



COUR DE CASSATION

CONCLUSIONS COMPLÉMENTAIRE DE L'AVOCAT GÉNÉRAL	
N° S1984754	Avocat général : Annabelle Philippe
M. F.... C/	Audience du 17 septembre 2020

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE et ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS

Il est renvoyé à l'avis principal.

DISCUSSION

Pour mémoire, l'avis principal conclut à la cassation de la peine de deux ans d'emprisonnement prononcée par la chambre correctionnelle de la cour d'appel à l'encontre de M. F... au motif d'une insuffisance de motivation du refus d'aménagement ab initio de ladite peine.

Le présent avis complémentaire intervient alors que votre chambre a décidé d'examiner ce pourvoi dans sa formation plénière afin notamment que soit examinée la question de l'incidence d'une éventuelle décision de cassation de la peine d'emprisonnement prononcée au regard de l'application dans le temps de la loi nouvelle n° 2019-222 du 23 mars 2019 en ses dispositions relatives à l'abaissement à un an du seuil d'aménagement des peines d'emprisonnement.

*

1. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, l'aménagement d'une peine d'emprisonnement ferme était possible, ab initio, au stade du prononcé de cette dernière par le tribunal correctionnel, ou par le juge d'application des peines dans le cadre de la mise en oeuvre de l'article 723-15 du code de procédure pénale, pour les peines ou les reliquats de peines d'une durée égale ou inférieure à deux ans, sous forme de semi-liberté, de placement à l'extérieur (article 132-25 du code pénal) ou de placement sous surveillance électronique (article 132-26-1 du code pénal). Le maximum de deux ans était réduit à un an en cas de récidive.

L'article 74 de la loi du 23 mars 2019, qui a modifié les articles 132-19¹ du code pénal et 732-15 du code de procédure pénale² et instauré un article 464-2 dans le code de procédure pénale³, a abaissé le seuil d'aménagement d'une peine d'emprisonnement de deux ans à un an.

Concernant l'application dans le temps de ces nouvelles dispositions, l'article 109 de la loi du 23 mars 2019 se contente d'indiquer que l'article 74 précité de ladite loi entre en vigueur un an après la publication de ladite loi et ne prévoit de période transitoire que pour la peine de contrainte pénale.

¹ Article 132-19 du code pénal : *« Lorsque'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer une peine d'emprisonnement ferme ou assortie en partie ou en totalité du sursis pour une durée inférieure à celle qui est encourue. Elle ne peut toutefois prononcer une peine d'emprisonnement ferme d'une durée inférieure ou égale à un mois. « Toute peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine indispensable et si toute autre sanction est manifestement inadéquate. « Dans ce cas, si la peine est inférieure ou égale à six mois, elle doit, sauf impossibilité résultant de la personnalité ou de la situation du condamné, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues à l'article 132-25. Dans les autres cas prévus au même article 132-25, elle doit également être aménagée si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle. « Le tribunal doit spécialement motiver sa décision, au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale conformément aux dispositions de l'article 464-2 du code de procédure pénale. »*

² Article 732-15 du CPP : *« Si le tribunal n'a pas prononcé un mandat de dépôt à effet différé en application du 3° du I de l'article 464-2, les personnes non incarcérées ou exécutant une peine sous le régime de la semi-liberté, du placement à l'extérieur ou de la détention à domicile sous surveillance électronique, condamnées à une peine inférieure ou égale à un an d'emprisonnement ou pour lesquelles la durée de la détention restant à subir est inférieure ou égale à un an, ou pour lesquelles, en cas de cumul de condamnations, le total des peines d'emprisonnement prononcées ou restant à subir est inférieur ou égal à un an bénéficient, dans la mesure du possible et si leur personnalité et leur situation le permettent, suivant la procédure prévue au présent paragraphe, d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'une détention à domicile sous surveillance électronique, d'un fractionnement ou d'une suspension de peines, d'une libération conditionnelle ou de la conversion prévue à l'article 747-1. Lorsque la peine ferme prononcée ou restant à subir est inférieure ou égale à six mois, elle doit faire l'objet d'une détention à domicile sous surveillance électronique, d'une semi-liberté ou d'un placement à l'extérieur, sauf si la personnalité ou la situation du condamné rendent ces mesures impossibles, sans préjudice de la possibilité de libération conditionnelle ou de conversion, fractionnement ou suspension de la peine. Préalablement à la mise à exécution de la ou des condamnations, le ministère public informe le juge de l'application des peines de cette ou de ces décisions en lui adressant toutes les pièces utiles, parmi lesquelles une copie de la ou des décisions et le bulletin n° 1 du casier judiciaire de l'intéressé. Sauf s'il a déjà été avisé de ces convocations à l'issue de l'audience de jugement en application de l'article 474 du présent code, le condamné est alors, sauf décision contraire du juge de l'application des peines, convoqué en premier lieu devant le juge de l'application des peines, puis devant le service pénitentiaire d'insertion et de probation, dans des délais qui ne sauraient être respectivement supérieurs à trente et à quarante-cinq jours à compter de leur information par le ministère public, afin de déterminer les modalités d'exécution de sa peine les mieux adaptées à sa personnalité et à sa situation matérielle, familiale et sociale.»*

³ Article 464-2 I du code de procédure pénale : *« I.- Lorsque la durée totale de l'emprisonnement ferme prononcé, y compris en tenant compte le cas échéant de la révocation de sursis, est inférieure ou égale à un an, le tribunal correctionnel doit : 1° Soit ordonner que l'emprisonnement sera exécuté sous le régime de la détention à domicile sous surveillance électronique, de la semi-liberté ou du placement à l'extérieur, selon des modalités déterminées par le juge de l'application des peines ; 2° Soit, s'il ne dispose pas des éléments lui permettant de déterminer la mesure d'aménagement adaptée, ordonner que le condamné soit convoqué devant le juge de l'application des peines et le service pénitentiaire d'insertion et de probation conformément aux dispositions de l'article 474, afin que puisse être prononcé une mesure mentionnée au 1° du présent I conformément à l'article 723-15 ; 3° Soit, si l'emprisonnement est d'au moins six mois, décerner un mandat de dépôt à effet différé, en ordonnant que le condamné soit convoqué dans un délai qui ne saurait excéder un mois devant le procureur de la République afin que ce dernier fixe la date à laquelle il sera incarcéré dans un établissement pénitentiaire ; le procureur de la République peut également donner connaissance au condamné de la date d'incarcération à l'issue de l'audience. Dans ce cas, il n'est pas fait application des articles 723-15 et suivants ; 4° Soit, dans les cas prévus aux articles 397-4, 465 et 465-1, décerner mandat de dépôt ou mandat d'arrêt contre le condamné. Dans les cas prévus aux 3° et 4° du présent I, le tribunal doit spécialement motiver sa décision, au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, afin de justifier les raisons pour lesquelles il estime devoir prononcer une peine d'emprisonnement sans sursis et celles pour lesquelles il considère que cette peine ne peut être aménagée.»*

En revanche, et malgré l'absence de toute précision sur ce point dans la loi, l'article 7 du décret n°2020-81 du 3 février 2020 relatif à la peine de détention à domicile sous surveillance électronique, au sursis probatoire, aux conversions de peines et au mandat de dépôt à effet différé, pris en application de la loi du 23 mars 2019 dispose que: "**conformément aux dispositions de l'article 112-2 du code pénal⁴ et de la première phrase du XIX de l'article 109 de la loi du 23 mars 2019 susvisée⁵, les dispositions du présent décret entrent en vigueur le 24 mars 2020 pour les condamnations prononcées à compter de cette date, y compris si elles concernent des infractions commises avant cette date.**"

La circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces du 6 mars 2020, CRIM/2020-07/H2, de présentation des dispositions relatives aux peines et entrant en vigueur le 24 mars 2020 de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019, et des décrets n°2020-81, 2020-128, 2020-187 des 3 et 18 février et 3 mars 2020, indique quant à elle, au chapitre "Nouvelles modalités de prononcé et de mise à exécution des peines d'emprisonnement ferme", que les dispositions nouvelles des articles 132-19, 132-25 du code pénal, 464-2, 474 et 723-15 du code de procédure pénale constituent "**des dispositions de procédure pénale relatives aux modalités de prononcé des peines par le tribunal et aux modalités de leur mise à exécution, qui relève de la catégorie plus générale des lois fixant les modalités des poursuites mentionnées au 2° de l'article 112-2 du code pénal et qui s'appliquent immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur. Elles ne peuvent en revanche être analysés comme des dispositions relatives au régime d'exécution et d'application des peines qui auraient pour effet de rendre plus sévères les peines prononcées et ne s'appliqueraient alors, en application du 3° de l'article 112-2 du code pénal, qu'aux faits commis après leur entrée en vigueur.**"

Selon la circulaire toujours, les anciens seuils demeurent néanmoins applicables pour les peines prononcées avant le 24 mars 2020. Il est notamment dit que : "*En effet, le tribunal ayant prononcé, en l'absence de récidive, une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à deux ans avant le 24 mars 2020 a retenu un tel quantum en sachant que la peine était alors aménageable*".

⁴ Article 112-2 du code pénal : "*Sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur :*

1° *Les lois de compétence et d'organisation judiciaire, tant qu'un jugement au fond n'a pas été rendu en première instance ;*

2° *Les lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure ;*

3° *Les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines ; toutefois, ces lois, lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur ;*

4° *Lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines.*"

⁵ Article 109 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 : (...)
 XIX. - "*L'article 71, à l'exception des IV, VIII, XI, XIII et XIX, les I à III de l'article 73, les articles 74, 80, 81 et 82 ainsi que les XIII à XV de l'article 85 entrent en vigueur un an après la publication de la présente loi. Les peines de contrainte pénale prononcées avant cette date s'exécutent jusqu'à leur terme conformément aux dispositions applicables au jour de leur prononcé, sous la réserve que les attributions confiées en application de l'article 713-47 du code de procédure pénale au président du tribunal judiciaire ou au juge désigné par lui sont exercées par le juge de l'application des peines.*"

Concernant cette affirmation par le décret et la circulaire précités selon laquelle les dispositions nouvelles relatives à l'abaissement du seuil de l'aménagement de la peine d'emprisonnement relèvent de la loi de procédure et sont d'application immédiate, l'Ecole nationale de la magistrature, dans une fiche (22) sur la procédure de l'article 723-15 du code de procédure pénale et à son application dans le temps, s'interroge en ces termes :

“Les conditions d'accès à la procédure de l'article 723-15 du CPP ont été modifiées par la loi du 23 mars 2019 dont les dispositions sur ce point sont entrées en vigueur le 24 mars 2020.

La question de l'application dans le temps de ces nouvelles dispositions se pose cependant. En effet le décret d'application du 3 février 2020 et la circulaire d'application du 6 mars précisent, en se fondant sur l'article 112-2 du code pénal, que ces nouvelles dispositions s'appliquent aux condamnations prononcées à compter du 24 mars 2020, quelle que soit la date de commission des faits. Pour autant, il serait possible de considérer que ces dispositions ont pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation (en abaissant le seuil rendant l'aménagement possible) et rentrent donc dans le cadre du 3° du même article qui prévoit dans ce cas que les dispositions ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur”.

Et il apparaît effectivement que le caractère plus doux ou plus sévère de la loi du 23 mars 2019 en ses dispositions relatives à l'aménagement de la peine d'emprisonnement suscite de nombreux débats dont il pourrait résulter une mise en oeuvre diversifiée de cette loi par les juridictions du fond.

Aussi, les termes du décret et de la circulaire précités semblent être questionnés non seulement concernant la nature des dispositions nouvelles relatives à l'aménagement de la peine d'emprisonnement, mais également concernant leur application dans le temps au regard de votre jurisprudence.

Il appartiendra donc à votre chambre de déterminer de quel type de loi relèvent les dispositions de la loi du 23 mars 2019 relatives à l'abaissement du seuil d'aménagement de la peine d'emprisonnement et selon la réponse que vous apporterez à ce premier point, déterminer le cas échéant, si ces dispositions sont plus douces ou au contraire plus sévères que celles de la loi ancienne.

*

2. La première question qui se pose donc à votre chambre est celle de savoir si la loi nouvelle est:

- **une loi de procédure et modalités de poursuites** et donc d'application immédiate au sens de **112-2 2° du code pénal**, peu important qu'elle soit ou non plus sévère ?
- une **loi de pénalité** au sens de l'article **112-1 du code pénal** et ne pouvant alors être d'application immédiate que si elle est plus douce, en application du principe de non rétroactivité de la loi plus sévère ?
- une **loi relative aux modalités d'exécution et d'application des peines** au sens de l'article **112-2 3° du code pénal**, d'application immédiate sauf si elle “a pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées”?

La consultation de la doctrine sur l'application de la loi dans le temps, ainsi que l'analyse de la jurisprudence de votre chambre permettent de constater que classer une loi dans l'une ou l'autre de ces catégories est un art délicat.

Il convient néanmoins d'en donner ici quelques illustrations afin de déterminer la catégorie à laquelle les dispositions concernées par le présent pourvoi paraissent devoir appartenir.

Si l'on peut utilement se référer au rapport complémentaire de Monsieur le conseiller sur ce point, nous rappellerons néanmoins, que votre chambre a classé :

- sous la catégorie de loi de modalités de poursuites et de procédure (art.112-2 2° du code pénal)

:

- la loi du 13 juillet 1990 en ses dispositions relatives à la mise en mouvement de l'action publique par certaines associations (Crim. 16 avril 1991, n°90-87.508);
- les dispositions de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 déterminant le mode de saisine du juge d'instruction sur constitution de partie civile additionnelle dénonçant des faits nouveaux (Crim. 26 septembre 2000, n°00-82.017);
- les dispositions de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 instaurant les délais de forclusion prévus à l'article 173-1 du CPP (Crim. 20 juin 2001, n°01-82.438);

- sous la catégorie de loi d'exécution et d'application des peines (art. 112-2 3° du CP):

- les dispositions légales relatives aux confusions de peines (Crim., 26 septembre 1996, pourvoi n° 96-81.284, Bull. crim. 1996, n° 336);
- les dispositions de la loi du 15 août 2014 relatives aux réductions de peines supplémentaires (Crim., 16 décembre 2015, pourvoi n° 15-81.264, Bull. crim. 2015, n° 311);
- les dispositions de la loi du 9 mars 2004 prohibant l'exclusion de la mention d'une condamnation au bulletin n°2 pour certaines infractions (Crim., 24 mai 2006, pourvoi n° 05-84.884, Bull. crim. 2006, n° 150) ;

- sous la catégorie de loi de pénalité (art. 112-1 du CP):

- une loi abrogeant une incrimination (Crim., 18 juin 1997, pourvoi n° 96-81.264, Bull. crim. 1997, n° 243);
- une loi abrogeant une circonstance aggravante (Crim., 11 décembre 1996, pourvoi n° 96-82.303, Bull. crim. 1996, n° 461);
- une loi réduisant la durée maximale de la période de sûreté (Crim 25 mai 1994, n°93-83.820);
- une loi modifiant les modalités du sursis avec mise à l'épreuve (Crim., 15 novembre 2006, pourvoi n° 06-82.269).

Concernant plus particulièrement l'aménagement de la peine d'emprisonnement :

Tout d'abord, il n'apparaît pas que votre chambre ait jamais rendu de décision relative à l'aménagement de la peine au visa de l'article 112-2 2° du code pénal, si ce n'est en ce qui concerne l'obligation faite au juge de motiver spécialement le refus d'aménagement (Crim., 16 juin 2015, pourvoi n° 14-85.136, Bull. crim. 2015, n° 150⁶; Crim., 16 janvier 2018, pourvoi n° 16-85.522).

⁶

"L'article 132-19, alinéa 3, du code pénal, tel qu'il résulte de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014, selon lequel toute décision prononçant une peine d'emprisonnement sans sursis ou ne faisant pas l'objet d'une mesure d'aménagement doit être spécialement motivée au regard des faits de l'espèce et de la

Sur la possibilité d'aménager la peine et le seuil d'aménagement, on trouve en revanche de la jurisprudence aux visas des articles 112-1 et 112-2 3° du code pénal.

Votre chambre a ainsi rendu plusieurs arrêts à l'occasion de la mise en oeuvre des dispositions de la loi du 24 novembre 2009 étendant l'aménagement de la peine aux peines comprises entre un et deux ans d'emprisonnement :

- dans un arrêt concernant une décision de refus d'aménagement prononcée par une juridiction d'application des peines, vous avez estimé que les dispositions nouvelles de l'article 723-15 entraient dans la catégorie des lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines et avez fait application de l'article 112-2 3° du code pénal (Crim., 9 juin 2010, pourvoi n° 09-87.677);

- dans d'autres décisions postérieures, statuant sur cette fois sur des arrêts de chambres correctionnelles, votre chambre a en revanche visé l'article 112-1 du code pénal, considérant que la disposition posant le principe de l'aménagement des peines d'emprisonnement entrait dans la catégorie des lois de pénalité et non de procédure. Ces dispositions devant s'analyser comme plus douces, elles devaient s'appliquer y compris aux peines prononcées pour des faits antérieurs à leur entrée en vigueur (Crim., 6 décembre 2011, pourvoi n° 10-86.118 ; Crim., 22 mars 2011, pourvoi n° 09-88.333 ; Crim., 5 novembre 2013, pourvoi n° 12-85.387).

Toutefois, ces arrêts n'explicitent pas la raison d'être de cette différence de visa.

Dès lors, l'analyse de votre jurisprudence en la matière permet :

- d'une part d'affirmer que votre chambre n'a jamais considéré qu'une loi relative à l'aménagement d'une peine puisse entrer dans la catégorie des lois fixant les modalités de poursuite et les formes de la procédure de l'article 112-2 2° du code pénal;
- d'autre part, de s'interroger sur la volonté de votre chambre d'opérer une distinction entre l'aménagement de peine prononcé ab initio par la juridiction de jugement lors du prononcé de la condamnation qui relèverait de la loi de pénalité au visa de 112-1 du code pénal et l'aménagement prononcé par la juridiction d'application des peines dans le cadre de l'exécution de la peine en application de l'article 732-15 du code de procédure pénale qui relèverait de la loi de modalité d'exécution et d'application des peines de l'article 112-2 3° du code pénal. Et le cas échéant, sur l'objectif visé par une telle distinction.

Sur le premier point, il nous semble effectivement difficile de dire que l'aménagement de la peine relèverait des lois de poursuites et de procédure. Et il ne nous apparaîtrait ni justifié ni opportun de faire référence à l'article 112-2 2° du code pénal en la matière.

Sur le second point, opérer une distinction entre l'aménagement de peine ab initio et l'aménagement de peine prononcé en application de l'article 732-15 du code de procédure pénale, revient à affirmer que selon le moment où l'aménagement de la peine est prononcé et selon la juridiction qui le prononce, cet

personnalité de leur auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale constitue une loi de procédure qui ne peut fonder l'annulation d'une décision rendue avant son entrée en vigueur."

aménagement changerait de nature et que l'aménagement ab initio serait non pas une modalité d'exécution de la peine d'emprisonnement prononcée mais se confondrait avec la peine elle-même.

Dans son rapport complémentaire, Monsieur le conseiller rapporteur pose effectivement ainsi la question : *“L'aménagement de la peine relève à l'évidence des modalités d'exécution ou d'application des peines. L'aménagement ab initio, expression dont les termes sont contradictoires, est-il de son côté un aménagement ou la peine prononcée selon les termes de l'article 464 du code de procédure pénale?”*

Si un tel raisonnement qui revient à établir une différence de nature entre l'aménagement ab initio de la peine et l'aménagement de cette même peine dans le cadre de sa mise à exécution, devait être confirmé par votre chambre, quel en serait l'objectif et quelles en seraient les incidences ?

Comme on l'a vu précédemment, l'article 112-2 3° du CP dispose que :

“Sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur : (...)

3° Les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines ; toutefois, ces lois, lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur”.

La rédaction actuelle de ce texte est due à une initiative sénatoriale lors de l'examen par le Parlement de la loi instaurant le nouveau code pénal et intervenue après la décision du Conseil constitutionnel n° 86-215 DC du 3 septembre 1986 relative à la période de sûreté.

Par cette décision, le Conseil constitutionnel, par une réserve d'interprétation et au visa de l'article 8 de la Déclaration de 1789, a dit que le principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère s'étendait à la période de sûreté, “qui, bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de la juridiction de jugement qui, dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé”⁷.

La lecture des débats parlementaires, montrent qu'il s'est agi pour les députés et les sénateurs de traduire dans l'article 112-2 3° du code pénal les exigences du Conseil constitutionnel, tout en préservant le principe selon lequel les lois concernant l'exécution des peines doivent demeurer en principe d'application immédiate. Néanmoins, si certains parlementaires s'étaient montrés favorables à n'intégrer dans la loi, comme exception au principe, que les mesures de sûreté visées par le Conseil constitutionnel, c'est finalement une rédaction plus large qui a été votée.

⁷ Décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986 :

“22. Considérant que selon l'article 8 de la Déclaration de 1789 : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée. » ;

23. Considérant que le principe ainsi énoncé ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives, mais s'étend à la période de sûreté qui, bien que relative à l'exécution de la peine, n'en relève pas moins de la décision de la juridiction de jugement qui, dans les conditions déterminées par la loi, peut en faire varier la durée en même temps qu'elle se prononce sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé ; que l'appréciation de cette culpabilité ne peut, conformément au principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, être effectuée qu'au regard de la législation en vigueur à la date des faits,

24. Considérant que, en vertu des principes ainsi énoncés, la référence faite par le législateur, dans le deuxième alinéa de l'article 19, aux condamnations prononcées postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi doit s'entendre des condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à cette date ; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution”

Le Traité de droit pénal de F. Desportes et F. Legunehec, au chapitre "Application de la loi dans le temps" (§360), indique par ailleurs, que "les règles régissant l'application dans le temps des lois relatives à l'exécution des peines sont désormais [depuis l'instauration de l'article 112-2 3° dans le nouveau code pénal] très proches de celles régissant les lois de fond puisque les unes et les autres imposent de distinguer entre les lois plus douces applicables immédiatement et les lois plus sévères dont l'application immédiate est exclue. De plus, comme pour les lois de fond, c'est en se référant à la loi en vigueur au moment de la commission de l'infraction qu'il convient d'apprécier si la loi nouvelle relative à l'exécution de la peine est plus douce ou plus sévère (....) En dépit de l'important rapprochement des régimes applicables aux lois de fond et aux lois relatives à l'exécution des peines, une différence notable subsiste. Elle porte sur le champ d'application de la loi plus douce. Alors qu'en vertu de l'article 112-1 du code pénal la loi de pénalité plus douce ne peut bénéficier aux personnes ayant fait l'objet d'une condamnation définitive sous l'empire de la loi ancienne, cette limite n'existe pas pour les lois plus douces relatives à l'exécution des peines qui peuvent s'appliquer par définition, aux peines en cours d'exécution, même lorsqu'elles résultent de condamnations devenues définitives. La question de savoir si une loi plus douce est une loi de pénalité relevant de l'article 112-1 du code pénal ou une loi relative à l'exécution des peines entrant dans les prévisions de l'article 112-2 3° du code pénal peut donc être en certains cas, déterminante".

L'autre différence essentielle soulignée de nouveau dans l'ouvrage précité (§362), réside dans le fait que si le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère posée par l'article 112-1 du code pénal a valeur constitutionnelle, ce qui interdit d'y déroger, "le même principe posé par l'article 112-2 3°, qui n'est pas la conséquence nécessaire du principe de légalité, n'a qu'une valeur constitutionnelle relative. Il ne s'impose au législateur que dans les hypothèses où les modalités d'exécution de la peine se confondent avec la peine elle-même parce qu'elles sont décidées par la juridiction de jugement en fonction de la culpabilité du prévenu (c'est le cas de la période de sûreté, du sursis ou encore de l'ajournement). Dans les autres cas, comme par exemple les conditions d'octroi des permissions de sortir, il paraît loisible au législateur de déroger à l'article 112-2 3° du code pénal".

Ces dérogations légales ont en effet été validées par le Conseil constitutionnel saisi de la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales (décision n°2005-527 DC du 8 décembre 2005) qui, au visa de l'article 8 de la DDHC de 1789 a jugé que le principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère ne s'applique qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition. Ce faisant, il a jugé que la surveillance judiciaire "limitée à la durée des réductions de peine dont bénéficie le condamné", "constitue ainsi une modalité d'exécution de la peine qui a été prononcée par la juridiction de jugement", que reposant "non sur la culpabilité du condamné, mais sur sa dangerosité", "elle a pour seul but de prévenir la récidive" et "qu'ainsi, la surveillance judiciaire ne constitue ni une peine ni une sanction", partant, elle peut s'appliquer "sans méconnaître l'article 8 de la Déclaration de 1789", "à des personnes condamnées pour des faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi".

L'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce quant à lui que : "Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise".

Pour reprendre les termes de Monsieur le conseiller rapporteur, "cette règle n'implique que la peine. Toutefois, selon le guide sur l'article 7 édité par la Cour EDH, lorsqu'une disposition qualifiée de procédurale en droit interne a une influence sur la sévérité de la peine à infliger, la Cour qualifie cette disposition de "droit pénal matériel", à laquelle la dernière phrase de l'article 7 § 1 trouve à s'appliquer (*Scoppola c. Italie* (no 2) [GC], §§ 110-113, concernant une disposition du code de procédure pénale consacrée à la sévérité de la peine à infliger lorsque le procès s'est déroulé selon la procédure simplifiée). Et d'ajouter : " Pour rendre effective la protection offerte par l'article 7, la Cour doit demeurer libre d'aller au-delà des apparences et d'apprécier elle-même si une mesure particulière s'analyse au fond en une « peine » au sens de cette

clause (Welch c. Royaume-Uni, 9 février 1995, § 27, série A n° 307-A, et Jamil c. France, 8 juin 1995, § 30, série A n°317-B)."

Ainsi, les articles 112-1 et 112-2 3° du code pénal bien que très proches, se rattachent néanmoins à des principes juridiques distincts en matière d'application de la loi dans le temps.

Or, peut-on dire que quand il est prononcé ab initio par la juridiction, l'aménagement de la peine s'apparente à la peine elle-même et se distingue fondamentalement de l'aménagement prononcé a posteriori par la juridiction d'application des peines ?

A la lecture des textes, il n'apparaît pas que l'aménagement prononcé ab initio par la juridiction soit prononcé "en fonction de la culpabilité du prévenu"⁸. En outre la juridiction qui prononce un aménagement ab initio ne se prononce pas nécessairement sur la façon dont la peine sera effectivement aménagée et peut décider de laisser au juge d'application des peines le soin d'en fixer les modalités.

De même, la situation entre une personne condamnée à une peine aménageable ayant fait l'objet d'un aménagement ab initio et une personne condamnée à une peine d'emprisonnement aménagée a posteriori par la juridiction d'application des peines ne semble pas fondamentalement différente et paraît même quasi identique (sauf à ce que la juridiction prononce désormais un mandat de dépôt à effet différé interdisant tout aménagement de peine pendant une certaine durée, mais c'est alors de ce mandat de dépôt qu'il est question et justement plus de l'aménagement ab initio).

Aussi, il nous apparaîtrait plus lisible et d'une plus grande sécurité juridique, de ne rattacher les dispositions relatives au seuil de l'aménagement de la peine d'emprisonnement qu'au seul article 112-2 3° du code pénal relatif au régime d'exécution et d'application des peines, et ce, quel que soit le moment où l'aménagement est prononcé. En outre, une telle analyse, qui place la solution en dehors du carcan constitutionnel, ouvre au législateur la possibilité de déroger, par une disposition expresse, au principe de non rétroactivité, en prévoyant que les dispositions nouvelles s'appliqueront immédiatement. Or, cette marge d'appréciation peut apparaître, en la matière, souhaitable.

*

3. Dès lors, il vous appartiendra de dire, afin de déterminer le régime d'application dans le temps de la loi du 23 mars 2019 en ses dispositions relatives à l'abaissement du seuil de l'aménagement de la peine d'emprisonnement, si celles-ci sont plus douces ou plus sévères⁹.

On peut être légitimement tenté de raisonner en miroir par rapport à ce que la chambre criminelle avait dit de la loi du 24 novembre 2009, par laquelle le législateur avait étendu le bénéfice d'une mesure d'aménagement des peines aux condamnés qui devaient subir une ou plusieurs peines d'emprisonnement dont la durée totale n'excédait pas deux ans (par rapport à un précédent seuil de un an), à savoir qu'il

⁸ Concernant l'aménagement ab initio, celui-ci doit être ordonné par le tribunal correctionnel, si la personnalité et la situation du condamné le permettaient.

⁹ Cette question se poserait néanmoins dans les mêmes termes si votre chambre décidait de maintenir la double référence aux articles 112-1 et 112-2 3° du code pénal en matière d'aménagement de la peine.

s'agissait d'une loi plus douce (Crim., 6 décembre 2011, pourvoi n°10-86.118¹⁰), et affirmer en conséquence, que le fait pour le législateur d'avoir, par la loi du 23 mars 2019, abaissé à un an le seuil permettant à une personne condamnée de bénéficier d'une mesure d'aménagement doit être nécessairement considéré comme une mesure plus sévère, interdisant ainsi l'application immédiate de cette loi nouvelle aux faits commis antérieurement à son entrée en vigueur.

A l'époque, la circulaire d'application du 1er décembre 2009 de la loi pénitentiaire n°2009-1436 du 24 novembre 2009, sans néanmoins préciser s'il s'agissait d'une loi de pénalité ou d'une loi relative à l'application des peines, relevait, elle aussi, que les mesures nouvelles étant plus douces, elles étaient d'application immédiate.

Est-il néanmoins possible de ne pas adopter un tel raisonnement en symétrie et dire que si les dispositions ayant élevé le seuil de l'aménagement de la peine étaient plus favorables aux personnes condamnées, l'abaissement de ce même seuil par la loi nouvelle n'a néanmoins pas pour conséquence nécessaire "de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation" ?

Dans son rapport complémentaire, Monsieur le conseiller indique : " *La loi, telle que rédigée, indique que l'analyse, en la matière, doit se situer non point au niveau de la peine encourue, mais à celui de la sanction prononcée (...). Une loi pénale nouvelle, en rendant possible l'aménagement ab initio pour les peines allant jusqu'à deux ans d'emprisonnement, a été considérée par la Cour de cassation comme une loi plus douce. Elle était susceptible d'améliorer la situation du condamné. Dans le présent cas de figure, l'aménagement ab initio de la peine n'apparaît pas constituer un dispositif qui s'impose en soi, comme il en est d'une mesure de sûreté obligatoire ou de l'interdiction faite d'exclusion du bulletin N°2 du casier judiciaire au cas de commission de telle ou telle infraction, par exemple. Il est fonction de la décision que le juge demeure libre de prononcer, d'une peine autre que l'emprisonnement, ou d'une peine d'emprisonnement éligible à l'aménagement. Ainsi pourrait-on dire de la loi nouvelle qu'elle n'est pas susceptible d'améliorer la situation du condamné, mais qu'elle ne l'aggrave pas, en elle même, et n'a pas pour résultat de rendre plus sévères les décisions prononcées*".

Il paraît néanmoins difficile de dire que les dispositions nouvelles ne seraient pas plus sévères au seul motif que la loi n'aurait pas supprimé la possibilité offerte au juge d'aménager la peine d'emprisonnement.

Si la circulaire d'application de la direction des affaires criminelles et des grâces précitée semble adopter un tel raisonnement en précisant : " *Du reste, en application de ces nouvelles dispositions, le tribunal correctionnel aura toujours la possibilité, s'il estime que l'emprisonnement doit être aménagé, de prononcer des peines inférieures ou égales à un an et de ne pas décerner de mandat de dépôt à effet différé*", il n'en demeure pas moins que la personne condamnée à une peine de deux ans d'emprisonnement sous le régime de la loi nouvelle n'exécutera pas sa peine dans les mêmes conditions que la personne condamnée à la même peine avant le 24 mars 2020.

¹⁰ " *Mais attendu qu'il résulte des dispositions de l'article 132-24 du code pénal, dans leur rédaction issue de la loi du 24 novembre 2009, immédiatement applicables, qu'en matière correctionnelle, en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1 du même code, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée 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 ; que dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 du même code ; Attendu qu'il y a lieu, dès lors, de procéder à un nouvel examen de l'affaire au regard de ces dispositions plus favorables*"

De plus un tel raisonnement ne saurait valoir que pour l'aménagement ab initio. En effet, s'agissant, une fois la peine prononcée, de l'aménagement par le juge de l'application des peines, la loi nouvelle aggrave le sort du condamné qui ne peut plus prétendre à un aménagement au-delà du seuil d'un an.

D'ailleurs, si ces dispositions étaient réellement plus douces ou "neutres", alors elles devraient s'appliquer immédiatement mêmes aux peines prononcées antérieurement à la nouvelle loi et en cours d'exécution, car comme précédemment indiqué, le Traité de droit pénal de Messieurs Desportes et Legunehec précité rappelle "qu'alors qu'en vertu de l'article 112-1 du code pénal la loi de pénalité plus douce ne peut bénéficier aux personnes ayant fait l'objet d'une condamnation définitive sous l'empire de la loi ancienne, cette limite n'existe pas pour les lois plus douces relatives à l'exécution des peines qui peuvent s'appliquer, par définition, aux peines en cours d'exécution, même lorsqu'elles résultent de condamnations devenues définitives". Or la circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces rappelle bien que "les anciens seuils demeurent néanmoins applicables pour les peines prononcées avant le 24 mars 2020", ce qui ne paraît effectivement pas pouvoir, ni devoir être contesté.

Aussi et comme développé précédemment, dès lors qu'il n'apparaît ni opportun, ni justifié de distinguer entre l'aménagement de la peine prononcé ab initio et l'aménagement prononcé sur le fondement de l'article 732-15 du code de procédure pénale, et dès lors que le fait que les anciens seuils doivent continuer à s'appliquer aux peines prononcées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ne saurait être remis en question, il ne nous paraît pas possible de ne pas considérer les dispositions nouvelles comme étant plus sévères.

Or, il apparaît que le législateur de 2019 n'a pas prévu de dispositions transitoires concernant l'aménagement des peines d'emprisonnement. En particulier, il n'a pas prévu que les règles nouvelles s'appliqueraient immédiatement aux personnes poursuivies pour des faits commis avant leur entrée en vigueur.

En l'absence de telles dispositions, et dès lors que, comme cela a été exposé, les règles nouvelles doivent être considérées comme plus sévères, une lecture orthodoxe de l'article 112-2, 3° du code pénal amènera votre chambre à conclure que celles-ci ne peuvent s'appliquer qu'aux faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

Il est vrai qu'à l'encontre de cette solution, pourrait être invoqué un arrêt par lequel votre chambre a appliqué immédiatement une loi nouvelle relative aux modalités d'exécution d'une peine alors même que cette loi pouvait apparaître plus sévère et qu'elle ne comportait aucune disposition prévoyant son application immédiate (Crim., 15 octobre 2014, pourvoi n° 13-80.378)¹¹. Toutefois, cet arrêt, non publié, reste à ce jour isolé. En outre dans le cas de figure qui vous était alors soumis, le caractère plus sévère de la règle nouvelle - l'exclusion du placement à l'extérieur probatoire à la libération conditionnelle - pouvait prêter à discussion.

*

¹¹ Par cet arrêt, votre chambre a confirmé un arrêt d'une chambre d'application des peines qui, pour rejeter une requête tendant à l'octroi d'une mesure de placement extérieur probatoire à une libération conditionnelle, a indiqué que cette requête était postérieure à la publication de la loi du 10 août 2011 excluant un placement extérieur probatoire à la libération conditionnelle et d'application immédiate. Votre chambre avait indiqué dans sa motivation que la chambre d'application des peines avait "justifié sa décision, sans méconnaître les dispositions légales et conventionnelles invoquées". **Si les articles 112-2 3° du code pénal et 7 de la Convention ESDH sont visés aux moyens, les motifs de votre arrêt n'en font pas mention.**

Pour conclure et au vu de l'ensemble de ces éléments, il nous apparaît que, contrairement à ce qui est énoncé dans le décret du 3 février 2020 précité, les dispositions de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 relatives à l'abaissement du seuil d'aménagement ab initio des peines d'emprisonnement ou de la mise en oeuvre de l'article 723-15 du code de procédure pénale à un an relèvent du seul article 112-2 3° du code pénal de sorte que, ces dispositions étant plus sévères, elles ne peuvent être d'application immédiate.

Si vous suivez ce raisonnement, statuant après cassation des dispositions relatives à la peine de deux ans d'emprisonnement prononcée à l'encontre de M. F..., la cour d'appel de renvoi devra faire application des dispositions de la loi ancienne.