

Arrêt n° 2030 du 20 octobre 2020 - chambre criminelle

RAPPORT COMPLEMENTAIRE DE M. TURBEAUX, CONSEILLER

Pourvoi n°19-84.754

C/ M. F... A...

IDENTIFICATION DES POINTS DE DROIT À JUGER

L'objet du présent rapport complémentaire porte sur le point de savoir, au cas où une cassation serait prononcée pour insuffisance de motivation du refus de procéder à un aménagement d'une peine de deux ans d'emprisonnement, s'il y a lieu, au chapitre "conséquence de la cassation", de donner au juge du fond des indications relatives à l'application dans le temps de la loi nouvelle n°2019-222 du 23 mars 2019, en ses dispositions limitant la possibilité d'aménagement ab initio des peines à celles d'un an ou moins.

DISCUSSION

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 au stade du prononcé de cette dernière par le tribunal correctionnel, pour celles inférieures 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)¹.

L'aménagement devait être ordonné par le tribunal correctionnel, si la personnalité et la situation du condamné le permettaient (exercice d'une activité professionnelle, même temporaire, suivi d'un stage ou assiduité à un enseignement, à une formation professionnelle ou recherche d'un emploi ; participation essentielle à la vie de sa famille; nécessité de suivre un traitement médical ; existence d'efforts sérieux de réadaptation sociale résultant de son implication durable dans tout autre projet caractérisé d'insertion ou de réinsertion de nature à prévenir les risques de récidive), et sauf impossibilité matérielle, sous la condition, en matière de placement sous

1. Cette disposition est issue de la loi n°2009-1436 pénitentiaire du 24 novembre 2009.

surveillance électronique, de l'accord du condamné.

Par ailleurs, faute pour le tribunal correctionnel d'avoir ordonné un aménagement, l'article 723-15 du code de procédure pénale confie au juge de l'application des peines, dans la mesure du possible et si la personnalité et la situation des condamnées le permettent, le soin de faire bénéficier aux personnes non incarcérées [...], d'une semi-liberté, d'un placement à l'extérieur, d'un placement sous surveillance électronique, d'un fractionnement ou d'une suspension de peines, d'une libération conditionnelle ou de la conversion prévue à l'article 132-57 du code pénal.

Le maximum de deux ans était réduit à un an en cas de récidive.

L'article 132-19 issu de la loi n^o2019-222 du 23 mars 2019, applicable au 25 mars 2020, est ainsi rédigé :

“Lorsqu'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”.

L'article 464-2 du code de procédure pénale, créé par la loi nouvelle, prévoit :

“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^o 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^o 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 prononcée une mesure mentionnée au 1^o du présent I conformément à l'article 723-15 ;

3^o 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^o 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^o et 4^o 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.

II.-Lorsque la durée totale de l'emprisonnement ferme prononcé, y compris en tenant compte le cas échéant de la révocation de sursis, est supérieure à un an, le tribunal correctionnel 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.

III.-Le 3^o du I est également applicable lorsque la durée totale de l'emprisonnement ferme prononcé par le tribunal correctionnel est supérieure à un an.

IV.-Lorsqu'il décerne un mandat de dépôt à effet différé, le tribunal correctionnel peut, dans les cas prévus aux articles 397-4,465 et 465-1, assortir ce mandat de l'exécution provisoire".

L'article 723-15 du code de procédure pénale nouveau, applicable le 25 mars 2020, est ainsi rédigé :

"Si le tribunal n'a pas prononcé un mandat de dépôt à effet différé en application du 3^o 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^o 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".

*

Le seuil en deçà duquel l'aménagement ab initio, ou la mise en oeuvre de l'article 723-15 du code de procédure pénale, sont impossibles, a donc été réduit de deux (sauf récidive) à un an.

En outre, lorsque l'aménagement n'est pas ordonné par la juridiction de jugement, celle-ci peut, ayant prononcé une peine d'au moins six mois, en délivrant un mandat de dépôt à effet différé, écarter la possibilité pour le juge de l'application des peines d'ordonner lui-même un aménagement en application de l'article 723-15 du code de procédure pénale.

•

Quant à la question de l'application de la loi dans le temps, il ne paraît pas utile de revenir de façon approfondie sur l'état du droit antérieur au 1^{er} mars 1994.

Celle-ci est régie à ce jour par les articles 112-1 et suivants du code pénal.

Article 112-1 : "sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date. Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes".

Article 112-2 : "sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur :

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

2^o Les lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure ;

3^o 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^o Lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines".

Ainsi, en matière de modalités de poursuites et de formes de la procédure, les lois nouvelles sont d'application immédiate. Les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines sont soumises au même principe, corrigé par une règle d'application de la loi la plus douce lorsque la nouvelle loi rend plus sévère les peines prononcées par la décision de condamnation.

*

Dans la circulaire 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^o2019-222 du 23 mars 2019, et des décrets n^o2020-81, 2020-128, 2020-187 des 3 et 18 février et 3 mars

2020, le garde des sceaux, au chapitre des nouvelles modalités de prononcé et de mise à exécution des peines d'emprisonnement ferme, range quant à lui les dispositions nouvelles des articles 132-19, 132-25 du code pénal, 464-2, 474 et 723-15 du code de procédure pénale au rang de modalités de poursuite, et estime qu'elles ne peuvent être analysées comme des dispositions relatives au régime d'exécution et d'application des peines qui auraient effet de rendre plus sévères les peines prononcées (p. 22 et 23).

La circulaire ajoute, d'une part, qu'en application des dispositions nouvelles, le tribunal correctionnel aura toujours la possibilité, s'il estime que l'emprisonnement doit être aménagé, de prononcer des peines inférieures ou égale à un an et de ne pas prononcer de mandat de dépôt à effet différé.

Elle s'appuie, d'autre part, sur l'alinéa 1^{er} de l'article 7 du décret n^o2020-81 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 n^o2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, selon lequel : "conformément aux dispositions de l'article 112-2

du code pénal et de la première phrase du XIX de l'article 109 de la loi du 23 mars 2019 susvisée, 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”.

L'article 109, relatif à l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019, prévoit en son paragraphe 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”.

*

Ceci conduit à examiner la question de la mise en oeuvre des dispositions nouvelles relatives à l'aménagement de peine issues des articles 132-9 du code pénal, 464-2 et 723-15 du code de procédure pénale sous trois aspects.

1- La loi du 23 mars 2019 a-t-elle institué en la matière des dispositions transitoires ?

2- Ces textes concernent-ils en réalité des peines relevant de l'article 112-1 du code pénal, ou sont-ils à ranger dans la catégorie des lois fixant les modalités de poursuites et les formes de la procédure, ou bien dans celle relative au régime d'exécution ou d'application des peines ?

3- Dans ce dernier cas, ont-ils pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation ?

•

1- Comme Mme Martine Herzog Evans le souligne dans son ouvrage consacré au droit de l'exécution des peines², un phénomène de rétroactivité de lois pénales imposé par des règles de droit transitoire spécial s'est manifesté dans la période récente.

En l'espèce, les dispositions en cause, inscrites à l'article 74 de la loi du 23 mars 2019, sont effectivement visées par l'article 109 du même texte comme entrant en vigueur un an après la publication de la loi, précisément le 25 mars 2020.

Est-ce à dire qu'une dérogation a ainsi été instituée au principe selon lequel en matière d'application de la loi pénale dans le temps, la date retenue est celle où l'infraction a

² Dalloz action, éd. 2016, p.84.

été commise, ainsi qu'il résulte des articles 112-1 et 112-2 3^o du code pénal ?

Ainsi l'article 207 II de la loi n^o 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité avait spécialement prévu que : "les dispositions résultant de l'article 193 s'appliqueront à tous les condamnés sous écrou le 1er janvier 2005 ou écroués à compter de cette date, quelles que soient la date de l'infraction et la date de la condamnation, [...]".

On peut donner un autre exemple de dispositions spéciales dérogatoires avec l'article 41 de la loi n^o 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, qui prévoit : "quelle que soit la date de commission des faits ayant donné lieu à la condamnation, sont immédiatement applicables : 1^o Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 721 du code de procédure pénale, dans leur rédaction résultant de l'article 12 de la présente loi, pour les condamnations mises à exécution après la date d'entrée en vigueur de cette loi ; 2^o Les dispositions de l'article 731-1 du code de procédure pénale, dans leur rédaction résultant de l'article 22 de la présente loi, pour les condamnations en cours d'exécution après la date d'entrée en vigueur de cette loi. Les dispositions de l'article 723-36 du code de procédure pénale, dans leur rédaction résultant de l'article 13 de la présente loi et qui interdisent le recours à la surveillance judiciaire lorsque la personne a été condamnée à un suivi socio-judiciaire, ne sont pas applicables aux condamnations prononcées pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de cette loi".

Ces dérogations légales au principe général posé par le code pénal ont été validées par le Conseil constitutionnel, saisi de cette loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales ([Conseil const., 8 décembre 2005, décision n^o 2005-527 DC](#)), qui, au visa de l'article 8 de la Déclaration 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, le Conseil a dit que la surveillance judiciaire est limitée à la durée des réductions de peine dont bénéficie le condamné, et constitue une modalité d'exécution de la peine qui a été prononcée par la juridiction de jugement, que, ne reposant pas sur la culpabilité du condamné, mais sur sa dangerosité, elle a pour seul but de prévenir la récidive ; qu'ainsi, la surveillance judiciaire ne constitue ni une peine ni une sanction.

Ainsi le champ constitutionnel de la non rétroactivité de la loi pénale plus sévère n'embrasse pas le domaine d'application de l'article 112-2 3^o du code pénal.

*

Toutefois, en l'espèce, on pourrait estimer, que l'article 7 du [décret n^o2020-81 du 3 février 2020](#) fait dire à l'article 109 de la loi du 23 mars 2019 ce qu'il ne dit pas, que les dispositions en cause s'appliqueraient aux condamnations prononcées à compter de cette date, y compris si elles concernent des infractions commises avant cette date.

•

2- Dans un arrêt antérieur à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal Crim, 217 juin 1989, pourvoi n°88-87.571, la Cour de cassation avait jugé qu'une disposition nouvelle, interdisant à une personne condamnée pour trafic de stupéfiants à une interdiction définitive du territoire de solliciter désormais le relèvement de cette mesure, était une "loi de procédure dont les dispositions concernant l'exécution des peines sont d'application immédiate aux situations en cours lors de leur entrée en vigueur", le bénéfice d'un recours ne demeurant acquis qu'à la personne qui en a saisi la juridiction compétente avant l'entrée en vigueur de la loi qui le supprime.

Les dispositions de l'article 112-2 qui distinguent lois de procédure et lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines ne permettent plus une telle analyse, que fragilisait la décision du [Conseil constitutionnel n°86-215 DC, du 3 septembre 1986](#) (§ 22 et s.), qui a fait application, en matière de période de sûreté, de l'article 8 de la Déclaration de 1789, pour en conclure que la référence faite par le législateur, dans le deuxième alinéa de l'article 19 de la loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance, 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.

Dans une décision récente du Conseil constitutionnel ([Cons. const., 6 septembre 2019, décision n° 2019-799/800 QPC](#)), à propos de conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme, il a été dit au considérant N°8 : "dès lors que les dispositions contestées ont pour conséquence de priver les personnes en cause de toute possibilité d'aménagement de leur peine, en particulier dans le cas où elles ont été condamnées à la réclusion criminelle à perpétuité, elles sont manifestement contraires au principe de proportionnalité des peines".

"La jurisprudence développée par le Conseil constitutionnel reconnaît l'unité du contrôle de la nécessité des peines pour tout le droit répressif, qu'il soit pénal ou non pénal (ainsi des sanctions disciplinaires et administratives). Ce contrôle porte non seulement sur les peines elles-mêmes, mais aussi sur leurs modalités d'exécution", est-il précisé dans le commentaire de cette dernière décision.

*

Par une décision de 1994, ([Crim., 7 juin 1994, pourvoi n°93-83.428, Bull. N° 224](#)) la chambre criminelle a approuvé une chambre d'accusation pour avoir écarté la mise en oeuvre d'une réforme relative à une période de sûreté, en ajoutant une incidente ainsi rédigée : "que par ailleurs, selon l'article 112-2, 3 du Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994, les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines sont d'application immédiate, sauf si elles ont pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation".

La révocation du sursis avec mise à l'épreuve a été classée au rang de mesure relative au régime d'exécution et d'application des peines par un arrêt de 1995, prononcé au visa de l'article 112-2, 3^o du code pénal ([Crim., 12 décembre 1995, pourvoi n^o 95-81.237, Bull.N^o 376](#)). Cette décision a été confirmée en 2000 (Crim., 24 octobre 2000, pourvoi n^o00-82.169, Bull. N^o 307) : "Vu les articles 112-2.3^o, 132-47 à 132-49 du Code pénal, et 742-2 alors en vigueur du Code de procédure pénale ; attendu qu'aux termes de l'article 112-2, 3^o du Code pénal, les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines, dès lors qu'elles ont 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 ; qu'entrent dans cette catégorie les dispositions de l'article 132-49 du Code pénal, qui autorisent la révocation partielle du sursis avec mise à l'épreuve sans limitation de durée, alors que, suivant les dispositions abrogées de l'article 742-2 du Code de procédure pénale, celle-ci ne pouvait être ordonnée que pour une durée n'excédant pas 2 mois ; [...]".

Les règles relatives aux peines criminelles et correctionnelles en concours ont été considérées comme relevant du régime de l'article 112-23^o ([Crim., 26 septembre 1996, pourvoi n^o96-81.284, Bull. N^o336](#) ; dans le même sens Crim., 20 novembre 1996, pourvoi n^o96-85.276, Bull. N^o418).

Il en a été de même des règles relatives à l'exclusion du bulletin n^o2 du casier judiciaire (Crim., 25 avril 2006, pourvoi n^o05-86.876, Bull. N^o112, dont on peut citer le sommaire: "fait l'exacte application de l'article 112-2 3^o du code pénal, la cour d'appel qui accueille la demande en exclusion d'une condamnation au bulletin n^o2 du casier judiciaire présentée par une personne condamnée pour des faits d'agressions ou d'atteintes sexuelles prévues par les articles 222-23 à 222-31 du code pénal, commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004".

Cette jurisprudence a été maintenue (Crim., 24 mai 2006, pourvoi n^o05-84.884, Bull. N^o150), l'arrêt attaqué étant cassé au motif: "qu'en prononçant ainsi, alors que, la non-inscription d'une condamnation au bulletin n^o2 du casier judiciaire emportant relèvement de toutes les interdictions, déchéances ou incapacités de quelque nature qu'elles soient résultant de cette condamnation, l'interdiction faite aux juges de faire bénéficier un condamné de cette mesure rend plus sévère la peine prononcée, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé". (voir dans le même sens Crim., 21 février 2007, pourvoi n^o06-86.084).

En matière de réduction de peine supplémentaire, la chambre criminelle a fait application de la même règle (Crim., 27 juin 2007, pourvoi n^o 06-86.911): "attendu que, par ordonnance du 10 mai 2006, le juge de l'application des peines d'Evry a refusé à l'intéressé toute réduction supplémentaire de peine pour la période de détention du 4 mars 2003 au 4 mars 2006 ; que, sur l'appel du condamné, le président de la chambre de l'application des peines de Paris a, par ordonnance du 31 juillet 2006, confirmé la décision entreprise aux motifs que D. a refusé le traitement proposé, alors qu'il a été condamné pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru ; mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que la peine complémentaire de suivi socio-judiciaire n'était pas encourue à la date de commission des faits reprochés à Daniel Duret, le président de la chambre de l'application des peines n'a pas donné de base légale à sa décision".

L'année 2008 est marquée par un revirement, en cette matière de réduction de peine ([Crim., 9 avril 2008, pourvoi n^o07-88.159, Bull. N^o98](#)), qui en réalité s'explique par l'existence de dispositions dérogatoires inscrites dans la loi du 12 décembre 2005, évoquées plus haut.

La Cour de cassation a cependant énoncé dans cet arrêt que les dispositions de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ne sont applicables qu'à la peine elle-même et non aux mesures de réduction de peine.

En matière de mesures pouvant être ordonnées par la chambre de l'instruction à l'encontre d'une personne jugée irresponsable pour cause de trouble mental, après avoir jugé ([Crim., 21 janvier 2009, pourvoi n^o08-83.492, Bull.N^o24](#)) qu'un arrêt : "n'encourt pas le grief de n'avoir pas fait application des dispositions de la loi du 25 février 2008, dès lors que le principe de la légalité des peines visé à l'article 112-1, alinéa

2, du code pénal fait obstacle à l'application immédiate d'une procédure qui a pour effet de faire encourir à une personne des peines prévues à l'article 706-136 du code de procédure pénale que son état mental ne lui faisait pas encourir sous l'empire de la loi ancienne applicable au moment où les faits ont été commis", la Cour de cassation a estimé au contraire ([Crim., 16 décembre 2009, pourvoi n^o09-85.153, Bull. N^o216](#)) que ces dispositions étaient de la catégorie des lois fixant les modalités de poursuites et les formes de la procédure.

*

En matière d'aménagement de peine, la Cour de cassation a imposé l'application d'une loi nouvelle plus douce, en relevant d'office un moyen tiré de l'article 112-2 3^o du code pénal, dans une décision de 2010 ([Crim., 9 juin 2010, pourvoi n^o09-87.677](#)).

Il est remarquable que dans une décision fondée sur la possibilité de mise en oeuvre d'un aménagement de peine pour une peine égale ou inférieure à deux ans, introduite par la loi du 24 novembre 2009, la Cour de cassation, pour imposer l'examen de la situation du demandeur au vu de ses dispositions nouvelles, a invoqué l'article 112-1 et non 112-2 3^o du code pénal, dans un arrêt de

2013 ([Crim., 5 novembre 2013, pourvoi n°12-85.387](#)).

Dans son rapport relatif à cette affaire, M. Didier Guérin a noté : “en l’espèce, l’arrêt attaqué statue avant la loi du 24 novembre 2009 . Mais la chambre criminelle a dans ce cas jugé que les dispositions d’une loi nouvelle s’appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n’ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu’elles sont moins sévères que les dispositions anciennes”, en se référant notamment au précédent suivant: [Crim. 6 décembre 2011, pourvoi n°10-86.118](#).

L’aménagement de 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 pénale³ ?

*

L’inscription au FIJAIS a quant à elle été jugée d’application immédiate (Crim., 17 septembre 2014, pourvoi n°14-80.541, Bull. N°193), ce qui n’apparaît pas significatif.

En revanche (Crim., 15 octobre 2014, pourvoi n°13-80.378) les dispositions de la loi du 10 août 2011, qui exclut un placement extérieur probatoire à une libération conditionnelle, on été jugées d’application immédiate ; “attendu qu’il résulte de l’arrêt attaqué que P., condamné, le 19 juin 1997, par la cour d’assises de Paris, à la réclusion criminelle à perpétuité pour assassinats et tentatives, destruction du bien d’autrui par un moyen dangereux, a déposé, le 30 septembre 2011, une requête tendant à l’octroi d’une mesure de placement extérieur probatoire à une libération conditionnelle ; attendu que, pour rejeter la demande, l’arrêt énonce que P. a déposé sa requête après la publication de la loi ; attendu qu’en l’état de ces seuls motifs, la chambre de l’application des peines a justifié sa décision, sans méconnaître les dispositions légales et conventionnelles invoquées”.

Pour en revenir aux réductions de peine, au travers de la réforme issue de la loi du 15 août 2014 cette fois, il a été jugé que les réductions supplémentaires de peines relatives aux périodes d’incarcération subies par les condamnés en état de récidive, examinées postérieurement au 1er janvier 2015, date d’entrée en vigueur de la loi du

15 août 2014, doivent être calculées exclusivement selon les modalités plus favorables prévues par le dispositif légal en vigueur ([Crim., 16 décembre 2015, pourvoi n°15-81.264, Bull. N°31](#)).

Cette solution a été confirmée le même jour ([Crim., 16 décembre 2015, pourvoi n°15-80.924](#)), la Cour de cassation entérinant la décision d’un président de chambre de l’application des peines ayant relevé “qu’en raison de l’abrogation par la loi du 15 août 2014, applicable à compter du 1er janvier 2015, des dispositions de l’article 721-1 du code de procédure pénale plus sévères à l’encontre des condamnés récidivistes et de l’absence de dispositions transitoires, prévues par le législateur, dérogeant aux prescriptions de l’article 112-2, 3^o, du code pénal, les réductions supplémentaires de peine relatives aux périodes d’incarcération subies par les condamnés en état de récidive, examinées postérieurement à cette dernière date, doivent être calculées exclusivement selon les modalités plus favorables prévues par le dispositif légal en vigueur”.

3. “Si le tribunal estime que le fait constitue un délit il prononce la peine”.

*

L'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce : "1. 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".

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 (CEDH, arrêt du 17 septembre 2009, Scoppola c. Italie (no 2) [GC], n^o10249/03, §§ 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).

On peut citer les dispositions d'une décision de référence de la Cour (CEDH, arrêt du 12 février 2008, Kafkaris c. Chypre, [GC] n^o21906/04, § 142) : "la notion de « peine » à l'article 7 possède, comme celles de « droits et obligations de caractère civil » et d'« accusation en matière pénale » à l'article 6 § 1 de la Convention, une portée autonome.

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 no 307-A, et Jamil c. France, 8 juin 1995, § 30, série A no 317-B). Le libellé de l'article 7 § 1, seconde phrase, indique que le point de départ d'où elle peut déterminer si une « peine » a été prononcée, consiste à savoir si la mesure en question a été imposée à la suite d'une condamnation pour une « infraction pénale ». D'autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard : la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité (Welch, précité, § 28, et Jamil, précité, § 31). A cette fin, dans leur jurisprudence la Commission comme la Cour ont établi une distinction entre une mesure constituant en substance une « peine » et une mesure relative à l'« exécution » ou à l'« application » de la « peine ». En conséquence, lorsque la nature et le but d'une mesure concernent la remise d'une peine ou un changement dans le système de libération conditionnelle, cette mesure ne fait pas partie intégrante de la « peine » au sens de l'article 7 (voir, entre autres, Hogben, décision précitée, Hosein c. Royaume-Uni, no 26293/95, décision de la Commission du 28 février 1996, non publiée, Grava, précité, § 51, et Uttley, décision précitée). Cependant, la distinction entre les deux n'est peut-être pas toujours nette en pratique".

Ainsi le guide édité par la Cour EDH précise : "la Cour a souligné que le terme « infligé » figurant à la seconde phrase de l'article 7 § 1 ne saurait être interprété comme excluant du champ d'application de cette disposition toutes les mesures pouvant intervenir après le prononcé d'une « peine » (Del Río Prada c. Espagne [GC], § 88). En conséquence, lorsque des mesures prises après le prononcé d'une peine définitive ou pendant

l'exécution de celle-ci conduisent à une redéfinition ou à une modification de la portée de la « peine » infligée, ces mesures doivent tomber sous le coup de l'interdiction de la rétroactivité des peines consacrée par l'article 7 § 1 in fine de la Convention (ibidem, § 89). Pour se prononcer sur la question de savoir si une mesure prise pendant l'exécution d'une peine porte uniquement sur les modalités d'exécution de celle-ci ou en affecte au contraire la portée, la Cour doit rechercher au cas par cas ce que la « peine » infligée impliquait réellement en droit interne ou, en d'autres termes, quelle en était la nature intrinsèque (ibidem, § 90). Par exemple, l'application d'un revirement jurisprudentiel concernant les modalités d'imputation des remises de peine a été jugée par la Cour comme ayant conduit à la redéfinition de la portée d'une peine, dans la mesure où cette application avait eu pour effet de modifier au détriment de la personne condamnée la portée de la peine infligée (ibidem, §§ 109-110 et 117, concernant une peine de trente ans d'emprisonnement qui par l'effet d'un revirement jurisprudentiel n'était plus susceptible d'aucune remise de peine pour travail en détention). Voir aussi la fixation d'une peine confondue pour des condamnations multiples prononcées par des juridictions de jugement (Koprivnikar c. Slovénie, §§ 50-52 ; Arrozpide Sarasola et autres c. Espagne, §§ 122-123, concernant aussi le cumul et le plafonnement des multiples peines, y compris la demande de cumul des peines purgées dans un autre État membre de l'Union européenne).

Si la jurisprudence de la Cour EDH met en oeuvre une division a priori binaire en matière d'application de la loi pénale dans le temps, distinguant lois de fond et lois de procédure, d'une part, peine et exécution ou application des peines, d'autre part, elle est néanmoins notable en ce qu'elle mobilise également un critère fondé sur le point de savoir si la mesure litigieuse a été prononcée à l'occasion de la phase de jugement prononçant sur la culpabilité, ou postérieurement ; ou en recherchant si une mesure prise pendant l'exécution d'une peine porte uniquement sur les modalités d'exécution de celle-ci ou en affecte au contraire la portée.

*

Ainsi, il semble que la modification apportée au régime de l'aménagement de peine ab initio par la loi du 23 mars 2019 relève moins d'une modalité de poursuite et de forme de la procédure que du régime d'exécution de la peine, sinon de la peine elle-même.

•

3- En définitive, si la Cour de cassation devait conclure que la loi du 23 mar 2019 ne contient pas de disposition transitoire qui déroge aux règles posées par les articles 112-

1 et suivants du code pénal, et si elle devait estimer que les dispositions en cause sont relatives, non aux modalités de poursuites et aux forme de la procédure, ni à la peine légalement applicable, mais à l'exécution des peines, resterait à résoudre la question la plus délicate : la loi nouvelle, en interdisant désormais le prononcé d'un aménagement ab initio des peines comprises entre un et deux ans, a-t-elle pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation, selon ce que commande la mise en oeuvre de l'article 112-2 3^o ?

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.

M. Emmanuel Dreyer écrit à propos de l'article 112-2 3^o : "il s'ensuit qu'une telle loi [relative à l'exécution ou à l'application des peines] n'est pas immédiatement applicable si elle aggrave la situation du condamné : dans une telle hypothèse, la loi ancienne moins sévère reste en vigueur, comme n'importe quelle loi de fond. Inversement, si la loi nouvelle est susceptible d'améliorer la situation du condamné, elle s'applique aussitôt à des condamnations prononcées pour des infractions nécessairement antérieures. On retrouve ici la rétroactivité in mitius"⁴.

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^o2 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.

*

L'objectif de la réforme apparaît clairement être que soient substituées d'autres sanctions aux peines d'emprisonnement de courte ou moyenne durée prononcées par les juridictions⁵.

A cet égard, les éléments produits par le gouvernement dans son étude d'impact sont éloquentes, donnés pour 2015 et 2016 :

- les condamnations à des peines privatives de liberté fermes ou en partie fermes

4 *Droit pénal général*, LexisNexis éd.2016 p.1284.

5 *La loi du 23 mars 2019 a institué une nouvelle peine d'emprisonnement, la détention à domicile sous surveillance électronique, qui peut être prononcée pour une durée comprise entre quinze jours et six mois, ce qui ne semble pas permettre qu'elle ait vocation à remplacer une peine de douze à vingt-quatre mois aménagée, alors que dans le projet initial présenté par le gouvernement, il était prévu qu'elle puisse être d'une durée d'un an.*

étaient réparties ainsi, 8 % moins d'un mois, 61 % entre un et six mois, 17 % entre six mois et un an, 14 % plus d'un an.

- les aménagements ab initio concernaient 1,3 % des peines inférieures à six mois, 0,8 % des peines comprises entre six mois et un an, 0,4 % des peines comprises entre un et deux ans.

*

La démarche de la chancellerie est traduite dans la circulaire du 6 mars 2020 par la considération déjà citée, selon laquelle il appartiendra au juge, s'il estime que l'emprisonnement doit être aménagé, de prononcer des peines inférieures ou égales à un an et de ne pas prononcer de mandat de dépôt à effet différé.

Une telle incitation ne peut pas être prise en considération, en tant que telle.

Elle conserve un intérêt dans la discussion relative à l'interprétation qu'il faut ou non faire de l'article 112-2 3^o du code pénal.

•

Il appartiendra à la Cour de cassation de dire s'il y a lieu de donner des indications, au titre de la portée et conséquence de la cassation, si elle devait être prononcée, sur la question de l'application des dispositions concernées dans le temps, et en quel sens.