

Un an de droit de la peine
(Janvier - décembre 2012)

1. La peine

1 Les évolutions ont concerné tour à tour la typologie des peines (A), son choix (B) et leur exécution (C).

A.- Typologie des peines

B.- Le choix de la peine

2 La jurisprudence continue d'être abondante en matière de récidive (1°), de motivation de la peine (2°), mais aussi de concours (3°). La Cour de cassation a eu également à se prononcer de nouveau à de multiples reprises durant l'année 2012 – comme en 2011 - sur la légalité des peines prononcées par les juges du fond (4°).

1° La récidive

3 **Notion de délits assimilés.** - En matière correctionnelle, la récidive de délit à délit est à la fois temporaire et spéciale. Elle suppose soit une identité entre le délit ayant donné lieu à la première condamnation et l'infraction commise (pour une illustration : **Cass. crim., 10 mai 2012**: n°10-87.493, 2907: juris-data n°2012-012214; Bull. crim. n°118), soit une similitude, l'infraction commise pouvant être assimilée à l'infraction première (C. pén., art. 132-10). Le législateur définit ainsi aux articles 132-16 à 132-16-4, les hypothèses d'assimilation. La loi pénale étant d'interprétation stricte et une interprétation extensive de ces textes jouant nécessairement en la défaveur du condamné, les juges doivent s'en tenir à ces hypothèses légales d'assimilation et ne sauraient en étendre le domaine. C'est cette interdiction que rappelle la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 23 mai 2012 (**Cass. crim., 23 mai 2012**: n°11-84.402, 3307: juris-data n°2012-014354). En l'occurrence, les juges du fond avaient retenu l'état de récidive légale à l'endroit d'un individu poursuivi des chefs de corruption de mineur de plus de quinze ans et de proxénétisme au motif que, depuis moins de cinq ans, il avait fait l'objet d'une condamnation définitive pour recours à la prostitution de mineur. Or, si l'article 132-16-3 du Code pénal prévoit bien des hypothèses d'assimilation en matière de proxénétisme, l'infraction de recours à la prostitution de mineur prévue à l'article 225-12-1 du Code pénal ne fait pas partie de la liste des infractions assimilées. Dès lors, au visa de l'article 132-10 du Code pénal, la Cour de cassation casse la décision. L'état de récidive légale ne pouvait être retenu faute d'assimilation possible entre les infractions commises par l'agent. La solution est respectueuse des textes et de leur interprétation stricte à laquelle la Cour de cassation s'est toujours livrée en matière de délits assimilés pour l'application des règles de la récidive (comp. Cass. crim. 8 déc. 2009: Bull. crim. n°209 et nos obs. Dr. pénal. 2010, chr. 2, n°13 à propos d'une autre hypothèse d'assimilation prévue à l'article 132-16-4 du Code pénal).

4 **Premier terme de la récidive et condamnation pénale réputée non avenue.** - La solution est désormais certaine: une condamnation assortie d'un sursis et réputée non avenue ne disparaît pas pour l'application des règles de la récidive. La Cour de cassation entérine cette solution dans un arrêt du 27 juin 2012 (**Cass. crim., 27 juin 2012**, n°11-86773; Gaz. Pal. 2012, n°300, p. 33, note S. Détraz). En l'espèce, les juges du fond, après avoir relevé que l'individu avait été condamné pour un même délit à une peine de quatre ans d'emprisonnement dont trois avec sursis et mise à l'épreuve non avenue, avaient retenu l'état de récidive légale, les faits nouveaux ayant été commis dans le délai de cinq ans à compter du terme du délai d'épreuve. La solution semble aujourd'hui simple. Elle est la reconduction d'une solution que la chambre criminelle de la Cour de cassation avait laissé entrevoir lors d'un avis formulé le 26 janvier 2009, n°08-00.013: juris-data n°2009-046817) avant de l'énoncer dans un arrêt du 11 janvier 2011 (Cass. crim., 11 janv. 2011: n°10-81.781: juris-data n°2011-000644). Elle l'est sans doute moins dès lors que l'on prend connaissance de la date des faits

car la première condamnation était intervenue en 2001 et était donc devenue non avenue en 2004 soit quelques années avant l'entrée en vigueur de la loi du 7 mars 2007 qui modifia l'article 133-16 du Code pénal sur le fondement duquel la Cour de cassation a bâti, à compter de 2009, sa jurisprudence relative à la prise en considération de la condamnation non avenue comme premier terme de la récidive légale. Or, c'est cet argument que le demandeur faisait valoir puisque, sur le fondement de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'exigence de prévisibilité et d'accessibilité de la loi, il estimait, qu'à l'époque des faits poursuivis, la loi nouvelle, trop imprécise, ne lui permettait pas "*d'évaluer raisonnablement les conséquences juridiques de ses actes et de savoir avec un degré de certitude suffisant qu'il se trouvait en état de récidive*". Il est vrai que les faits de la cause datant de 2008, ils avaient bien été perpétrés après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle mais avant que la Cour de cassation ne livre son interprétation de cette loi au regard des règles de la récidive.

La Cour de cassation n'entre pourtant pas dans de telles considérations. Elle énonce que les faits susceptibles de constituer le second terme de la récidive ayant été commis après le 7 mars 2008, "la date d'entrée en vigueur de la loi du 5 mars 2007 ayant été reportée pour assurer son accessibilité et sa prévisibilité", les juges du fond ont valablement retenu en l'espèce l'état de récidive légale. Si cette solution est aujourd'hui acquise au regard des règles de la récidive, elle ne peut que retenir l'attention au plan de sa motivation. Avec un soin particulier la Cour de cassation souligne l'accessibilité et la prévisibilité de la loi nouvelle pour justifier la solution alors qu'assurément, ce n'est pas tant la prévisibilité de la loi qui était ici en cause mais la prévisibilité de la solution jurisprudentielle de 2009 et 2011, laquelle ne s'imposait pas à la seule lecture de la loi (v. à ce propos nos observations et les nombreuses références citées: Dr. pénal 2010, chr. 2, n°12 et Dr. pénal 2012, chr. 2, n°15).

5 Détermination de la peine-plancher. - En matière criminelle comme en matière correctionnelle, le législateur a fait le choix de fixer la durée de la peine-plancher non pas infraction par infraction mais de façon générale par référence à la durée maximale de la peine dont le délit ou le crime est puni. Ainsi et pour n'en prendre qu'un seul exemple, l'article 132-19-1, 1° dispose, qu'en cas de récidive légale, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure au seuil d'un an, si le délit est puni de trois ans d'emprisonnement. Dans l'esprit de certains, un doute a pu naître quant à la peine servant ainsi de référence pour le calcul de la peine-plancher. Est-ce la peine abstraitement prévue par le législateur pour une infraction donnée, par exemple trois ans pour le vol simple (art. 311-3) ou la peine véritablement encourue par le condamné à savoir la peine aggravée par l'état de récidive légale bref, et toujours pour le vol simple, six ans d'emprisonnement? Certes pertinente, cette question semblait portant appeler une réponse simple, par référence à l'échelle des peines et aux conséquences de l'état de récidive sur le calcul de la peine. En effet, et pour ne prendre que l'exemple de la matière correctionnelle, la comparaison de l'article 132-19-1 relatif aux peines-plancher à l'article 131-4 définissant l'échelle des peines correctionnelles fait apparaître une stricte identité, du moins pour les peines les plus sévères, le législateur ayant fait le choix de ne pas prévoir de peine-plancher pour les peines correctionnelles les plus bases. Cette analyse plaiderait donc en faveur d'une référence, pour le calcul du quantum de la peine-plancher, à la peine abstraitement prévue par le législateur pour chaque infraction et non à la peine aggravée par l'état de récidive (laquelle aurait alors conduit à retenir des durées autres à savoir: un an, deux ans, quatre ans, six ans, dix ans...). Les juges ont d'ailleurs sans difficulté apparente refusé de prendre en considération l'état de récidive légale pour le calcul de la peine-plancher (V. en ce sens, Cass. crim., 23 janvier 2007: Bull. crim. n°2). Pourtant contre toute attente, cette question qui semblait résolue depuis longtemps a donné lieu à un nouvel arrêt de la chambre criminelle en date du 6 mars 2012 (**Cass. crim., 6 mars 2012**: n°11-84711; Bull. crim. n°60). En l'espèce, les juges du fond, après avoir retenu la culpabilité d'un individu des chefs de vol en récidive et de recel de vol en récidive avaient prononcé une peine de quatre ans d'emprisonnement au motif que la peine maximale encourue était de dix ans. Le calcul opéré par les juges du fond était plus précisément le suivant: les infractions de vol et de recel étant des infractions en concours, le coupable encourt la peine dans la limite légale

du maximum le plus élevé à savoir une peine de cinq ans d'emprisonnement prévue par l'article 321-1 relatif au recel, peine doublée par l'effet de l'état de récidive soit dix ans. Par application des dispositions de l'article 132-19-1, 4°, la peine-plancher applicable était donc de quatre ans, la peine encourue par le coupable étant de dix ans. Le condamné faisait valoir à l'appui de son pourvoi une erreur dans le calcul de la peine-plancher, les juges ne devant pas tenir compte de l'état de récidive légale pour la détermination de la peine servant de référence. Le moyen reposait sur un argument juridique exact mais sur une argumentation factuelle erronée car le demandeur ne raisonnait pas sur le recel, qu'il passait purement et simplement sous silence, mais sur un vol simple pour lequel la peine abstraitement prévue par le législateur est de trois ans et donc, la peine-plancher d'une année seulement. Au visa de l'article 132-19-1 du Code pénal, la Cour de cassation accueille l'argumentation juridique du demandeur en énonçant, dans un chapeau liminaire, que pour déterminer la peine encourue par application de ce texte, la circonstance de la récidive ne doit pas être prise en compte. Par un motif supplémentaire, elle vient toutefois corriger le raisonnement du demandeur en sanctionnant la cour d'appel pour n'avoir pas su appliquer correctement l'article 132-19-1 au délit de recel pour lequel le coupable était passible de cinq ans d'emprisonnement et donc d'une peine-plancher de deux ans. Elle casse ainsi l'arrêt des juges du fond mais renvoie l'affaire à une autre juridiction afin qu'il soit de nouveau statué sur la peine, les juges du fond pouvant toujours faire le choix d'une peine autre que la peine-plancher. Dans le cas présent, il faut donc en déduire que la liberté de choix de la peine par les juges doit s'exprimer au sein d'une fourchette de peine allant de deux ans d'emprisonnement (la peine-plancher) à dix ans d'emprisonnement (la peine abstraitement prévue par l'article 321-1 du Code pénal pour le recel, doublée en raison de l'état de récidive légale) sauf à motiver le choix d'une peine inférieure à la peine-plancher par référence aux dispositions de l'article 132-19-1 du Code pénal.

6 Pouvoir de modération de la peine et peine-plancher. - Si lors de l'instauration des peines-plancher, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de s'interroger sur la question de l'articulation des dispositions relatives aux peines-plancher avec l'article 122-1 alinéa 2 du Code pénal relatif à la liberté de choix de la peine des juges lorsqu'ils déclarent une personne dont le discernement était obscurci au moment des faits, responsable pénalement, il a fallu attendre 2012 pour voir la chambre criminelle de la Cour de cassation prendre position par un arrêt rendu le 6 novembre dernier (**Cass. crim., 6 nov. 2012**: pourvoi n°12-82190, **Juris-data n° 2012-024927** ; à paraître au Bull. crim.). En énonçant que les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 122-1 du Code pénal permettent au juge de prononcer, s'il l'estime nécessaire, une peine autre que l'emprisonnement ou une peine inférieure à la peine minimale même lorsque les faits ont été commis une nouvelle fois en état de récidive légale, la Cour de cassation vient préserver tant la liberté de choix de la peine que l'effectivité de l'article 122-1, alinéa 2 du Code pénal (v. nos obs. Dr. pénal févr. 2013, comm. 5).

2° La motivation de la peine

7 Contrôle de la motivation de l'emprisonnement ferme : fondement du contrôle. - Deux années après l'entrée en vigueur de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 venue renforcer les exigences de motivation pesant sur les juges lors du prononcé d'une peine correctionnelle hors récidive légale (v. *a contrario* pour un rappel de l'exclusion de ces exigences en cas d'infraction commise en état de récidive légale: **Cass. crim. 12 avril 2012**, n°11.85009, juris-data n°2012-010837 - **Cass. crim., 23 mai 2012**, n°11-80869, juris-data n°2012-014984, Bull. crim. n°135), un bilan du contrôle de cette motivation par la Cour de cassation peut être opéré (pour un premier bilan déjà opéré début 2012, v. H. Hasnaoui, De la motivation spéciale des peines d'emprisonnement ferme après la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 : précisions sur une petite révolution ? Dr. pénal 2011, étude 22). Il permettra ainsi de mesurer la portée que les juges entendent donner aux orientations législatives, lesquelles se bornent, en raison du principe d'individualisation de la peine, à encourager le prononcé d'une peine autre que l'emprisonnement ferme en obligeant à une motivation spéciale de l'emprisonnement ferme (v. en ce sens, nos

réflexions sur "L'encouragement à un environnement non carcéral de la peine", contribution lors d'un colloque portant sur "Environnement et peine privative de liberté", Bordeaux, 2012, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice, vol. 2, Cujas, 2013, à paraître). En effet, l'efficacité de ce dispositif législatif, qui répond pour l'essentiel à une préoccupation gestionnaire (lutter contre la surpopulation carcérale), dépend en grande partie de l'ampleur du contrôle opéré par la Cour de cassation à l'égard de cette motivation.

Avant d'aller plus loin, on rappellera que le législateur a prévu un système à deux niveaux (C. pén., art. 132-24). D'une part, le législateur invite le juge à privilégier les peines avec sursis, la peine d'emprisonnement ferme ne devant être choisie qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate. D'autre part, et lorsque le juge aura malgré tout fait le choix d'un emprisonnement ferme, il doit assortir cette peine d'une mesure d'aménagement parmi celles prévues aux articles 132-25 à 132-28 du Code pénal dès lors que la personnalité et la situation du condamné le permettent et sauf impossibilité matérielle. Le premier niveau de ce dispositif n'est pas novateur. L'article 132-24 est à certain égard très proche de l'article 132-19, alinéa 2 relatif au sursis si bien que l'on peut s'interroger désormais sur l'utilité de ce dernier texte, et ceci d'autant plus que l'article 132-24 semble être devenu aujourd'hui l'unique fondement du contrôle. Sur la trentaine d'arrêts rendus en 2012, la plupart des moyens ne visent que l'article 132-24 et, lorsque les articles 132-24 et 132-19 sont visés cumulativement par le demandeur au pourvoi, la Cour de cassation fonde généralement ses décisions sur le seul article 132-24 (v. par ex., **Cass. crim., 3 janv. 2012**, n°11-80757 - **Cass. crim., 3 mai 2012**: n°11-85.702, juris-data n°2012-014334 - **Cass. crim., 27 juin 2012**, n°11-86.683, juris-data n°2012-018791 - **Cass. crim., 5 sept. 2012**, n°11-85760, juris-data n°2012-022176).

8 La nécessité de la peine d'emprisonnement. - Pour prononcer une peine d'emprisonnement, l'article 132-24 du Code pénal exige en premier lieu des juges qu'ils expliquent en quoi cette peine est nécessaire compte tenu de la gravité de l'infraction et de la personnalité de son auteur. La chambre criminelle se livre à une appréciation stricte de ces critères. Dans le cas d'une peine mixte, elle ne se contente pas d'une justification du sursis mais veille à une réelle motivation de la partie ferme de la peine. Ainsi, elle a pu censurer un arrêt condamnant une personne à deux ans d'emprisonnement dont une année avec sursis et mise à l'épreuve et se bornant à faire état du fait que la personne n'avait pas été condamnée par le passé, était mariée et mère de quatre enfants et exerçait la profession d'agent de propreté (**Cass. crim. 7 mars 2012** : pourvoi n°11-81095). S'agissant de la motivation de la peine ferme, la chambre criminelle vérifie que les juges ont bien caractérisé la nécessité de la peine eu égard à la gravité de l'infraction et à la personnalité de l'auteur. Ainsi, elle censure la décision de juges du fond qui, pour prononcer une peine de trois mois d'emprisonnement ferme pour refus de restituer un permis de conduire suspendu à l'encontre d'un prévenu se contentent de faire état de l'obstination du prévenu, lequel refusait de se soumettre à la loi (**Cass. crim., 6 juin 2012** : pourvoi n°11-84058 ; juris-data n°2012-015024, non publié au Bull. crim). Sans doute, l'obstination du prévenu est un élément de sa personnalité mais celui-ci ne saurait à lui seul justifier le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme, l'article 132-24 se référant tant à la personnalité du prévenu qu'à la gravité des faits. De façon plus nette, la même solution est retenue dans une autre affaire concernant quatre prévenus du chef de vols aggravés pour lesquels les juges du fond avaient prononcé des peines d'emprisonnement ferme en faisant état du nombre des faits reprochés, de leur caractère systématique, de la vulnérabilité des victimes, les antécédents de chaque prévenu et du rôle très actif de chacun d'eux dans la commission des infractions. Les prévenus alors demandeurs au pourvoi contestaient cette peine au motif que les juges n'avaient pas caractérisé la nécessité de la peine au regard de leur personnalité. La chambre criminelle accueille les moyens. De façon très laconique, et par une formule récurrente dans sa jurisprudence (de façon comparable, v. **Cass. crim., 27 juin 2012** : pourvoi n°11-86683 ; juris-data n°2012-018791), elle énonce que la nécessité de la peine d'emprisonnement sans sursis doit être caractérisée conformément aux dispositions de l'article 132-24 du Code pénal (**Cass. crim., 3 janv.**

2012 : pourvoi n°11-80757). En l'occurrence, la motivation eu égard à la gravité des faits était bien présente mais les juges du fond n'expliquant pas en quoi la personnalité des prévenus justifiait le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme, la décision est censurée. Cet arrêt met ainsi en lumière le caractère cumulatif des deux critères.

Cumulatifs, ces critères sont aussi limitatifs. Ainsi, dans un arrêt rendu le 28 février 2012, la chambre criminelle a jugé qu'une peine de deux ans d'emprisonnement ferme ne saurait être justifiée en se fondant sur les antécédents judiciaires du prévenu (**Cass. crim., 28 févr. 2012** : pourvoi n°11-81800 ; juris-data n°2012-006409, non publié au Bull. crim.). Dans cette décision, faisait à l'évidence défaut le critère tenant à la gravité de l'infraction. Toutefois, au-delà de ce cas, une question se pose. Les antécédents judiciaires peuvent-ils être pris en considération pour cerner la personnalité du prévenu? Il ne le semble pas à la lecture d'un autre arrêt rendu le 30 octobre 2012 (**Cass. crim., 30 oct. 2012** : pourvoi n°11-87244 ; juris-data n°2012-026577, à paraître au Bull. crim.). En l'espèce, les juges du fond avaient prononcé une peine de quatre mois d'emprisonnement à l'encontre d'un prévenu poursuivi du chef de travail dissimulé en se fondant sur la durée et l'importance de l'activité dissimulée et sur les antécédents judiciaires du prévenu. La chambre criminelle censure cette décision au motif que la nécessité de la peine n'est pas caractérisée conformément aux exigences de l'article 132-24 du Code pénal. Il semble pouvoir se déduire de cet arrêt que si la gravité de l'infraction était établie, les éléments relatifs à la personnalité du prévenu faisaient défaut. La prise en considération des antécédents judiciaires répond à une logique autre que celle de l'article 132-24. Ils invitent à se tourner vers le passé alors que la personnalité du prévenu invite plus à se tourner vers l'avenir.

9 L'inadéquation de toute autre peine. – Quand bien même les juges caractériseraient la nécessité de la peine eu égard à la gravité des faits et à la personnalité de l'auteur, encore faut-il, selon l'article 132-24 du Code pénal que l'emprisonnement soit la peine la plus adéquate. Il y a assurément là une exigence de l'article 132-24 qui pourrait poser davantage de difficultés pratiques. On voit mal en effet comment un juge pourrait expliquer en quoi l'emprisonnement se justifie plus qu'une peine alternative tel un travail d'intérêt général. La difficulté d'établir cette inadéquation de toute autre peine pouvait faire espérer sur ce point un contrôle minimal de la Cour de cassation. Deux arrêts rendus au cours de l'année 2012 semblent aller en ce sens.

Dans un premier arrêt rendu le 27 juin 2012, la chambre criminelle statuait sur le pourvoi formé par un prévenu contre un arrêt le condamnant à une peine de quatre ans d'emprisonnement ferme pour des faits d'infractions à la législation sur les stupéfiants et de contrebande de marchandises prohibées (**Cass. crim., 27 juin 2012** : pourvoi n°11-86679 ; Bull. crim. n°162). Pour justifier leur choix, les juges prenaient appui sur la gravité des faits tant en matière de santé publique que de délinquance induite par la consommation de produits stupéfiants et sur l'attitude du prévenu qui refusait de s'expliquer à la barre sur ces faits. La chambre criminelle rejette le pourvoi en énonçant comme simple explication que « *les énonciations de l'arrêt établissent que toute autre sanction est manifestement inadéquate* ».

Dans un autre arrêt rendu le 3 mai 2012, les juges avaient condamné une personne à une peine d'emprisonnement de deux ans pour moitié ferme au motif que la prévenue, déjà condamnée pour des faits identiques par le passé, n'a pas pris conscience de la gravité des faits qu'elle continuait à commettre. La chambre criminelle jugea cette motivation insuffisante, la cour d'appel ne s'étant pas expliquée sur les circonstances rendant toute autre sanction manifestement inadéquate (**Cass. crim., 3 mai 2012** : pourvoi n°11-85702 ; juris-data n°2012-014334, non publié au Bull. crim.; v. de façon comparable : **Cass. crim., 21 nov. 2012** : pourvoi n°11-85867 ; juris-data n°2012-026588, à paraître au Bull. crim.).

De ces arrêts, il semble possible de dire que la Cour de cassation n'exige pas une comparaison des avantages et des inconvénients de la peine d'emprisonnement ferme par rapport à une autre peine. On s'en réjouira car une telle "pesée" semble sinon irréalisable, bien difficile à opérer. La Cour de cassation se livre plutôt ici à un contrôle *a minima*. Elle vérifie que les juges ont fait état de l'inadéquation de toute autre sanction mais sans aller jusqu'à exiger d'eux une réelle démonstration

de cette inadéquation.

10L'aménagement de la peine. – A supposer que la peine d'emprisonnement ferme soit justifiée, les juges doivent envisager, *ab initio* son aménagement. En ce sens, l'article 132-24, alinéa 3 du Code pénal invite les juges à prévoir une semi-liberté, un placement à l'extérieur, un fractionnement de la peine ou un placement sous surveillance électronique dès lors que la personnalité et la situation du condamné le permettent et sauf impossibilité matérielle. Au contrôle portant sur le choix de la peine succède alors un contrôle sur les possibilités d'aménagement de la peine prononcée. Cette nouvelle exigence légale résultant de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a conduit la chambre criminelle à rendre de très nombreux arrêts de cassation, les juges du fond n'ayant pas, selon la Cour, envisagé la possibilité d'un aménagement de la peine (v. en ce sens : **Cass. crim., 15 mai 2012** : pourvoi n°11-82984 ; juris-data n°2012-014337 ; **Cass. crim., 19 juin 2012** : pourvoi n°11-87215 ; juris-data n°2012-016213 ; **Cass. crim., 5 sept. 2012** : pourvoi n°11-85760 ; juris-data n°2012-022176 ; **Cass. crim., 12 sept. 2012** : pourvoi n°11-87214 ; juris-data n°2012-022210 ; **Cass. crim., 12 sept. 2012** : pourvoi n°11-87281 ; à paraître au Bull. crim.) ; **Cass. crim., 26 sept. 2012** : pourvoi n°11-80814 ; juris-data n°2012-024067 ; **Cass. crim., 7 nov. 2012** : pourvoi n°11-83156 ; juris-data n°2012-028177). Cependant, il ne faudrait pas pour autant déduire de cette jurisprudence, l'intention de la Cour de cassation d'opérer un contrôle très poussé de la motivation. A de multiples occasions, elle a validé des décisions qui se bornaient à faire mention, de l'impossibilité de prononcer *ab initio* un aménagement de la peine ferme compte tenu de l'insuffisance des éléments à la disposition du juge. La Cour de cassation rejette ainsi de nombreux pourvois en énonçant que « *les énonciations de l'arrêt attaqué, d'où il résulte que la possibilité d'aménager la peine (...) ne ressortait ni des pièces du dossier ni des éléments versés aux débats, mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel s'est déterminée par des motifs qui satisfont aux exigences de l'article 132-24 du Code pénal* » (V. en ces termes **Cass. crim., 6 mars 2012** : pourvoi n°11-85929 ; **Cass. crim. 7 mars 2012** : pourvoi n°11-83005 ; Bull. crim. n°62 ; **Cass. crim., 22 févr. 2012** : pourvoi n°11-82975 ; juris-data n°2012-002579, ou encore, de façon similaire pour des informations existantes mais parcellaires sur la profession et la situation d'un prévenu : **Cass. crim. 20 juin 2012** : pourvoi n°11-87312 ; **Cass. crim. 21 nov. 2012** : pourvoi n°11-85867 ; juris-data n°2012-026588, à paraître au Bull. crim.). Si le contrôle de la Cour de cassation est bien existant, il est purement formel puisqu'il suffit aux juges de faire état de l'impossibilité dans laquelle ils se trouvent de connaître la situation du prévenu pour écarter l'aménagement. Quelques décisions prennent en outre appui sur l'absence du prévenu à l'audience, absence qui ne permet pas aux juges de compléter voire de cerner la situation du coupable, à défaut d'éléments du dossier (**Cass. crim. 28 nov. 2012** : pourvoi n°12-80639 ; juris-data n°2012-027375 ; à paraître au Bull. crim. ; **Cass. crim. 28 nov. 2012** : pourvoi n°12-81140 ; juris-data n°2012-027387 ; à paraître au Bull. crim.). Il appartient donc désormais aux avocats des prévenus qui souhaitent obtenir un tel aménagement de présenter aux juges dès l'audience de jugement l'ensemble des éléments qui permettront à ceux-ci d'appréhender la situation personnelle du prévenu de façon satisfaisante.

C'est donc davantage l'absence d'éléments au dossier que les critères fournis par l'article 132-24 du Code pénal tel le critère de l'impossibilité matérielle de l'aménagement qui justifie le non-aménagement de la peine *ab initio* (comp. en 2011, un arrêt par lequel la Cour de cassation approuvait les juges du fond qui avaient motivé l'absence d'aménagement de la peine sur une impossibilité matérielle qui, en l'espèce, tenait au fait que le prévenu était incarcéré à l'étranger : **Cass. crim., 14 déc. 2011**, n°11-81328 ; juris-data n°2011-031059 ; *Dr. pénal* 2012, comm. 33, obs. M. Véron). Tout au plus, dans un arrêt, c'est l'échec de mesures d'aménagement de peine antérieures suivi de la réincarcération du condamné qui a servi aux juges à justifier la mise à l'écart de tout aménagement (**Cass. crim., 11 avril 2012** : pourvoi n°11-85684 ; juris-data n°2012-010824). Un argument plus simple peut encore être mis en avant par les juges pour justifier l'absence d'aménagement à savoir l'impossibilité de toute mesure d'aménagement eu égard à la durée de la peine prononcée. En effet, les aménagements de peine étant ceux prévus aux seuls

articles 132-25 à 132-28 du Code pénal, tous supposent que la peine prononcée soit inférieure ou égale à deux ans. Tel est le sens d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 21 mars 2012 (**Cass. crim., 21 mars 2012**, pourvoi n°11-83154 ; juris-data n°2012-006424, Bull. crim. n°80). En l'espèce, la peine prononcée étant de quatre ans d'emprisonnement, la Cour de cassation juge la décision justifiée, aucune mesure d'aménagement n'étant permise pour une peine d'une durée supérieure à deux ans. Dès lors, le choix d'une peine supérieure peut, par sa durée, justifier l'absence d'aménagement.

3° La résolution des concours

4° La légalité des peines

C. L'exécution de la peine

11 Comme l'année précédente, d'importantes décisions ont été rendues en matière de sursis (1°) et de confusion de peines (2°). La période de sûreté a également fait l'objet de décisions (3°).

1° Le sursis.

2° La confusion.

3° La période de sûreté

12 Définition judiciaire de la durée de la période de sûreté et obligation à motivation. - L'article 132-23 du Code pénal reconnaît au juge le pouvoir de définir la durée de la période de sûreté mais dans des termes différents selon que l'on raisonne sur une peine d'une durée égale ou supérieure à dix ans ou sur une peine d'une durée égale ou supérieure à cinq ans. Dans le premier cas, le texte autorise le juge, par une décision spéciale, à porter la durée de la période de sûreté de la moitié aux deux tiers de la peine pour une peine à temps, et de 18 à 22 ans pour une peine de réclusion criminelle à perpétuité (al. 2). Dans le second cas, le législateur consacre la possibilité pour le juge de définir la durée de la période de sûreté laquelle ne peut excéder les deux tiers de la peine ou 22 ans en cas de réclusion criminelle à perpétuité mais cette fois, sans faire état de l'exigence d'une motivation spéciale (al. 3). Cette différence de rédaction relevée par un plaideur à l'occasion d'une instance pénale, l'a conduit à contester le dispositif légal tant à la lumière du droit constitutionnel que du droit européen. Dans un premier temps, il soumit à l'examen de la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la non-conformité des dispositions de l'article 132-23 du code pénal, telles qu'interprétées de façon constante, au respect des droits de la défense et à l'obligation de motiver les jugements et arrêts de condamnation, découlant des articles 7, 8, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La question était assurément pertinente. Cependant, la Cour de cassation refuse de la transmettre au Conseil constitutionnel car elle a été soulevée de manière non pertinente. En effet, dans l'affaire en instance, le requérant avait été condamné à douze ans d'emprisonnement pour des faits d'infractions à la législation sur les stupéfiants, en récidive si bien que, compte tenu de la durée de la peine, les juges, qui avaient fixé aux deux tiers de la peine, la durée de la période de sûreté, avaient motivé de façon spéciale leur décision eu égard à la nature et à la gravité des faits ainsi qu'à la personnalité de l'auteur. Dès lors, la chambre criminelle de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu à renvoi, la question étant dépourvue d'incidence sur la solution du pourvoi (**Cass. crim., 1^{er} juillet 2012**, pourvoi n°11-88430). Pas plus que cet argument de conformité à la Constitution, l'argument de conformité au droit européen n'a trouvé grâce devant la chambre criminelle. En effet, le requérant faisait également valoir que la jurisprudence européenne fait de la motivation des décisions de justice une obligation inhérente au droit à un procès équitable de telle sorte que l'absence de motivation spéciale de la décision d'allongement de la durée de la période de sûreté traduirait une

violation de la loi. Reprenant l'argument de l'existence d'une telle motivation dans l'arrêt contesté, la chambre criminelle rejette le pourvoi. Si la décision qui refuse la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité n'appelle qu'assez peu de discussion tant l'arrêt est laconique, les motifs relatifs au contrôle de conventionalité sont plus intéressants. En effet, l'argument du demandeur pouvait, de prime abord, sembler pertinent car si la cour d'appel motive bien de façon spéciale sa décision, les motifs avancés ont davantage pour but d'expliquer le choix du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme que le choix d'allonger la durée de la période de sûreté. Le demandeur au pourvoi pouvait ainsi assez aisément penser qu'il n'y avait pas eu, en l'espèce, de motivation spéciale de la période de sûreté. Cependant, cet argument ne peut prospérer dans la mesure où l'infraction ayant été commise en état de récidive légale, les textes ne font pas obligation au juge de motiver spécialement le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme (V. art. 132-24 et l'exception en matière de récidive : art. 132-19-1) de telle sorte que la motivation n'avait véritablement de sens qu'au regard de la définition de la durée de la période de sûreté. La solution est donc justifiée même si l'on peut regretter que la Cour de cassation n'ait pas relevé cette maladresse dans la motivation.

13 Point de départ de la période de sûreté en cas de pluralité de condamnations. – En cas de pluralité de condamnations, le point de départ de la période de sûreté assortissant une peine criminelle doit être fixé, à la date de l'incarcération du condamné même si d'autres peines correctionnelles doivent être exécutées avant la peine criminelle assortie de la période de sûreté de dix ans. Tel est l'enseignement à retenir d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 1^{er} février 2012 sur cette délicate question que le législateur n'a pas pris le soin de résoudre (**Cass. crim., 1^{er} fév. 2012** : pourvoi n°10-84178 ; juris-data n°2012-002113 ; Bull. crim. n°34). En l'espèce, une personne avait fait l'objet de sept condamnations à des peines d'emprisonnement pour des délits puis à une peine de réclusion criminelle de vingt ans assortie d'une période de sûreté de dix années prononcée le 17 novembre 2001 par la cour d'assises de l'Eure. Les peines avaient été mises à exécution dans l'ordre d'arrivée des extraits des jugements à savoir d'abord les peines correctionnelles à partir du 7 septembre 1999 puis la peine criminelle à compter du 6 septembre 2006. Les services de l'exécution des peines avaient retenu la date du 7 septembre 1999 comme point de départ de la période de sûreté attachée à la peine criminelle, et le 19 février 2008 comme la date à laquelle celle-ci devait s'achever, compte tenu de six mois et dix-huit jours préalablement exécutés en détention provisoire. S'étant vu refusé le bénéfice d'une libération conditionnelle, le condamné envisagea une autre stratégie pour obtenir sa libération. Délaissant le terrain des aménagements de peine, il contesta la régularité de sa détention. Selon lui, le point de départ de l'exécution de la peine criminelle ne pouvait être fixé au 6 septembre 2006, la date du 7 septembre 1999, date de son incarcération ayant été retenue comme point de départ de la période de sûreté. En réalité, l'enjeu n'était pas tant de déterminer la date de mise à exécution de la peine criminelle que le point de départ de la période de sûreté. En effet, la période de sûreté étant attachée à la peine criminelle, faut-il en déduire que son point de départ est la date de mise à exécution de cette peine ou des peines correctionnelles antérieurement exécutées ? Bref, en l'occurrence, le point de départ de la période de sûreté était-il le 17 septembre 1999, date de la réincarcération de la personne en vue de l'exécution des peines d'emprisonnement ou le 6 septembre 2006, date de la mise à exécution de la peine criminelle ? La Chambre criminelle de la Cour de cassation n'entre pas dans les considérations du requérant, relatives à la date de début d'exécution de la peine criminelle. Selon elle, le mode de calcul opéré par les juges du fond n'ayant pas eu pour effet de proroger, au préjudice du condamné, la date d'expiration de la période de sûreté, la décision doit être déclarée régulière. Cet arrêt vient ainsi combler une insuffisance de la législation relative à la fixation du point de départ de la durée de la période de sûreté en cas de pluralité de condamnations. Cette date doit être celle de l'incarcération de la personne pour l'une des condamnations en concours quand bien même la première peine exécutée n'est pas celle à laquelle est attachée la période de sûreté (v. en ce sens déjà une circulaire du 19 mars 1998 relative aux modalités de computation de la période de sûreté en cas de pluralité de périodes de sûreté, Circ.

AP 98-01 : BOMJ 1998, n° 69, p. 88).

14 Relèvement de la période de sûreté. – Si l'existence d'efforts en vue de la réadaptation sociale peut justifier le relèvement d'une période de sûreté, ce relèvement n'a rien d'obligatoire. Il incombe aux juges d'apprécier ces efforts, le relèvement présentant, en outre un caractère exceptionnel comme l'indique l'article 720-4 du Code de procédure pénale. Tel est bien l'enseignement à retenir d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 5 septembre 2012 qui s'en remet aux juges pour ce qui est de l'appréciation de ces conditions (**Cass. crim., 5 sept. 2012** : pourvoi n°11-83351 ; juris-data n°2012-022173, non publié au Bull. crim.). En l'occurrence, le demandeur au pourvoi estimait contradictoire le fait que les juges aient relevé que le condamné pour viols aggravés et délits connexes à quinze ans de réclusion criminelle avec une période de sûreté de dix ans, s'était engagé dans un « *schéma d'insertion* » car il tenait un rôle d'auxiliaire de vie à l'égard de deux détenus ayant perdu leur autonomie et aient, malgré, refusé le relèvement. La Cour de cassation estime la décision justifiée.

2. Les aménagements de peine

A. Généralités

1° La composition des juridictions de l'application des peines

15 Composition de la chambre de l'application des peines. – La composition de la chambre de l'application de peine est à géométrie variable. Parfois composée de magistrats seulement (un président de chambre et deux conseillers - C. pr. pén. art. 712-1, alinéa 2), elle peut être complétée de deux représentants issus du milieu associatif (un responsable d'une association d'insertion des condamnés et un responsable d'une association d'aide aux victimes – art. 712-13). L'articulation de ces dispositions est toutefois aisée. L'article 712-1 apparaissant comme le régime de droit commun, l'article 712-13 envisage une composition dérogatoire dont le domaine d'application est limité aux matières strictement énoncées par le texte à savoir pour les décisions relatives aux mesures de relèvement de la période de sûreté, de libération conditionnelle et de suspension de peine. Une interprétation stricte de cette disposition, conduit ainsi à imposer une composition restreinte à trois magistrats pour les décisions autres. C'est dès lors, fort logiquement que la chambre criminelle de la Cour de cassation censure un arrêt rendu, sur appel d'un jugement ordonnant le placement sous surveillance judiciaire, par une formation comprenant trois magistrats et deux responsables d'associations (**Cass. crim., 19 sept. 2012** : pourvoi n°11-88616 ; jurisdata n°2012-022713 ; à paraître au Bull. crim.). L'article 712-13 ne faisant pas état des décisions en matière de surveillance judiciaire et l'article 723-29 énonçant les règles spécifiques à la surveillance judiciaire ne comportant pas de réserve particulière, la chambre de l'application des peines ne devait être composée que de magistrats. L'arrêt rendu par une formation élargie à deux représentants d'association est ainsi cassé.

2° Les procédures d'aménagement

16 Règles d'adoption des ordonnances par le juge de l'application des peines. – La procédure pénale fait l'objet depuis l'introduction du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité de fréquents examens au regard du bloc de constitutionnalité. Est concernée toute la procédure, de la phase policière (on se souviendra des nombreuses décisions relatives à la garde à vue ou à l'audition libre), à la phase de l'exécution des peines. Si en ce domaine les questions sont plus rares, un arrêt rendu le 1^{er} février 2012 par la chambre criminelle de la Cour de cassation au sujet de la procédure en matière de réduction supplémentaire de peine doit être relevé (**Cass. crim., 1^{er} févr. 2012**, pourvoi n°11-87701 ; juris-data n°2012-001247, non publié au Bull. crim.). En l'occurrence, la question posée portée sur les dispositions de l'article 712-5 du Code de procédure pénale qui

prévoit, sauf urgence, obtention d'un avis de la commission de l'application des peines préalablement à l'adoption d'une ordonnance relative aux réductions de peine. Selon le requérant, cet article serait contraire à la Constitution, en ce sens que ces règles portent atteinte à l'égalité des citoyens devant la loi et la justice, au droit de résistance à l'oppression, aux droits des citoyens à bénéficier d'une procédure juste et équitable, au respect du contradictoire, aux conditions d'exercice des droits de la défense, au droit à un recours effectif, à la liberté individuelle. Cette question bien mal formulée, est rejetée par la chambre criminelle. Elle refuse de la transmettre au Conseil constitutionnel car elle ne présente pas un caractère sérieux. Elle profite néanmoins de l'occasion qui lui est ainsi fournie pour développer sa propre analyse de la procédure d'adoption des ordonnances par le juge de l'application des peines. Elle approuve cette procédure au regard des droits et libertés garantis par la Constitution en rappelant que le juge de l'application des peines statue, après avoir, sauf urgence, recueilli l'avis de la commission de l'application des peines, organe administratif qu'il préside et auquel participe le procureur de la République chargé, en application de l'article 707-1 du Code de procédure pénale, de l'exécution des peines, et au vu des arguments du condamné ou de son avocat, par une ordonnance motivée; que le condamné peut interjeter appel en cas de décision défavorable ; qu'en appel, le président de la chambre de l'application des peines, après réception des observations écrites du ministère public et de celles du condamné ou de son avocat, rend une décision motivée susceptible d'un pourvoi en cassation.

B. Mesures d'aménagement

1° La libération conditionnelle

17 Libération conditionnelle et calcul du délai d'épreuve. – La question du calcul du délai d'épreuve au terme duquel une personne peut prétendre à une libération conditionnelle continue de poser problème dans le cas d'une personne condamnée à plusieurs peines dont certaines commises en état de récidive légale. La Cour de cassation, le 1er février 2012 avait à connaître d'une affaire concernant une personne condamnée à deux peines confondues, l'une – peine absorbée – de quelques mois d'emprisonnement pour des faits commis en état de récidive légale et l'autre – peine absorbante- de dix ans de réclusion criminelle (**Cass. crim., 1^{er} févr. 2012** : pourvoi n°11-84180 ; Bull. crim. n°33). Le problème juridique était le suivant: cette personne pouvait-elle prétendre à sa libération conditionnelle à mi-peine au motif que la peine à exécuter – peine absorbante- n'était pas prononcée en état de récidive légale ou bien devait-elle attendre que les deux tiers de sa peine aient été exécutés au motif que certaines des peines confondues avaient été prononcées pour des infractions commises en état de récidive légale? La réponse à cette question est classique. La confusion ne fait pas disparaître les peines absorbées de telle sorte que l'état de récidive légale dont elles étaient affectées « contamine » la peine absorbante pourtant prononcée hors récidive légale. Dès lors, le condamné doit purger les deux tiers de sa peine avant de prétendre à sa libération conditionnelle (v. auparavant, Cass. crim. 28 oct. 2009: Bull. crim. n°181 ; Dr. pénal 2010, étude n°2, § 44 ; Cass. crim. 23 nov. 2011 : pourvoi n°11-81088; Bull. crim., n°239). La Cour de cassation vient toutefois préciser la solution antérieure. En effet, sur le fondement de l'article D. 150-2 du Code de procédure pénale, elle réserve l'effet contaminant de la récidive au seul cas où les peines correspondant à une condamnation prononcée pour des faits en état de récidive légale sont « en cours d'exécution » ou « à exécuter ». Dès lors, elle approuva la décision de la chambre de l'application des peines qui ne considérait pas le condamné comme récidiviste en l'espèce, la peine prononcée pour des faits commis en état de récidive légale ayant été exécutée au préalable (pour de plus amples commentaires de cette solution, (v. supra n° 32).

18 Libération conditionnelle parentale et procédure simplifiée d'aménagement de peine. – Selon quelles règles un condamné libre peut-il prétendre à sa libération conditionnelle ? La réponse à cette question est *a priori* simple à la seule lecture de l'article 729-3 du Code de procédure pénale. Cependant, les données du problème sont-elles changées depuis que la loi définit des règles

spécifiques de procédure au profit des condamnés libres (C. pr. pén., art. 723-15 et s.) ? Un arrêt rendu par la chambre de l'application des peines de la Cour d'appel de Lyon le 21 mars 2011 semblait devoir conduire à une réponse affirmative. En l'occurrence, les juges avaient été saisis d'une demande de libération *ab initio* d'un père de deux enfants en bas âge et vivant avec lui, condamné à une peine de trois ans d'emprisonnement dont dix-huit mois avec sursis et mise à l'épreuve puis à une peine de trois mois d'emprisonnement lors d'une seconde condamnation révoquant le précédent sursis. Prenant appui sur les dispositions relatives aux procédures simplifiées d'aménagement de peine pour les condamnés libres, la chambre de l'application des peines refusait sa libération conditionnelle au motif que la durée de la peine à purger de 31 mois (l'arrêt n'explique pas comment le calcul avait été opéré pour parvenir à ce chiffre de 31 mois) était supérieure à la durée maximale de deux ans énoncée à l'article 723-15 comme condition de recours à la procédure simplifiée. Cette décision est censurée par la Cour de cassation qui, sur le fondement du seul article 729-3 du Code de procédure pénale, énonce que tout condamné qui remplit les conditions de ce texte, peut, même s'il n'est pas écroué, être admis à la libération conditionnelle (**Cass. crim. 14 mars 2012** : pourvoi n°11-85373 ; juris-data n°2012-007617, non publié au Bull. crim.). Cette solution doit être approuvée en ce qu'elle permet de corriger une confusion faite par la juridiction du second degré entre les conditions de fond présidant à la libération conditionnelle énoncées à l'article 729-3 et les règles procédurales spécifiques aux procédures simplifiées, prévues elles à l'article 723-15. Les procédures simplifiées d'aménagement de peine n'ont pas vocation à modifier les conditions de la libération conditionnelle parentale ni même à régir tous les aménagements de peine au profit de condamnés libres. Elles n'affectent pas les conditions de recevabilité d'une demande d'aménagement. Elles ont été instaurées uniquement dans le but de simplifier la procédure d'octroi de la mesure, laquelle peut être octroyée selon le droit commun si les conditions particulières de la procédure simplifiée ne sont pas remplies. En distinguant bien les conditions de la libération conditionnelle parentale de celles de recours aux procédures simplifiées d'aménagement de peine, cette décision doit être approuvée.

2° Les réductions de peine

19. Nature juridique des réductions de peine. - Lors de nos précédentes chroniques nous avons été amenée à nous interroger sur la nature juridique des réductions de peine spécialement à propos du mécanisme de retrait des réductions à l'endroit de la personne qui refuse de se soumettre à des prélèvements biologiques sur le fondement de l'article 756-56 III du Code de procédure pénale (Dr. pénal 2011, chron. 2, § n°30). La question se pose de nouveau en 2012, de façon implicite à propos des réductions de peine en général et des crédits de réduction de peine en particulier. On signalera dans ce passage une décision de non-lieu à renvoi devant le Conseil constitutionnel rendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 12 décembre 2012 par lequel la chambre criminelle, fidèle à sa position classique, analyse les réductions de peine comme des mesures qui ne peuvent être assimilées à une sanction ou à une peine. Partant la mesure n'étant pas une peine, elle n'est pas soumise au principe de la non-rétroactivité d'une disposition nouvelle défavorable à un condamné (**Cass. crim., 12 déc. 2012**, n°12-90060 et nos obs. à paraître à Dr. pénal mars 2013). Si cette solution n'est pas nouvelle, elle n'en demeure pas moins importante car elle marque la ferme volonté de la Cour de cassation de s'en tenir à cette analyse, une analyse que partage la Cour européenne des droits de l'homme (V. en ce sens, **CEDH, 3ème section, 10 juill. 2012, Del Rio Prada contre Espagne**, n°42750/09).

20. Retrait des réductions de peine et refus de se soumettre à un prélèvement biologique. - Dans notre précédente chronique, nous avons eu l'occasion de faire état d'une affaire concernant un prévenu condamné à quinze jours d'emprisonnement pour refus par une personne condamnée de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à relever son empreinte génétique, pour laquelle les juges de la Cour d'appel de Pau avaient refusé de prononcer le retrait des réductions de peine (à propos de cet arrêt CA Pau, 31 mars 2011: Dr. pénal 2012, Chron. 2, § n°30 ; Cahiers de jurisp

d'Aquitaine et Midi-Pyrénées 2012-2, p. 363, obs. B. Sayous). La Cour d'appel de Pau justifiait ce refus à l'issue d'un contrôle de conventionalité. Elle estimait que l'article 706-56 III du Code de procédure pénale, parce qu'il prévoit un retrait de plein droit, est contraire à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, plus précisément, au droit à un examen de la cause par le juge qui apprécie l'opportunité du retrait. Cette analyse était à la fois inédite et audacieuse. Signe probable d'une instrumentalisation du droit européen, elle décalait un débat qui aurait pu se situer sur le terrain substantiel de la nature de cette mesure de retrait des réductions de peine, qui est un accessoire de la peine correctionnelle, sur le seul terrain processuel et le droit à un juge (pour une analyse de l'arrêt comme étant le signe d'une instrumentalisation du droit européen, v. E. Garçon, Droit pénal et droit européen des droits de l'homme : influences réciproques, in Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XXème congrès de l'Association française de droit pénal, éditions Cujas, coll. Actes et études, 2012, p. 427 et s.). Cet arrêt fut frappé d'un pourvoi en cassation à l'initiative du procureur général près la Cour d'appel de Pau. Par un arrêt rendu le 18 janvier 2012, qui manquera sans doute l'épilogue de cette affaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi en se fondant sur le seul article D. 117-4, alinéa 3 du Code de procédure pénale qui autorise le juge, lorsqu'il statue sur l'infraction de l'article 706-56, à relever, en tout ou partie, le condamné du retrait des réductions de peine déjà accordées (**Cass. crim., 18 janv. 2012**, n°11-84941; juris-data n°2012-000855, non publié au Bull. crim.). Si la Cour de cassation reconnaît donc bien au juge le pouvoir de ne pas prononcer le retrait des réductions de peine pourtant prévu comme accessoire de la peine par l'article 706-56 III ce n'est pas parce qu'elle considère que le législateur ne peut imposer de façon automatique une telle mesure mais parce que la cour pouvait écarter ce retrait. Considérant les autres motifs comme surabondants mais non déterminants, elle rend donc ici une solution plutôt décevante car, en se fondant sur la stricte disposition technique de l'article D.117-4 du Code de procédure pénale, elle refuse implicitement de s'interroger sur la nature juridique de ce retrait de plein droit des réductions qui, à certains égards, ressemble à une peine complémentaire obligatoire à côté de l'emprisonnement et de l'amende, peines principales de l'infraction de refus par une personne condamnée de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à relever son empreinte génétique de l'article 706-56, III.

3° La semi-liberté

21 Retrait du bénéfice d'une semi-liberté. – L'article 723-2 du Code de procédure pénale donne compétence au juge de l'application des peines pour retirer le bénéfice d'une semi-liberté accordée *ab initio* par la juridiction de jugement au condamné si les conditions qui ont permis à la juridiction de jugement d'accorder la mesure ne sont plus remplies au moment de la mise à exécution de celle-ci, si le condamné fait preuve de mauvaise conduite ou si le condamné ne satisfait pas aux obligations qui lui ont été imposées. De manière assez évidente, pour que le juge de l'application des peines puisse faire usage de ce pouvoir de retrait encore faut-il que la semi-liberté soit exécutoire. Au plus tôt, c'est en effet à l'instant où le juge de l'application des peines est appelé à fixer les modalités d'exécution de la mesure, qu'il peut faire le constat selon lequel les conditions qui ont présidé au prononcé de la mesure ne sont plus remplies. Il est même probable que dans la majeure partie des cas, le retrait interviendra seulement en cours d'exécution de la mesure. Un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 18 janvier 2012 permet de rappeler cette exigence d'une mesure exécutoire (Cass. crim. 18 janvier 2012 pourvoi n°11-86621 ; juris-data n°2012-002671). En l'espèce, un prévenu avait été condamné à deux mois d'emprisonnement pour recel de bien provenant d'un vol et à cinq mois d'emprisonnement pour tentative de vol aggravé. Le juge de l'application des peines avait admis cette personne au bénéfice de la semi-liberté pour l'exécution de ces deux peines. Ultérieurement, cette même personne fut condamnée par la chambre correctionnelle pour vol en récidive à six mois d'emprisonnement à exécuter sous le régime de la semi-liberté. Le prévenu a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt. Or, alors que l'instance était pendante devant la Cour de cassation, le juge de l'application des peines a ordonné le retrait de

la semi-liberté attachée aux premières peines mais aussi le retrait de la semi-liberté accordée, ab initio par la juridiction de jugement. Le premier cas de retrait ne posait ici aucune difficulté. Les mesures de semi-liberté étant exécutoires et la commission ultérieure d'une nouvelle infraction de vol attestant la mauvaise conduite de la personne, le retrait pouvait être ordonné sur le fondement de l'article 723-2 du Code de procédure pénale. En revanche, le second retrait était plus discutable dans la mesure où la semi-liberté n'était pas encore exécutoire, un pourvoi en cassation ayant été interjeté contre l'arrêt prononçant la condamnation. La Cour d'appel de Besançon saisie de l'appel contre le jugement ordonnant le retrait confirma pourtant celui-ci en retenant que l'intéressé continuait à s'inscrire dans un comportement fautif pour être de nouveau impliqué dans un vol et qu'il ne montrait aucune réelle volonté d'indemniser les victimes. Cette décision est censurée par la Cour de cassation dès lors que la condamnation à six mois d'emprisonnement à exécuter sous le régime de la semi-liberté n'était pas exécutoire. La Cour de cassation procède ainsi à une application combinée des articles 723-2 et 708 du Code de procédure pénale pour déduire, en guise de principe, que le bénéfice d'une mesure de semi-liberté accordée *ab initio* par une juridiction correctionnelle ne peut être retiré par le juge de l'application des peines qu'une fois la condamnation à la mesure devenue exécutoire. Le retrait ne pouvait donc se concevoir avant l'expiration du délai du pourvoi en cassation ou, en l'occurrence, un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt, avant que la Cour de cassation n'ait statué sur ce recours conformément à l'article 569 du Code de procédure pénale relatif aux effets du pourvoi. Si aujourd'hui, les juridictions de jugement ont tendance à empiéter sur les fonctions traditionnellement dévolues au juge de l'application des peines en ordonnant par exemple *ab initio* un aménagement de peine alors qu'autrefois celui-ci n'aurait pu être décidé qu'en cours d'exécution de la peine, la réciproque ne se vérifie pas. Le juge de l'application des peines ne peut prétendre exercer ses prérogatives, en l'occurrence, son pouvoir de retrait de la mesure, alors que la décision de la juridiction de jugement n'est pas exécutoire.

4° La suspension médicale de peine

22 Retrait d'une suspension médicale de peine. – La jurisprudence portant sur les hypothèses de retrait d'une suspension médicale de peine est peu abondante. A ce titre, mérite d'être relevé un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 12 avril 2012 (**Cass. crim. 12 avril 2012** : pourvoi n°11-85673 ; Bull. crim., n°98 ; Dr. pénal 2012, comm. 98, obs. Véron; AJ pénal 2012, p. 663, obs. M. Herzog-Evans). En l'espèce, une personne condamnée pour complicité d'assassinat avait bénéficié d'une suspension médicale de peine sur le fondement de l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale le 12 mai 2005 en raison d'une pathologie engageant son pronostic vital. Cette suspension avait été assortie de plusieurs obligations notamment une obligation de résidence à Pessac comme l'autorise l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale. Considérant que dans les faits, le condamné ne résidait plus effectivement à Pessac mais se trouvait fréquemment à Marseille, le tribunal de l'application des peines avait ordonné le retrait de la suspension. Confirmé en appel, ce retrait est contesté par le condamné à l'occasion d'un pourvoi en cassation. Il fait valoir essentiellement deux arguments. D'une part, il soutient que le retrait de la mesure ne peut être ordonné qu'en cas de méconnaissance d'obligations spécialement et précisément imposées. Or, selon ses dires, la mesure prévoyait seulement une obligation de résidence à Pessac et non une interdiction de se déplacer ou de séjourner en d'autres lieux de telle sorte qu'il pouvait valablement s'être déplacé à Marseille sans avoir à solliciter au préalable une autorisation du juge. D'autre part, et ce point mérite l'attention, il soutenait que la suspension de peine ayant été accordée eu égard à des considérations médicales, elle ne pouvait être retirée sans que soit au préalable examinée la compatibilité actuelle de la détention avec son état de santé. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle estime en effet justifiée la décision des juges qui ont fondé le retrait de la mesure sur la méconnaissance de l'obligation de résidence à Pessac. Elle ajoute, et la précision semble importante, que cette décision « *ne préjuge pas de modalités de la détention en fonction de l'état de santé réel de l'intéressé* ».

De la sorte, la Cour de cassation refuse de souscrire au parallélisme que le condamné souhaitait

établir entre les conditions d'octroi et de retrait de la suspension médicale de peine. Si, lors de son octroi, la mesure répond uniquement à des conditions d'ordre médical, il n'en est rien de son retrait. L'article 720-1-1 énonce en effet trois cas de retrait de la mesure : la violation des obligations de la suspension, le risque grave de renouvellement de l'infraction et le retour à meilleure santé. La méconnaissance d'une obligation peut donc à elle seule servir de fondement au retrait, sans que le juge ait à envisager la compatibilité de la santé de la personne avec la détention. Tout au plus, et une fois qu'il aura regagné l'établissement pénitentiaire, le condamné pourrait-il de nouveau et eu égard aux seules considérations médicales, solliciter l'octroi d'une nouvelle suspension de peine.

3 Exécution de la peine et droit européen

23 Propos introductifs relatifs à l'article 3. - Au cours de l'année 2012, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à de multiples reprises à rappeler, sur le fondement de l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les obligations qui incombent aux Etats en matière de détention. Ces obligations se déclinent sous trois volets distincts et complémentaires. En premier lieu, les Etats ont une obligation de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine (v. *infra* n° 53). Ensuite, ils doivent veiller à ce que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention ce qui peut poser problème eu égard à l'existence de peines dite de perpétuité réelle (v. *infra* n° 50). Enfin, il leur incombe de garantir la santé et le bien-être du prisonnier notamment par l'administration des soins médicaux adaptés (v. *infra* n°51-52).

24 Peines de perpétuité réelle. Depuis de nombreuses années déjà, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à s'interroger sur la conformité des peines de perpétuité réelle à l'article 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui prohibe les traitements inhumains ou dégradants (CEDH, grande chambre, Kafkaris contre Chypre, 12 février 2008, req. n°21906/04 § 98 ; RSC 2008, p. 700, obs. D. Roets ; Dr. pénal. 2009, chron. 4, n°12, obs. E. Dreyer ; CEDH Léger contre France, 11 avril 2006, req. n°19324/02, § 92 : D. 2006, p. 800, note J.-P. Céré ; AJ Pénal 2006, p. 258, note S. Enderlin ; RSC 2007, p. 134, note F. Massias et p. 362, n°22 note P. Poncela ; CEDH Meixner contre Allemagne, 3 novembre 2009 : req. n°26958/07). Cette jurisprudence pourtant contestée en raison du caractère insuffisant du contrôle opéré par la Cour vient d'être reconduite au cours de l'année 2012 dans deux affaires jugées le 17 janvier 2012 : affaire Vinter et autres contre Royaume-Uni (CEDH, 17 janv. 2012, Vinter et autres contre Royaume-Uni : req. n°66069/09) et affaire Harkins et Edwards contre Royaume-Uni (CEDH, 17 janv. 2012, Harkins et Edwards contre Royaume-Uni : req. n°9146/07). Dans l'affaire Vinter et autres, les requérants avaient fait l'objet d'une ordonnance de peine de perpétuité réelle après avoir été reconnus coupables de meurtre. Compte tenu de cette ordonnance, leur seul espoir de sortie consistait dans une grâce pour motifs humanitaires pouvant être accordée par le ministre de l'Intérieur dès lors qu'il existe des circonstances exceptionnelles justifiant la cessation de l'exécution de la peine. Dans la seconde affaire, un britannique et un américain, inculpés pour meurtre aux Etats-Unis avaient été arrêtés au Royaume-Uni et faisaient l'objet d'une demande d'extradition, acceptée par le Gouvernement britannique. Les requérants invoquaient alors le risque de se voir condamnés à la peine de mort ou à une peine de réclusion criminelle à perpétuité sans possibilité de libération en cas d'extradition vers les Etats-Unis.

Au-delà de la différence de faits, le raisonnement suivi par la Cour européenne dans ces deux affaires est le même. Pour apprécier la conformité de ces peines perpétuelles à l'article 3 de la Convention, la Cour procède en deux temps.

Dans un premier temps, elle s'attache à la peine prononcée et rappelle que si, par principe, il ne lui appartient pas de contrôler le caractère approprié ou pas d'une peine, une peine perpétuelle peut s'analyser en un mauvais traitement au sens de l'article 3 si elle est manifestement disproportionnée. En l'occurrence, dans l'affaire Vinter, elle écarte la violation de l'article 3 sur ce fondement en

insistant sur la gravité des faits. Dans l'affaire Harkins et Edwards, elle apprécie tout d'abord le risque pour les prévenus d'être condamnés à la peine de mort aux Etats-Unis. Après avoir conclu à l'absence d'un tel risque en raison de garanties diplomatiques fournies par les Etats américains au Gouvernement britannique, la Cour s'interroge sur le point de savoir si la peine de perpétuité réelle encourue présente ou pas un caractère disproportionné. Elle conclut à l'absence de disproportion en tenant compte de la gravité des faits et en observant que la peine de perpétuité réelle est une peine encourue certes mais qui n'a pas encore été prononcée, les juges devant statuer sur l'éventuelle existence de circonstances atténuantes.

Dans un second temps, elle s'interroge non plus sur la peine en elle-même mais sur son exécution. Cette seconde analyse la conduit ainsi à estimer qu'une violation de l'article 3 est possible si le condamné se trouve privé de tout espoir de bénéficier d'un aménagement de peine. *A contrario*, il ne saurait y avoir violation de l'article 3 si la peine est "compressible". Ce caractère n'est pas nouveau. Déjà dans l'affaire Kafkaris contre Chypre, la Cour analysait la compatibilité de la peine perpétuelle à l'article 3 au regard de son caractère compressible "*de jure et de facto*". Pour mettre en œuvre ce second contrôle, elle distingue trois types de peines : les peines perpétuelles avec possibilité de libération après qu'une période minimale a été purgée, les peines perpétuelles discrétionnaires (entendues comme les peines prononcées par le juge à l'issue d'un examen adéquat de l'ensemble des circonstances atténuantes et aggravantes pertinentes) sans possibilité de libération conditionnelle et enfin les peines perpétuelles obligatoires sans possibilité de libération conditionnelle. Le premier type de peine est clairement compressible de telle sorte qu'il ne soulève pas de difficulté particulière au regard de l'article 3 de la Convention. Pour le deuxième type de peine, la compatibilité de la mesure à l'article 3 peut poser problème s'il est démontré que le maintien en détention du requérant n'est plus justifié par un quelconque motif légitime d'ordre pénal (par exemple en raison des impératifs de châtement, de dissuasion, de protection du public) et que la peine est incompressible *de facto et de jure*. Pour le troisième type de peine, les critères sont les mêmes mais le contrôle devra en être plus poussé dans la mesure où selon la cour, « *le défaut d'une peine obligatoire est qu'elle prive l'accusé de toute possibilité d'invoquer une quelconque circonstance atténuante ou particulière devant la juridiction prononçant la peine* », comme l'âge ou de la santé mentale du prévenu pour atténuer sa responsabilité.

Dans l'affaire Vinter et autres, considérant que la peine perpétuelle imposée relevait de la deuxième catégorie, elle conclut à l'absence de violation de l'article 3 de la convention au motif qu'aucun des requérants ne démontre que son maintien en détention ne se justifiait plus par des motifs légitimes d'ordre pénal (§94). Alors que ce motif aurait pu conduire la Cour à conclure sur ce point, elle prend toutefois la peine de montrer que le maintien en détention semble justifié (§ 95). Ainsi, pour le premier requérant, M. Vinter, elle relève qu'il ne purge sa peine que depuis trois ans et que son crime est un meurtre d'autant plus brutal et froid qu'il a été commis alors que, déjà condamné à la perpétuité pour un meurtre antérieur, il avait bénéficié d'une libération conditionnelle. Pour les deux autres requérants, MM. Bamber et Moore, elle constate qu'ils ont passé respectivement 26 et 16 ans en prison, soit une durée déjà longue mais qu'une nouvelle peine leur a été effectivement infligée en 2009 à l'issue de la saisine de la *High Court* aux fins du réexamen de la période punitive à perpétuité qui leur avait été imposée, cette décision montrant ainsi que le maintien en détention de l'un et de l'autre poursuivait un but légitime d'ordre pénal. Elle en déduit qu'il est inutile d'examiner le deuxième critère. On remarquera toutefois que là encore, sans examiner ce second critère, la Cour livre des éléments d'appréciation intéressants. En effet, elle relève que les conditions de l'élargissement pour motif humanitaire par le ministre apparaissent bien plus strictes que celles appliquées à Chypre en la matière, examinées dans l'arrêt Kafkaris, puisque seul un condamné atteint d'une maladie mortelle en phase terminale ou d'un handicap physique pourrait espérer obtenir sa libération. Or, elle doute qu'un élargissement pour motif humanitaire accordé à ces seules personnes puisse être assimilé à une véritable mise en liberté s'il se résume à ce que l'intéressé décède à son domicile ou dans un hospice plutôt qu'entre les murs d'une prison (§94). L'argument est fort et pourrait laisser espérer que la Cour soit désormais encline à se livrer à une réelle appréciation du mécanisme existant dans le droit d'un Etat et ne se contente plus de vérifier son

existence légale. Dans l'affaire Harkins et Edwards, l'accent est surtout mis sur le second critère car, au regard du maintien en détention, elle relève que la peine n'ayant pas encore été prononcée, le maintien en détention est forcément justifié. S'agissant du caractère compressible, la Cour se borne à constater l'existence d'un mécanisme dans le droit américain rendant possible la réduction de la durée de la peine pour conclure à l'absence de violation de l'article 3 de la Convention (§140-142). Ces arrêts permettent ainsi d'une part de rappeler de façon très claire les différents critères qui doivent présider à l'appréciation de la conformité d'une peine perpétuelle à l'article 3 de la convention. Ils permettent aussi et d'autre part, de montrer que le caractère compressible est non seulement un caractère secondaire par rapport au critère du maintien en détention et complémentaire puisque la non-vérification du premier ne rend pas nécessaire l'examen du second mais aussi un critère dont le contrôle s'opère a minima. En effet, la Cour, bien qu'exigeant, une compressible *de jure et de facto* semble déduire de la seule existence d'un mécanisme de révision de la peine, le caractère compressible de celle-ci (sur cette question, v. E. Dreyer, Droit pénal et droit européen des droits de l'homme, in Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XXème congrès de l'Association française de droit pénal, éditions Cujas, coll. Actes et études, 2012, p. 399 et s., spéc. p. 415 ; E. Garçon, Droit pénal et droit européen des droits de l'homme : influences réciproques, in Droit pénal et autres branches du droit – regards croisés, Actes du XXème congrès de l'Association française de droit pénal, éditions Cujas, coll. Actes et études, 2012, p. 427 et s., spéc. n°35 à 38). Même si la réduction de la peine n'est envisageable que dans des cas extrêmes (ici, le motif humanitaire) ou qu'elle relève de l'appréciation souveraine d'une seule personne (le seul Ministre de l'intérieur) la Cour déduit de l'existence du mécanisme sa conformité à l'article 3 de la Convention.

25 Santé du détenu et droit à ne pas subir de traitement inhumain ou dégradant. Afin de concilier les nécessités de la détention d'une personne malade et le droit de ne pas subir de traitement inhumain ou dégradant, la Cour ne consacre pas une obligation générale de remettre en liberté ou bien de transférer dans un hôpital civil un détenu, même si ce dernier souffre d'une maladie particulièrement difficile à soigner. Elle veille toutefois à ce que les conditions de détention permettent de garantir la protection de la santé du prisonnier, eu égard aux contingences ordinaires et raisonnables de l'emprisonnement. Dès lors, la Cour déduit de l'article 3 de la Convention, une obligation pour chaque Etat de dispenser à la personne détenue des soins médicaux appropriés à son état. Cette exigence est poussée. La cour n'admet pas par exemple qu'un Etat se retranche derrière des difficultés de mise en œuvre du programme d'examen et des consultations médicales pour échapper à son obligation. C'est ce qu'elle rappelle dans une affaire Cara-Damiani jugée le 7 février 2012 (**CEDH, 7 février 2012, Cara-Damiani contre Italie** : req. n°2447/05). En l'occurrence, le gouvernement italien se retranchait derrière des entraves imputables aux déplacements que le détenu a sollicités pour ses études pour échapper à son obligation de soin. La cour n'accueille pas l'argument. Selon elle, ces difficultés ne dispensent aucunement l'Etat de son obligation de soin. Elle observe d'une part, que les déplacements en question ont été autorisés et d'autre part que, même déplacé dans un autre établissement pénitentiaire, le requérant restait détenu et devait donc être médicalement pris en charge par les autorités.

Ce n'est que dans l'hypothèse où ces soins sont soit inexistantes soit inadaptés à l'état de santé que la détention d'une personne malade pourra constituer un traitement contraire à l'article 3. Reste à savoir ce qu'il convient d'entendre par "soins appropriés".

Selon la Cour, sont "appropriés" des soins d'un niveau comparable à celui que les autorités de l'Etat se sont engagées à fournir à l'ensemble de la population tout en tenant compte des exigences pratiques de l'emprisonnement. Elle ajoute toutefois que cela n'implique pas que soit garanti à tout détenu le même niveau de soins médicaux que celui des meilleurs établissements de santé extérieurs au milieu carcéral.

De façon plus précise, pour examiner la compatibilité d'un état de santé préoccupant avec le maintien en détention du requérant, la CEDH a dégagé au gré de sa jurisprudence trois critères d'appréciation, critères dont elle a fait application dans plusieurs affaires jugées en 2012 notamment

les affaires Cara-Damiani contre Italie jugée le 7 février 2012 (CEDH, 7 févr. 2012, n°2447/05) et Patsos contre Grèce jugée le 25 septembre 2012 (**CEDH, 25 sept. 2012, Patsos contre Grèce** : req. n°10067/11) (v. auparavant et dans le même sens: CEDH, Farbtuhs c. Lettonie, 2 déc. 2004, n° 4672/02, § 53, Enea c. Italie, 17 septembre 2009 n° 74912/01, § 59). V. également et dans le même sens, trois arrêts de condamnation de la Russie rendus le 10 janvier 2012 : **CEDH, 10 janv. 2012, Arutyunyan contre Russie, n° 48977/09, Sakhvadze contre Russie, n° 15492/09 et Vladimir Vasilyev c/ Russie, n° 28370/05**).

Tout d'abord, la Cour prend en considération ce qu'elle nomme "la condition du détenu", à savoir son âge et ses aptitudes physiques. Pour ce qui est de l'âge, la Cour considère que le maintien en détention pendant une période prolongée d'une personne d'un âge avancé, de surcroît malade, peut relever de la protection de l'article 3 même si la Convention n'interdit pas l'emprisonnement de personnes d'un âge avancé (v. notamment CEDH, Papon c. France, n° 64666/01). Au regard des aptitudes de la personne, la Cour ne se contente pas de l'existence d'une maladie, même grave ou particulièrement difficile à soigner, pour conclure que la détention inflige à la personne un traitement inhumain ou dégradant. Elle recherche si la maladie se traduit par un handicap physique qui affecterait considérablement et durablement ses aptitudes sensorielles et motrices. Ce critère a ainsi conduit la Cour à juger que maintenir en détention une personne tétraplégique ou en tout cas gravement handicapée, dans des conditions inadaptées à son état de santé, était constitutif d'un traitement dégradant (v. notamment CEDH, Price c. Royaume-Uni, 10 juillet 2001, n°33394/96, § 30 ; Vincent c. France, 24 oct. 2006, n° 6253/03, § 103).

C'est ce premier critère d'appréciation qui a été déterminant dans l'affaire Patsos c/ Grèce puisque la Cour relève que si la personne est âgée (quatre-vingt-deux ans) et malade, son état de santé n'engendre pas un handicap physique qui affecterait considérablement et durablement ses aptitudes sensorielles et motrices. A l'inverse, dans l'affaire Cara-Damiani, la Cour estime que la détention d'une personne handicapée dans un établissement où elle ne peut se déplacer par ses propres moyens, constitue un traitement dégradant prohibé par l'article 3 de la Convention.

Ensuite, la Cour contrôle la qualité des soins dispensés au malade. Ce contrôle est poussé dans la mesure où la Cour ne se contente pas de vérifier l'existence dans l'établissement d'équipements ou d'installations de soins. Ainsi, dans l'affaire Cara-Damiani, le Gouvernement italien prétendait tirer argument de l'existence d'une unité pour handicapés à Parme équipée d'une piscine et du personnel spécialisé, unité au sein de laquelle le détenu Cara-Damiani avait été un temps affecté pour échapper à toute condamnation. Or, pour la Cour, le seul placement dans cette unité de soins ne suffit pas à garantir des soins de qualité. Elle vérifie *in concreto* la qualité de soins c'est-à-dire leur adéquation à la maladie. Il faut que les soins soient appropriés à l'état de santé de la personne. Pour vérifier cette adéquation, la Cour se fonde tant sur l'état de santé présent du détenu que sur les répercussions des soins présents sur la santé future de la personne. Ainsi, dans l'affaire Cara-Damiani, la Cour constate, à partir de notes effectuées par le corps médical de la prison, qu'il n'a pas été possible de prodiguer à la personne en milieu carcéral la rééducation qu'il nécessitait mais également que ce manque de rééducation appropriée risquait d'entraîner une détérioration de la motricité (comp. CEDH, *Kotsaftis c. Grèce*, 12 juin 2008, n° 39780/06, § 53). A l'inverse, dans l'affaire Patsos contre Grèce, elle écarte toute violation de l'article 3 après avoir constaté d'une part, que depuis le début de son incarcération, les autorités pénitentiaires ont suivi à intervalles réguliers l'état de santé du requérant et ont pris les mesures appropriées (le requérant avait notamment été hospitalisé à plusieurs reprises au dispensaire de la prison ou dans des hôpitaux publics) et d'autre part, que si, à tout moment, l'état de santé du détenu peut se détériorer, en raison de son âge, rien ne permet d'affirmer qu'il en serait autrement si le requérant était en liberté.

Enfin, la Cour apprécie l'opportunité de maintenir la détention au vu de l'état de santé du requérant. A partir du moment où la délivrance de soins adéquats n'est possible qu'en transférant le détenu dans un établissement de soins ou en suspendant l'exécution d'une peine, la Cour conclut à une violation de l'article 3. Ainsi, dans l'affaire Cara-Damiani, la Cour a pris en considération le fait que pendant un temps, le détenu a bénéficié, sur décision du tribunal d'application des peines de Bologne, d'une détention domiciliaire en milieu hospitalier afin de recevoir les soins adaptés à son

état de santé, pour estimer que le maintien en détention n'était pas justifié. Aux yeux de la Cour, cette décision confirmait que la thérapie de la rééducation dont le requérant avait besoin n'était possible qu'en dehors de la prison, dans un lieu spécialisé.

26 Santé des détenus affectés de troubles mentaux et droits à ne pas subir de traitement inhumain ou dégradant. Pour des détenus atteints de troubles mentaux, la problématique est globalement la même que pour les autres détenus malades. Il s'agit de déterminer si le milieu carcéral est inadapté à la condition d'un individu et si l'épreuve de la détention s'avère particulièrement pénible en raison de l'incapacité de l'individu d'endurer une telle mesure (CEDH, 12 juin 2008, *Kotsaftis c. Grèce*, n° 39780/06, § 50). L'appréciation opérée par la Cour dans chaque situation est double. Dans un premier temps, elle se livre à une appréciation de l'état de santé mentale du détenu. Dans un second temps, elle apprécie l'attitude de l'Etat pour voir si la détention n'a pas conduit à infliger à cette personne fragile une souffrance qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention.

Au regard du premier aspect, la Cour se réfère à deux critères. Elle tient compte d'une part de la vulnérabilité de la personne et d'autre part de son incapacité, dans certains cas, à se plaindre des effets d'un traitement (voir, par exemple, CEDH, 30 juillet 1998, *Aerts c/ Belgique*, Recueil 1998-V, p. 1966, § 66, et CEDH, 3 avril 2001, *Keenan c/ Royaume-Uni*, n° 27229/95, § 111). De façon plus précise, pour caractériser la vulnérabilité de la personne, la Cour a dégagé trois éléments d'appréciation, dont elle a fait application dans deux affaires jugées en 2012 et concernant la France: l'affaire *G contre France* jugée le 23 février 2012 (**CEDH, 23 févr. 2012, G. contre France** : req. n°27244/09) et l'affaire *Ketreb contre France* jugée le 19 juillet 2012 (**CEDH, 19 juillet 2012, Ketreb contre France** : req. n°38447/009). Dans l'affaire *G contre France*, la question portait sur le point de savoir si le maintien en détention d'une personne a entravé le traitement médical que son état psychiatrique exigeait et lui a infligé une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention. Dans l'affaire *Ketreb*, la question était de savoir si le fait de placer une personne atteinte de troubles mentaux en quartier disciplinaire a constitué ou pas un traitement inhumain et dégradant contraire à l'article 3, la personne s'étant suicidée pendant l'exécution de cette sanction disciplinaire. La Cour se réfère aux trois mêmes critères pour se prononcer sur la vulnérabilité. Tout d'abord, elle prend en compte la gravité de la maladie. Ainsi, dans l'affaire *G contre France*, elle observe que le requérant souffre de troubles mentaux importants et chroniques, notamment de schizophrénie (délires psychotiques, hallucinations), maladie de longue durée qui nécessite un traitement au long cours. Dans l'affaire *Ketreb*, elle relève la présence d'un trouble ancien de la personnalité, aggravé par une poly-toxicomanie. Ensuite, elle vérifie l'existence de tendances violentes ou suicidaires de la personne (v. déjà en ce sens CEDH, *Keenan c. Royaume-Uni*, 3 avril 2001, n° 27229/95, § 94). Ainsi, dans l'affaire *G*, elle observe que la schizophrénie engendre un risque de suicide connu et élevé. Ce risque existe donc bien même si, en l'espèce, il n'y a pas eu de tentative de suicide, les multiples hospitalisations d'office du requérant ayant permis d'éviter la survenance d'incidents qui auraient pu mettre en péril son intégrité physique et mentale ainsi que celle d'autrui. En revanche, dans l'affaire *Ketreb*, la Cour fait mention de deux tentatives de suicide en quartier disciplinaire et de réactions très violentes lors de son placement en cellule disciplinaire. Enfin, elle se livre à une appréciation d'ensemble de l'état de santé de la personne en relevant l'existence ou non de rechutes par le passé.

Une fois caractérisé cet état de particulière vulnérabilité, la Cour analyse la façon dont le détenu a subi sa peine afin de vérifier que ces conditions de détention n'ont pas aggravé son état de santé. Ainsi, dans l'affaire *G*, elle jugea que d'une part, la répétition et la fréquence des hospitalisations de l'intéressé et d'autre part, les conditions matérielles de détention du requérant au sein du service médico-psychologique régional des Baumettes où il a séjourné à de nombreuses reprises n'ont pu qu'aggraver son sentiment de détresse, d'angoisse et de peur. Elle conclut dès lors à une violation par la France de l'article 3 de la Convention. Dans l'affaire *Ketreb*, elle considère que le placement en cellule disciplinaire pendant quinze jours n'était pas compatible avec le niveau de traitement

exigé à l'égard d'une personne atteinte de tels troubles mentaux. Elle en conclut donc à une violation de l'article 3, cette sanction ayant constitué un traitement et une peine inhumains et dégradants.

4 L'après-peine.

27 Le mécanisme de l'article 775-2 du Code de procédure pénale permettant un effacement de la mention du passé pénal (1°) et certaines mesures de sûreté (2°) ont été au menu de la jurisprudence de la Cour de cassation.

1° L'effacement du passé pénal

28 Conditions de l'exclusion de condamnation du bulletin n°2 du casier judiciaire. – Même si les législations contemporaines semblent être de moins en moins favorables à l'oubli du passé pénal du condamné, la législation comporte encore des mécanismes résiduels d'effacement sinon de la condamnation du moins de sa mention au bulletin n°2 du casier judiciaire. Symptomatique de cette évolution est le cas des condamnations à une peine de réclusion criminelle. En vertu des dispositions de l'article 133-13 du Code pénal, ces peines ne peuvent donner lieu à une réhabilitation de plein droit. Néanmoins, cela ne veut pas dire qu'il n'est pas possible d'obtenir un effacement de la condamnation. En ce sens, l'article 775-2 du Code de procédure pénale autorise les condamnés à demander, sur simple requête, l'exclusion de la mention de leur condamnation au bulletin n° 2, à l'expiration d'un délai de vingt années à compter de leur libération définitive ou de leur libération conditionnelle non suivie de révocation, s'ils n'ont pas, depuis cette libération, été condamnés à une peine criminelle ou correctionnelle. Cette possibilité d'effacement existe mais elle est un véritable droit pour le condamné dès lors que les conditions légales de l'exclusion sont remplies. Tel est l'enseignement que l'on peut tirer d'un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 1^{er} février 2012 (**Cass. crim., 1^{er} févr. 2012**, n°11.87.021 ; juris-data n°2012-003602). En l'espèce, une personne avait été condamnée le 1^{er} juillet 1976 à un an d'emprisonnement et le 8 juillet 1976 à la réclusion criminelle à perpétuité. Cette personne avait ensuite bénéficié d'une libération conditionnelle le 28 novembre 1989 non révoquée au jour où les juges ont été amenés à statuer sur la demande d'exclusion de la mention de la condamnation du bulletin n°2 du casier judiciaire étant observé que depuis 1976, la personne n'avait fait l'objet d'aucune autre condamnation pénale. Par un arrêt en date du 15 septembre 2011, la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Rouen rejetait cette requête au motif que « le contrat à durée déterminée pour lequel le requérant a déposé sa demande est caduc depuis plusieurs mois ». La Cour d'appel se livrait ainsi à une appréciation de l'opportunité d'accorder ou pas l'exclusion. Or, la Cour de cassation censure cette solution. Selon l'arrêt, l'exclusion de la mention au bulletin n° 2 doit être accordée à un condamné qui en fait la demande « à l'expiration d'un délai de vingt ans à compter de sa libération définitive ou de sa libération conditionnelle non suivie de révocation, s'il n'a pas, depuis cette libération, été condamné à une peine criminelle ou correctionnelle ». Dès lors, aucun renvoi ne se justifiant en l'espèce, la Cour de cassation prononce elle-même l'exclusion des deux condamnations du bulletin n° 2 du casier judiciaire du condamné, le délai de vingt ans calculé à compter de la date de la libération conditionnelle, soit à compter du 28 novembre 1989 ayant expiré le 28 novembre 2009 soit antérieurement au jour de la requête du condamné formulée le 15 septembre 2011. La solution de la chambre criminelle n'est pas nouvelle. Déjà, par un arrêt du 25 mai 2004, elle avait statué en ce sens en censurant la décision de rejet d'une requête en exclusion rendue par les juges qui fondaient leur rejet sur l'insuffisance des renseignements fournis par la personne à l'appui de sa demande ne permettant pas d'apprécier le bien-fondé de celle-ci (V. Cass. crim., 25 mai 2004 : Bull. crim. n°134). La fermeté de la solution retenue le 1^{er} février 2012 qui ôte tout pouvoir d'appréciation de l'opportunité de l'exclusion au juge se comprend. Implicitement, le temps très long écoulé depuis la libération sans nouvelle condamnation est la preuve suffisante de l'amendement de la personne, justifiant que le juge n'ait pas à apprécier celui-ci. Elle marque

toutefois une nette volonté de veiller au respect de l'article 775-2 du Code de procédure pénale et d'éviter toute confusion entre ce mécanisme d'exclusion de la condamnation du bulletin n°2 et la réhabilitation judiciaire qui elle, autorise le juge à apprécier l'opportunité de la mesure (pour une autre affaire soulignant cette distinction entre la procédure de réhabilitation judiciaire et d'exclusion du casier judiciaire: v. **Cass. crim. 14 fév. 2012**, pourvoi n° 10-86.832 ; [JurisData n° 2012-002100](#) ; Dr. Pénal 2012, comm. 52, note J.- H. Robert).

2° Les mesures de sûreté.