



## AVIS ORAL DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

**Pourvoi n° S 19-84.754 (arrêt n° du 20 octobre 2020 - Chambre criminelle)**

**Demandeur : Monsieur F... A...**

**Décision attaquée : Arrêt de la cour d'appel d'Aix en Provence en date du 25 juin 2019**

**Conseiller rapporteur : Monsieur Turbeaux**

**Avocat général : Madame Philippe**

Monsieur le Président, Madame, Messieurs les doyens, Mesdames, Messieurs les conseillers.

Vous avez décidé aujourd'hui de vous réunir en formation plénière afin d'examiner une question nouvelle et d'importance et dont la réponse est fortement attendue des juridictions du fond car les incidences ne seront pas minimales.

Cette question est la suivante : **les dispositions de la loi du 23 mars 2019 relatives à l'abaissement à un an du seuil de l'aménagement d'une peine d'emprisonnement sont-elles ou non d'application immédiate?**

Si le pourvoi qui nous intéresse aujourd'hui ne pose pas cette question directement, vous avez, à juste titre, estimé nécessaire de la soulever car elle se poserait nécessairement, si vous cassiez l'arrêt attaqué du fait d'une insuffisance de motivation du refus d'aménagement ab initio de la peine de deux ans d'emprisonnement prononcée, comme je vous invite à le faire (et je ne reprendrai pas aujourd'hui les arguments développés dans les écritures de ma collègue et auxquels je souscris pour estimer que la cour d'appel, au regard des éléments dont elle disposait et ceux supplémentaires qu'elle aurait pu demander à l'intéressé présent à l'audience, a insuffisamment motivé sa décision sur ce point).

C'est donc un arrêt pilote que vous allez rendre à l'occasion de ce pourvoi et pour ces raisons, je m'évertuerai - sans reprendre l'intégralité de mon avis écrit à l'oral aujourd'hui - à envisager la question dans son ensemble et tenterai de vous présenter les possibilités qui s'offrent à vous avant de vous inciter à en choisir une.

## 1. Quel est le nouveau cadre légal ?

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, le seuil de l'aménagement d'une peine d'emprisonnement ferme était de deux ans (seuil réduit à un an en cas de récidive).

Un tel aménagement pouvant être prononcé ab initio, par la juridiction de jugement, 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.

**La loi du 23 mars 2019 a abaissé ce seuil à un an.**

Que dit la loi sur l'application dans le temps de ces nouvelles dispositions?

L'article 109 de la loi du 23 mars 2019 ne dit rien sur ce point et se contente d'indiquer que la loi entre en vigueur un an après sa publication. Il ne prévoit de dispositions transitoires que pour la peine de contrainte pénale.

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 dispose que: "*conformément aux dispositions de l'article 112-2 du code pénal<sup>1</sup> 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, indique quant à elle, que les dispositions nouvelles relèvent "*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.

Néanmoins, à la lecture des échanges sur le forum "justpeine" ou encore la fiche ENM évoquée dans mes écritures, il semble que persiste un doute ou un débat sur cette référence aux lois de procédure.

Les interrogations portent également sur le fait de savoir si ces dispositions nouvelles ne seraient pas en fait plus sévères.

**Aussi, pour mettre fin à ces questionnements dont il pourrait résulter une mise en oeuvre diversifiée de cette loi par les juridictions du fond, il appartiendra 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.**

\*

---

<sup>1</sup> 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.*"

## 2. Quelle est donc la nature de la loi nouvelle ?

Rappelons que le débat aujourd'hui permet d'envisager trois solutions possibles:

- **la loi du 23 mars 2019 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;

- **la loi du 23 mars 2019 est 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;

- **la loi du 23 mars 2019 est 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 déterminer la nature d'une loi est un art délicat. Et je ne me lancerai pas aujourd'hui dans un inventaire à la Prévert, et vous renverrai au rapport très complet sur ce point et à mes écritures pour retrouver les dispositions que vous avez, dans le cadre de vos décisions, classées sous l'une ou l'autre de ces catégories.

Je rappellerai en revanche ce que votre chambre a d'ores et déjà jugé 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 (loi de procédure et modalité de poursuite), 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° 150<sup>2</sup>; Crim., 16 janvier 2018, pourvoi n° 16-85.522).

On trouve, en revanche, concernant la possibilité d'aménager la peine et le seuil d'aménagement, de la jurisprudence aux visas des articles 112-1 et 112-2 3° du code pénal, sans que ces arrêts n'explicitent néanmoins la raison d'être de cette différence de visa.

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.

Sans reprendre ces arrêts qui figurent dans mon avis écrit, leur analyse permet néanmoins:

- d'une part d'affirmer que votre chambre n'a jusque-là, 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 relevant de l'article 112-2 2° du code pénal;  
Et je vous invite aujourd'hui à ne pas revenir sur cette jurisprudence constante qui nous paraît justifiée et cohérente.

- d'autre part, de constater mais aussi de s'interroger sur la volonté de votre chambre (et dès lors de son objectif), d'opérer une distinction entre l'aménagement de peine prononcé ab initio 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 723-15 du CPP qui relèverait de la loi de modalité d'exécution et d'application des peines de l'article 112-2 3° du code pénal.

---

<sup>2</sup>

*"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 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."*

Or, il me semble qu'une telle distinction entre l'aménagement de peine ab initio et l'aménagement de peine prononcé en application de l'article 723-15 du code de procédure pénale, reviendrait en fait à dire que selon le moment où l'aménagement de la peine est prononcé et selon la juridiction qui le prononce, cet 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 votre rapport complémentaire, Monsieur le conseiller, vous posez 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?”*

Je partage ce point de vue quant à l'aménagement de la peine dans le cadre de son exécution.

En revanche, quant à l'aménagement de peine ab initio, qui, s'il était considéré comme une peine, rendrait effectivement applicable l'article 7.1 de la convention EDH, je vous invite à ne pas vous engager dans cette voie, et je m'en explique :

On dit souvent aux jurés de cours d'assises, qui ne sont pas des professionnels du droit: “Quand vous déciderez de la peine, ne pensez pas aux modalités d'exécution de celle-ci. Ce sont deux choses distinctes et ce qui compte c'est, au regard de la peine encourue, celle qui vous apparaîtra juste au regard de la gravité des faits et de la personnalité de l'auteur”.

Un tel raisonnement, confirme bien l'idée que les modalités d'exécution de la peine - dont fait incontestablement partie l'aménagement de la peine - ne se confondent pas avec la peine.

Alors, bien sûr, l'on voit bien toute l'ambiguïté de cet aménagement ab initio, où la juridiction de jugement prononce une peine d'emprisonnement tout en décidant dans le même temps (et de façon indissociable en apparence) que cette peine doit s'exécuter en-dehors de la prison. Il n'en demeure pas moins que le raisonnement se fait en deux temps et que les éléments retenus pour prononcer un aménagement ab initio sont sans lien avec la gravité des faits mais uniquement fondés sur la personnalité et la situation de la personne condamnée et non fonction de la culpabilité du prévenu.

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.

Y a -t-il une véritable différence entre un aménagement prononcé le jour du jugement et celui mis en place au lendemain du prononcé de la condamnation ?

En effet, 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).

Enfin, on peut ajouter que contrairement à un sursis ou un sursis avec mise à l'épreuve (désormais sursis probatoire) l'aménagement de la peine ne figure pas au casier judiciaire qui ne mentionne que la peine d'emprisonnement prononcée.

L'aménagement même ab initio n'est donc pas la peine.

Enfin, pour finir de tenter de vous convaincre de ne plus opérer une telle distinction et de ne plus faire référence qu'au seul article 112-2 3° du CPP, je m'attarde un instant sur les incidences d'une telle option et vous renvoie à la décision du CC du 8/12/2005 que j'ai analysée dans mes écritures et qui a validé le fait que le législateur puisse déroger au principe de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère pour toute disposition qui relève des *modalités d'exécution de la peine, même prononcée par la juridiction de jugement, dès lors qu'elle se distingue de la sanction.*

Il m'apparaît dans ces conditions, que maintenir la distinction entre l'aménagement de peine prononcé sur le fondement de 723-15 du CPP (112-2 3° CP) et l'aménagement de peine ab initio (112-1 CP) reviendrait à dire que si la loi du 23 mars 2019 avait expressément prévu l'application immédiate des dispositions qui nous intéressent, si ces dispositions (nous y reviendrons juste après) étaient jugées plus sévères, alors la loi serait inconstitutionnelle concernant le prononcé d'un aménagement ab initio (puisque loi de pénalité) pour des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi, mais serait constitutionnelle pour un aménagement prononcé sur le

fondement de 723-15 du CPP.

Une telle voie me paraît devoir être évitée.

**Pour conclure sur ce point, 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.**

\*

**3. Ceci étant dit, et quelle que soit votre décision sur ce point et dès lors que vous continuerez à écarter en ce domaine la référence à l'article 112-2 2° du CP, il vous appartiendra, de dire - au vu du principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère - 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 sévères.**

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 personnes condamnées à une peine d'emprisonnement n'excédant pas deux ans (par rapport à un précédent seuil de un an), à savoir qu'il s'agissait d'une loi plus douce (*Crim.*, 6 décembre 2011, pourvoi n°10-86.118<sup>3</sup> ; *Crim.*, 22 mars 2011, pourvoi n° 09-88.333 ; *Crim.*, 5 novembre 2013, pourvoi n°12-85.387) 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, d'ailleurs, la circulaire d'application de la loi pénitentiaire 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.

Mais, pourrait-on me rétorquer, a-t-on un droit acquis à la façon dont sa peine sera aménagée à la date où l'on commet une infraction ?

De même, d'aucun pourrait être tenté de considérer que la loi nouvelle n'ayant pas supprimé la possibilité offerte au juge d'aménager la peine d'emprisonnement, l'abaissement de ce même seuil par la loi nouvelle n'aurait dès lors pas pour conséquence nécessaire *"de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation"*.

Ceci semble d'ailleurs être le raisonnement de la DACG quand elle écrit dans sa circulaire: *"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"*.

Néanmoins, prendre cette voie revient en réalité à faire de la psychologie judiciaire, à tenter de sonder l'âme du juge. Or cela paraît être une voie bien peu sécurisante, et seuls les éléments juridiques objectifs attachés au texte qui nous intéresse, paraissent pertinents et devoir être pris en compte.

En effet, pousser un tel raisonnement à l'excès pourrait nous amener à affirmer que ce n'est pas parce que le maximum d'une peine encourue a été élevé que la loi le prévoyant est plus sévère puisque le juge reste toujours libre de ne pas prononcer ce maximum.

---

<sup>3</sup> *"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**"*

Enfin, ce 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 incontestablement le sort du condamné qui doit exécuter une peine supérieure à un an et inférieure à deux ans et qui ne peut désormais plus prétendre à un aménagement et au cas d'espèce d'ailleurs, il semble que personne ne souhaite, ni ne conteste le fait que, comme l'a indiqué la DACG dans sa circulaire : *"les anciens seuils demeurent néanmoins applicables pour les peines prononcées avant le 24 mars 2020"*.

Suivre un tel raisonnement reviendrait alors à créer deux régimes distincts d'application de la loi dans le temps, au risque d'une certaine complexité pour les juridictions, mais également d'iniquité pour les justiciables qui semble difficile à justifier.

Pour toutes ces raisons, je vous invite donc à ne pas être tentés de suivre un tel raisonnement.

Enfin et très rapidement sur ce point, une approche globale de la loi du 23 mars 2019 en ses dispositions sur les peines permettrait-elle d'adopter un raisonnement différent?

Au vu des différentes dispositions relatives aux peines introduites par cette loi, est-il possible, par une approche globale de celle-ci, d'en déduire avec certitude qu'elle serait plus douce - l'esprit du législateur étant incontestablement d'éviter les courtes peines de prison - ou au contraire plus sévère - la loi a introduit le mandat de dépôt à effet différé pour les peines d'emprisonnement de 6 mois (alors même qu'un mandat de dépôt ne pouvait jusque là être prononcé que pour une peine de un an d'emprisonnement), le législateur a également ajouté un certain nombre d'obligations au titre du sursis probatoire...

Finalement, cette approche ne paraît pas devoir nous aider à pencher plus dans un sens que dans l'autre.

Dès lors, je vous renvoie à mon premier propos et vous invite à dire que les dispositions nouvelles sont plus sévères.

**En conséquence, en l'absence, dans la loi, de dispositions transitoires, ou de dispositions spécifiques prévoyant que les règles nouvelles s'appliqueraient immédiatement aux personnes poursuivies pour des faits commis avant leur entrée en vigueur et les dispositions de la loi nouvelles relatives à l'abaissement du seuil d'aménagement de la peine devant être considérées comme plus sévères, une lecture orthodoxe de l'article 112-2, 3° du code pénal amènera nécessairement votre chambre à conclure que celles-ci ne peuvent s'appliquer qu'aux faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, contrairement à ce que prévoit le décret.**

**Dès lors, si vous décidez de casser la peine prononcée pour insuffisance de motivation du refus de l'aménagement de 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.**

\*

**Si vous ne suiviez néanmoins pas ce raisonnement** et que vous estimiez au contraire que la loi nouvelle n'est pas plus sévère et qu'elle est donc d'application immédiate, deux options semblent s'offrir à vous que je n'évoquerai que très brièvement.

- soit vous rendrez une décision de cassation sur la peine avec renvoi et la cour d'appel devra appliquer la loi nouvelle quand elle examinera de nouveau cette affaire;

- soit vous rendrez une décision de cassation sur la peine pour insuffisance de motivation du refus d'aménagement ab initio, mais considèrerez que dès lors qu'une peine de deux ans d'emprisonnement n'est désormais plus aménageable, la loi nouvelle étant d'application immédiate, alors l'insuffisance de motivation d'une telle peine deviendrait sans objet. Et ce sera alors une cassation sans renvoi.