



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 53.967/1/V
van 24 september 2013

avis 53.967/1/V
du 24 septembre 2013

over

sur

een voorontwerp van wet 'tot invoering van de probatie als autonome straf in het Strafwetboek, tot wijziging van het Wetboek van strafvordering, het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie'

un avant-projet de loi 'insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'Instruction criminelle, le Code judiciaire et la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation'

Op 29 juli 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 27 september 2013, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot invoering van de probatie als autonome straf in het Strafwetboek, tot wijziging van het Wetboek van strafvordering, het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 29 juni 1964 betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie’.

Het ontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 10 september 2013. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Bruno SEUTIN en Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Frédéric VANNESTE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 24 september 2013.

*

Le 29 juillet 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogée jusqu'au 27 septembre 2013, sur un avant-projet de loi ‘insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'Instruction criminelle, le Code judiciaire et la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation’.

Le projet a été examiné par la première chambre des vacations le 10 septembre 2013. La chambre était composée de Jan SMETS, conseiller d'État, président, Bruno SEUTIN et Wilfried VAN VAERENBERGH, conseillers d'État, Johan PUT, assesseur, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Frédéric VANNESTE, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 24 septembre 2013.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe de probatie als autonome straf in te voeren in het Strafwetboek. Naast dat laatste wetboek worden daartoe ook het Wetboek van Strafvordering, het Gerechtelijk Wetboek en de wet van 29 juni 1964 ‘betreffende de opschorting, het uitstel en de probatie’ aangepast.

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. Luidens het ontworpen artikel 37sexies, §§ 1 en 2, van het Strafwetboek kan de rechter, behoudens in enkele uitzonderingen, indien het feit van die aard is om te worden bestraft met een politiestraf of een correctionele straf, als hoofdstraf een autonome probatiestraf opleggen, die bestaat uit de naleving van bijzondere voorwaarden gedurende een termijn van minstens zes maanden en ten hoogste twee jaar.

Tegelijk wordt het systeem van het probatieuitstel en de probatieopschorting, zoals geregeld in de wet van 29 juni 1964, behouden. In die wet wordt het mogelijk gemaakt om bijzondere voorwaarden op te leggen wanneer uitstel of opschorting van de veroordeling wordt bevolen. De bijzondere voorwaarden worden niet exhaustief in die wet omschreven, maar uit de artikelen 1, § 3, en 9bis ervan blijkt dat de voorwaarden onder meer kunnen bestaan uit het volgen van een opleiding (behoudens bij gedeeltelijk uitstel dat als gevolg heeft dat nog een deel van de effectieve gevangenisstraf moet worden uitgevoerd), een begeleiding of een behandeling.

Probatievoorwaarden zijn, al zijn ze gekoppeld aan een straf (met uitstel), of aan de opschorting ervan, zelf geen straffen, maar worden gekwalificeerd als behandelingsmethodes,² waarbij de finaliteit van hulpverlening primeert³. Zij kunnen worden opgelegd in de gevallen waarin de delinquent een reële behoefte heeft aan begeleiding, terwijl een controle op de naleving van de voorwaarden noodzakelijk kan worden geacht opdat hij een normconform bestaan zou kunnen leiden.⁴

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

² Verslag, *Parl.St.* Kamer 1961-62, nr. 401/2, p. 6; A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, 2006, p. 195, nr. 348; L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, 1990, p. 529, nr. 990.

³ A. DE NAUW, *o.c.*, p. 142, nr. 256.

⁴ L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, p. 529, nr. 990.

Wat voorafgaat doet de vraag rijzen of het, zeker in de gevallen dat de probatievoorwaarden opleiding, behandeling en begeleiding inhouden⁵, consistent is dat de probatie tegelijk als een straf wordt ingevoerd én als maatregel met een begeleidend karakter behouden blijft die wordt gekoppeld aan de opschorting of het uitstel van de straf. Eenzelfde maatregel kan bezwaarlijk nu eens wel, en dan weer niet een straf uitmaken. Bovendien moet erop worden gewezen dat na de invoering van de werkstraf als autonome straf bij de wet van 17 april 2002 'tot invoering van de werkstraf als autonome straf in correctionele zaken en in politiezaken', het niet langer mogelijk werd geacht de dienstverlening als probatievoorwaarde aan de opschorting of het uitstel van de straf te verbinden.⁶

Zo men toch de optie behoudt om probatie als autonome reactiemodaliteit op een misdrijf mogelijk te maken, naast het opleggen van probatievoorwaarden in het raam van de opschorting of het uitstel, dient te worden in overweging genomen de probatie als maatregel *sui generis* in te voeren in de plaats van als straf. Dat zou meer overeenkomen met de eigenlijke aard van de probatie en zou overigens ook het optreden van de probatiecommissie meer aannemelijk maken, terwijl zo effectief een nieuwe straf zou worden ingevoerd,⁷ het logischer zou zijn de strafuitvoeringsrechtbank bij de uitvoering ervan te betrekken.

4. De kwalificatie van de probatiemaatregel als straf kan ook de vraag doen rijzen naar de eerbiediging van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel. Dat beginsel houdt mede in dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, de op te lopen straf kan kennen wanneer dat gedrag strafbaar is. Dat beginsel strekt ertoe elk risico van willekeurig optreden vanwege de rechterlijke of de uitvoerende macht uit te sluiten bij het opleggen en het toepassen van de straffen.⁸

Te dezen wordt in het ontworpen artikel 37*sexies* van het Strafwetboek, naast de bepaling van de minimum- en de maximumduur van de straf, slechts bepaald dat de autonome probatiestraf bestaat uit de naleving van bijzondere voorwaarden gedurende een bepaalde termijn, die minstens zes maanden bedraagt en ten hoogste twee jaar.

Gevraagd of zulks in overeenstemming te brengen valt met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel, antwoordde de gemachtigde:

“L'article 37*sexies*, §4, en projet prévoit que 'le juge détermine la durée de la peine de probation autonome et peut donner des indications concernant le contenu concret de la peine de probation autonome'. L'article 37*septies*, §3, prévoit quant à lui que 'la commission de probation détermine le contenu concret de la peine de probation autonome, sur la base du rapport de l'assistant de justice qui a entendu le condamné. Le contenu concret de la peine de probation autonome est notifié dans une convention à signer par le condamné (...)’.

⁵ In bepaalde gevallen kunnen de voorwaarden een meer maatschappijbeschermend karakter hebben, zoals bij verboden om zich in bepaalde plaatsen te bevinden of bij contactverboden, wat erop wijst dat de probatie ook momenteel een niet geheel eenduidig karakter heeft.

⁶ Zie de weglating van de dienstverlening vervat in de artikelen 1, § 3, en 1*bis* van de wet van 29 juni 1964.

⁷ Die dan echt ook dat karakter zou moeten hebben, wat zou noodzaken tot een andere invulling van de voorwaarden die kunnen worden opgelegd.

⁸ GwH 18 april 2007, nr. 60/2007, B.6.

Il convient de noter que cette façon de faire ne constitue pas une première puisque pour la peine de travail, il en est de même. Si un nombre d'heures est déterminé, le contenu concret n'est pas connu au moment de la condamnation, le juge se contentant, comme dans le texte proposé pour la probation autonome, d'éventuellement donner des indications sur le contenu concret. On constate d'ailleurs, dans la pratique, que les jugements reprenant des indications concrètes sont très largement minoritaires.

Par ailleurs, il peut être souligné que, du point de vue idéologique, le but de la période de probation (c'est plutôt la durée de la probation qui a valeur de peine et non le respect des conditions) est d'apporter au condamné un suivi personnalisé qui rendra optimales ses chances de réinsertion et réintégration sociales (le respect de conditions est donc un moyen et non une fin), afin de diminuer le risque de récidive. Et en évitant une peine d'enfermement désinsérante socialement et afin de désengorger les prisons en surpopulation. Selon ce principe idéologique, il est difficile de régler à priori les conditions liées à la peine.

Le pouvoir du juge et de la commission de probation au niveau de la détermination de la peine, s'il présente la souplesse nécessaire pour s'adapter aux situations individuelles des prévenus, est cependant restreint par la loi à plusieurs niveaux.

Ainsi, en ce qui concerne le juge, l'avant-projet prévoit, à l'instar de l'art.37ter du Code pénal sur la peine de travail, que :

- le juge ne peut prononcer cette peine que pour des faits de nature à entraîner une peine de police ou une peine correctionnelle, à l'exclusion d'une série de faits.
- il doit fixer la durée de la peine, dans les limites fixées par la loi,
- le juge doit expliquer la portée de la peine au prévenu et celui-ci doit donner son accord.
- le juge peut donner des indications sur le contenu de la peine.
- lors de la fixation de la peine de substitution, il est tenu par les limites légales prévues par la loi pour l'infraction.

Il va de soi que la peine de probation ne peut consister en un travail vu que celui-ci est visé à l'art.37ter du Code pénal.

En ce qui concerne la commission de probation, il peut être indiqué que :

En déterminant le contenu de la peine, elle doit respecter les éventuelles indications données par le juge sur le contenu de la peine, à l'instar de l'art.37quinquies, §3, du Code pénal sur la peine de travail.

Les conditions sont fixées sur base du rapport de l'assistant de justice qui a entendu le condamné.

Elles sont reprises dans une convention signée par le condamné (qui peut donc refuser de signer ce document).

A l'instar de l'art.12, §1, de la loi du 29 juin 1964, l'art.37octies en projet permet à la commission de suspendre la peine, de la préciser ou de l'adapter aux circonstances (nb : on peut remarquer que le mot 'omstandigheden' a été mal traduit par le mot 'conditions'), d'initiative ou à la demande du parquet ou de l'intéressé. Il prévoit en outre une possibilité de recours, comme l'art.12 de la loi de 1964.

Il peut être souligné que l'art.37quinquies, §3, du Code pénal sur la peine de travail, prévoit aussi la possibilité pour la commission de probation de préciser ou d'adapter le contenu concret de la peine déterminé par l'assistant de justice.

Les limitations légales précitées restreignent le pouvoir du juge et de la commission de probation au niveau de la détermination de la peine, permettant de rencontrer le principe de légalité des peines en matière pénale.”

Het eerste element in het antwoord van de gemachtigde is de gelijkenis met het stelsel van de werkstraf. Het loutere gegeven dat de ontworpen regeling gelijkenissen vertoont met een bestaande regeling, volstaat evenwel nog niet om aan te tonen dat ze conform het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel is. De Raad van State, afdeling Wetgeving, heeft zich overigens nooit kunnen uitspreken over de huidige artikelen 37ter tot 37quinquies van het Strafwetboek, en ook in de arresten van het Grondwettelijk Hof die de werkstraf betreffen, komt de problematiek van het legaliteitsbeginsel niet aan bod.

Een tweede element in het antwoord van de gemachtigde gaat uit van de doelstelling van de probatie, namelijk het aanbieden aan de betrokkene van een persoonlijke begeleiding met het oog op zijn sociale re-integratie. Daarmee rijst evenwel opnieuw de vraag of de kwalificatie van straf die aan de maatregel wordt gegeven, wel adequaat is (zie opmerking 3). Waar een minder strikte wettelijke omschrijving nog te verantwoorden zou vallen zo het gaat om een maatregel van hulpverlening of begeleiding, is dat minder het geval zo het om een eigenlijke straf gaat.

Tot slot wijst de gemachtigde op de wettelijke garanties die het opleggen van de probatiestraf vergezellen. Belangrijk is hierbij dat de betrokkene steeds zijn instemming dient te betuigen met het opleggen van de probatiestraf, wat een waarborg uitmaakt tegen mogelijk misbruik. Vraag is desondanks of de inhoud van de probatiestraf niet in de wet zou dienen te worden omschreven, al was het maar door het aangeven van richtinggevende elementen ter zake. Dit klemmt des te meer aangezien de vrijwilligheid toch enigszins dient te worden gerelativeerd aangezien het alternatief voor de probatiestraf het opleggen van een gevangenisstraf kan zijn en, nu de strafrechter niet noodzakelijk aanwijzingen geeft omtrent de concrete invulling van de probatiestraf (luidens het ontworpen artikel 37sexies, § 4, van het Strafwetboek is dat slechts een mogelijkheid), de betrokkene niet steeds de juiste contouren zal kennen van hetgeen waarmee hij instemt.

5. Luidens het ontworpen artikel 37sexies, § 1, derde lid, van het Strafwetboek bepaalt de rechter die de probatiestraf uitspreekt, binnen de perken van de op het misdrijf gestelde straffen, “alsook van de wet op grond waarvan de zaak voor hem werd gebracht” (zie hieromtrent opmerking 11), een gevangenisstraf of een geldboete die van toepassing kan worden in geval de autonome probatiestraf niet wordt uitgevoerd. Behoudens dat de straf binnen de perken van op het misdrijf gestelde straffen moet blijven, is niets bepaald omtrent de duur van de vervangende gevangenisstraf of de hoogte van de vervangende geldboete, noch over de wijze waarop, bij gedeeltelijke niet-uitvoering, rekening dient te worden gehouden met het reeds uitgevoerde deel van de probatiestraf; wat betreft dit laatste wordt in het ontworpen artikel 37novies, vierde lid, van het Strafwetboek, slechts bepaald dat “rekening wordt gehouden met [het gedeelte van] de autonome probatiestraf die reeds door de veroordeelde is uitgevoerd”.

Wat het eerste aspect betreft, moet erop worden gewezen dat in artikel 40, eerste lid, van het Strafwetboek wel in een algemeen geldend maximum wordt voorzien voor de vervangende gevangenisstraf die de rechter dient te bepalen wanneer hij een geldboete oplegt:

luidens die bepaling kan de vervangende gevangenisstraf zes maanden niet te boven gaan voor hen die wegens een misdaad zijn veroordeeld, drie maanden voor hen die wegens een wanbedrijf zijn veroordeeld en drie dagen voor hen die wegens een overtreding zijn veroordeeld. De vraag rijst waarom er met betrekking tot de autonome probatiestraf (en de werkstraf) niet in een gelijkaardige bepaling wordt voorzien.

Ook wordt niet voorzien in een mechanisme waardoor gewaarborgd wordt dat een zekere proportionaliteit bestaat tussen de autonome probatiestraf en de vervangende gevangenisstraf of de vervangende geldboete. Zulk mechanisme is weliswaar ook niet opgenomen in artikel 40, eerste lid, van het Strafwetboek, maar daar wordt dit getemperd door de opname van een maximumduur van de vervangende gevangenisstraf (bovenop de maximale gevangenisstraf die gesteld is op het betrokken misdrijf).

De proportionaliteit die zou moeten bestaan tussen de opgelegde probatiestraf en de vervangende straf, kan nog meer in het gedrang komen gelet op de onbepaaldheid van de bijzondere voorwaarden die op grond van die straf moeten worden vervuld, waardoor het mogelijk wordt dat een probatiestraf die inhoudelijk weinig zwaar weegt, wordt vervangen door een vrij zware gevangenisstraf. Gelet op wat voorafgaat verdient het aanbeveling dat de regeling betreffende de vervangende straf door de wetgever aan een nieuw onderzoek wordt onderworpen. In dit verband dient erop te worden gewezen dat het Hof van Cassatie, met betrekking tot de werkstraf waarvoor een gelijkaardige regeling geldt, heeft geoordeeld dat de rechter die tot een werkstraf veroordeelt, wanneer hij in een geldboete voorziet als vervangende straf die van toepassing is bij niet-uitvoering van de werkstraf, een geldboete moet uitspreken die van dezelfde aard is als die van de werkstraf.⁹ Dit impliceert dat wanneer de werkstraf of de autonome probatiestraf het karakter van een politiestraf heeft, de vervangende gevangenisstraf of de vervangende geldboete ook dit karakter moet hebben. Alvast deze regel, waarvan de gemachtigde bevestigde dat hij ook geldt voor de autonome probatiestraf, zou zowel wat betreft de werkstraf als de autonome probatiestraf in het Strafwetboek kunnen worden opgenomen. Daarnaast zou ook een maximumduur voor de vervangende gevangenisstraf kunnen worden bepaald, naar analogie van artikel 40, eerste lid, van het Strafwetboek, of zouden omzettingsregels kunnen worden ingevoerd.

6. Wanneer de autonome probatiestraf niet of slechts gedeeltelijk wordt uitgevoerd, kan het openbaar ministerie luidens het ontworpen artikel 37*novies*, vierde lid, van het Strafwetboek na een met redenen omkleed verslag van de probatiecommissie, beslissen de in de rechterlijke beslissing bepaalde vervangende gevangenisstraf of geldboete uit te voeren, waarbij rekening wordt gehouden met (het deel van) de autonome probatiestraf die reeds door de veroordeelde is uitgevoerd.

Een gelijkaardige regeling is met betrekking tot de werkstraf opgenomen in artikel 37*quinquies*, § 4, vierde lid, van het Strafwetboek voor het geval dat een werkstraf niet of slechts gedeeltelijk wordt uitgevoerd. In arrest 46/2011 van 30 maart 2011 heeft het Grondwettelijk Hof over die bepaling het volgende geoordeeld:

⁹ Cass. 19 mei 2004, P.03.1550.F.

“B.6.1. In het wetsvoorstel dat tot de wet van 17 april 2002 heeft geleid, was bepaald dat wanneer een tot een werkstraf veroordeelde persoon die straf niet uitvoert, het openbaar ministerie hem zou dagvaarden voor de rechtbank die de werkstraf en de vervangende straf heeft opgelegd, zodat de rechtbank de vervangende straf uitvoerbaar zou kunnen verklaren (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, DOC 50-0549/001, pp. 11 en 15).

B.6.2. Dat voorstel werd bij amendement vervangen door de bestaande tekst, luidens welke, wanneer de werkstraf niet of slechts gedeeltelijk wordt uitgevoerd, de probatiecommissie een verslag opstelt met het oog op de toepassing van de vervangende straf, in welk geval het openbaar ministerie kan beslissen de in het vonnis opgelegde gevangenisstraf of geldboete te doen uitvoeren.

B.6.3. In antwoord op een reeks van amendementen die beoogden de beslissing omtrent de uitvoering van de vervangende straf aan een rechter over te laten of in een beroepsprocedure te voorzien tegen de beslissing van het openbaar ministerie, verwees de minister van Justitie naar een in de Kamer gehouden hoorzitting waarbij het volgende werd verklaard:

‘Hoewel in de structuur van het aanvankelijk wetsvoorstel, dat heel sterk aanleunt bij de probatieregeling, ongetwijfeld meer waarborgen zijn ingebouwd, rijst de vraag of een dergelijke complexe regeling is aangewezen. Aangezien het om de uitvoering van een gewone straf gaat, lijkt het helemaal niet noodzakelijk om bij niet-uitvoering van de taakstraf, altijd opnieuw de probatiecommissie of de rechtbank in te schakelen. In die zin is er weinig op tegen om het openbaar ministerie de bevoegdheid te geven de vervangende gevangenisstraf uit te voeren. Wel rijst de vraag of deze bevoegdheid zo absoluut moet zijn als in de amendementen is geformuleerd en of het niet aangewezen is een mogelijkheid van bezwaar van de veroordeelde in de wet in te schrijven’ (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, DOC 50-0549/011, p. 86; *Parl. St.*, Senaat, 2001-2002, nr. 2-778/7, p. 37).

De minister voegde hier nog aan toe:

‘dat deze bepaling voor de veroordeelde een mogelijkheid zou vormen om de zaak te rekken. Men wil niet terugvallen in de omslachtige probatieprocedure’ (*Parl. St.*, Senaat, 2001-2002, nr. 2-778/7, p. 38).

B.6.4. In de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling wordt ook herhaalde malen verklaard dat een beslissingsbevoegdheid van of een beroepsmogelijkheid bij de rechter niet raadzaam zou zijn gelet op de bestaande gerechtelijke achterstand (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, DOC 50-0549/011, p. 65; *Parl. St.*, Senaat, 2001-2002, nr. 2-778/7, p. 37).

B.7.1. Luidens artikel 37ter, § 1, van het Strafwetboek voorziet de rechter, wanneer hij een werkstraf als hoofdstraf oplegt, in een gevangenisstraf of in een geldboete die van toepassing kan worden wanneer de werkstraf niet wordt uitgevoerd. In dat opzicht verschilt die situatie van die van de probatieopschorting. Wanneer de rechter de opschorting van de uitspraak gelast, voorziet hij niet in een straf die van toepassing kan worden indien de opschorting wordt herroepen. De straf wordt slechts uitgesproken ten gevolge van de herroeping van de opschorting van de uitspraak van de veroordeling door de rechtbank van eerste aanleg.

B.7.2. Vermits de rechter de vervangende straf bepaalt die van toepassing is bij de niet-uitvoering van de werkstraf, beschikt het openbaar ministerie dienaangaande slechts over een beperkte beoordelingsbevoegdheid. Het dient binnen de door de rechter bepaalde strafmaat te blijven en kan niet een andere straf opleggen dan die waarin de rechter heeft voorzien. Bovendien dient het luidens de in het geding zijnde bepaling rekening te houden met de werkstraf die reeds door de veroordeelde is uitgevoerd. Die verplichting houdt in

dat het deel van de vervangende straf dat dient te worden uitgevoerd, omgekeerd evenredig dient te zijn met het deel van de werkstraf dat reeds door de veroordeelde is uitgevoerd (antwoord van de minister van Justitie op een parlementaire vraag, *Bull. Vr. en Antw.*, Kamer, 10 september 2002, nr. 136, p. 17072).

B.8.1. Het feit dat het openbaar ministerie beslist over de uitvoering van de vervangende straf, verschilt niet van hetgeen het geval is voor de uitvoering van de overige straffen.

In de parlementaire voorbereiding van de wet van 17 april 2002 werd hieromtrent opgemerkt:

‘dat de procureur des Konings vandaag ook de macht heeft om de uitvoering van straffen al of niet, geheel of gedeeltelijk af te dwingen. Huidig voorstel is enkel anders op het vlak dat het openbaar ministerie moet beoordelen:

- wat van de alternatieve straf al is uitgevoerd en
- in het licht van wat de rechter beslist heeft als corollarium, de uitvoering van een deel dan wel het geheel hiervan af te dwingen’ (*Parl. St.*, Kamer, 2000-2001, DOC 50-0549/011, p. 13).

B.8.2. Overigens dient te worden vastgesteld dat ook met betrekking tot de herroeping van de probatieopschorting het openbaar ministerie over een beoordelingsbevoegdheid beschikt. Artikel 13, § 4, van de wet van 29 juni 1964 bepaalt immers dat het openbaar ministerie de betrokkene voor de rechtbank van eerste aanleg dagvaardt ‘indien hij het passend acht’.

B.9. De bevoegdheid van de rechter die zich dient uit te spreken over de herroeping van de probatieopschorting of het probatie-uitstel is ook ruimer dan die van het openbaar ministerie dat beslist over de uitvoering van de vervangende straf wanneer een persoon de werkstraf waartoe hij werd veroordeeld, niet uitvoert. Behoudens het geval waarin het uitstel van rechtswege wordt herroepen, dient de rechter te oordelen of de probatieopschorting of het probatie-uitstel al dan niet wordt herroepen, en zo niet of nieuwe voorwaarden eraan dienen te worden verbonden. De rechter heeft bijgevolg verschillende mogelijkheden wanneer hij uitspraak moet doen over een vordering tot herroeping van een probatieopschorting of van een probatie-uitstel. Dat is niet het geval bij de niet-uitvoering van een werkstraf. In dat geval kan het openbaar ministerie enkel beslissen de vervangende straf al dan niet uit te voeren, waarbij het, luidens de in het geding zijnde bepaling, rekening dient te houden met de werkstraf die reeds door de veroordeelde is uitgevoerd.

B.10. De in het geding zijnde bepaling is bestaanbaar met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

B.11. De toetsing van de in het geding zijnde bepaling aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, kan niet tot een ander besluit leiden. Die verdragsbepaling is immers niet van toepassing op de uitvoering van de straf (EHRM, 18 december 2007, *Dybeku t. Albanië*, § 55).”

Die overwegingen zouden eveneens kunnen worden toegepast op het ontworpen artikel 37*novies*, vierde lid, van het Strafwetboek. Toch dient te worden opgemerkt dat het, in geval van gedeeltelijke niet-uitvoering van de autonome probatiestraf, moeilijker zal zijn om de vervangende straf te bepalen in omgekeerde evenredigheid met het deel van de autonome probatiestraf dat reeds is uitgevoerd, wat de aan het openbaar ministerie toegekende bevoegdheid toch iets problematischer maakt. Tevens moet worden opgemerkt dat het Grondwettelijk Hof in

zijn arrest nr. 46/2011 een toetsing heeft uitgevoerd aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, toegespitst op het recht op toegang tot de rechter, en niet aan het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel.

7. Zo de optie gehandhaafd blijft om de probatieopschorting en het probatieuitstel te laten voortbestaan naast de autonome probatiestraf, rijst de vraag naar de verantwoording van een aantal verschillen tussen het juridische stelsel van beide vormen van probatie.

Zo kan de vraag rijzen waarom een aantal inhoudelijke of procedurele aspecten van de probatie die in de wet van 29 juni 1964 worden geregeld, in de ontworpen bepalingen zijn weggelaten, zoals de opleiding die als probatiemaatregel kan worden opgelegd (artikelen 1, § 3, en *1bis*), de maatschappelijke enquête en het beknopte voorlichtingsrapport dat in bepaalde gevallen kan worden opgesteld (artikel 2), de sociale begeleiding die aan de probatiemaatregel is gekoppeld (artikel 9) of de bijzondere regels wanneer een probatiemaatregel wordt opgelegd in bepaalde gevallen van seksuele delinquentie (artikel *9bis*).

Tevens rijst de vraag naar de verantwoording van de verschillende regeling bij gehele of gedeeltelijke niet-uitvoering van de probatiemaatregel, waar in het ontwerp geen appreciatiebevoegdheid aan de probatiecommissie wordt toegekend omtrent de ernst van de niet-naleving van de probatievoorwaarden, en er geen tussenkomst is van de rechtbank van eerste aanleg tot herroeping van de probatiestraf.

De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of er voor deze verschillen een afdoende verantwoording bestaat en dienen, in voorkomend geval, deze verantwoording in de memorie van toelichting weer te geven.

8. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of alle relevante bepalingen die zijn opgenomen in boek I van het Strafwetboek toepassing kunnen vinden wanneer de autonome probatiestraf wordt opgelegd. Zo rijst de vraag of artikel 56 van het Strafwetboek toepassing kan vinden, of de artikelen 58 en 60 van het Strafwetboek niet dienen te worden aangepast, zoals overigens naar aanleiding van de invoering van de werkstraf gebeurde, of de regels betreffende de meerdaadse samenloop niet aan herziening toe zijn en of, en in hoeverre, in artikel 85 van het Strafwetboek ook geen gewag dient te worden gemaakt van de autonome probatiestraf (wat dan evenwel opnieuw de vraag doet rijzen naar de kwalificatie als straf, want enkel dan kan men zich de toepassing van verzachtende omstandigheden indenken).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

9. Luidens artikel 1 van het ontwerp regelt de aan te nemen wet een aangelegenheid als bedoeld bij artikel 77 van de Grondwet. Dat is evenwel enkel zo in zoverre nieuwe bevoegdheden worden toegekend aan rechterlijke instanties of aan het openbaar ministerie, maar niet voor de louter strafrechtelijke of strafprocesrechtelijke bepalingen die het ontwerp bevat, noch voor bepalingen die louter de strafuitvoering betreffen.

Het ontwerp dient derhalve te worden opgesplitst in twee ontwerpen, het ene bevattende aangelegenheden als bedoeld bij artikel 77 van de Grondwet, het andere bevattende aangelegenheden als bedoeld bij artikel 78 van de Grondwet.

Artikel 7

10. De verwijzing naar artikel 4 in de inleidende zin van artikel 7 van het ontwerp is niet correct: ze dient te worden vervangen door een verwijzing naar artikel 6.

11. In het ontworpen artikel 37*sexies*, § 1, derde lid, van het Strafwetboek, wordt bepaald dat de rechter die de autonome probatiestraf oplegt, binnen de perken van de op het misdrijf gestelde straffen, “alook van de wet op grond waarvan de zaak voor hem werd gebracht”, een gevangenisstraf of een geldboete bepaalt die van toepassing kan worden ingeval de autonome probatiestraf niet wordt uitgevoerd. Het is niet meteen duidelijk wat bedoeld wordt met de woorden “van de wet op grond waarvan de zaak voor hem wordt gebracht”. Al komen die woorden met betrekking tot de werkstraf nu ook al voor in artikel 37*ter*, § 1, eerste lid, van het Strafwetboek, verdient het toch aanbeveling hieromtrent in de tekst van de genoemde bepalingen of minstens in de memorie van toelichting duidelijkheid te verschaffen.

Artikel 8

12. In het ontworpen artikel 37*septies*, § 3, van het Strafwetboek zou ook rekening moeten worden gehouden met het geval dat de strafrechter aanwijzingen heeft gegeven omtrent de concrete invulling van de autonome probatiestraf, naar analogie van wat voor de werkstraf is bepaald in artikel 37*quinqies*, § 3, eerste lid, van het Strafwetboek.

13. Met betrekking tot de in het ontworpen artikel 37*septies*, § 3, tweede lid, van het Strafwetboek bedoelde overeenkomst, verschaft de gemachtigde de volgende toelichting:

“De bepaling in artikel 8 betreffende de overeenkomst, is gebaseerd op de wettelijke bepalingen inzake de werkstraf. Deze zullen dus overeenkomstig worden uitgevoerd.

De overeenkomst moet aldus worden beschouwd als een document dat toelaat het werkkader voor de justitieassistent te bepalen en duidelijkheid te bieden aan de veroordeelde. De overeenkomst bepaalt de voorwaarden enerzijds en kadert deze anderzijds ook in een dynamiek van recidivevoorkoming en rehabilitatie (doel dat wordt

nagestreefd met de voorwaarden, de effecten van de voorwaarden op de veroordeelde in zijn ruimer levenskader en zo verder). Gezien de noodzaak tot individualisering kunnen deze voorwaarden niet in de wet zelf worden opgenomen. Ze worden geformaliseerd in de overeenkomst, die door JA en veroordeelde wordt ondertekend.

Deze overeenkomst kan worden gewijzigd tijdens de begeleiding. De overeenkomst is aldus een dynamische werkinstrument tussen de justitieassistent en de veroordeelde, die moet worden goedgekeurd door probatiecommissie.”

Ook deze uitleg wordt best in de memorie van toelichting opgenomen.

Artikel 9

14. Luidens het ontworpen artikel 37octies, § 1, eerste lid, eerste zin, van het Strafwetboek kan de probatiecommissie de autonome probatiestraf geheel of ten dele opschorten, nader omschrijven of aanpassen aan de omstandigheden. In tegenstelling tot wat het geval is bij probatieopschorting of probatieuitstel (artikel 12, § 1, eerste lid, van de wet van 29 juni 1964), is wat betreft het nader omschrijven of het aanpassen van de opgelegde voorwaarden, niet bepaald dat de probatiecommissie die voorwaarden niet mag verscherpen, wat wellicht niet in de bedoeling ligt. Het ontworpen artikel 37octies, § 1, van het Strafwetboek, zal dan op dit punt dienen te worden aangevuld.

15. Luidens de laatste zin van het ontworpen artikel 37octies, § 2, derde lid, van het Strafwetboek houdt de rechtbank van eerste aanleg zitting en doet zij uitspraak over het beroep tegen de in het ontworpen artikel 37octies, § 1, van dat wetboek bedoelde beslissingen in raadkamer.

Krachtens artikel 148, eerste lid, van de Grondwet zijn de terechtzittingen van de rechtbanken openbaar, tenzij de openbaarheid gevaar oplevert voor de orde of de goede zeden, in welk geval zulks bij vonnis wordt verklaard. Krachtens artikel 149, tweede zin, van de Grondwet wordt elk vonnis in openbare terechtzitting uitgesproken. Die grondwetsbepalingen dienen evenwel te worden gelezen in het licht van andere grondrechten, zoals het recht op privéleven. De bescherming van die grondrechten kan noodzaken tot het aanbrengen van beperkingen op de principiële openbaarheidsvereiste, maar die beperkingen dienen in een redelijk evenredigheidsverband te staan tot het nagestreefte doel. In dat verband dient de wetgever, mede in acht genomen de fundamentele waarborgen die met het openbaarheidsvereiste worden beoogd, na te gaan of een absolute uitzondering op het openbaarheidsvereiste volstrekt noodzakelijk is voor de bescherming van dat doel, dan wel of een meer genuanceerd regime dient te worden ingevoerd, waarbij aan de rechter inzake openbaarheid een appreciatiebevoegdheid zou worden toegekend of de betrokkene zou kunnen verzoeken om openbaarheid.¹⁰

¹⁰ Zie uitgebreid over deze problematiek, weliswaar betreffende een ontwerp waarop artikel 6 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens onbetwistbaar van toepassing was, adv.RvS 44.203/2 van 2 juni 2008, *Parl.St. Senaat* 2007-08, nr. 295/2.

Het ontworpen artikel 37*octies*, § 2, derde lid, van het Strafwetboek dient derhalve aan een nieuw onderzoek te worden onderworpen. Hetzelfde geldt overigens ten aanzien van artikel 12, § 2, derde lid, laatste zin, van de wet van 29 juni 1964.

16. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 37*octies*, § 2, vierde lid, van het Strafwetboek schrijve men “inwilligt” in plaats van “aanneemt”.

Artikel 10

17. Al komt die term ook voor in artikel 37*quinqies*, § 4, tweede lid, van het Strafwetboek, rijst de vraag waarom in het ontworpen artikel 37*novies*, tweede lid, van dat wetboek wordt bepaald dat de probatiecommissie een beknopt *of* met redenen omkleed verslag opstelt.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique ¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis vise à insérer la probation comme peine autonome dans le Code pénal. Outre ce dernier code, sont également adaptés à cet effet le Code d'instruction criminelle, le Code judiciaire et la loi du 29 juin 1964 'concernant la suspension, le sursis et la probation'.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3. L'article 37sexies, §§ 1^{er} et 2, en projet, du Code pénal prévoit que, sauf dans quelques exceptions, lorsque le fait est de nature à entraîner une peine de police ou une peine correctionnelle, le juge peut condamner à titre de peine principale à une peine de probation autonome qui comporte le respect de conditions particulières durant une période qui ne peut être inférieure à six mois ni supérieure à deux ans.

Parallèlement, le régime du sursis probatoire et de la suspension probatoire, réglé dans la loi du 29 juin 1964, est maintenu. Cette loi permet d'imposer des conditions particulières lorsque le sursis ou la suspension de la condamnation est ordonné. Cette loi ne définit pas les conditions particulières d'une manière exhaustive, mais il ressort de ses articles 1^{er}, § 3, et 9bis que les conditions peuvent notamment consister à suivre une formation (sauf en cas de sursis partiel qui a pour effet qu'une partie de la peine d'emprisonnement effective doit encore être exécutée), une guidance ou un traitement.

Bien qu'elles soient assorties d'une peine (avec sursis), ou de sa suspension, les conditions de probation ne sont pas elles-mêmes des peines, mais sont qualifiées de méthodes de traitement ², la finalité première étant d'apporter une aide ³. Elles peuvent être imposées dans les cas où le délinquant éprouve un réel besoin de guidance, alors qu'un contrôle du respect des conditions peut être jugé nécessaire pour qu'il puisse mener une existence respectueuse des normes ⁴.

Les considérations qui précèdent soulèvent la question de savoir si, certainement dans les cas où les conditions de probation impliquent une formation, un traitement et une

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique », la conformité aux normes supérieures.

² Rapport, *Doc. Parl.*, Chambre, 1961-62, n° 401/2, p. 6; A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Bruges, 2006, p. 195, n° 348; L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Louvain, 1990, p. 529, n° 990.

³ A. DE NAUW, *o.c.*, p. 142, n° 256.

⁴ L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *o.c.*, p. 529, n° 990.

guidance⁵, il est cohérent d'instaurer la probation en tant que peine tout en la maintenant en tant que mesure ayant un caractère de guidance liée à la suspension ou au sursis de la peine. Une même mesure peut difficilement tantôt constituer une peine et tantôt pas. Il faut en outre attirer l'attention sur le fait qu'après l'instauration de la peine de travail comme peine autonome par la loi du 17 avril 2002 'instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police', on a considéré qu'il n'était plus possible d'assortir la suspension ou le sursis de la peine d'une condition de probation consistant en un travail d'intérêt général⁶.

Si l'on choisit néanmoins d'ériger la probation en une modalité autonome de réaction à un délit, parallèlement à l'imposition de conditions de probation dans le cadre de la suspension ou du sursis, il faut envisager d'instaurer la probation comme une mesure *sui generis* plutôt que comme une peine. Cette approche correspondrait mieux à la nature intrinsèque de la probation et au demeurant, permettrait aussi de mieux accréditer l'intervention de la commission de probation, alors que dans le cas de l'instauration effective d'une nouvelle peine⁷, il serait plus logique que le tribunal d'application des peines soit associé à son exécution.

4. La qualification de la mesure de probation en tant que peine peut également soulever la question du respect du principe de légalité en matière pénale. Ce principe implique notamment que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de connaître, au moment où il adopte un comportement, la peine encourue lorsque ce comportement est punissable. Ce principe entend ainsi exclure tout risque d'intervention arbitraire de la part du pouvoir judiciaire ou du pouvoir exécutif dans l'imposition et l'application des peines⁸.

En l'occurrence, outre la fixation des durées minimale et maximale de la peine, l'article 37sexies, en projet, du Code pénal prévoit uniquement que la peine de probation autonome comporte le respect de conditions particulières durant une période déterminée, qui ne peut être inférieure à six mois ni supérieure à deux ans.

À la question de savoir si ce qui précède peut se concilier avec le principe de légalité en matière pénale, le délégué a répondu :

« L'article 37sexies, §4, en projet prévoit que 'le juge détermine la durée de la peine de probation autonome et peut donner des indications concernant le contenu concret de la peine de probation autonome'. L'article 37septies, §3, prévoit quant à lui que 'la commission de probation détermine le contenu concret de la peine de probation autonome, sur la base du rapport de l'assistant de justice qui a entendu le condamné. Le contenu concret de la peine de probation autonome est notifié dans une convention à signer par le condamné (...)'. »

Il convient de noter que cette façon de faire ne constitue pas une première puisque pour la peine de travail, il en est de même. Si un nombre d'heures est déterminé, le

⁵ Dans certains cas, les conditions peuvent présenter un caractère plus protecteur de la société, comme en cas d'interdictions de fréquenter certains lieux ou d'avoir certains contacts, ce qui montre que même actuellement, la probation n'a pas un caractère totalement univoque.

⁶ Voir l'omission du travail d'intérêt général qui était mentionné aux articles 1^{er}, § 3, et 1^{er}bis de la loi du 29 juin 1964.

⁷ Qui devrait alors avoir véritablement ce caractère, ce qui nécessiterait de définir autrement les conditions susceptibles d'être imposées.

⁸ C.C., 18 avril 2007, n° 60/2007, B.6.

contenu concret n'est pas connu au moment de la condamnation, le juge se contentant, comme dans le texte proposé pour la probation autonome, d'éventuellement donner des indications sur le contenu concret. On constate d'ailleurs, dans la pratique, que les jugements reprenant des indications concrètes sont très largement minoritaires.

Par ailleurs, il peut être souligné que, du point de vue idéologique, le but de la période de probation (c'est plutôt la durée de la probation qui a valeur de peine et non le respect des conditions) est d'apporter au condamné un suivi personnalisé qui rendra optimales ses chances de réinsertion et réintégration sociales (le respect de conditions est donc un moyen et non une fin), afin de diminuer le risque de récidive. Et en évitant une peine d'enfermement désinsérante socialement et afin de désengorger les prisons en surpopulation. Selon ce principe idéologique, il est difficile de régler à priori les conditions liées à la peine.

Le pouvoir du juge et de la commission de probation au niveau de la détermination de la peine, s'il présente la souplesse nécessaire pour s'adapter aux situations individuelles des prévenus, est cependant restreint par la loi à plusieurs niveaux.

Ainsi, en ce qui concerne le juge, l'avant-projet prévoit, à l'instar de l'art. 37ter du Code pénal sur la peine de travail, que :

- le juge ne peut prononcer cette peine que pour des faits de nature à entraîner une peine de police ou une peine correctionnelle, à l'exclusion d'une série de faits.
- il doit fixer la durée de la peine, dans les limites fixées par la loi,
- le juge doit expliquer la portée de la peine au prévenu et celui-ci doit donner son accord.- le juge peut donner des indications sur le contenu de la peine.
- lors de la fixation de la peine de substitution, il est tenu par les limites légales prévues par la loi pour l'infraction.

Il va de soi que la peine de probation ne peut consister en un travail vu que celui-ci est visé à l'art.37ter du Code pénal.

En ce qui concerne la commission de probation, il peut être indiqué que :

En déterminant le contenu de la peine, elle doit respecter les éventuelles indications données par le juge sur le contenu de la peine, à l'instar de l'art.37quinquies, §3, du Code pénal sur la peine de travail.

Les conditions sont fixées sur base du rapport de l'assistant de justice qui a entendu le condamné.

Elles sont reprises dans une convention signée par le condamné (qui peut donc refuser de signer ce document).

A l'instar de l'art.12, §1, de la loi du 29 juin 1964, l'art.37octies en projet permet à la commission de suspendre la peine, de la préciser ou de l'adapter aux circonstances (nb : on peut remarquer que le mot 'omstandigheden' a été mal traduit par le mot 'conditions'), d'initiative ou à la demande du parquet ou de l'intéressé. Il prévoit en outre une possibilité de recours, comme l'art.12 de la loi de 1964.

Il peut être souligné que l'art.37quinquies, §3, du Code pénal sur la peine de travail, prévoit aussi la possibilité pour la commission de probation de préciser ou d'adapter le contenu concret de la peine déterminé par l'assistant de justice.

Les limitations légales précitées restreignent le pouvoir du juge et de la commission de probation au niveau de la détermination de la peine, permettant de rencontrer le principe de légalité des peines en matière pénale ».

Dans sa réponse, le délégué met d'abord en avant la similitude avec le régime de la peine de travail. Le simple fait que le régime en projet présente des similitudes avec un régime existant, ne suffit toutefois pas encore à démontrer qu'il est conforme au principe de légalité en matière pénale. Au demeurant, le Conseil d'État, section de législation, n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur les articles 37*ter* à 37*quinquies*, actuels, du Code pénal, et les arrêts de la Cour constitutionnelle qui concernent la peine de travail n'ont pas non plus abordé la problématique du principe de légalité.

La réponse du délégué considère ensuite l'objectif de la probation, à savoir apporter à l'intéressé un suivi personnalisé en vue de sa réinsertion sociale. À cet égard, se pose cependant à nouveau la question de savoir s'il est bien adéquat de qualifier cette mesure de peine (voir l'observation 3). Si, s'agissant d'une mesure d'assistance ou de guidance, une définition légale moins stricte pourrait encore être justifiée, c'est moins défendable dans le cas d'une véritable peine.

Le délégué souligne enfin les garanties légales dont l'application de la peine de probation est assortie. À cet égard, il importe d'observer que l'intéressé doit toujours donner son consentement à l'imposition de la peine de probation, ce qui constitue une garantie contre d'éventuels abus. La question se pose néanmoins de savoir si la loi ne devrait pas définir le contenu de la peine de probation, ne fût-ce qu'en mentionnant des éléments indicatifs en la matière. Cette observation est d'autant plus prégnante qu'il faut malgré tout relativiser quelque peu le consentement, dès lors que l'alternative à la peine de probation peut consister en la condamnation à une peine d'emprisonnement et, que le juge pénal ne donnant pas nécessairement d'indications quant au contenu concret de la peine de probation (l'article 37*sexies*, § 4, en projet, du Code pénal, se borne à en prévoir la possibilité), l'intéressé ne connaîtra pas toujours les contours exacts de l'objet sur lequel il donne son accord.

5. Selon l'article 37*sexies*, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, du Code pénal, le juge qui prononce la peine de probation prévoit, dans les limites des peines prévues pour l'infraction « et par la loi en fonction de sa saisine » (voir à ce sujet, l'observation 11), une peine d'emprisonnement ou une amende qui peut être applicable en cas de non-exécution de la peine de probation autonome. Hormis le fait que la peine doit rester dans les limites des peines prévues pour l'infraction, rien n'est précisé en ce qui concerne la durée de la peine d'emprisonnement de substitution ou du montant de l'amende de substitution, ni à propos des modalités selon lesquelles, en cas de non-exécution partielle, il y a lieu de tenir compte de la partie déjà exécutée de la peine de probation; en ce qui concerne ce dernier point, l'article 37*novies*, alinéa 4, en projet, du Code pénal, prévoit seulement qu'« [il est tenu] compte de [la partie de] la peine de probation autonome qui a déjà été exécutée par le condamné ».

En ce qui concerne le premier aspect, il y a lieu de souligner que l'article 40, alinéa 1^{er}, du Code pénal prévoit, quant à lui, un plafond général pour la peine d'emprisonnement de substitution que le juge doit fixer lorsqu'il impose une amende : selon cette disposition, l'emprisonnement de substitution ne peut pas excéder six mois pour les condamnés à raison de crime, trois mois pour les condamnés à raison de délit, et trois jours pour les condamnés à raison de contravention. On peut se demander pourquoi une disposition analogue n'est pas prévue en ce qui concerne la peine de probation autonome (et la peine de travail).

Il n'est pas non plus prévu de mécanisme garantissant l'existence d'une certaine proportionnalité entre la peine de probation autonome et la peine d'emprisonnement ou l'amende de substitution. Si un tel mécanisme ne figure pas non plus à l'article 40, alinéa 1^{er}, du Code pénal, cette absence y est tempérée par la mention d'une durée maximale pour la peine d'emprisonnement de substitution (en plus de la peine d'emprisonnement maximale infligée pour l'infraction concernée).

La proportionnalité qui devrait exister entre la peine de probation prononcée et la peine de substitution peut encore être davantage mise à mal, compte tenu du fait que les conditions particulières que cette peine impose de remplir ne sont pas définies, ce qui ouvre la voie au remplacement éventuel d'une peine de probation plutôt légère, par une peine d'emprisonnement relativement lourde. Eu égard à ce qui précède, il est recommandé que le législateur réexamine les règles relatives à la peine de substitution. À cet égard, il faut relever qu'en ce qui concerne la peine de travail, qui est soumise à un régime analogue, la Cour de cassation a jugé que lorsque le juge qui condamne à une peine de travail prévoit une amende comme peine de substitution applicable en cas de non-exécution de la peine de travail, doit prononcer une amende de la même nature que celle de la peine de travail⁹. Cela implique que lorsque la peine de travail ou la peine de probation autonome a le caractère d'une peine de police, la peine d'emprisonnement ou l'amende de substitution doit avoir ce même caractère. Cette règle, dont le délégué a confirmé qu'elle s'applique également à la peine de probation autonome, pourrait en tout cas être inscrite dans le Code pénal, tant en ce qui concerne la peine de travail qu'en ce qui concerne la peine de probation autonome. En outre, on pourrait également fixer une durée maximale pour la peine d'emprisonnement de substitution, par analogie avec l'article 40, alinéa 1^{er}, du Code pénal, ou encore prévoir des règles de conversion.

6. L'article 37*novies*, alinéa 4, en projet, du Code pénal dispose qu'en cas d'inexécution totale ou partielle de la peine de probation autonome, le ministère public peut décider, après un rapport motivé de la commission de probation, d'exécuter la peine d'emprisonnement ou l'amende de substitution déterminée dans la décision judiciaire, et ce en tenant compte de la (partie de la) peine de probation autonome qui a déjà été exécutée par le condamné.

En ce qui concerne la peine de travail, l'article 37*quinquies*, § 4, alinéa 4, du Code pénal prévoit un dispositif analogue en cas d'inexécution totale ou partielle de celle-ci. Au sujet de cette disposition, l'arrêt 46/2011 du 30 mars 2011, de la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit :

« B.6.1. Dans la proposition de loi qui est devenue la loi du 17 avril 2002, il avait été précisé que, dans le cas où une personne condamnée à une peine de travail n'exécuterait pas cette peine, le ministère public la citerait devant le tribunal qui a infligé la peine de travail et la peine de substitution, de sorte que le tribunal pût déclarer exécutoire la peine de substitution (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50-0549/001, pp. 11 et 15).

B.6.2. Cette proposition a été remplacée par voie d'amendement par le texte actuel, en vertu duquel, en cas d'inexécution totale ou partielle de la peine de travail, la

⁹ Cass., 19 mai 2004, P.03.1550.F.

commission de probation rédige un rapport en vue de l'application de la peine de substitution, auquel cas le ministère public peut décider de faire exécuter la peine d'emprisonnement ou l'amende infligées dans le jugement.

B.6.3. En réponse à une série d'amendements qui visaient à laisser au juge la décision relative à l'exécution de la peine de substitution ou à prévoir une procédure de recours contre la décision du ministère public, le ministre de la Justice a renvoyé à une audition tenue à la Chambre, au cours de laquelle il a été déclaré ce qui suit :

‘Bien que le système prévu dans la proposition de loi initiale, qui est fort semblable à celui de la probation, offre incontestablement plus de garanties, on peut se demander si une procédure aussi complexe est indiquée. S'agissant de l'exécution d'une peine ordinaire, il ne semble absolument pas nécessaire de toujours faire réintervenir la commission de probation ou le tribunal en cas de non-exécution de la peine d'utilité sociale. De ce point de vue, il y a peu d'inconvénient à habiliter le ministère public à exécuter la peine d'emprisonnement subsidiaire. On peut toutefois se demander si ce pouvoir doit être formulé en des termes aussi absolus que dans les amendements et s'il ne s'indiquerait pas de prévoir dans la loi que le condamné peut s'opposer à son exercice' (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50-0549/011, p. 86; *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-778/7, p. 37).

Le ministre a encore ajouté :

‘que cette disposition pourrait permettre au condamné de faire traîner les choses. On ne souhaite pas retomber dans la complexité de la procédure de probation’ (*Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-778/7, p. 38).

B.6.4. Il a également été affirmé à plusieurs reprises lors des travaux préparatoires de la disposition en cause qu'il ne serait pas prudent d'accorder au juge un pouvoir de décision ou de prévoir une possibilité de recours auprès de celui-ci, eu égard à l'arriéré judiciaire existant (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50-0549/011, p. 65; *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-778/7, p. 37).

B.7.1. En vertu de l'article 37ter, § 1^{er}, du Code pénal, le juge, lorsqu'il inflige une peine de travail comme peine principale, prévoit une peine d'emprisonnement ou une amende applicable en cas de non-exécution de la peine de travail. À cet égard, cette situation diffère de celle de la suspension probatoire. Lorsque le juge ordonne la suspension du prononcé, il ne prévoit pas de peine susceptible d'être appliquée en cas de révocation de la suspension. La peine n'est prononcée qu'à la suite de la révocation de la suspension du prononcé de la condamnation par le tribunal de première instance.

B.7.2. Le juge ayant fixé la peine de substitution applicable en cas de non-exécution de la peine de travail, le ministère public ne dispose à cet égard que d'un pouvoir d'appréciation restreint. Il doit respecter l'échelle des peines fixée par le juge et ne peut infliger d'autre peine que celle prévue par le juge. En outre, en vertu de la disposition en cause, il y a lieu de tenir compte de la peine de travail qui a déjà été exécutée par le condamné. Cette obligation implique que la partie de la peine de substitution à exécuter doit être inversement proportionnelle à la partie de la peine de travail qui a déjà été exécutée par le condamné (réponse du ministre de la Justice à une question parlementaire, *Bulletin des questions et réponses*, Chambre, 10 septembre 2002, n° 136, p. 17072).

B.8.1. Le fait que le ministère public décide de l'exécution de la peine de substitution ne diffère pas de ce qui est le cas pour l'exécution des autres peines. Il a été observé à ce sujet dans les travaux préparatoires de la loi du 17 avril 2002 :

‘le procureur du Roi a également le pouvoir d'imposer ou non l'exécution intégrale ou partielle des peines. La proposition de loi à l'examen ne modifie cette situation qu'en ce qu'elle prévoit que le ministère public doit apprécier :

- quelle partie de la peine de substitution a déjà été exécutée et
- pour quelle raison le juge a décidé d'imposer, comme corollaire, l'exécution partielle ou intégrale de la peine de substitution' (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, DOC 50-0549/011, p. 13).

B.8.2. Il faut du reste constater qu'en ce qui concerne la révocation de la suspension probatoire aussi, le ministère public dispose d'un pouvoir d'appréciation. En effet, l'article 13, § 4, de la loi du 29 juin 1964 dispose que le ministère public cite l'intéressé devant le tribunal de première instance 's'il l'estime opportun'.

B.9. Le pouvoir du juge qui doit se prononcer sur la révocation de la suspension probatoire ou du sursis probatoire est également plus étendu que celui du ministère public qui décide de l'exécution de la peine de substitution lorsqu'une personne n'exécute pas la peine de travail à laquelle elle a été condamnée. Sauf le cas où le sursis est révoqué de plein droit, le juge doit décider si la suspension probatoire ou le sursis probatoire doivent ou non être révoqués, et, dans la négative, s'il y a lieu d'y lier de nouvelles conditions. Le juge dispose donc de plusieurs possibilités lorsqu'il doit statuer sur une demande de révocation d'une suspension probatoire ou d'un sursis probatoire. Il en va différemment en cas de non-exécution d'une peine de travail. Le ministère public ne peut alors que décider de l'exécution ou non de la peine de substitution, étant entendu qu'en vertu de la disposition en cause, il doit tenir compte de la peine de travail qui a déjà été exécutée par le condamné.

B.10. La disposition en cause est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

B.11. Le contrôle de la disposition en cause au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'est pas de nature à conduire à une conclusion différente. En effet, cette disposition conventionnelle ne s'applique pas à l'exécution de la peine (CEDH, 18 décembre 2007, *Dybeku c. Albanie*, § 55) ».

Ces considérations pourraient également s'appliquer à l'article 37*novies*, alinéa 4, en projet, du Code pénal. Il faut cependant observer qu'en cas d'inexécution partielle de la peine de probation autonome, il sera plus difficile de fixer la peine de substitution d'une manière inversement proportionnelle à la partie de la peine de probation autonome qui a déjà été exécutée, ce qui rend malgré tout un peu plus problématique le pouvoir attribué au ministère public. Il faut également observer que dans son arrêt 46/2011, la Cour constitutionnelle a effectué un contrôle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, axé plus spécifiquement sur le droit d'accès au juge, et non pas au regard du principe de légalité en matière pénale.

7. Si l'option pour la coexistence, d'une part, de la suspension probatoire et du sursis probatoire et, d'autre part, de la peine de probation autonome reste maintenue, se pose la question de la justification d'un certain nombre de différences entre le régime juridique des deux formes de probation.

On peut ainsi se demander pourquoi les dispositions en projet omettent un certain nombre d'aspects de fond et de procédure de la probation qui sont réglés dans la loi du 29 juin 1964, tels que la formation qui peut être imposée au titre de mesure de probation (articles 1^{er}, § 3,

et 1^{er}*bis*), l'enquête sociale et le rapport d'information succinct qui peut être rédigé dans certains cas (article 2), la guidance sociale dont la mesure de probation est assortie (article 9) ou les règles particulières lorsqu'une mesure de probation est imposée dans certains cas de délinquance sexuelle (article 9*bis*).

En outre se pose la question de la justification de la différence de régime en cas d'inexécution totale ou partielle de la mesure de probation, dès lors que le projet ne confère pas de pouvoir d'appréciation à la commission de probation concernant la gravité de l'inexécution des conditions de probation, et qu'il n'y a pas d'intervention du tribunal de première instance pour révoquer la peine de probation.

Les auteurs du projet doivent examiner si ces différences peuvent être adéquatement justifiées et, le cas échéant, mentionner cette justification dans l'exposé des motifs.

8. Les auteurs du projet doivent examiner si toutes les dispositions pertinentes du livre I^{er} du Code pénal peuvent s'appliquer lorsque la peine de probation autonome est prononcée. On peut ainsi se demander si l'article 56 du Code pénal peut trouver à s'appliquer, s'il n'y a pas lieu d'adapter les articles 58 et 60 du Code pénal, comme on l'a d'ailleurs fait à la suite de l'introduction de la peine de travail, si les règles relatives au concours matériel ne doivent pas être revues et si, et dans quelle mesure, l'article 85 du Code pénal ne doit pas non plus faire état de la peine de probation autonome (ce qui, toutefois, soulève une nouvelle fois la question de la qualification en tant que peine, car, ce n'est qu'alors que l'on peut envisager l'application de circonstances atténuantes).

EXAMEN DU TEXTE

Article 1^{er}

9. Selon l'article 1^{er} du projet, la loi à adopter règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution. Tel n'est cependant le cas que dans la mesure où de nouvelles compétences sont attribuées à des organes juridictionnels ou au ministère public, mais pas pour les simples dispositions pénales ou de procédure pénale que le projet comporte, ni pour des dispositions qui concernent uniquement l'exécution de la peine.

Le projet sera dès lors scindé en deux projets, l'un comportant les matières visées à l'article 77 de la Constitution, l'autre comportant les matières visées à l'article 78 de la Constitution.

Article 7

10. Dans la phrase liminaire de l'article 7 du projet, la référence à l'article 4 n'est pas correcte : elle doit être remplacée par une référence à l'article 6.

11. L'article 37*sexies*, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, du Code pénal dispose que le juge qui prononce la peine de probation autonome prévoit, dans les limites des peines prévues pour

l'infraction « et par la loi en fonction de sa saisine » une peine d'emprisonnement ou une amende qui peut être applicable en cas de non-exécution de la peine de probation autonome. On n'aperçoit pas directement la portée des mots « par la loi en fonction de sa saisine ». Bien que ces mots figurent déjà actuellement à l'article 37*ter*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code pénal, en ce qui concerne la peine de travail, il est néanmoins recommandé d'apporter des précisions à ce sujet dans le texte des dispositions précitées ou à tout le moins dans l'exposé des motifs.

Article 8

12. L'article 37*septies*, § 3, en projet, du Code pénal devrait également tenir compte du cas dans lequel le juge pénal a donné des indications quant au contenu concret de la peine de probation autonome, par analogie avec ce que l'article 37*quinqies*, § 3, alinéa 1^{er}, du Code pénal prévoit pour la peine de travail.

13. En ce qui concerne la convention visée à l'article 37*septies*, § 3, alinéa 2, en projet, du Code pénal, le délégué a donné les précisions suivantes :

« De bepaling in artikel 8 betreffende de overeenkomst, is gebaseerd op de wettelijke bepalingen inzake de werkstraf. Deze zullen dus overeenkomstig worden uitgevoerd.

De overeenkomst moet aldus worden beschouwd als een document dat toelaat het werkkader voor de justitieassistent te bepalen en duidelijkheid te bieden aan de veroordeelde. De overeenkomst bepaalt de voorwaarden enerzijds en kadert deze anderzijds ook in een dynamiek van recidivevoorkoming en rehabilitatie (doel dat wordt nagestreefd met de voorwaarden, de effecten van de voorwaarden op de veroordeelde in zijn ruimer levenskader en zo verder). Gezien de noodzaak tot individualisering kunnen deze voorwaarden niet in de wet zelf worden opgenomen. Ze worden geformaliseerd in de overeenkomst, die door JA en veroordeelde wordt ondertekend.

Deze overeenkomst kan worden gewijzigd tijdens de begeleiding. De overeenkomst is aldus een dynamische werkinstrument tussen de justitieassistent en de veroordeelde, die moet worden goedgekeurd door probatiecommissie ».

Il serait également préférable d'intégrer ces précisions dans l'exposé des motifs.

Article 9

14. En vertu de l'article 37*octies*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, première phrase, en projet, du Code pénal, la commission de probation peut suspendre la peine de probation autonome en tout ou partie, la préciser ou l'adapter aux circonstances. À la différence de la suspension ou du sursis probatoire (article 12, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juin 1964), il n'est pas prévu que, lorsqu'elle précise ou adapte les conditions imposées, la commission de probation ne peut pas les rendre plus sévères, ce qui n'est sans doute pas l'intention. L'article 37*octies*, § 1^{er}, en projet, du Code pénal, sera dès lors complété sur ce point.

15. La dernière phrase de l'article 37octies, § 2, alinéa 3, en projet, du Code pénal, énonce qu'en ce qui concerne le recours contre les décisions visées à l'article 37octies, § 1^{er}, en projet, de ce code, le tribunal de première instance siège et statue en chambre du conseil.

En vertu de l'article 148, alinéa 1^{er}, de la Constitution, les audiences des tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs, auquel cas le tribunal le déclare par un jugement. En vertu de l'article 149, deuxième phrase, de la Constitution, tout jugement est prononcé en audience publique. Il faut toutefois lire ces dispositions constitutionnelles à la lumière d'autres droits fondamentaux, tels que le droit à la vie privée. La protection de ces droits fondamentaux peut nécessiter d'apporter des restrictions au principe de l'exigence de la publicité, encore faut-il qu'elles soient raisonnablement proportionnées à l'objectif poursuivi. À cet égard, le législateur, en ayant notamment égard aux garanties fondamentales que vise l'exigence de la publicité, doit examiner si une exception absolue à l'exigence de publicité s'impose pleinement et nécessairement pour protéger cet objectif, ou s'il faut mettre en place un régime plus nuancé, qui attribuerait au juge un pouvoir d'appréciation en matière de publicité ou permettrait à l'intéressé de la demander¹⁰.

L'article 37octies, § 2, alinéa 3, en projet, du Code pénal, doit par conséquent faire l'objet d'un nouvel examen. Il en va de même, au demeurant, en ce qui concerne l'article 12, § 2, alinéa 3, dernière phrase, de la loi du 29 juin 1964.

16. Dans le texte néerlandais de l'article 37octies, § 2, alinéa 4, en projet, du Code pénal, on écrira « inwilligt » au lieu de « aanneemt ».

Article 10

17. Bien que ce terme figure également à l'article 37quinquies, § 4, alinéa 2, du Code pénal, la question se pose de savoir pourquoi l'article 37novies, alinéa 2, en projet, de ce code énonce que la commission de probation rédige un rapport succinct *ou* motivé.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jan SMETS

¹⁰ Voir pour plus de détails sur cette problématique, certes à propos d'un projet auquel s'appliquait incontestablement l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, avis C.E. 44.203/2 du 2 juin 2008, *Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 295/2.