là aussi, que ce ne soit pas considéré comme discriminatoire dans le chef des condamnés pour crime correctionnalisé ou pour délit.

En définitive et faute de cohérence, c'est tout un pan du droit pénal qui vacille sur ses bases...

