



RAPPORT DE Mme GUERRINI, CONSEILLÈRE RÉFÉRENDAIRE

Avis n° 40005 du 17 septembre 2025 (FS-B) – Chambre criminelle

Demande d'avis n° 25-96.001

**Demandeur à l'avis : Président MOLIN Aude VP en charge de
l'application des peines (CA Grenoble)**

C/

M. [E] [K]

La Cour de cassation est saisie de la question suivante, transmise pour avis, par le juge de l'application des peines du tribunal judiciaire de Bourgoin-Jallieu par jugement en date du 15 mai 2025, parvenue à la Cour de cassation le 16 juin 2025 :

«Quel est le point de départ du délai du sursis probatoire prononcé avec exécution provisoire en cas d'arrêt d'appel infirmatif (soit sur le délai d'épreuve, soit sur les obligations, soit sur la partie ferme, soit sur le quantum de la peine prononcée avec sursis probatoire), dès lors qu'une sursis probatoire est de nouveau prononcé?

Si le sursis probatoire débute lors de la décision de première instance, la révocation intervenue entre temps doit-elle être mise à exécution ou devient-elle caduque ?»

1- RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

M. [E] [K] a été condamné à 18 mois d'emprisonnement dont 12 mois avec sursis probatoire pendant deux ans, avec exécution provisoire, par le tribunal correctionnel le 11 juin 2021. Il a été relevé appel de cette décision.

Par jugement du 22 novembre 2022, le juge de l'application des peines a révoqué totalement ce sursis probatoire.

La chambre de l'application des peines a confirmé cette décision par arrêt du 15 mars 2023.

Par arrêt du 2 mai 2023, la cour d'appel a infirmé le jugement du tribunal correctionnel et condamné M. [K] à 12 mois d'emprisonnement avec sursis probatoire.

Le juge de l'application des peines, saisi par le ministère public de la prolongation ou de la révocation de cette peine de sursis probatoire, a saisi la Cour de cassation de la présente demande d'avis, par jugement du 15 mai 2025.

2- RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE D'AVIS

2.1- Recevabilité en la forme

Les conditions de forme de la demande d'avis sont prévues aux articles 706-65 et 706-66 du code de procédure pénale :

Article 706-65 : *“Lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public. Il recueille les observations écrites éventuelles des parties et les conclusions du ministère public dans le délai qu'il fixe, à moins que ces observations ou conclusions n'aient déjà été communiquées.*

Dès réception des observations et conclusions ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à la réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 706-67.”

Article 706-66 : *“La décision sollicitant l'avis est adressée, avec les conclusions et les observations écrites éventuelles, par le greffier de la juridiction au greffe de la Cour de cassation.*

Elle est notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Le ministère public auprès de la juridiction est avisé ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour.”

Les formalités prescrites sont exigées à peine de rejet de la demande¹.

La Cour de cassation a ainsi jugé :

“Aux termes de l'article 706-65 du code de procédure pénale, lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public. Il recueille les observations écrites éventuelles des parties et les conclusions du ministère public dans le délai qu'il fixe, à moins que ces observations ou conclusions n'aient déjà été communiquées.

Dès lors qu'il résulte des énonciations du jugement et du dossier transmis à la Cour de cassation que la procédure de consultation des parties n'a pas été respectée, la demande d'avis n'est pas recevable”.²

¹ 16 décembre 2002, pourvoi n° 02-00.007, Bull. crim. 2002, Avis, n° 1

² 14 janvier 2013, pourvoi n° 12-00.015, Bull. crim. 2013, avis, n° 1 (sommaire)

S'agissant des formalités de l'article 706-66, elle a considéré également :

“Lorsqu'une juridiction a pris une décision par laquelle elle sollicite l'avis de la Cour de cassation, la preuve doit être apportée de ce que la date de transmission du dossier au greffe de la Cour de cassation a été notifiée aux parties. A défaut, il n'y a pas lieu à avis.”³

Il ressort des pièces de la procédure que l'ensemble de ces formalités ont été remplies.

2.2- Recevabilité au regard des conditions de fond

Les conditions de fond sont posées par l'article 706-64 du code de procédure pénale, qui renvoie à l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire.

Article 706-64 : *“Les juridictions pénales, à l'exception des juridictions d'instruction et de la cour d'assises, peuvent solliciter l'avis de la Cour de cassation en application de l'article L. 151-1 [L. 441-1] du code de l'organisation judiciaire. Toutefois, aucune demande d'avis ne peut être présentée lorsque, dans l'affaire concernée, une personne est placée en détention provisoire, sous assignation à résidence avec surveillance électronique ou sous contrôle judiciaire.”*

Article L441-1 : *“Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation.”*

La question n'étant posée ni par une juridiction d'instruction ni par une cour d'assises, et aucune personne n'étant, dans l'affaire concernée, placée en détention provisoire, sous assignation à résidence avec surveillance électronique ou sous contrôle judiciaire, la demande d'avis ne se heurte à aucune des restrictions apportées par l'article 706-64 du code de procédure pénale.

L'article L.441-1 prévoit également que l'avis sollicité doit porter sur une question de droit (2.2.1) qui doit être nouvelle (2.2.2), présenter une difficulté sérieuse (2.2.3) et se poser dans de nombreux litiges (2.2.4). S'y ajoute une exigence d'origine prétorienne, à savoir que la question doit également commander l'issue du litige (2.2.5).

2.2.1- Une question de droit

La question ne doit pas être mélangée de fait et de droit⁴.

La Cour de cassation a ainsi jugé dans un arrêt du 10 octobre 2011:

“Est mélangé de fait et de droit et ne présente pas de difficulté sérieuse la question ainsi libellée : “La personne munie d'une procuration, telle que prévue au deuxième alinéa de l'article 544 du code de procédure pénale

- a-t'elle qualité pour représenter régulièrement devant la juridiction de proximité un contrevenant poursuivi pour une infraction punissable d'une seule peine d'amende ;

³ 31 mai 1999, pourvoi n° 99-20.009, Bull. 1999, Avis, n° 3 (sommaire)

⁴ Voir par exemple : 2 mai 1994, pourvoi n° 09-04.005, Bulletin 1994 AVIS N° 11

- lorsqu'elle se présente comme une personne physique - dépourvue de la qualité d'avocat - sans faire explicitement état de sa fonction de dirigeant d'une SAS ayant pour fonds de commerce "le conseil juridique" ;
- alors même que l'adresse sociale dudit fonds apparaît dans la demande écrite du prévenu aux fins d'obtention de la copie des pièces de procédure ;
- et ce, sachant qu'elle intervient comme mandataire dans près de cinq cents dossiers portant sur le contentieux des contraventions de stationnement actuellement en instance devant la juridiction de proximité de Paris"⁵.

La question ne doit pas impliquer un examen des circonstances de l'espèce.

La Cour de cassation a ainsi jugé dans un arrêt du 26 mai 2014 :

*"Ne relève pas de la procédure d'avis la question qui concerne les conditions dans lesquelles l'insertion, dans un article mis en ligne sur le réseau Internet, d'un lien hypertexte renvoyant à un texte déjà publié serait susceptible d'être regardée comme une nouvelle publication de celui-ci, de nature à faire courir à nouveau le délai de prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, dès lors qu'elle suppose un examen des circonstances de l'espèce, notamment de la nature du lien posé et de l'identité de l'auteur de l'article, comme de son intention de mettre à nouveau le document incriminé à la disposition des utilisateurs."*⁶

2.2.2- Une question nouvelle

La question n'est pas nouvelle lorsque la Cour de cassation a déjà statué sur le point de droit en cause à l'occasion d'un pourvoi⁷ ou d'une précédente demande d'avis⁸.

En l'occurrence, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur la question soulevée

2.2.3 - Une question présentant une difficulté sérieuse

Une difficulté est sérieuse lorsqu'elle peut donner lieu à des interprétations différentes d'égale pertinence⁹. Tel n'est pas le cas lorsque la réponse à la question s'impose¹⁰ ou procède d'une analyse simple des textes en cause, dont la combinaison ne pose aucune interrogation¹¹.

J. et L. Boré exposent ainsi : *"Pour paraphraser Laferrière, la question doit être "de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé". Il faut que la question posée*

⁵ 10 octobre 2011, pourvoi n° 11-00.005, Bull. crim. 2011, avis, n° 2

⁶ 26 mai 2014, pourvoi n° 14-70.004, Avis de la Cour de cassation, Bull. crim. 2014, n° 3

⁷ 23 avril 2007, pourvoi n° 07-00.008, Avis criminel 2007, n° 3

⁸ 6 octobre 2008, pourvoi n° 08-00.010, Bull. Avis, n° 3

⁹ F. Zenati, La saisine pour avis de la Cour de cassation, D1992, 247.

¹⁰ 4 mai 2010, pourvoi n° 10-00.001, Bull. crim. 2010, avis, n° 2 ; 7 février 2011, pourvoi n° 10-00.009, Bull. crim. 2011, avis, n° 1

¹¹ 26 septembre 2006, pourvoi n° 06-00.010, Bull. crim. 2006, n° 2

puisse raisonnablement donner lieu à des solutions divergentes de la part des juridictions du fond."¹²

2.2.4 - Une question susceptible de se poser dans de nombreux litiges

Cette condition semble être appréciée de manière extensive. La Cour de cassation se contente d'une question susceptible de se poser dans de nombreux litiges.

Il est cependant arrivé que la Cour de cassation rejette une demande d'avis, notamment, mais pas exclusivement, pour ce motif¹³.

Au cas de la présente demande, il est souligné que la question du point de départ du délai de probation se pose systématiquement en cas d'appel d'un jugement prononcé avec exécution provisoire, et de prononcé d'une autre peine assortie du sursis probatoire par la cour d'appel, la détermination de ce point de départ ayant des conséquences importantes, notamment en ce que le caractère non-avenue d'une peine d'emprisonnement assortie du sursis probatoire entraîne celui de toute la peine, en ce compris l'éventuelle partie ferme de celle-ci.

2.2.5 - Une question commandant l'issue du litige

La Cour de cassation considère que *"Les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent demander l'avis de la Cour de cassation sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse, et se posant dans de nombreux litiges à condition que la question posée commande l'issue du procès."*¹⁴

Il s'agit d'une condition qui ne figure pas expressément dans le texte. Comme l'indiquent J. et L. Boré *"la Cour de cassation n'est pas là en effet, pour répondre à des questions abstraites ou inopérantes"*.

Le juge de l'application des peines étant saisi de la prolongation ou de la révocation du sursis probatoire, la question, qui recouvre le point de savoir si la mesure est toujours en cours, commande l'issue du litige.

3- ÉLÉMENTS DE RÉPONSE AU FOND

3-1: Les textes:

Le délai de probation d'une peine d'emprisonnement assortie du sursis probatoire débute à compter du caractère exécutoire de la condamnation (art 132-41 CP), soit :

¹² J. et L. Boré, *op.cit.*, §05.13

¹³ 20 juin 1997, pourvoi n° 09-70.005 (question qui n'est ni nouvelle, ni sérieuse et qui ne se pose pas dans de nombreux litige) ; 2 mai 1994, pourvoi n° 09-04.005, Bulletin 1994 AVIS N° 11 (question mélangée de fait et de droit et qui n'est pas susceptible de se poser dans de nombreux litiges)

¹⁴ 23 avril 2007, pourvoi n° 07-00.008, Avis criminel 2007, n° 3

-10 jours après le jugement contradictoire ou 10 jours après la signification (quel qu'en soit le mode en cas de peine totalement assortie du sursis probatoire) d'un jugement rendu en l'absence de comparution du condamné ;

- 5 jours francs après l'arrêt d'appel contradictoire ou 5 jours après la signification (quel qu'en soit le mode) d'un arrêt d'appel rendu en l'absence de comparution du condamné. En cas d'appel ou de pourvoi en cassation, suivi d'un désistement, le délai de probation commence au jour du prononcé de la décision constatant ce désistement.

La juridiction de jugement peut ordonner l'exécution provisoire du sursis probatoire, même dans l'hypothèse d'une peine mixte. Dans ce cas, le délai de probation commence dès le prononcé de la décision. (Même article).

L'article 712-20 du code de procédure pénale dispose que la violation par le condamné des obligations auxquelles il est astreint, commise pendant la durée d'exécution d'une des mesures, y compris du sursis probatoire, mentionnées aux articles 712-6 et 712-7 peut donner lieu à la prolongation, à la révocation ou au retrait de la mesure après la date d'expiration de celle-ci lorsque le juge ou la juridiction de l'application des peines compétent a été saisi ou s'est saisi à cette fin au plus tard dans un délai d'un mois après cette date.

L'article 742 du même code prévoit que lorsque le condamné ne se soumet pas aux mesures de contrôle ou aux obligations particulières imposées en application de l'article 739, lorsqu'il a commis une infraction suivie d'une condamnation à l'occasion de laquelle la révocation du sursis n'a pas été prononcée, le juge de l'application des peines peut, d'office ou sur réquisitions du parquet, ordonner par jugement motivé la prolongation du délai de probation. Il peut aussi, dans les conditions prévues aux articles 132-49 à 132-51 du code pénal, révoquer en totalité ou en partie le sursis.

La décision est prise conformément aux dispositions de l'article 712-6.

Ces dispositions sont applicables même lorsque le délai de probation fixé par la juridiction a expiré, lorsque le motif de la prolongation du délai ou de la révocation s'est produit pendant le délai de probation.

Par ailleurs, **l'article 132-47 du code pénal** prévoit que si le juge de l'application des peines révoque le sursis probatoire alors que la condamnation n'avait pas encore acquis un caractère définitif, cette révocation devient caduque dans le cas où cette condamnation serait ultérieurement infirmée ou annulée.

Ces dernières dispositions peuvent sembler répondre à la deuxième question que nous pose le juge de l'application des peines. Toutefois, il s'agit encore, en l'absence de jurisprudence sur leur application, de déterminer ce que recouvre les termes « infirmée ou annulée ». La jurisprudence comme la doctrine n'offrent pas véritablement d'éléments de réponse en l'état des recherches du rapporteur. La révocation est-elle caduque si la décision du premier juge est seulement réformée sur la peine? Qu'en est-il si la cour d'appel prononce une peine de même nature, mais différente dans son quantum et ses obligations? S'agit-il toujours d'une « infirmation »?

3-2: éléments de réflexion:

La présente question interroge en effet tant le mécanisme de l'exécution provisoire que celui de l'effet de l'appel.

S'agissant de l'exécution provisoire, il peut être rappelé qu'en matière pénale, elle est prévue à l'article 471 du code de procédure pénale. Elle a pour effet de permettre l'exécution de la peine dès son prononcé, sans attendre l'écoulement des délais d'appel du prévenu et du ministère public (Crim., 8 juin 1999 pourvoi n°98-84.516) de même qu'elle neutralise l'effet suspensif de l'appel, lequel résulte de l'article 506 du code de procédure pénale. Elle opère ainsi jusqu'à ce qu'il soit statué sur l'éventuel recours, et en cas de pourvoi, jusqu'au prononcé de l'arrêt de rejet de la Cour de cassation. (Crim., 28 septembre 1993 pourvoi n° 92-85.473 publié)

La cour d'appel, dans les limites de l'acte d'appel qui la saisit, peut soit confirmer le jugement, soit l'infirmer en tout ou partie. Elle doit de nouveau statuer en fait et en droit, elle rejuge l'affaire et de ce fait le cas échéant, prononce une nouvelle peine, quand bien même elle serait de même nature que celle prononcée par les premiers juges.(article 561 du code de procédure pénale)

Dans le cas d'une peine d'emprisonnement ferme, les textes prévoient qu'en cas de mandat de dépôt ou de maintien en détention prononcé en première instance, la détention provisoire ainsi effectuée jusqu'à la décision de la cour d'appel s'imputera sur la nouvelle peine d'emprisonnement éventuellement prononcée par cette dernière.

Rien de tel n'est cependant prévu, en cas du prononcé de l'exécution provisoire d'une autre peine. (Aucun mécanisme ne permet d'ailleurs d'en solliciter la suspension, sauf lorsqu'elle assortit la décision prononcée sur l'action civile art 515-1 du code de procédure pénale).

Faut-il considérer, dans le cas présent du prononcé, par le tribunal puis par la cour d'appel, d'une peine d'emprisonnement avec sursis probatoire, que le délai de probation qui a couru depuis le prononcé de la peine assortie par le premier juge de l'exécution provisoire, doit être pris en compte, de sorte que le point de départ de ce délai se situerait au prononcé de la condamnation par le tribunal? Et que le délai déjà écoulé doit être soustrait de celui prononcé par la cour d'appel? Et ce, quand bien même les quantum prononcés seraient différents, de même que la proportion partie ferme/partie avec sursis?

Ceci reviendrait en quelque sorte à considérer que la peine de même nature prononcée par la juridiction du second degré en cas d'infirmité, même si elle est nouvelle, serait en quelque sorte la continuité de celle prononcée en première instance.

Notre chambre juge que lorsque l'exécution provisoire a été prononcée par les premiers juges, elle se poursuit, du fait de l'effet suspensif du pourvoi en cassation, jusqu'à la date du prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation.(Crim., 28 septembre 1993 pourvoi n° 92-85.473 précité). L'exécution de l'arrêt de la cour d'appel étant suspendue par le pourvoi, c'est celle du premier jugement assorti de l'exécution provisoire qui se poursuit.

Dans cette espèce, notre chambre a statué de la manière suivante:

« Attendu que, lorsqu'une condamnation assortie du sursis avec mise à l'épreuve est, en application de l'article 738 alinéa 1er du Code de procédure pénale, déclarée

exécutoire par provision, le délai d'épreuve court à compter du jour où cette condamnation est prononcée ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que, par jugement contradictoire du tribunal correctionnel du Puy au 15 juillet 1987, B.J. a été condamné à deux ans d'emprisonnement dont dix mois assortis du sursis avec mise à l'épreuve pendant 3 ans, avec obligation d'indemniser la victime ; que cette condamnation a été déclarée exécutoire par provision ;

Attendu que, saisie de l'appel de cette décision, la cour d'appel de Riom, par arrêt du 25 février 1988, a condamné le prévenu à deux ans d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve pendant 3 ans et a maintenu l'obligation de dédommager la partie civile sans ordonner l'exécution provisoire ; que le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 29 mars 1989 ;

Attendu que, J. ne s'étant pas acquitté de l'obligation particulière qui avait été mise à sa charge, le juge de l'application des peines a, par ordonnance du 4 mars 1992, saisi le tribunal correctionnel pour qu'il soit statué sur l'application de l'article 742 du Code de procédure pénale ; que, par jugement du 28 août 1992, le tribunal a ordonné l'exécution de la peine en totalité ;

Attendu que, pour écarter l'argumentation du condamné qui faisait valoir que le juge de l'application des peines avait statué après l'expiration du délai d'épreuve, la cour d'appel énonce que, si le tribunal correctionnel du Puy a, dans son jugement du 15 juillet 1987, assorti de l'exécution provisoire le sursis avec mise à l'épreuve, cette décision a été ensuite remplacée par celle de la cour d'appel, devenue définitive le 29 mars 1989 et ne comportant pas d'exécution provisoire ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que l'exécution provisoire de la mise à l'épreuve ordonnée par les premiers juges le 15 juillet 1987 s'était poursuivie, compte tenu de l'effet suspensif du pourvoi en cassation, jusqu'au 29 mars 1989 et que le délai d'épreuve se trouvait donc expiré depuis le 15 juillet 1990 lorsque le juge de l'application des peines a rendu son ordonnance, les juges ont méconnu le principe ci-dessus rappelé ; »

Dans cette espèce, la cour d'appel a prononcé une peine d'emprisonnement intégralement assortie du sursis avec mise à l'épreuve, là où le tribunal avait prononcé une peine mixte, mais a fixé le même délai de probation, à savoir 3 ans.

La chambre criminelle a ici considéré que le délai de probation était expiré à l'issue des trois ans à compter de la décision de première instance, et non que le délai de probation prononcé par la cour d'appel commençait à courir au jour où l'arrêt était définitif (au jour du rejet du pourvoi).

Ce n'est pas la position retenue par l'Ecole de la magistrature, au sein du mémento de l'application des peines:

« La juridiction de jugement peut ordonner l'exécution provisoire du sursis probatoire, même dans l'hypothèse d'une peine mixte. Dans ce cas, le délai de probation commence dès le prononcé de la décision, que le condamné soit présent à l'audience ou pas (Crim. 8 juin 1999, Bull. n° 126). Si en appel, la cour modifie la décision initiale, la nouvelle peine ainsi prononcée en appel verra ses délais décomptés suivant les

règles générales, selon la qualification de l'arrêt (contradictoire, contradictoire à signifier ou défaut). En effet, l'arrêt a pour conséquence de mettre à néant la décision de première instance et d'y substituer une nouvelle condamnation. »

Le mémento souligne ensuite:

« Plus délicate est la situation, lorsqu'en cas d'appel d'une condamnation à du sursis probatoire assorti de l'exécution provisoire, la juridiction d'appel confirme la décision initiale. En effet, le délai d'appel court alors à compter du prononcé du jugement de première instance, puisque la cour valide en tous points cette décision. Si l'examen en appel est tardif, il peut se produire que le sursis probatoire commencé quelques mois plus tôt s'achève rapidement. En cas de peine mixte (ferme-sursis probatoire), l'effet combiné de l'exécution provisoire et du non avènement du sursis probatoire (cf. infra) peut aboutir à ce que la partie ferme de la condamnation ne puisse plus être exécutée. »

La direction des affaires criminelles et des grâces a été plusieurs fois interrogée sur ces différents points dans sa foire aux questions, elle a répondu de la manière suivante:

-1/En cas de peine d'emprisonnement avec sursis probatoire prononcée en première instance avec exécution provisoire, intégralement confirmée par la cour d'appel:

Il est retenu que le délai d'épreuve commence à courir au jour du prononcé du jugement, du fait de l'exécution provisoire.

-2/En cas de peine d'emprisonnement avec sursis probatoire prononcée en première instance avec exécution provisoire, infirmée par la cour d'appel qui prononce également une peine d'emprisonnement assortie du sursis probatoire, mais dont elle a modifié le quantum , sans modifier toutefois la durée du délai d'épreuve:

Il est préconisé de retenir également comme point de départ de ce dernier délai, le jour du jugement de première instance.

Au soutien de ces réponses, est cité l'arrêt du 28 septembre 1993 n°92-85.473.

-3/En cas de peine d'emprisonnement avec sursis probatoire prononcée en première instance avec exécution provisoire, infirmée par la cour d'appel qui a statué après l'expiration du délai d'épreuve , et prononcé également une peine assortie du sursis avec mise à l'épreuve, dont elle a modifié les quanta de la partie ferme, de la partie assortie du sursis ainsi que la durée du délai d'épreuve:

Il est retenu que lorsque un jugement prononçant un sursis avec mise à l'épreuve (SME) assorti de l'exécution provisoire est l'objet d'un appel et que la cour d'appel maintient dans son arrêt le principe du SME, le point de départ du délai d'épreuve reste la date du jugement de première instance, aucune disposition légale ne prévoyant de faire repartir un nouveau délai à la suite de la décision rendue en appel.

Toutefois, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, la décision prononcée par la cour d'appel se substitue aux termes du jugement. Il s'ensuit que la condamnation prononcée ne sera réputée non-avenue aux termes de l'article 132-52 du code pénal que si le délai d'épreuve fixé par l'arrêt de condamnation a expiré et non celui fixé en première instance. Si la cour d'appel a modifié le délai d'épreuve, la condamnation ne sera réputée non-avenue et la partie ferme de l'emprisonnement ne pourra plus

recevoir exécution que si le délai d'épreuve fixé par l'arrêt a expiré et si le condamné n'a pas fait l'objet d'une décision ordonnant la révocation totale du sursis.

Quant au sort de la révocation du sursis probatoire intervenue avant que la cour d'appel ait statué, la DACG opère les distinctions suivantes :

« Cette possibilité pour le juge de l'application des peines de révoquer un sursis avec mise à l'épreuve assorti de l'exécution provisoire avant que cette décision ne soit définitive a été introduite par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. En effet, l'ancienne rédaction de l'article 132-47 du code pénal ne permettait pas la révocation du sursis avec mise à l'épreuve tant que la condamnation n'avait pas acquis un caractère définitif.

Cette modification textuelle a pour objectif de permettre à cette peine de produire tous ses effets dès son prononcé lorsqu'elle est assortie de l'exécution provisoire.

Pour autant, afin de ne pas priver la personne condamnée de son droit à bénéficier d'un double degré de juridiction, la loi du 9 mars 2004 a également prévu la caducité de la révocation en cas d'infirmité de la condamnation.

La jurisprudence et la doctrine ne précisent pas ce qu'il faut entendre par l'infirmité de la condamnation initiale de nature à engendrer la caducité du jugement de révocation et notamment si une infirmité partielle emporte cette caducité. Afin de tenir compte de la volonté du législateur, la caducité du jugement de révocation doit se concilier avec la volonté de ce dernier de donner force exécutoire aux condamnations assorties de l'exécution provisoire nonobstant l'appel en cours.

Dès lors, cette dernière ne doit s'appliquer que lorsque l'infirmité du jugement de condamnation a pour conséquence de priver d'effet la peine de sursis avec mise à l'épreuve initialement prononcée.

En fonction de la décision prise par la cour d'appel, les conséquences ne seront donc pas les mêmes.

Ainsi, si la cour d'appel prononce :

- le même quantum : dans cette hypothèse le jugement de révocation continuerait à s'exécuter.
- un quantum moindre : l'infirmité du jugement de condamnation ne prive pas pour autant d'effet la peine avec sursis probatoire, mais en module le quantum révocable, le limitant à celui prononcé in fine par la cour d'appel
- un quantum supérieur : la révocation ne portant plus sur la totalité de l'emprisonnement, le suivi du sursis avec mise à l'épreuve devrait reprendre à la libération du condamné et ce dernier pourrait être de nouveau révoqué à hauteur du reliquat
- pas de sursis probatoire : dans ce cas, l'infirmité du jugement priverait d'effet le sursis probatoire initialement prononcé, la révocation serait caduque et si le condamné était incarcéré à ce titre, cela entraînerait sa libération immédiate. »

La direction des affaires criminelles et des grâces retient ainsi, en cas d'arrêt « infirmatif », un critère qui consiste à évaluer si la décision prise par la cour d'appel a pour effet, ou non, de priver d'effet la peine de sursis probatoire initialement prononcée.

Un tel raisonnement permet ainsi « d'imputer » en quelque sorte, le délai de probation exécutée entre le jugement et l'arrêt d'appel, sur celui prononcé par ce dernier, et d'éviter que le condamné « n'exécute deux fois » sa probation. Si le délai de probation dans cette économie, commence bien le jour du jugement assorti de l'exécution provisoire, en revanche ce sont les quanta (durée de la peine d'emprisonnement, partie ferme/partie assortie du sursis probatoire, durée du délai de probation) prononcés par la cour d'appel qui s'appliqueront.

Et dès lors que la peine prononcée par la cour d'appel, consistant également en un sursis probatoire, « ne prive pas d'effet » celle prononcée en première instance avec exécution provisoire, alors il y a lieu de considérer que la révocation intervenue avant le prononcé de l'arrêt, n'est pas caduque et doit être mise à exécution, dans la limite des quanta prononcés par la cour d'appel. Ceci revient à considérer que l'arrêt qui a ainsi statué en modifiant la peine de sursis probatoire tout en conservant sa nature, ne l'a pas « infirmée » au sens de l'article 132-47 du code pénal.

Ce dernier point peut interroger, dans la mesure où serait ainsi permise, la mise à exécution de la révocation d'une peine qui n'existe plus, l'arrêt de la cour d'appel se substituant en principe, au jugement de première instance.

La chambre criminelle appréciera.