

CONCOURS ENM 2019

Droit pénal

Le choix de la peine pour les personnes majeures

La multitude des textes intervenus ces dernières années, ayant vocation à régir le choix de la peine pour les personnes majeures démontre combien une telle décision se caractérise par sa complexité, et se trouve au cœur des préoccupations sociétales et juridiques contemporaines. Se sont ainsi succédées, pour n'en citer que quelques-unes, les lois du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive, du 10 août 2007 instituant les peines planchers, la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation de la peine par le juge, ou encore, plus récemment, la loi de programmation pour la justice du 23 mars 2019.

La notion de peine renvoie aux sanctions pénales prononcées par une juridiction de jugement après qu'elle ait reconnu la culpabilité du prévenu ou de l'accusé, en matière criminelle, correctionnelle ou contraventionnelle. Convoquer la notion de « *peine* » invite donc à exclure les mesures susceptibles d'intervenir antérieurement au jugement, telles la garde à vue ou la détention provisoire. En revanche, s'interroger sur le choix de la peine impose de dépasser la lettre pour percevoir l'esprit, en incluant au propos les mesures de sûreté. En effet, d'une part, la distinction entre peines et mesures de sûreté est devenue trop ténue pour être fiable, et, d'autre part, certaines mesures de sûreté, à l'instar de la rétention de sûreté, ont pour support nécessaire la peine, dont elles constituent la suite, et en même temps de laquelle elles sont prévues. Seul le « *choix* » de la peine des personnes majeures doit en outre retenir l'attention. Choisir la peine c'est décider, parmi toutes les possibilités offertes par le législateur, quelle(s) peine(s) sera(ont) applicable(s) aux personnes majeures. Se trouvent ainsi exclues les décisions susceptibles d'intervenir dans la phase de l'exécution de la peine, lesquelles viennent moduler une peine qui a déjà été choisie. Le « *choix de la peine* » correspond par conséquent à cette seule phase décisionnelle dans laquelle une juridiction répressive détermine la peine qui sera appliquée à une personne majeure, dont la culpabilité a préalablement été déclarée.

Longtemps la question du choix de la peine des personnes majeures est demeuré un enjeu essentiellement législatif. En effet, après la proclamation du principe de la légalité criminelle dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (art. 8), les rédacteurs du premier Code pénal de 1791, désireux de rompre avec l'arbitraire judiciaire de l'ancien droit, ont fait de la loi, au sens formel du terme, la source unique, exclusive du droit pénal. Le législateur adopta en conséquence le système des peines fixes qui obligeait le juge à appliquer mécaniquement les peines prévues par la loi au titre de l'infraction commise. Cette application rigoureuse de la légalité allait de pair avec une conception objective de la peine privative de liberté. Suivant cette conception, la peine est rétributive, c'est-à-dire qu'elle représente le tarif que le condamné doit verser à la société pour le crime commis. L'infraction objective se traduisant essentiellement par la production d'un résultat, la peine représente la compensation exacte de ce résultat. Le choix de la peine n'avait alors d'autre ambition que celle de la rétribution, et le législateur en était l'unique l'artisan.

Les enjeux du choix de la peine ont pris une ampleur nouvelle avec l'émergence du principe d'individualisation de la peine par le juge et l'assignation de nouveaux objectifs à la peine. En effet, sous l'impulsion d'un subjectivisme pénal prônant l'émergence d'une peine qui serait choisie fonction non plus de l'acte commis mais de la personnalité de son auteur, le choix de la peine a progressivement été délégué au juge par le législateur, et s'est enrichi de multiples possibilités. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'Ecole de la défense sociale nouvelle (Marc Ancel), proposa de permettre au juge d'adapter la peine aux condamnés pour permettre leur réinsertion, c'est-à-dire leur retour à la société. Ces thèses furent très vite relayées par le législateur, qui, entre 1945 et 1994, permit au principe d'individualisation de la peine et à l'objectif de réinsertion de se développer. Lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, en 1994, ce sont ces conceptions que le législateur et le Conseil constitutionnel vinrent consacrer (l'article 132-24 CP fait du principe de l'individualisation judiciaire de la peine un principe directeur du droit pénal, et le Conseil constitutionnel lui confère une valeur constitutionnelle dans une décision du 22 juillet 2005). Mais, si la peine réinsertion, à laquelle la loi du 15 août 2014 a donné une vigueur nouvelle, domine notre droit pénal, elle s'est peu à peu trouvée

conurrencée par un nouveau visage de la sanction pénale. En effet la dernière décennie a été marquée pour le pénaliste par l'émergence d'un nouveau déterminant du choix de la peine, d'inspiration subjective : l'objectif de neutralisation des condamnés dangereux. Est alors apparue pour la première fois dans notre droit positif une peine ayant vocation à neutraliser les condamnés identifiés comme dangereux en empêchant leur retour à la société (exemples de l'apparition de la perpétuité réelle, ou encore de la rétention de sûreté). Le choix de la peine des personnes majeures s'est ainsi considérablement élargi sous l'influence des subjectivismes social et sécuritaire, en se voyant assigner des enjeux nouveaux puisqu'il est devenu, en même temps que le moyen de la réinsertion, celui de la neutralisation des condamnés les plus dangereux.

Toutefois, les possibilités offertes au juge dans le choix de la peine se sont tant diversifiées, au service d'objectifs parfois contradictoires (rétribution, réinsertion, neutralisation), que le terme de cette évolution laisse place à une confusion, laquelle alimente la crainte d'une résurgence de l'arbitraire judiciaire dans le choix de la peine. L'article 130-1 CP définissant les fonctions de la peine révèle d'ailleurs le caractère difficilement conciliable des objectifs assignés au choix de la peine en énonçant que « *Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* ». Le choix entre ces orientations, le plus souvent applicables à une même personne - la plus grande partie du contentieux pénal ne résidant pas dans les extrêmes (exemple du voleur récidiviste ou du violeur criminel primaire) - repose sur une évaluation de dangerosité dont la fiabilité est nécessairement sujette à caution. Là, pointe le risque d'arbitraire, lequel peut préjudicier aussi bien au condamné, qu'à la société. Il devient dès lors aisé pour les commentateurs de pointer tantôt une trop large mansuétude, tantôt une excessive rigueur de l'autorité judiciaire. C'est la raison pour laquelle les évolutions les plus récentes intervenues en législation et en jurisprudence tendent à restaurer un encadrement du choix de la peine. Cet encadrement se manifeste, d'une part, à travers l'édiction de nouvelles règles de fond. Dans cette perspective, la loi de programmation pour la justice du 23 mars 2019 a procédé à une restriction substantielle de la liberté du juge dans le choix de la peine en procédant à une réécriture de l'article 132-19 CP, de manière à favoriser le prononcé de peines plus efficaces que les courtes peines d'emprisonnement jugées inutilement désocialisantes et, dans le même temps, d'assurer la pleine exécution des peines d'emprisonnement effectivement prononcées. D'autre part, ont vu le jour de nouvelles exigences de forme entourant le choix de la peine ayant pour objet d'exclure l'arbitraire judiciaire d'une telle décision. La Cour de cassation a ainsi par plusieurs arrêts considérablement renforcé l'exigence de motivation des peines correctionnelles et contraventionnelles (Crim. 29 novembre 2016 (3 arrêts) ; 1^{er} février 2017, 30 mai 2018). Le Conseil constitutionnel, dans une décision rendue sur question prioritaire de constitutionnalité le 2 mars 2018, a quant à lui exigé des cours d'assises qu'elles motivent leurs verdicts dans leur volet relatif à la peine, exigence relayée par la loi du 23 mars 2019. Il semblerait donc que la crainte l'arbitraire justifie désormais une restauration de l'encadrement du choix de la peine.

C'est pourquoi s'interroger aujourd'hui sur le choix de la peine des personnes majeures pose immanquablement le problème de savoir comment concilier la latitude indispensable à l'individualisation de la peine par le juge avec l'exclusion de l'arbitraire.

S'il semble acquis depuis de nombreuses années qu'une grande latitude doit être laissée au juge le choix de la peine (I), la nécessaire exclusion de l'arbitraire commande aujourd'hui d'encadrer cette phase décisionnelle (II).

I) Le choix de la peine des majeurs, un choix élargi

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal en 1994, le législateur a laissé au juge de plus en plus de latitude dans le choix de la peine. Pour lui permettre d'adapter au mieux ce choix à la personnalité de l'auteur et aux circonstances de l'infraction, il a enrichi les possibilités judiciaires de nouveaux outils destinés à favoriser par cette décision aussi bien la réinsertion (A), que la sauvegarde de l'ordre public (B).

A) Un choix élargi au service de la réinsertion du condamné

Sous l'influence des thèses issues de l'Ecole de la défense sociale nouvelle, le législateur a progressivement entrepris d'ériger la peine en un outil de réinsertion du condamné. Pour atteindre cet objectif, il a consacré, lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le principe de l'individualisation de la peine par le juge parmi les principes directeurs du droit pénal (art. 132-24 CP), principe auquel Conseil constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle dans une décision du 22 juillet 2005. Dès lors, il est devenu nécessaire d'octroyer un large éventail de possibilités au juge qui choisit la peine s'agissant, aussi bien de la nature de la peine (1), que de ses modalités d'exécution (2).

1) Un choix élargi quant à la nature de la peine

Pour favoriser la réinsertion du condamné et conférer son effectivité au principe d'individualisation, le législateur a progressivement élargi le choix la peine. En premier lieu, ont été institués de nouveaux moyens d'apporter une réponse pénale aux comportements délinquants hors procédure de jugement. En amont de l'engagement des poursuites, lorsque l'infraction est constituée, le Ministère public a ainsi la possibilité d'orienter le dossier de la procédure vers une mesure alternative aux poursuites. Dans cette perspective, la loi du 23 janvier 1999 a donné naissance à la composition pénale, alternative aux poursuites, qui, si elle n'aboutit pas au prononcé d'une peine à proprement parler, n'en revêt pas moins le caractère d'une punition. Depuis, les législateurs successifs n'ont cessé d'élargir son domaine d'application. La loi du 9 mars 2004 l'a étendue à tous les délits punis d'une peine inférieure ou égale à 5 ans d'emprisonnement ainsi qu'à toutes les contraventions, tandis que la loi du 23 mars 2019 l'a rendue applicable aux personnes morales. Les mesures de composition se sont dans le même temps considérablement diversifiées, de telle sorte que l'on y retrouve désormais la plupart des peines alternatives ou complémentaires encourues en matière correctionnelle ou contraventionnelle. L'essor de ces mécanismes permet au Procureur de la République qui initie une telle procédure, et au juge qui valide la mesure de composition préalablement acceptée par le délinquant, de sanctionner ce dernier en amont de l'engagement des poursuites, par une mesure de nature punitive qui ne consiste pas en une peine privative de liberté.

En second lieu, lorsque les poursuites sont effectivement engagées en matière correctionnelle, et bien que l'emprisonnement soit encouru à titre principal, le législateur permet au juge qui prononce la peine de substituer une peine alternative à cette peine privative de liberté. Dès l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994, il s'est agi d'assurer la promotion de ces peines « de remplacement » en prévoyant par exemple la possibilité pour le juge de prononcer une peine de travail d'intérêt général à titre de peine alternative. Depuis 1994, les peines alternatives à l'emprisonnement n'ont cessé de se diversifier, comme l'illustre la loi du 9 mars 2004 mettant en place le stage de citoyenneté, ou encore la loi du 5 mars 2007 qui a consacré à titre de peine alternative la « sanction réparation ». C'est également sur cette voie que s'est engagé le législateur du 23 mars 2019 en instituant la « *détention à domicile sous surveillance électronique* », nouvelle peine alternative à l'emprisonnement. Au terme de cette évolution, l'article 131-3 CP énonce que désormais que « *Les peines correctionnelles encourues par les personnes physiques sont : 1° L'emprisonnement (...); 2° La détention à domicile sous surveillance électronique ; 3° Le travail d'intérêt général ; 4° L'amende ; 5° Le jour-amende ; 6° Les peines de stage ; 7° Les peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-6 ; 8° La sanction-réparation* ». En outre, le juge qui prononce la peine a également le choix d'assortir ces sanctions des peines complémentaires encourues au titre de l'infraction commise.

2) Choix élargi quant aux modalités de la peine

Cette diversification de la nature des peines encourues s'est doublée de l'octroi au juge d'un éventail de possibilités de plus en plus vaste pour en déterminer les modalités. L'élargissement du choix par le juge des modalités de la peine trouve sa première expression dans le choix du quantum de la peine. Lors de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, le législateur a supprimé les minima anciennement prévus, pour ne plus encadrer la liberté du juge dans la détermination du quantum de la peine que par des maxima. Depuis 1994, le juge est donc libre de descendre aussi bas qu'il le souhaite dans la détermination de la peine (art. 132-24 CP). Depuis l'abrogation des peines planchers encourues en matière de récidive et de violences aggravées par la loi du 15 août 2014, cette règle ne connaît qu'une limite en matière criminelle consistant dans l'interdiction faite à la cour d'assises de prononcer une peine d'emprisonnement inférieure à 2 ans si l'accusé encourt une peine

de réclusion criminelle à perpétuité, ou une peine inférieure à 1 an si l'accusé encourt une peine de réclusion à temps. La liberté judiciaire favorable au condamné est donc de mise.

Mais c'est certainement l'élargissement du choix par le juge des modalités d'exécution de la peine prononcée qui illustre au mieux la poursuite de l'objectif de réinsertion du condamné. D'une part, le juge a la possibilité d'assortir du sursis la peine prononcée. Introduit dans notre droit par la loi Béranger du 26 mars 1891, le sursis est un mécanisme permettant au juge qui prononce la peine de subordonner l'exécution ou la non-exécution de la peine à la conduite du condamné durant un certain délai. Quand le condamné ne commet aucun fait de nature à entraîner la révocation du sursis durant ce délai, la condamnation est considérée comme non avenue. Dans l'hypothèse inverse, depuis que la loi du 15 août 2014 a mis fin à la révocation de la peine prononcée, l'art. 132-36 CP prévoit que, en cas de « rechute » du condamné pendant le délai d'épreuve, la juridiction qui prononce une nouvelle condamnation à une peine de réclusion ou à une peine d'emprisonnement sans sursis, « peut, par décision spéciale, révoquer totalement ou partiellement, pour une durée ou un montant qu'elle détermine, le sursis antérieurement accordé ». Aux côtés du sursis simple, le juge dispose également de la possibilité d'assortir la peine prononcée d'un sursis probatoire, que le législateur du 23 mars 2019 est venu substituer à l'ancien sursis avec mise à l'épreuve, de manière à permettre un suivi plus étroit du condamné. D'autre part, le législateur offre au juge qui prononce une peine privative de liberté ferme la possibilité de l'assortir de modalités d'exécution particulières. En effet, la détention à domicile sous surveillance électronique remplaçant depuis la loi du 23 mars 2019 l'ancien placement sous surveillance électronique, le placement à l'extérieur, la semi-liberté et le fractionnement de peine doivent en principe être prononcés par la juridiction de jugement pour les peines inférieures ou égales à un d'emprisonnement. Le législateur semble ainsi avoir entendu donner au juge qui prononce la peine une vaste gamme de moyens pour faire de la peine un outil de réinsertion dès le stade de son prononcé.

Toutefois, si l'élargissement du choix de la peine des personnes majeures s'est opéré pour une large part au service de l'objectif de réinsertion du condamné, cet objectif demeure concurrencé par l'impératif de sauvegarde de l'ordre public, lequel a également justifié la mise à disposition de juge de nouveaux outils.

B) Un choix élargi au service de la sauvegarde de l'ordre public

Selon les conceptions objectives de l'infraction la peine doit avant tout poursuivre une finalité rétributive. Il s'agit en effet de permettre au juge qui prononce la peine d'infliger au condamné un châtement à la hauteur de l'acte commis. Cet impératif répressif rejoint aujourd'hui la nécessité de neutraliser les condamnés les plus dangereux, mise en lumière par l'Ecole positiviste au XIX^{ème} siècle. Le législateur contemporain a, sous ces influences, doté le juge qui choisit la peine d'outils adaptés à la poursuite de tels objectifs. L'éventail des possibilités offertes dans le choix de la peine s'est ainsi enrichi de moyens propres à garantir la sauvegarde de l'ordre public, à l'instar de la période de sûreté (1), ou de mesures de sûreté décidées *ab initio* et destinées à neutraliser les condamnés les plus dangereux (2)

1) La période de sûreté

Sensible aux critiques dénonçant la mise en œuvre par le pouvoir judiciaire d'une indulgence excessive dans le choix de la peine des majeurs, le législateur a mis en place des mécanismes permettant au juge qui prononce la peine de faire *ab initio* échec à toute tentation d'indulgence qui pourrait naître au cours de l'exécution de la peine. La période de sûreté, instituée par la loi du 22 novembre 1978, permet ainsi à la juridiction de jugement de faire échec à l'octroi ultérieur de toute mesure d'individualisation de la peine privative de liberté pendant une durée qu'elle détermine. Le domaine de la période de sûreté est vaste tant par les peines auxquelles elle s'applique que par le temps durant lequel elle s'y applique. Il existe deux types de périodes de sûreté : la période de sûreté de plein droit et la période de sûreté facultative. La période de sûreté est applicable de plein droit lorsque la peine prononcée consiste en une peine privative de liberté d'une durée supérieure ou égale à 10 ans non assortie du sursis, du chef de l'une des nombreuses infractions pour lesquelles le législateur l'a expressément prévue. Sa durée est égale à la moitié de la peine, ou à dix-huit ans en cas de réclusion perpétuelle. Le législateur a même conféré à la juridiction qui prononce la peine la possibilité de l'augmenter, en prévoyant qu'elle puisse être portée jusqu'au deux tiers de la peine ou, en cas de réclusion perpétuelle, à 22

ans. Il existe par ailleurs des dispositions spéciales qui permettent à la cour d'assises soit, si elle prononce une peine à temps, d'appliquer une période de sûreté à la durée totale de cette peine, soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, de porter la période de sûreté à 30 ans au lieu de 22 ans ou de décider que le condamné ne pourra jamais bénéficier d'une mesure d'individualisation de la peine, autrement dit, qu'il sera soumis à perpétuité au régime de sûreté. La possibilité de recourir à cette perpétuité réelle a été instituée par une loi du 1^{er} février 1994 pour les assassinats de mineurs commis avec viol, tortures et actes de barbarie. Elle a ensuite été étendue aux assassinats de membres de l'autorité publique commis à raison de leurs fonctions par la loi du 14 mars 2011, et, en dernier lieu, aux auteurs de crimes terroristes consistant en des atteintes à la vie par la loi du 3 juin 2016. La période de sûreté facultative peut quant à elle être prononcée par la juridiction répressive en l'absence de dispositions légales instituant une période de sûreté de plein droit quand elle condamne à une peine privative de liberté non assortie du sursis d'une durée supérieure à 5 ans. La juridiction qui choisit la peine s'est ainsi vue octroyer la possibilité de procéder à une véritable neutralisation de certains condamnés.

La protection de l'ordre public par la période de sûreté, et plus particulièrement par la perpétuité réelle, a posé problème en droit européen des droits de l'Homme. En effet, la possibilité laissée à la juridiction de jugement de garantir au condamné un enfermement à vie était contestée au regard de la prohibition des traitements inhumains ou dégradants, sur le terrain de l'article 3 CESDH. Dans une décision 13 novembre 2014, rendue dans l'affaire *Bodein c/ France*, la CEDH a rejeté cette argumentation pour conclure à la conformité de la perpétuité réelle aux exigences européennes. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour strasbourgeoise relève que le droit français permet aux condamnés de solliciter, sous certaines conditions, le relèvement de la période de sûreté, de telle sorte que la perpétuité réelle ne prive pas le condamné de tout espoir de libération. Ce mécanisme a ainsi été jugé conforme aux exigences tirées de l'article 3 CESDH.

2) La rétention de sûreté

Pour pallier l'insuffisance dénoncée de la peine à protéger la société de condamnés identifiés comme dangereux, le législateur a également confié aux juges de nouveaux moyens visant non plus la rétribution, mais la neutralisation. Tel est le cas de la rétention de sûreté, dont la loi du 25 février 2008 a permis aux Cours d'assises de prévoir la possibilité dans le prononcé de la peine. Si la rétention de sûreté est indéniablement une mesure de sûreté et non une peine, comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 février 2008, il demeure qu'elle a pour support nécessaire la peine privative de liberté. La rétention de sûreté consiste en une privation de liberté dans un centre socio – médico - judiciaire de sûreté (centres devant proposer une prise en charge médicale, sociale et psychologique), qui intervient à l'issue de l'exécution de sa peine par le condamné. Elle ne peut être décidée qu'à l'encontre de condamnés à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour certains crimes (1-crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration ; 2- crimes, commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravés ; 3- depuis la loi du 10 mars 2010, récidivistes des infractions de meurtre, de torture ou d'actes de barbarie, de viol, et d'enlèvement ou de séquestration, même si ces infractions ne sont pas assorties de circonstances aggravantes spéciales), dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'ils présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive, parce qu'ils souffrent d'un trouble grave de la personnalité.

Pour pouvoir à l'issue de la l'exécution de la peine être mise à exécution, la rétention de sûreté doit avoir été préalablement prévue par la Cour d'assises dans son verdict de condamnation. En pareille hypothèse, les condamnés concernés, verront leur dangerosité évaluée par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté. Dans l'hypothèse où cette commission conclurait à la particulière dangerosité du condamné, elle pourrait proposer qu'il fasse l'objet d'un placement en rétention de sûreté. La juridiction régionale de la rétention de sûreté statuerait ensuite sur un tel placement après un débat contradictoire. La décision de rétention de sûreté est valable pour une durée d'un an, renouvelable pour la même durée, sans limite quant au nombre de renouvellements. La Cour d'assises s'est ainsi vue donner la possibilité de dépasser la peine privative de liberté pour protéger la société en neutralisant ses éléments dangereux.

Ainsi, au gré des politiques pénales tantôt sociales, tantôt sécuritaires mises en œuvre par les législateurs successifs, le choix de la peine des personnes majeures s'est trouvé enrichi de nouveaux moyens, dont la mise en œuvre est laissée à l'appréciation du juge qui prononce la peine. Au terme de cette évolution, le choix de la peine apparaît devoir s'opérer, au service d'intérêts souvent contradictoires, dans un champ si vaste, que ressurgit inmanquablement la crainte de l'arbitraire judiciaire. C'est la raison pour laquelle, s'il apparaît de plus en plus large, le choix de la peine des personnes majeures est également un choix de plus en plus contraint.

II) Le choix de la peine des majeurs, un choix encadré

L'enchevêtrement et la stratification des politiques pénales sociales et sécuritaires ont élargi les possibilités du juge qui choisit la peine au point de faire ressurgir la crainte ancienne de l'arbitraire judiciaire. Cette crainte s'exprime aujourd'hui à travers la dénonciation, soit d'un laxisme excessif, soit d'une rigueur démesurée de l'autorité judiciaire. C'est la raison pour laquelle législateur et jurisprudence ont entrepris de restaurer l'encadrement du choix de la peine aussi bien par des règles de fond (A), que par des règles de forme (B).

A) Un choix encadré par des règles de fond

Le choix de la peine des personnes majeures est en effet par de rigoureuses règles de fond, auxquelles il ne peut être question de déroger. Le législateur contemporain est venu ajouter des contraintes nouvelles (2) à l'encadrement traditionnel de cette phase décisionnelle (1)

1) Un encadrement traditionnel

La liberté de choix de la peine par le juge trouve sa première limite dans les principes constitutionnellement garantis, dont le respect s'impose non seulement au juge, mais aussi au législateur. En premier lieu, l'art. 8 DDHC 1789 a soumis la peine au principe de la légalité criminelle, qui implique que le juge n'est libre de choisir la peine que dans les limites fixées par la loi. Ainsi, le juge ne dispose du libre choix de la peine que parmi les sanctions que le législateur a prévues au titre de l'infraction considérée, il est tenu par le maximum légal de la peine encourue, il lui est interdit de cumuler entre elles certaines peines, etc... La Cour de cassation ne manque d'ailleurs pas de censurer, au visa du principe de légalité criminelle, les juridictions du fond qui auraient prononcé une peine complémentaire figurant dans l'échelle générale des peines, mais non prévue par le texte spécial réprimant l'infraction considérée (en ce sens, v. nota. Crim. 18/02/2004). Ce n'est donc que sur délégation du législateur et suivant les instructions de celui-ci que le juge est libre de choisir la peine. En second lieu, l'art. 8 DDHC 1789 énonce que « *les lois ne doivent établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Se fondant sur le principe de nécessité et proportionnalité des peines ainsi établi, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à censurer des dispositions législatives prévoyant des peines disproportionnées au regard du comportement qu'elles sanctionnent (Cons. const. 19-20 janv. 1981, 30 déc. 1987, 16 juill. 1996, 4 déc. 2013, 7 août 2014). En troisième lieu, le principe de personnalité des peines, auquel le Conseil constitutionnel a conféré valeur constitutionnelle dans une décision du 2 décembre 1976, impose que seule la personne pénalement condamnée doit subir les conséquences de la répression. En quatrième lieu, le principe non bis in idem, que le Conseil constitutionnel déduit de l'article 8 DDHC interdit de punir un individu deux fois pour les mêmes faits. Enfin, en cinquième et dernier lieu, certaines peines sont constitutionnellement ou conventionnellement interdites au législateur. Ainsi, longtemps encourue en matière criminelle, la peine de mort a été totalement abolie par la loi du 9 octobre 1981. Depuis la loi constitutionnelle du 23 février 2007, l'interdiction de la peine de mort est inscrite à l'article 66-1 de la Constitution.

La liberté de choix de la peine peut également se trouver limitée plus ponctuellement par le législateur. Ainsi, de manière à réaffirmer la fonction rétributive de la peine pour, *in fine*, assurer une meilleure protection de l'ordre public, et alors même que les seuils minima avaient disparu à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, le législateur les a un temps réinstaurés pour deux catégories de délinquants. C'est d'abord la loi du 10 août 2007, qui a posé à l'art. 132-18-1 CP, la règle suivant laquelle l'état de récidive commande l'application de peines planchers. En effet, jusqu'à son abrogation, le texte prévoyait que, face à un état de récidive, la juridiction ne peut prononcer une peine inférieure aux seuils fixés par le législateur qu'en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par

celui-ci. La loi LOPPSI II du 14 mars 2011 avait, dans la même perspective, étendu ce mécanisme aux auteurs de violences aggravées, commises hors état de récidive. Bien que la loi du 15 août 2014 ait procédé à l'abrogation des peines planchers, elles demeurent le symbole de la possibilité pour le législateur de venir restreindre la liberté du juge dans le choix de la peine.

2) Un encadrement renouvelé

Depuis quelques années le législateur est venu ajouter aux restrictions traditionnelles de nouvelles contraintes venant s'imposer au juge dans le choix de la peine. Ces nouvelles limitations trouvent leur première explication dans le développement de modes semi-contractuels d'engagement des poursuites. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, instituée par la loi du 9 mars 2004, et dont l'applicabilité a été étendue à tous les délits par la loi du 13 décembre 2011, a ainsi pour effet d'imposer au juge un amoindrissement de la peine encourue. En effet, lorsqu'elle est acceptée par l'auteur des faits et homologuée par le président du TGI, une telle procédure ne peut aboutir au prononcé d'une peine supérieure à trois ans d'emprisonnement (durée limitée à 1 an avant la loi du 23 mars 2019), ni excéder la moitié de la peine encourue. De la même manière, la procédure de l'ordonnance pénale, dont la loi du 23 mars 2019 a étendu l'application à un très grand nombre de délits, a pour conséquence d'interdire au juge de prononcer une peine privative de liberté.

Plus récemment, la loi du 23 mars 2019 a procédé à une restriction substantielle de la liberté du juge dans le choix de la peine. Il s'est agi pour le législateur de favoriser le prononcé de peines plus efficaces que les courtes peines d'emprisonnement jugées inutilement désocialisantes et, dans le même temps, d'assurer la pleine exécution des peines d'emprisonnement effectivement prononcées. Le texte procède ainsi à une réécriture de l'article 132-19 CP régissant les modalités du prononcé de la peine d'emprisonnement en matière correctionnelle. Il interdit au juge correctionnel de prononcer une peine d'emprisonnement ferme d'une durée inférieure ou égale à un mois. Par ailleurs, la loi prévoit que si la peine d'emprisonnement ferme est supérieure à un mois, mais inférieure ou égale à 6 mois, elle doit faire l'objet d'une mesure d'aménagement consistant en une détention à domicile sous surveillance électronique, une semi-liberté ou un placement à l'extérieur. Un tel aménagement ne peut être écarté qu'en cas d'impossibilité résultant de la personnalité ou de la situation du condamné. En outre, lorsque la peine d'emprisonnement ferme prononcée est supérieure à 6 mois et inférieure ou égale à 1 an, elle « doit être aménagée si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle ». Enfin, la loi nouvelle énonce que la peine d'emprisonnement ferme d'une durée supérieure à un an ne peut plus faire l'objet d'un aménagement *ab initio*.

Les contraintes de fond pesant sur le choix de la peine sont donc le plus en plus denses. Cette évolution se double d'un renforcement des exigences de forme entourant cette phase décisionnelle.

B) Un choix encadré par des règles de forme

La crainte d'un retour de l'arbitraire judiciaire induite par l'élargissement du choix de la peine a conduit la jurisprudence, le Conseil constitutionnel, et, en dernier lieu le législateur à renforcer les exigences de forme entourant une telle décision. L'obligation de motivation du choix de la peine s'est ainsi trouvée renforcée, aussi bien en matière correctionnelle et contraventionnelle (1), qu'en matière criminelle (2).

1) En matière correctionnelle et contraventionnelle

L'exigence de motivation des peines correctionnelles s'est considérablement accrue à l'époque contemporaine, tant en ce qui concerne la peine d'emprisonnement, que s'agissant des autres peines correctionnelles. D'une part, s'agissant de l'emprisonnement, depuis quelques années, le législateur se montre hostile au prononcé de peines d'emprisonnement ferme en matière correctionnelle, et cette hostilité se traduit par un renforcement de l'obligation de motivation du juge correctionnel qui prononce une telle peine. Ainsi, depuis la loi 15 août 2014, le tribunal qui prononce une peine d'emprisonnement sans sursis et/ou sans aménagement 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. La chambre criminelle, par trois arrêts du 29 novembre 2016 a adopté une lecture extrêmement rigoureuse de ce texte. Se fondant sur l'article 132-19 CP, tel qu'issu de la loi du 15 août 2014, elle énonce que « le juge qui prononce une peine d'emprisonnement sans sursis doit en justifier la nécessité au regard des faits de l'espèce, de la gravité de l'infraction, de la personnalité de son auteur, et du caractère

inadéquat de toute autre sanction ». En outre, « *si le juge décide de ne pas aménager la peine, il doit motiver spécialement sa décision, soit en établissant que la personnalité et la situation du condamné ne permettent pas un tel aménagement, soit en constatant une impossibilité matérielle* ». La Cour de cassation a ainsi démontré que, conformément à l'intention du législateur du 15 août 2014, elle entend exercer un contrôle rigoureux de la motivation des décisions prononçant un emprisonnement sans sursis. D'autre part, la jurisprudence a étendu cette exigence de motivation aux autres peines correctionnelles. Dans un arrêt rendu le 1^{er} février 2017, la chambre criminelle soumet ainsi la peine d'amende correctionnelle à une double obligation de motivation jugeant que la juridiction correctionnelle doit non seulement motiver le choix d'une telle peine en vertu de l'obligation générale de motivation pour toute peine correctionnelle, mais aussi motiver le choix du montant de l'amende prononcée au regard des ressources et des charges du condamné. Dans un autre arrêt de principe rendu le 1^{er} février 2017, sur le fondement de l'article 132-1 al.3 CP, la chambre criminelle de la Cour de cassation est venue poser une exigence de motivation de toutes les peines, aussi bien principales que complémentaires, qui sont prononcées par le juge correctionnel. La loi du 23 mars 2019 a consacré cette évolution en prévoyant à l'article 485-1 CPP que, « *en cas de condamnation, et sans préjudice des dispositions prévoyant la motivation spéciale des peines non aménagées d'emprisonnement ferme, la motivation doit également porter sur le choix de la peine, sauf s'il s'agit d'une peine obligatoire ou de la confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction.* ». Le législateur prend ainsi acte de la jurisprudence la Cour de cassation imposant la motivation de toutes les peines.

Enfin, la jurisprudence est venue imposer la motivation des peines prononcées en matière contraventionnelle. Ainsi, dans un important arrêt rendu le 30 mai 2018, la chambre criminelle étend l'obligation de motivation de la peine à la matière contraventionnelle. En effet, la chambre criminelle rappelle que « *la juridiction qui prononce une peine d'amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges* », et, pour la première fois, poursuit en ajoutant que « *cette obligation de motivation s'applique en matière contraventionnelle* ».

2) En matière criminelle

Le Conseil constitutionnel est à son tour venu imposer la motivation des peines prononcées en matière criminelle. Jusqu'à présent, de jurisprudence constante la chambre criminelle affirmait, sur le fondement de l'article 365-1 CPP, que l'exigence de motivation de la peine ne s'applique pas aux verdicts des cours d'assises. Dans une décision QPC du 1^{er} avril 2011, le Conseil constitutionnel avait adopté une posture identique considérant que « *la Constitution ne confère pas à cette obligation un caractère général et absolu* ». Ainsi, l'absence de motivation est conforme aux exigences constitutionnelles dès lors que sont instituées « *des garanties propres à exclure l'arbitraire* ». Le Conseil constitutionnel avait alors estimé pour exclure la motivation des verdicts par la Cour d'assises que, les principes d'oralité et de continuité des débats imposant la production et la discussion des moyens de preuve à l'audience, la présence de l'accusé à l'audience et le bénéfice de l'assistance d'un défenseur, l'interdiction de consultation du dossier en cours de délibéré hors la présence du ministère public et des avocats des parties, la garantie que magistrats et jurés délibèrent juste après la clôture des débats et forment leur conviction uniquement sur les éléments contradictoirement débattus constituent des garanties suffisantes à exclure l'arbitraire.

A peine sept années plus tard, sans que les circonstances n'aient évolué significativement, le Conseil constitutionnel, a adopté la position inverse pour imposer la motivation du choix de la peine par la Cour d'assises. En effet, dans une décision rendue sur question prioritaire de constitutionnalité le 2 mars 2018, le Conseil constitutionnel a conclu à l'inconstitutionnalité de l'article 365-1 CPP pour imposer au législateur la motivation des verdicts de Cour d'assises dans leur volet relatif aux peines prononcées. Le Conseil constitutionnel juge en effet qu'il ressort des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qu'il appartient au législateur de fixer des règles de droit pénal et de procédure pénale de nature à exclure l'arbitraire. En outre, le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 DDHC, implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce. Le Conseil constitutionnel déduit de ces exigences qu'elles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine. Il énonce par conséquent qu'en n'imposant pas à la cour d'assises de motiver le choix de la peine, le législateur a méconnu les exigences tirées des articles 7, 8 et 9 DDHC, et déclare contraire à la Constitution le deuxième alinéa de l'article 365-1 CPP. Tirant les conséquences de cette censure, la loi du 23 mars 2019 enrichit l'article 365-1 CPP d'un nouvel alinéa. Le texte

prévoit ainsi que, en cas de condamnation, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments ayant convaincu la cour d'assises dans le choix de la peine, au vu des éléments exposés au cours de la délibération. Le ton est ainsi donné : il est devenu nécessaire d'exclure du choix de la peine toute apparence d'arbitraire.