



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MÉMOIRES

Master de Droit pénal et Sciences pénales
Dirigé par M. le Professeur Yves Mayaud
2011

Alternatives aux poursuites
et Droit au juge

Romain LAURENT

Sous la direction de M. le Professeur Yves Mayaud

**UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS
PARIS II**

**MASTER II RECHERCHE
DROIT PÉNAL ET SCIENCES PÉNALES**

Année universitaire 2010-2011

**ALTERNATIVES AUX
POURSUITES
ET
DROIT AU JUGE**

Mémoire de recherche réalisé sous la direction de
Monsieur le Professeur Yves MAYAUD

Romain LAURENT

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Yves MAYAUD pour son soutien, sa disponibilité et ses précieux conseils tout au long de l'élaboration de ce mémoire.

TABLE DES ABRÉVIATIONS

<i>Adde</i>	Ajouter
aff.	Affaire
<i>AJ</i>	<i>Pénal Actualité juridique Pénal</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique Droit administratif</i>
al.	Alinéa
art.	Article
AP	Cour de cassation, Assemblée plénière
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle</i>
<i>Bull. inf. C. cass.</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
C. pén. ou CP	Code pénal
C. pr. pén. ou CPP	Code de procédure pénale
C. route	Code de la route
C. trav.	Code du travail
<i>c/</i>	Contre
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Ch. réunies	Cour de cassation, chambres réunies
chr. crim.	Chronique de droit criminel (<i>Gazette du palais</i>)
chron.	Chronique
circ.	Circulaire
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
C.	Code
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
comp.	Comparez
concl.	Conclusions
conf.	Conforme
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>contra</i>	Solution contraire
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
<i>D. (Aff.)</i>	<i>Recueil Dalloz, cahier Droit des affaires</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>DA</i>	<i>Recueil analytique Dalloz</i>
<i>DC</i>	<i>Recueil critique Dalloz</i>
<i>DH</i>	<i>Recueil hebdomadaire Dalloz</i>
<i>DP</i>	<i>Recueil périodique Dalloz</i>
DC	Décisions du Conseil constitutionnel concernant la conformité à la Constitution (art. 54 et 61 de la Constitution)

décr.	Décret
doctr.	Doctrine
<i>Dr. pénal</i>	<i>Droit pénal</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	Au même endroit
Ifop	Institut Français d'Opinion Publique et d'études de marché
<i>infra</i>	Ci-dessous
IR	Informations rapides du recueil Dalloz
<i>JCP</i>	<i>Juris-classeur périodique</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
L.	Loi
L. const.	Loi constitutionnelle
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPF	Livre des procédures fiscales
mod.	Modifié
n°	Numéro
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
nouv.	Nouveau
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	Ouvrage cité
ord.	Ordonnance
p.	Page
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
préc.	Précité
rapp.	Rapport
rappr.	Rapprocher
<i>RCDIP</i>	<i>Revue critique de droit international public</i>
<i>RD publ.</i>	<i>Revue de droit public</i>
<i>Rec.</i>	<i>CE Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'État</i>
rect.	Rectificatif
<i>Rép. pén.</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale</i>
<i>Rev. pénit.</i>	<i>Revue pénitentiaire</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
et s.	Et suivant(e)s
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
somm.	Sommaires
ss	Sous
<i>supra</i>	Ci-dessous
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
v.	Voir

SOMMAIRE

PARTIE 1 : L'ÉVICTION INJUSTIFIÉE DU JUGE	18
CHAPITRE 1 : L'ÉVICTION PAR LE PRINCIPE DE NÉGOCIATION.....	18
<i>Section 1 / La dénaturation du procès pénal.....</i>	<i>19</i>
<i>Section 2 / L'érosion du droit au juge</i>	<i>38</i>
CHAPITRE 2 : L'ÉVICTION PAR LES PRINCIPES DE LA NÉGOCIATION	56
<i>Section 1 / Une négociation imposée.....</i>	<i>57</i>
<i>Section 2 / Une négociation déséquilibrée</i>	<i>67</i>
PARTIE 2 : L'ILLUSION RECHERCHÉE DU JUGE.....	77
CHAPITRE 1 : LA PRÉSENCE D'UN JUGE FANTÔME	77
<i>Section 1 / L'assimilation désuète du ministère public au juge</i>	<i>77</i>
<i>Section 2 / L'assimilation dangereuse d'autorités de substitution au juge.....</i>	<i>91</i>
CHAPITRE 2 : LE RETOUR D'UN JUGE ROBOT	100
<i>Section 1 / Le retour chimérique d'un juge-contrôleur.....</i>	<i>100</i>
<i>Section 2 / Le retour préjugé d'un juge-acteur.....</i>	<i>109</i>

« *Un jugement trop prompt est souvent sans justice* ».

Voltaire,

Rome sauvée, ou Catilina (1752), Acte IV, Scène 4

INTRODUCTION

« *Si un homme est juste, s'il agit selon l'équité et la justice ; (...) s'il détourne sa main de l'iniquité et s'il rend un jugement équitable entre deux hommes qui plaident ensemble (...) celui-là est juste (...)* »¹. Bien que l'on prenne souvent le droit à un procès équitable pour récent et acquis de haute lutte, il est aussi ancien que la justice elle-même, en démontre cette citation tirée de la Bible. Le droit à un procès équitable tel que consacré aujourd'hui par les divers instruments nationaux comme internationaux n'a certes plus rien à voir avec celui consacré dans la Bible mais la philosophie reste la même : garantir un procès équilibré entre toutes les parties².

LE DROIT AU JUGE. — Parmi les premières garanties d'un procès équitable figure aujourd'hui le « *droit au juge* » et ses variantes : « *droit d'accès au juge* », « *droit au recours* », « *droit d'exercer un recours* », « *droit d'agir en justice* », « *droit à un tribunal* », « *droit d'accès à un tribunal* », ... Ce « *droit au juge* » peut être défini comme la prérogative reconnue par la loi à une personne impliquée dans une situation de fait de voir son cas apprécié par un juge, organe indépendant. Pour le pénaliste, le droit au juge est la prérogative reconnue par la loi à l'auteur présumé d'une infraction ou à la victime prétendue d'une infraction de voir sa situation examinée par un juge de l'ordre répressif³.

La progression du droit au juge, symbole du recul du déni de justice, résulte d'une affirmation lente mais certaine, tandis que le contenu de ce droit est aujourd'hui de mieux en mieux défini et de plus en plus complet.

L'expression en elle-même de « *droit au juge* » est formellement utilisée, en droit français, par les conclusions du Commissaire du Gouvernement Henry dans un arrêt *Salan* de 1962⁴. On la retrouve en jurisprudence communautaire sous la plume de l'avocat général Darmon dans les conclusions sous l'affaire *Johnston*⁵. Mais le principe même du droit au juge ou du droit d'accès au juge est bien plus ancien. Déjà l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 2 août 1789 qui fait partie du bloc de constitutionnalité esquissait ce droit en énonçant que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation*

¹ *Ezéchiel*, 18, 5 et 8-9. v. aussi *Lévétique*, 19, 15.

² **S. Guinchard**, *Procès équitable*, Rép. pr. civ. Dalloz, Janvier 2006.

³ v. notamment : **J. Pradel**, *Le droit au juge dans la procédure pénale française*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque de Nice des 24 et 25 avril 1997, J. Rideau (dir.) Paris, LGDJ, 1998, p. 23.

⁴ Concl. ss. CE, 11 mai 1962, *Salan* : « *Tout individu, en face de l'arbitraire toujours possible du pouvoir, a droit à un juge* ».

⁵ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*.

des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948¹, le Pacte des Droits civils et politiques de 1966² évoquaient également ce droit.

« *Droit-moyen* » considéré jusqu'alors comme secondaire, c'est véritablement l'importance croissante attachée aux droits de l'homme dans l'État de droit qui a placé au premier plan le droit au juge, celui-ci apparaissant alors comme une condition de l'effectivité des règles juridiques et le « *fer de lance du droit au droit* »³.

A ce titre, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ratifiée le 3 mai 1974, d'applicabilité directe en droit interne et dont la valeur est supralégislative, consacre le droit au juge comme la première garantie d'un procès équitable. Son article 6 § 1 dispose ainsi que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...), par un tribunal (...) établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». Le droit au juge constitue, selon des auteurs, « *la garantie de la garantie des droits* »⁴. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme le confirme dans son célèbre arrêt *Golder contre Royaume-Uni* du 21 février 1975⁵ qui précise qu'on ne comprendrait pas que l'article 6§1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Elle observe ainsi que « *équité, célérité, publicité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès* ». Ultérieurement, la Cour sera amenée à préciser les contours de ce droit qui garantit « *un contrôle efficace de toute ingérence étatique dans les droits des individus* »⁶. Elle précisera que si ce droit, qui n'est pas absolu, « *peut donner lieu à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* »⁷. Il faut en outre que le but poursuivi par la restriction soit « *légitime* » et qu'il « *existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »⁸.

¹ L'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme dispose ainsi que « *Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi* ».

² L'article 14, § 1, 2e phrase du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 dispose ainsi que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal...* ».

³ **J.-M. Varrault**, *Le droit au droit*, Paris, PUF, coll. Libre échange, 1986 cité par **J. Rideau**, *Le droit au juge : conquête et instrument de l'État de droit*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, préc. p. 3.

⁴ **S. Guinchard**, *Procès équitable*, op. cit., n°8

⁵ CEDH, 21 février 1975, *Golder c. RU*

⁶ CEDH, 6 septembre 1978, *Klass c. RFA*.

⁷ v. notamment : CEDH, 14 décembre 1999, *Khalfaoui c. France* ; CEDH, *Golder c. RU*, préc. ; CEDH, 27 août 1991, *Philis c. Grèce*.

⁸ CEDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*.

« *Élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6-1 de la Convention* »¹, le droit d'accès au juge est également consacré par le droit interne. Il figure au rang des principes fondamentaux reconnus par les juridictions françaises. Le Conseil constitutionnel a ainsi consacré « *le droit d'exercer un recours effectif devant une juridiction* »². Le juge judiciaire, quant à lui, s'est attaché à lui donner une portée très large. Ainsi, par un arrêt rendu en Assemblée plénière le 30 juin 1995³, la Haute juridiction a-t-elle consacré le droit d'accès au juge, quelle que soit la valeur de la prétention. Proclamé par les juridictions nationales, le droit au juge a une portée générale et croissante. Dans l'ordre judiciaire, ce principe s'est traduit d'une part, par une extension du droit à un tribunal dans des domaines qui échappaient encore jusqu'à récemment à tout recours juridictionnel⁴ et à l'extension du « *droit au juge* » au juge de cassation⁵ et, d'autre part, par un assouplissement des formalités ainsi que par la mise en place de garanties accrues d'accès à un juge, notamment par le biais d'aides financières à l'accès au juge.

En même temps que le droit au juge progressait dans notre droit ont néanmoins émergé des procédures qui, sous couvert d'une recherche d'efficacité judiciaire ont fait du juge un « *objet de luxe* », une « *espèce en voie de disparition* » si bien que se pose la question de la conciliation de ce droit avec certaines de ces procédures au premier rang desquelles on trouve les procédures dites « *alternatives aux poursuites* ».

ALTERNATIVES AUX POURSUITES. — Dans un premier temps, il convient de s'attacher à la définition de ces « *alternatives aux poursuites* ». Une « *alternative* » est définie, selon le Dictionnaire, comme la « *situation dans laquelle on ne peut choisir qu'entre deux solutions possibles* »⁶ ou encore comme « *le droit d'opter entre deux solutions d'un problème* » et enfin comme la « *permission ou obligation, le plus souvent inéluctable, de choisir entre deux propositions, deux situations, deux décisions* »⁷. Ce qui ressort de ces définitions est donc l'idée de choix mis à la disposition de celui qui se trouve face à une « *alternative* ». Dès lors, une « *alternative à* » quelque chose consiste à avoir le choix entre d'une part cette chose et, d'autre part, une autre chose. Mais le travail serait incomplet si on ne définissait pas, à son tour, la notion de poursuite. La tâche se révèle ici plus aisée : une poursuite peut se définir comme « *l'ensemble des actes accomplis en vue de saisir les juridictions compétentes et d'obtenir par une décision de*

¹ CEDH, *Golder c. RU*, préc.

² v. notamment : Cons. const, 13 août 1993, n°93-325 ; 21 janvier 1994, n°93-335 ; 9 avril 1996, n° 96-373 ; 23 juillet 1996, n°96-378 DC.

³ Cass. Ass. plén., 30 juin 1995, Pourvoi n°94-20302, *Bull. Ass. plén.*, n°4.

⁴ v. notamment **D. Karsenty**, *Le droit au procès équitable*, Rapport Cour de cassation, 2001 qui évoque la procédure d'extradition ou l'accès de la partie civile au juge d'instruction.

⁵ Cf. notamment la situation de l'accusé en fuite qui peut désormais introduire un pourvoi recevable ou former un appel (Crim, 30 juin 1999, arrêt *Rebboah* et 24 novembre 1999, arrêt *Zutter*).

⁶ *Dictionnaire Hachette encyclopédique*, 1997, p.60.

⁷ Définition du TLF (Trésor de la Langue Française Informatisé), <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

justice, la condamnation d'un coupable »¹, autrement dit, la poursuite n'est autre que la saisine d'une juridiction de jugement, d'un juge pour obtenir une décision ou encore le renvoi d'une personne devant une juridiction pour que celle-ci soit jugée après la commission d'une infraction. Ainsi, une « *alternative aux poursuites* » consiste dans le choix offert de ne pas saisir une juridiction de jugement², de ne pas renvoyer l'auteur d'une infraction devant un juge mais d'y préférer une autre réponse. Ce travail de définition nous pousse alors à examiner quelle peut être cette « *autre réponse* » qui est préférée à la poursuite.

Le début de la « *traque* » pour reprendre l'expression de M. Conte³, se situe à l'article 40-1 du Code de procédure pénale qui traite des attributions du procureur de la République. Cet article dispose que « *lorsqu'il estime que les faits qui ont été portés à sa connaissance en application des dispositions de l'article 40 constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun : soit d'engager des poursuites, soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2, soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient* ». A la lecture de cet article, une première réponse peut donc être apportée : une « *alternative aux poursuites* » consiste à ne pas saisir une juridiction de jugement à la suite de la commission d'une infraction mais toutefois de ne pas laisser impuni son auteur (classement sans suite) et donc de répondre à cette infraction par une des « *procédures alternatives aux poursuites* » qui sont développées aux articles 41-1 et 41-2 du CPP.

Pour poursuivre notre « *traque* », il convient alors de se diriger vers les procédures visées aux articles 41-1 et 41-2 du CPP dont il nous a été précisé que, l'une comme l'autre étaient des procédures alternatives aux poursuites et qu'elles réalisaient une « *troisième voie* » entre le classement sans suite et la poursuite. D'emblée, une première difficulté se présente : la procédure de l'article 41-1 est innommée. La procédure alternative aux poursuites de l'article 41-1 est en réalité constituée de plusieurs procédures : le rappel à la loi, le classement sous condition et la médiation pénale. L'article 41-2 quant à lui évoque la procédure de composition pénale. Une alternative aux poursuites est donc une procédure qui, sans saisir une juridiction de jugement, répond à la commission d'une infraction par un rappel à la loi, un classement sous condition ou une médiation pénale (article 41-1) ou encore par une composition pénale (article 41-2).

¹ Définition du TLFi (Trésor de la Langue Française Informatisé), <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>.

² Il convient d'ailleurs de noter que l'avant projet de Code de procédure pénale, dans sa version du 1^{er} mars 2010 substitut à l'appellation « *alternatives aux poursuites* », celle d' « *alternatives à la saisine de la juridiction de jugement* ».

³ P. Conte, *La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » : de l'action publique à l'action à fin publique ?* in Mélanges en l'honneur de R. Gassin, PUAM, 2007, p. 189 et s.

RAPPEL A LA LOI, CLASSEMENT SOUS CONDITION ET MÉDIATION PÉNALE.

— Ces procédures trouvent leur source dans les pratiques de certains parquets français. Le procureur de la République, face à une infraction qualifiée contraventionnelle ou correctionnelle (l'instruction étant obligatoire pour les crimes), n'avait guère le choix jusque 1993, qu'entre le classement sans suite et la poursuite devant la juridiction répressive, l'injonction thérapeutique prévue à l'article L. 628-1 du Code de la santé publique et la transaction ne visant que certaines hypothèses très particulières. Le procureur agissait dans le cadre de l'article 40 du Code de procédure pénale relatif à l'opportunité des poursuites. Cette liberté lui a en fait permis de développer un certain nombre de pratiques, profitant de cette carence législative et de dépasser cette alternative entre le classement sans suite et la poursuite. La « *troisième voie* » s'est alors développée à partir des années 1970 sous l'impulsion, en grande partie, de parquetiers imaginatifs¹ : classement sous condition, médiation pénale, orientation vers des structures sanitaire, sociale ou professionnelle. Le ministère de la Justice², puis le législateur³ ont consacré certaines de ces pratiques dans l'article 41-1 du CPP dont il nous faut ici reproduire les termes. Au titre de cet article, il est indiqué que « *S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République* », procéder à diverses mesures que constituent, d'une part, le rappel à la loi, d'autre part le classement sous condition et enfin la médiation pénale.

Le rappel à la loi encore appelé « *avertissement* » est la première des procédures offertes au Ministère public pour répondre à la commission d'une infraction sans saisir la juridiction de jugement. Elle consiste, pour le Ministère public, à procéder, comme son nom l'indique, au rappel auprès de l'auteur des faits des obligations résultant de la loi. Par cette mesure, l'auteur de l'infraction peut échapper à des poursuites judiciaires, le procureur de la République lui signifiant simplement son tort au regard de la loi. Le rappel à la loi n'est pas mentionné dans le casier judiciaire dans la mesure où il ne s'agit pas d'une condamnation. Cette première mesure alternative aux poursuites judiciaires est généralement choisie par le procureur lorsque les faits ne sont pas graves et lorsqu'il n'y a pas de victime.

¹ G. Apap, *La conciliation pénale à Valence*, Rev. sc. crim., 1990, p.633 et s.

² Circulaire du 2 octobre 1992 (NOR-JUS D.92-300022 C) et Notes d'orientation (pub.oct.1992).

³ Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, J.C.P. 1993, III, 65 891, qui consacre la médiation pénale.

La seconde possibilité qui s'offre au Ministère public pour répondre à la commission d'une infraction sans poursuivre réside dans un classement sous condition. Ce classement sous condition consiste, pour le Ministère public, à classer sans suite une infraction à la condition que la personne exécute une obligation qu'il choisit parmi celles visées à l'article et notamment l'orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, l'accomplissement d'un stage ou d'une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel (stage de citoyenneté, stage de responsabilité parentale, un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants, stage de sensibilisation à la sécurité routière, ...). Le Ministère public peut également demander à l'auteur des faits de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements ou encore lui demander de réparer le dommage résultant de l'infraction. Enfin, en cas d'infraction commise une personne contre son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, ou encore contre ses enfants, le Ministère public peut demander à l'auteur des faits de résider hors du domicile ou de la résidence du couple et, le cas échéant, de s'abstenir de paraître dans ce domicile ainsi que, si nécessaire, de faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique. On le voit, le Ministère public dispose véritablement d'une « palette » de mesures qu'il peut adapter à l'auteur des faits et à la situation.

La dernière possibilité offerte au Ministère public au titre de l'article 41-1 du CPP est sans doute la procédure la plus connue, elle consiste en une médiation entre la victime et l'auteur des faits. L'article 41-1 5° du CCP dispose ainsi que le Ministère public peut « *faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime. En cas de réussite de la médiation, le procureur de la République ou le médiateur du procureur de la République en dresse procès-verbal, qui est signé par lui-même et par les parties, et dont une copie leur est remise ; si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime, celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile. La victime est présumée ne pas consentir à la médiation pénale lorsqu'elle a saisi le juge aux affaires familiales en application de l'article 515-9 du code civil en raison de violences commises par son conjoint, son concubin ou le partenaire avec lequel elle est liée par un pacte civil de solidarité* ». Cette procédure de médiation s'est développée au cours des années quatre-vingt afin de limiter le nombre de classements sans suite. La diversité des pratiques était grande, tant au niveau des intervenants (statut du médiateur, droits et obligations) qu'au niveau du déroulement de la procédure. L'intervention du législateur devenait souhaitable, d'autant que le Conseil de l'Europe recommandait en 1989 « *le développement des procédures de*

déjudiciarisation et de médiation »¹. Ainsi, l'article 6 de la loi du 4 janvier 1993 prévoit-il la possibilité de recourir à la médiation pénale.

Rappel à la loi, classement sous condition, médiation pénale ont ainsi été, pendant près de cinq ans les instruments privilégiés du Ministère public lorsque celui-ci se dirigeait vers les alternatives aux poursuites. Toutefois, un constat a pu être rapidement réalisé, celui d'une insuffisance des dispositifs existants, ceux-ci étant réservés à des contentieux légers et/ou à un contexte particulier. Dès lors, le Gouvernement a eu la volonté de compléter le dispositif existant. C'est dans cette optique qu'est née, en 1999, la procédure de composition pénale telle que consacrée par l'article 41-2 du CPP.

COMPOSITION PÉNALE. — En 1998, le gouvernement a eu la volonté de compléter le dispositif existant en reprenant le principe d'un mécanisme imaginé en 1994-1995, mais censuré par le Conseil Constitutionnel, l'injonction pénale. L'injonction aurait permis au procureur d'enjoindre à une personne reconnaissant avoir commis une infraction d'effectuer une ou plusieurs sanctions dont l'exécution entraînait l'extinction de l'action publique. Le texte fut rejeté le 2 février 1995 par le Conseil Constitutionnel qui a considéré qu'il n'était pas conforme à la Constitution parce que l'injonction risquait de porter atteinte à la liberté individuelle : les mesures susceptibles d'être enjointes par le procureur s'apparentaient à des peines, si bien qu'elles requerraient la décision d'une autorité de jugement, et la procédure n'offrait pas suffisamment de garanties². L'idée avait été abandonnée mais a finalement ressurgi en 1998, en tenant compte de la censure constitutionnelle, notamment en faisant intervenir un magistrat du siège, et la nouvelle procédure a alors été adoptée sans trop de difficultés par rapport à 1995. Il convient ainsi de noter que, contrairement aux alternatives consacrées par la même loi du 23 juin 1999, la composition pénale n'est pas née de pratiques prétorienne, plus précisément parquetières, mais constitue une innovation législative. L'objectif était, selon les termes mêmes du Garde des Sceaux, Mme GUIGOU, d'étendre la palette des moyens offerts au procureur et d'offrir un nouvel instrument lorsque ceux existants et consacrés en 1999 se révélaient insuffisants. Deux nouveaux articles ont ainsi été insérés dans le Code de procédure pénale : l'article 41-2 et l'article 41-3 relatifs, respectivement à la composition pénale en matière de délits et à la composition pénale en matière de contraventions.

La procédure de composition permet au procureur (directement ou par un intermédiaire) de proposer à une personne ayant reconnu avoir commis une infraction, délit ou contravention figurant sur une liste limitative prévue par les textes de réaliser une ou plusieurs mesures

¹ Recommandation R(87)20 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

² Décision n°95-360 DC, *J.O.* 7 février 1995, p.2097 ; D. 1997, som.com. 130, obs. Th. Renoux.

semblables aux peines du Code pénal à l'exception de l'emprisonnement. Parmi ces mesures, on trouve le versement d'une amende de composition pénale dont le montant maximum ne peut excéder celui de l'amende encourue, la proposition d'effectuer un travail non rémunéré au profit de la collectivité, un stage ou une formation dans un organisme sanitaire, social ou professionnel, un stage de citoyenneté, le dessaisissement au profit de l'État de la chose ayant servi ou destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit, la remise au greffe du tribunal de grande instance du permis de chasser ou du permis de conduire, ... Dans tous les cas, si la victime est identifiée, le procureur de la République doit proposer à l'auteur des faits de réparer les dommages causés par l'infraction. Si la personne accepte, la proposition est alors soumise à un magistrat du siège qui valide ou non l'accord entre le parquet et l'infracteur. Cette validation autorise la mise à exécution de la mesure qui est subordonnée au bon vouloir de l'auteur des faits, mais qui produit un effet non négligeable pour celui-ci, à savoir l'extinction de l'action publique.

Il a fallu deux ans pour que la composition pénale soit mise en œuvre puisque les textes d'application ne sont intervenus qu'en janvier et juillet 2001¹. La procédure a toutefois fait l'objet de plusieurs modifications qui, toutes, ont eu pour ambition affichée d'étendre à chaque fois encore un peu plus la procédure. En effet, si, à l'origine, les délits pouvant être traités par la composition pénale étaient strictement limités et énumérés à l'article 41-2 du Code de procédure pénale², les lois successives n'ont fait qu'accroître le champ d'application de la composition pénale. Les lois de 2001³ et de 2002⁴ ont d'abord étendu la composition pénale à de nombreux autres délits et ont assouplies les conditions de mise en œuvre de la composition pénale (notamment la loi de 2002) mais c'est surtout la loi du 9 mars 2004, dite loi Perben II⁵, qui est venue considérablement étendre le champ d'application de la composition pénale, la rendant applicable à tous les délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans.

AUTRES ALTERNATIVES AUX POURSUITES. — Au terme de cette « *traque* », on peut donc dire que les alternatives aux poursuites sont le classement sous condition, le rappel à la loi, la médiation pénale et la composition pénale qui permettent au Ministère public de répondre à la commission d'une infraction sans engager de poursuite. Mais si l'on s'arrêtait aux alternatives

¹ Décret d'application n°2001-71 du 29 janvier 2001 modifiant le Code de Procédure pénale et relatif aux délégués et aux médiateurs du procureur de la République et à la composition pénale (*J.O.* 30 janvier 2001, p.1595) et Circulaire (CRIM 2001-F14) du 11 juillet 2001, « *Présentation des dispositions concernant la composition pénale issues de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 29 janvier 2001* », B.O.M.J. 2001, n°83, p. 61 et s.

² Les délits prévus par les articles 222-11, 222-13 (1° à 11°), 222-16, 222-17, 222-18 (premier alinéa), 227-3 à 227-7, 227-9 à 227-11, 311-3, 313-5, 314-5, 314-6, 321-1, 322-1, 322-2, 322-12 à 322-14, 433-5 à 433-7 et 521-1 du code pénal, par les articles 28 et 32 (2°) du décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, par l'article L. 1er du code de la route et par l'article L. 628 du code de la santé publique.

³ Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001, *J.O.* 16 nov., p. 18 215.

⁴ Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002, *J.O.* 10 sept., p.14 394.

⁵ Loi 2004-204 du 9 mars 2004, *J.O.* 10 mars, p. 4 567.

aux poursuites dont dispose le Ministère public, nous n'aurions qu'une vision imparfaite de la réalité. En effet, le Ministère public n'est pas l'unique autorité qui dispose du pouvoir de sanctionner des comportements sans passer devant un juge. Si l'on définit en effet les alternatives aux poursuites comme des moyens de répondre à une infraction sans pour autant saisir une juridiction de jugement ou un juge, d'autres « *alternatives aux poursuites* » que celles dont disposent le Ministère public au titre des articles 41-1 et 41-2 du CPP existent, à l'instar de la transaction que l'administration peut mettre en place à l'encontre de contrevenants dans certains domaines ou de la procédure de l'amende forfaitaire qui, sans passer par un juge, sont des procédures qui permettent de répondre à des infractions. D'autres autorités sont ainsi susceptibles d'intervenir dans la mise en œuvre des alternatives aux poursuites et notamment l'Administration au sens strict du terme ou encore les autorités administratives indépendantes.

On le voit, le champ d'étude est alors considérablement élargi par toutes ces procédures parajuridictionnelles. Sans pour autant délaisser ces autres mesures alternatives aux poursuites qui peuvent être regroupées sous le terme de « *transaction* », il convient de s'attacher davantage aux procédures mises à la disposition du Ministère public au titre des articles 41-1 et suivants du Code de procédure pénale dans la mesure où elles constituent le « *gros* » des alternatives aux poursuites.

PROBLÉMATIQUE. — Les alternatives aux poursuites sont donc multiples et ne se réduisent pas à celles qui sont à la disposition du Ministère public. Elles consistent à répondre à la commission d'une infraction sans saisir une autorité de jugement, sans passer par un juge. Dès lors, ayant dit cela, une contradiction se fait jour quant au droit au juge : « *Alternatives aux poursuites* » et « *Droit au juge* » sont deux notions qui, inévitablement, s'excluent : la première ayant pour but d'évincer le juge lorsque la seconde entend protéger cet accès au juge. N'y-a-t'il pas une contradiction entre le développement de ces alternatives aux poursuites et la montée en puissance du droit au juge ?

Rares – pour ne pas dire inexistantes – sont pourtant les auteurs ou les praticiens à s'être interrogés sur cette contradiction, une sorte d'omerta, de loi du silence régnant dans ce domaine dans la mesure où le mécanisme des alternatives aux poursuites fonctionne. Il permet, si ce n'est de désengorger les tribunaux, au moins de réduire considérablement la charge de travail des magistrats. Dès lors, pourquoi venir « *jeter un pavé dans la mare* », pourquoi venir semer le trouble ? Là est toute la subtilité du législateur qui a su faire des alternatives aux poursuites un mode prisé de résolution des « *petites affaires* » pénales ne soulevant que peu de contestations. Néanmoins, au-delà de l'efficacité du système, il convient de s'attacher au respect, par celui-ci des droits fondamentaux. En effet, si l'on s'en tenait à des mécanismes qui fonctionnent, en

faisant fi des principes, point n'est besoin de souligner que nous en serions encore à la peine de mort : quoi de mieux en effet pour éviter la récidive ? Mais ce sont des principes qui ont ici fait pencher la balance, des principes fondamentalement humanistes. Dès lors, dans une moindre mesure, même si les alternatives aux poursuites fonctionnent, elles doivent s'inscrire dans une démarche respectueuse des droits de l'homme, droits de l'homme parmi lesquels figure le droit à un procès équitable dans lequel le droit au juge figure, si ce n'est en première place, du moins en bonne place.

Force est de constater que les alternatives aux poursuites ne respectent pas le droit au juge puisque justement elles évitent le juge. Alors une interrogation peut légitimement se faire jour : comment expliquer qu'un pan entier – et sans aucun doute le plus important quantitativement – de la justice pénale en France échappe au juge ? C'est alors une question de justification. Certes, les alternatives aux poursuites évincent le juge mais comment ? Par quel mystère le procédé est-il viable ? Autrement dit, comment les alternatives aux poursuites, qui visent à l'éviction du juge pénal dans le prononcé de la sanction pénale, peuvent-elles être conformes à l'exigence constitutionnelle et européenne d'accès au juge ?

PLAN. — Nous l'avons dit, le droit au juge n'est pas, selon la Cour européenne, un droit absolu, il peut faire l'objet d'aménagements, de restrictions à certaines conditions. Dès lors, une éviction du juge est possible sans pour autant entraîner les foudres des autorités chargées du respect du droit au juge. Il convient donc de voir si, dans le cas des alternatives aux poursuites, l'éviction du juge est justifiée.

Dans les alternatives aux poursuites, l'éviction du juge est réalisée par un procédé bien connu d'autres branches du droit : la négociation. Une négociation entre les parties sur la culpabilité et sur la sanction permet d'évincer le juge. Mais à y regarder de plus près, la négociation semble critiquable, tant dans son principe que dans ses conditions et elle apparaît insuffisante à faire plier cette exigence constitutionnelle et européenne d'accès au juge si bien que l'éviction du juge paraît injustifiée (PARTIE 1). Aussi, le législateur, aidé en cela du Conseil constitutionnel, a cru bon de renforcer le mécanisme de la négociation par un second mécanisme, celui de l'illusion (PARTIE 2). Si la négociation ne peut à elle seule faire échec au droit au juge, l'illusion achève le travail en faisant intervenir des autorités, des organes qui ont l'apparence d'un juge sans en présenter, soit les garanties, soit les prérogatives associées à la fonction. C'est sans doute cette illusion du juge qui permet une éviction complète du juge sans entraîner de contestations et de remise en question des alternatives aux poursuites.

PARTIE 1 :

L'ÉVICTION INJUSTIFIÉE DU JUGE

Toutes les alternatives aux poursuites, au sens large du terme, évincent le juge pénal par le même mécanisme, celui de la négociation. Un accord entre les parties permet ainsi de faire l'économie du juge. La négociation aurait donc ce pouvoir de priver la société de son pouvoir le plus important, celui de sanctionner les comportements déviants. Si la négociation séduit dans d'autres domaines du droit, à l'instar du droit civil, du droit du travail ou encore du droit commercial, elle apparaît, instinctivement, dangereuse pour le droit pénal dont on comprend mal que celui-ci puisse se suffire de compromis, d'arrangements, de marchés si bien que dans son principe même, la négociation apparaît vite contradictoire avec la finalité du droit pénal (Chapitre 1). Inadaptée dans son principe, la négociation ainsi introduite en droit pénal l'est également dans ses conditions tant il est aisé de démontrer que l'introduction de la négociation dans le procès pénal s'est opérée sans l'introduction du consensualisme nécessaire à toute négociation si bien qu'on a ici à faire à un emprunt incomplet à d'autres branches du droit (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 :

L'ÉVICTION PAR LE PRINCIPE DE NÉGOCIATION

Le droit pénal s'est construit autour d'une principale idée, celle de la défense de la société contre les malfaiteurs. Le droit pénal est, par essence, un droit sanctionnateur et donc, un droit réfractaire à toute négociation, transaction, compromis. Comment accepter qu'un délinquant puisse se prévaloir de la possibilité de négocier ? N'a-t-il pas déjà négocié avec sa conscience en empruntant le chemin du crime ou *inter criminis* ? Le droit pénal, traditionnellement, refuse de lui donner cette possibilité. Admettre que les parties au procès puissent évincer le juge pénal en négociant apparaît donc en contradiction avec la finalité même du droit pénal et, à juste titre, dénature le procès pénal (Section 1). Plus encore, la possibilité d'évincer le juge par une négociation entre les parties semble confirmer l'idée nouvelle d'un juge arbitre, d'un juge automate. Dès lors, la négociation n'est pas seulement dénaturante du procès pénal, elle est synonyme d'érosion du droit au juge (Section 2).

SECTION 1 | LA DÉNATURATION DU PROCÈS PÉNAL

Reconnaître aux parties au procès pénal le pouvoir de négocier apparaît fondamentalement contraire aux finalités du droit pénal. Le procès pénal, à l'inverse du procès civil, n'est pas la « chose des parties »¹, celles-ci y sont, tout au plus de simples sujets passifs. Dès lors, admettre ce pouvoir aux parties dénature le procès pénal par la remise en cause des principes directeurs du droit pénal (II). Si pourtant le procédé a séduit c'est que des considérations étrangères au droit pénal sont venues faire pencher la balance (I).

I | LA PRISE EN COMPTE DE CONSIDÉRATIONS ÉTRANGÈRES AU DROIT PÉNAL

En permettant aux parties de négocier entre elles la culpabilité et la sanction, les alternatives aux poursuites visent avant tout à satisfaire un objectif de rendement judiciaire. C'est avant tout dans le but de rendre la justice plus efficace que la négociation a été introduite dans le procès pénal. L'accès au juge alourdissant considérablement le procès pénal et ne permettant pas de répondre à tous les maux de la société, le législateur a introduit la négociation pour permettre à la justice pénale de recouvrer l'efficacité qui lui faisait défaut. La négociation ainsi introduite permet de répondre à l'exigence de célérité du procès pénal (A) et au principe de systématisation de la réponse pénale (B). Néanmoins, si la recherche de l'efficacité peut être louable, il n'en reste pas moins que les intérêts en présence ne peuvent se contenter d'une justice expéditive et omniprésente au risque de retourner au temps des lettres de cachet. Aussi, la célérité et la systématisation recherchées apparaissent comme des considérations étrangères au droit pénal.

A – Efficacité judiciaire et célérité du procès pénal

La recherche d'une meilleure efficacité judiciaire passe inévitablement par la recherche d'une réponse rapide aux infractions. Pour que la justice soit efficace, celle-ci doit être prompt, directe, immédiate. Dès lors, l'efficacité de la justice passe par la célérité de la réponse pénale. Préoccupation ancienne, cette recherche de l'efficacité de la justice a été abondamment commentée par la doctrine² et concrétisée par le législateur par la mise en place d'une multitude

¹ v. notamment **X. LABBEE**, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Presses universitaires du Septentrion, coll. Droit/Manuels, 3^e édition, 2005 p. 177.

² v. entre autres **J.-P. Jean**, *De l'efficacité en droit pénal*, in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mélanges offerts à J. Pradel, Cujas, 2006, p. 136. - **C. Silvestre**, *Le principe de célérité en procédure pénale française* : RRJ 1996, p. 145. - **J. Pradel**, *La célérité du procès pénal* : RI crim. et pol. tech. 1984, p. 402. - adde, *La célérité de la procédure pénale en droit comparé* : RID pén. 1995, p. 323. - **F. Casorla**, *La célérité du procès pénal en droit français* : RID pén. 1995, p. 524. - **D. Cholet**, *La célérité de la procédure en droit processuel* : LGDJ 2006, coll. Bibliothèque de droit privé, T. 466. - **F. Debove**, *L'urgence en droit pénal* in Spécial Concours (commissaire de police et officier de gendarmerie) : Sirey, 2005, p. 234.

d'instruments de procédure permettant « l'évacuation » des affaires à l'instar des alternatives aux poursuites qui permettent au procès pénal de gagner en célérité par la négociation entre les parties.

UNE PRÉOCCUPATION ANCIENNE. — Contrairement aux idées reçues, l'exigence d'efficacité et donc de célérité de la justice pénale n'est pas récente. Il suffit pour s'en convaincre de lire les critiques formulées à l'encontre des lenteurs du procès pénal par Aristophane¹, Rabelais², Racine³, La Bruyère⁴ ou bien encore le célèbre traité « *Des délits et des peines* » de Cesare Beccaria⁵. Ouvrant la voie à la pénalité moderne, l'auteur y proclame ainsi que « *la peine doit absolument être publique, prompte, nécessaire, la moins sévère possible dans les circonstances données, proportionnée au délit et déterminée par la loi* ». Promptitude de la peine, et donc célérité du procès : deux siècles plus tard, cette préconisation de politique criminelle demeure un défi constant et prioritaire pour l'institution judiciaire.

UNE EXIGENCE EUROPÉENNE. — Ancienne, cette préoccupation est vite apparue cruciale au niveau européen qui en a fait un principe directeur du droit : le principe du « *délai raisonnable* » tel que consacré par les articles 5§3 et 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁶, principe que la Cour, qui veille au respect des dispositions de la Convention, n'hésite d'ailleurs pas à rappeler aux États par le biais de ses sanctions⁷. Le Conseil de l'Europe également a fait de l'efficacité des systèmes judiciaires un objectif à atteindre en créant une « *Commission européenne pour l'efficacité de la justice* »⁸ dont une des priorités d'action est d'éviter les retards injustifiés dans les procédures judiciaires, réduire leur coût et augmenter leur effectivité⁹. Pour réduire les délais de jugement, le Conseil de l'Europe a également recommandé, dès 1987, la diversification des modes de réponse de la justice pénale, le recours aux procédures simplifiées et en particulier celles fondées sur la transaction¹⁰.

¹ Aristophane, *Les guêpes*, 422 av. J.-C.

² F. Rabelais, *Pantagruel*, 1532.

³ J. Racine, *Les plaideurs*, 1668.

⁴ J. de La Bruyère, *Les caractères*, 1688.

⁵ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764.

⁶ L'article 5§3 de la Conv. EDH évoque le « droit » de la personne arrêtée « d'être jugée dans un délai raisonnable ». L'article 6§1 de la même convention rappelle que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable ».

⁷ Depuis plus de trente ans (CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A, n° 18, § 35), la Cour européenne des droits de l'homme exige expressément des États membres du Conseil de l'Europe qu'ils garantissent la célérité des procédures en matière pénale comme en matière civile.

⁸ Résolution Res(2002)12 du 18 septembre 2002 établissant la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ).

⁹ Cf. le programme cadre adopté le 15 septembre 2004 par le comité des ministres, intitulé : *Un nouvel objectif pour les systèmes judiciaires : le traitement de chaque affaire dans un délai optimal et prévisible*.

¹⁰ Recommandation R(87)18 du 17 septembre 1987 concernant la simplification de la justice pénale.

UN DÉFI LÉGISLATIF. — L'impératif européen de délai raisonnable aidant¹, le législateur et les gouvernements successifs depuis une vingtaine d'années se sont vite tournés vers la recherche du « *juger vite* » en engageant une réflexion approfondie sur les lenteurs supposées de la justice, singulièrement en matière pénale, et les manquements éventuels² au principe du « *délai raisonnable* » qui constitue désormais l'un des principaux critères d'évaluation de l'action judiciaire. Le procès équitable, avec ce que cette notion suppose de célérité, d'efficacité et d'effectivité, se trouve d'abord au cœur des travaux de la commission *Magendie* dont le rapport³ est dédié à la gestion du temps dans le procès.

Souvent accusée d'apporter des réponses mortes à des questions mortes, la justice répressive est régulièrement stigmatisée à travers ses lenteurs coupables. Aussi, encouragé par les pouvoirs publics, le législateur a mis en place plusieurs procédures permettant de réduire le temps du procès pénal. Les alternatives aux poursuites en sont un exemple, elles permettent un raccourcissement des délais de réponse pénale en faisant l'économie du juge et en favorisant une réponse consensuelle. La médiation⁴, la composition pénale⁵ sont des illustrations de ces procédures qui émergent en marge du procès classique, jugé trop lent. La base même de ces mesures réside dans la célérité qu'elles peuvent apporter. Les alternatives aux poursuites ne sont néanmoins pas les seules procédures visant à réduire le temps, le législateur et la pratique ayant mis en place de nombreux instruments pour réduire à son plus strict appareil le temps du procès. Ainsi du traitement en temps réel⁶, de la comparution immédiate⁷, de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁸, de la procédure de l'ordonnance pénale⁹, de celle de

¹ Impératif transposé dans le CPP dans le §3 de l'article préliminaire du CPP qui énonce qu'il « doit être statué sur l'accusation dont une personne fait l'objet dans un délai raisonnable ».

² La France a ainsi été condamnée plus de deux cents fois par la Cour européenne des droits de l'homme pour manquement au principe du délai raisonnable.

³ *Célérité et qualité de la justice, la gestion du temps dans le procès*, Rapport de la Commission présidée par Jean-Claude Magendie au garde des Sceaux, ministre de la Justice : Doc. fr., coll. *Des rapports officiels*, 2004.

⁴ Art. 41-1 5°) du CPP.

⁵ Art. 41-2 du CPP.

⁶ Le traitement en temps réel est une méthode de traitement de l'action publique visant à accélérer le cours des procédures pénales et à en améliorer l'efficacité. Elle se caractérise notamment par le recours aux contacts directs avec les officiers de police judiciaire et aux procédures rapides, qui ont pour but de faciliter la gestion du dossier en garantissant une réponse pénale.

⁷ Prévue par les **articles 393 et suivants du CPP**, la comparution immédiate correspond à l'ancienne procédure dite de "flagrant délit". Elle nécessite la réunion de trois conditions : les preuves réunies doivent paraître au parquet suffisantes pour que le prévenu soit déféré au tribunal ; la peine d'emprisonnement encourue doit être au moins égale à deux ans et, en cas de délit flagrant, supérieure à six mois ; il faut enfin qu'il ne s'agisse pas d'un mineur, ni d'un délit de presse, ni d'un délit politique, ni d'une infraction dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale. Quand ces trois conditions sont réunies, le prévenu comparait sur-le-champ devant le tribunal ou au maximum après trois jours de détention lorsque le tribunal ne peut pas se réunir le jour même, sinon il sera remis en liberté d'office. Toutefois, l'avocat ou le prévenu peuvent demander un supplément d'information et donc un délai supplémentaire s'il estime que l'affaire n'est pas en état d'être jugée.

⁸ Prévue par les **articles 495-7 à 495-16 du CPP**, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) est une procédure alternative au procès (et non à la poursuite) qui permet au procureur de la République, pour les délits punis jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, d'obtenir une sanction pénale à l'encontre d'une personne majeure qui reconnaît sa culpabilité, sans recourir à la procédure de jugement de droit commun, cette sanction étant proposée par le procureur de la République, acceptée par l'auteur des faits et homologuée par le juge du siège.

⁹ Prévue par les **articles 524 et suivants du CPP**, l'ordonnance pénale est une procédure simplifiée de jugement. Elle est applicable pour certains délits et pour les contraventions et est rendue sans débat préalable.

l'amende forfaitaire¹, ... qui sont autant de procédures visant à remédier aux lenteurs en accélérant le cours de la justice pénale.

CÉLÉRITÉ ET QUALITÉ DE LA JUSTICE PÉNALE. — Aussi légitime soit-elle, l'ambition affichée du législateur et des pouvoirs publics de réduire toujours un peu plus le temps du procès pénal apparaît néanmoins en contradiction avec l'exigence de qualité de la justice. Peut-on juger bien en jugeant vite ? La célérité est certes une qualité indispensable de la justice mais lorsqu'elle se réalise au détriment de la qualité de la justice, il est nécessaire de s'interroger sur les moyens d'y parvenir. Les procédures mises en place par le législateur au premier rang desquelles on trouve les alternatives aux poursuites confondent célérité et précipitation et donnent l'impression d'une justice bâclée. Le procès pénal, compte tenu des enjeux qu'il met en présence, ne peut pas être réduit à une « *peau de chagrin* », la durée est inhérente au procès, elle lui est consubstantielle singulièrement en matière pénale où la recherche de la vérité relève de l'intemporalité². « *Le temps fait oublier les douleurs, éteint les vengeances, apaise la colère et étouffe la haine ; alors le passé est comme s'il n'eût jamais existé* » comme le disait Avicenne³. Le temps du procès et son rituel judiciaire ont une forte fonction symbolique en régénérant l'ordre social troublé par l'infraction. Pour produire son effet cathartique en substituant l'ordre au désordre, le temps judiciaire doit conserver son rythme construit autour du retour au chaos, de l'affrontement entre le bien et le mal, et enfin du retour à la paix. Ce cheminement symbolique et pacificateur est aujourd'hui largement fragilisé par l'accélération des procédures qui impose de trancher dans le feu des passions⁴. La procédure n'est plus « *l'institutionnalisation de la prudence, l'instauration d'une trêve, le temps de la réflexion*⁵ » mais une « *justice à chaud*⁶ ». De plus, le gain de temps ne se fait-il pas au détriment des droits de la défense ? N'assiste-t-on pas à une « *caricature de justice*⁷ » lorsque les avocats ne disposent en moyenne que de trente minutes pour prendre connaissance, dans des conditions précaires, du dossier de leur client ?

On le voit, précipitation et procès pénal ne font pas bon ménage. Le gain de temps offert par les procédures dites accélérées s'opère au détriment d'une justice de qualité. Comment, par exemple, un magistrat du parquet peut-il prendre la bonne solution sans avoir obtenu des services d'enquêtes tous les renseignements utiles, tant sur le délinquant que sur la victime ? Comment le « *parquetier* » de permanence peut-il s'engager vers la voie d'une alternative aux poursuites sans

¹ L'amende forfaitaire permet l'application d'une sanction pénale sans la saisine de la juridiction de jugement. Elle évite ainsi, sauf contestation du prévenu, l'intervention du juge. C'est une amende de police dont le montant est fixé à l'avance selon l'infraction et dont le paiement éteint l'action publique.

² F. Debove, « *La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages* », Droit pénal n°11, Nov. 2006, étude 19.

³ Avicenne, (980-1037).

⁴ F. Debove, *op. cit.*

⁵ F. Ost, « *Jupiter, Hercule, Hermès, trois modèles du juge* », in P. Bouretz (dir.), *La force du droit*, Esprit, 1991, p. 271.

⁶ A. Mihman, « *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale* », L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2008.

⁷ J.-F. Burgelin et P. Lombard, *Le procès de la justice*, Plon, 2003, spé., p. 39.

connaître les tenants et les aboutissants de l'affaire ? Dès lors permettre aux parties de négocier entre elles la culpabilité et la sanction pour gagner du temps n'est pas un argument porteur. La justice expéditive n'est pas de la justice tout comme « *un jugement trop prompt est souvent sans justice* »¹. Aussi, avoir introduit la négociation dans le procès pénal pour permettre d'accélérer son cours, dénature le procès pénal, ce dernier ne pouvant pas avoir lieu dans la précipitation.

B – Efficacité judiciaire et systématisation de la réponse pénale

La négociation introduite par les alternatives aux poursuites a été mise en place pour réduire les lenteurs de la justice pénale mais également pour répondre au plus grand nombre d'infractions. L'éviction du juge par la négociation permet ainsi de répondre de manière généralisée à toutes les infractions. Après avoir réduit les délais, le législateur et les pouvoirs publics se sont donc également penchés vers la question du « *tout juger* » à travers un nouveau principe gouvernant l'action publique, celui de la systématisation de la réponse pénale. Là encore, la systématisation de la réponse pénale apparaît en contradiction avec les fondements du droit pénal.

CONSTAT D'ÉCHEC. — Face à l'augmentation de la délinquance², les pouvoirs publics se sont vite retrouvés face à une difficulté majeure : le manque de moyens de l'institution judiciaire et l'engorgement des tribunaux. La réponse fut dans un premier temps trouvée dans le recours au classement sans suite³, mesure d'administration de la justice que prend un magistrat du parquet de ne pas donner suite à une affaire, conformément au principe d'opportunité des poursuites. Dans les années 1992 à 1996, près de 80 % des procédures transmises aux parquets étaient ainsi classées sans suite⁴. Mais classer sans suite des affaires qui auraient pu être poursuivies si la justice en avait eu les moyens⁵ est vite apparu comme un constat d'échec de la justice face à la délinquance grandissante. Comme l'écrivait déjà Montesquieu, « *la cause de tous les relâchements, se trouve davantage dans l'impunité des crimes que dans la modération des peines*⁶ ». Dès lors, un sentiment d'incompréhension et d'exaspération croissante de l'opinion publique vis-à-vis de la justice répressive s'est fait jour, l'opinion publique ayant en effet le

¹ **Voltaire**, *Rome sauvée, ou Catilina* (1752), Acte IV, Scène 4.

² v. notamment les statistiques de l'état de la criminalité et de la délinquance en France de 1949 à 2005, in *Criminalité et délinquance constatée en France par les services de police et les unités de gendarmerie* (année 2005), T. 1, Paris : Direction centrale de la police judiciaire, 2006, p. 23 et s.

³ **J.-C. Laurent**, *Le classement sans suite*, Revue de droit pénal 1948, p. 97 - **A. Vitu**, *Le classement sans suite*, Rev. sc. crim. 1947, p. 505 et s. - **O. Dufour**, *Classement sans suite : un nouveau mode de gestion des flux ?*, Les Petites Affiches, 15 juillet 1998 (n° 84), p. 3 et s. - **M. Roura**, *Le classement sans suite*, in *Problèmes actuels de science criminelle*, vol. XII, Aix, PUAM, 1999 - **C. Raysseguier**, *Taux de classement sans suite des parquets, mythes et réalités*, Dr. pén. mars 1998, chron. 8 - **G. Tarde**, *Les délits impoursuivis*, in *Essais et mélanges sociologiques*, Maloigne, 1895, 211.

⁴ Rapport P. Fauchon sur le projet de loi relatif aux alternatives aux poursuites, Sénat 1997-1998, n°486, p. 9. Voir aussi J.-P. Bonafé-Schmitt, préc., p. 187 et s. S. Rojare, préc., p. 45.

⁵ v. Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée (rapport d'information n°513), par H. Haenel, Sénat, 18 juin 1998. Le taux de classement sans suite pour insuffisance de moyens a été estimé à environ 15%.

⁶ **Montesquieu**, *De l'Esprit des lois*, 1748.

sentiment que la règle commune, celle qui garantit la sécurité des personnes et des biens n'est plus respectée, « que notre société a perdu la notion de « ligne jaune », qu'une infraction dûment constatée, alors même que l'auteur présumé a été identifié, n'a pas de suite judiciaire »¹. Plus néfaste encore, cette situation avait pour conséquence de faire naître un sentiment d'impunité dans l'esprit des délinquants, une telle situation étant naturellement perverse, nuisible et dangereuse en constituant un terreau favorable aux sentiments d'impunité et d'insécurité en même temps qu'elle accentue le risque de démobilitation et de lassitude des services de police et de gendarmerie.

RÉACTION. — Dès lors, les pouvoirs publics se sont engagés dans une politique inverse consistant à « tout juger ». Des instruments permettant d'éviter les juridictions furent créés à l'instar des alternatives aux poursuites et des consignations de poursuites systématiques furent transmises aux procureurs par la chancellerie. Une véritable culture du résultat a envahi les juridictions pénales avec des objectifs de rentabilité, des indicateurs de résultats et de performance permettant au Ministère de la Justice de mesurer et de suivre en permanence l'activité des tribunaux². Cette culture du résultat ainsi instaurée aboutit à une pression accrue sur tout l'appareil judiciaire auquel aucune infraction ne doit échapper.

Dans le même temps, la loi du 9 mars 2004 dite Perben II³ a imposé au Procureur de la République un devoir d'apporter une réponse pénale. Les articles 40 et suivants du Code de procédure pénale démontrent la volonté du législateur de permettre une réponse judiciaire systématique aux plaintes et dénonciations et d'étrangler la pratique du classement sans suite, notamment en obligeant les parquetiers à motiver la décision de classement sans suite⁴ ainsi qu'en donnant la possibilité aux victimes de passer outre un tel classement⁵. Ainsi, incompris et mal vécus par les victimes, signes manifestes parfois de l'impuissance de la justice à exercer sa mission, les classements sans suite purs et simples ne figurent plus aujourd'hui dans aucune des circulaires d'action publique de la Chancellerie, qui ne préconise que des solutions de poursuite ou d'alternative si bien que le principe d'opportunité des poursuites paraît remis en cause au profit d'un principe de légalité des poursuites⁶.

Les alternatives aux poursuites, en introduisant la négociation dans le procès pénal permettent ainsi de donner une réponse pénale à tous les faits infractionnels mêmes mineurs sans

¹ F. Debove, *op. cit.*

² J. Segaud, *Essai sur l'action publique*, Thèse Reims, 2010, p. 103 et s.

³ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁴ L'art. 40-2 al. 2nd du CPP dispose ainsi que lorsque le Procureur de la République « décide de classer sans suite la procédure, il avise les parties « de sa décision en indiquant les raisons juridiques ou d'opportunité qui la justifient » alors que la procédure antérieure à la loi Perben II n'imposait aucune motivation sauf en matière d'infractions sexuelles.

⁵ Les victimes peuvent désormais contester la décision de classement sans suite par un recours hiérarchique auprès du Procureur Général (art. 40-3 du CPP).

⁶ J. Segaud, *Essai sur l'action publique*, Thèse Reims, 2010, p. 454 et s.

engager de poursuites. Il s'agit d'ailleurs plutôt d'alternatives au classement sans suite que des alternatives aux poursuites¹ : le Ministère public s'orientant davantage vers les alternatives aux poursuites pour des faits qu'il n'aurait pas poursuivis auparavant que pour des faits qui auraient été renvoyés devant la juridiction de jugement. Dès lors, l'argument selon lequel les alternatives aux poursuites seraient plus économiques apparaît trompeur. Les alternatives aux poursuites n'allègent pas la charge des tribunaux puisqu'elles traitent de dossiers qui auraient été classés sans suite. Au contraire, les magistrats ont en charge leur organisation et leur surveillance. Elles nécessitent la mise en place de personnels, de locaux, de systèmes de formation, donc de nouveaux financements.

Le principe du caractère systématique d'une réponse pénale est donc aujourd'hui certain. Il est d'ailleurs intéressant de voir à quel point le fond et la forme entretiennent des liens étroits. Aux règles substantielles du droit pénal qui sont de plus en plus sanctionnatrices et qui pénalisent excessivement et parfois sans discernement la vie en société², les règles de forme répondent par des procédures visant à faciliter le prononcé de la sanction et à augmenter le « *taux de rendement* » des juridictions répressives.

SYSTÉMATISATION ET QUALITÉ DE LA JUSTICE PÉNALE. — En favorisant la généralisation de la réponse pénale, l'institution judiciaire est sommée d'apporter la solution appropriée à chaque acte infractionnel. On attend de la justice, des résultats. Ce désir social est relayé par les pouvoirs publics qui accentuent la pression sur le système pénal (police et justice) et exigent des résultats statistiques satisfaisants, parfois même au détriment du qualitatif³. Des affaires récentes ont montré à quel point mettre la pression sur la justice pouvait avoir des conséquences néfastes⁴. Exiger de la justice qu'elle traite de tout, n'est-ce pas lui demander l'impossible ? N'est-ce pas entrainer la justice vers le « *tout juger mal* » ? N'assiste-t-on pas à l'érosion des « *autres justices* » au profit d'une seule et unique justice, la justice pénale ? Évidemment, une réponse, quelle qu'elle soit, est toujours plus dissuasive que le silence mais un classement sans suite n'est-il pas une réponse pénale ?⁵ La réponse du corps social qui refuse de venir prêter main forte à une victime. La justice pénale est de plus en plus sollicitée pour des

¹ v. **L. Aubert**, *Systématisation pénale et alternatives aux poursuites en France : une politique pénale en trompe-l'œil*, Droit et Société, n°74, 2010, p. 17 et s.

² **J. Leroy**, *Droit pénal général*, Manuel, L.G.D.J., 2^{ème} édition, 2007, p.109.

³ Cf. **J.-P. JEAN**, *Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal*, in dossier La LOLF : réduire les coûts et améliorer la qualité de la justice, AJ Pénal 2006, p. 473.

⁴ Cf. notamment l'affaire dite d'Outreau. v. **P. Houillon**, *Au cœur du délire judiciaire* (avec la collaboration de Élisabeth Fleury), éditions Albin Michel, Paris, 2007. – **A. Vallini**, *Justice pour la République : réquisitoire contre le populisme par le président de la commission Outreau*, éditions L'Archipel, Paris, 2008. – **J.-M. Viala**, *Outreau ou La justice martyrisée*, éditions J.-M. Laffont, Paris, 2004.

⁵ **P. Poncela**, *Quand le procureur compose avec la peine (bis)*, Rev. Sc. Crim., 2003, p. 139.

affaires qui ne méritent pas véritablement une sanction pénale¹. L'exemple de la médiation pénale est ainsi particulièrement révélateur du mirage actuel que constitue l'objectif de « *réponse pénale généralisée* ». La médiation pénale correspond à l'idée qu'une réponse nécessairement pénale doit être apportée suite à la commission de n'importe quelle infraction. C'est ici oublier que le juge naturel des victimes est le juge civil². Particulièrement lorsque le parquet estime que le trouble à l'ordre public n'est pas assez grave pour justifier des poursuites, c'est devant la juridiction civile que doit comparaître l'auteur de faits. En plaçant la médiation pénale dans le Code de procédure pénale, le législateur suggère aux victimes qu'elles n'ont qu'un seul choix lorsqu'une infraction a été commise : la voie pénale. Au lieu de désengorger les juridictions répressives, cet artifice légitime l'attraction que ces juridictions exercent. Cette logique du « *tout pénal* » est déplorable, le droit pénal n'ayant pas vocation à se mêler de tout. Une vision, purement pénale de la société n'est pas satisfaisante. Le droit pénal, de fond et de forme, conserve une vocation subsidiaire. Il ne doit être sollicité que dans les hypothèses où les autres modes de régulation, sociale puis juridique, ont échoué. Il faut donc combattre l'idée selon laquelle tout problème social doit recevoir une réponse pénale. Elle nuit gravement à ce droit. Les fonctions du droit pénal sont alors démultipliées et point n'est besoin de souligner qu'en se diluant ainsi le droit pénal perd son autorité.

Cette banalisation du recours à la justice pénale est critiquable. En s'ouvrant à ces demandes sociales et en cherchant à les satisfaire, l'institution judiciaire nuit au statut exceptionnel de sa fonction et contribue à la vider de son sens. La justice est l'exercice d'une fonction symbolique s'actualisant et s'incarnant dans le rituel judiciaire d'où elle puise sa force et sa légitimité. Dans cette perspective, sans le rite, sans la solennité, le discours produit sur la scène judiciaire se viderait de sa substance ; il perdrait sa capacité à transcender les intérêts particuliers et à donner corps aux valeurs fondatrices de la société.

On le voit, imposer à la justice de traiter de toutes les infractions dénature le droit pénal qui n'est plus l'instrument étatique de recherche de la vérité et de sanction des comportements déviants mais qui devient un droit sanctionnateur qui ne vient plus protéger les valeurs essentielles de la société mais qui vient apporter sa sanction sans discernement à tous les faits. Dès lors, permettre aux parties de négocier l'éviction du juge afin de répondre à toutes les infractions n'est pas un argument porteur.

Ainsi, la négociation a été introduite par les alternatives aux poursuites dans le but de rendre plus efficace la justice pénale, afin de résorber les maux du système judiciaire, décrit

¹ **A. Demichel**, *Le droit pénal en marche arrière*, D. 1995, p. 213. – **D. Salas**, « *Un appel à punir unanime contamine le système pénal* », *Le Monde*, 3 mars 2005.

² **E. Dreyer**, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 14, 2, Avril 2008, I, 131.

comme inefficace, coûteux, lourd et maladroit. Ce discours est emprunt de logique entrepreneuriale, qui prône l'efficacité, la rentabilité, alors que l'œuvre de justice doit chercher la solution, non la plus efficace, mais la plus juste, ce qui suppose, un travail rigoureux et réfléchi. Cette recherche de l'efficacité judiciaire qui passe par la célérité de la justice pénale ou encore la systématisation de la réponse pénale, entraîne une dénaturation du procès pénal tant les solutions apportées pour parvenir à ces objectifs ont été mises en place de manière peu satisfaisante. Qu'il s'agisse de la célérité, transformée en précipitation ou bien de la systématisation, transformée en omniprésence, le droit pénal en sort perdant. Dès lors, permettre aux parties de négocier l'éviction du juge pour des considérations d'efficacité n'est pas satisfaisant : la qualité du procès pénal en sort amoindrie et les principes directeurs du droit pénal s'en trouvent donc tout naturellement dénaturés.

II | LA REMISE EN CAUSE DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL

La prise en compte de considérations étrangères au droit pénal comme la célérité ou la systématisation de la réponse pénale a naturellement abouti à la dénaturation des principes directeurs du droit pénal. Le droit pénal, c'est d'abord un droit public, une absence de prise en compte des intérêts privés. Or, évincer le juge par la négociation c'est renouer avec la prise en compte d'intérêts privés, c'est contractualiser le procès pénal, le rendre consensuel. Dès lors, on aboutit à la dénaturation du procès pénal dans son principe même, à un oubli des fonctions classiques du droit pénal (A). Si la fonction du procès pénal en sort dénaturée, les principes du droit pénal, c'est-à-dire les règles fondamentales du procès pénal, sont également malmenés par la négociation (B).

A – Remise en cause des fonctions classiques du droit pénal

Le procès pénal peut être défini comme l'instrument étatique de recherche de la vérité et de sanction des comportements déviants. Le procès pénal peut donc se résumer en trois principes : justice imposée, protection de l'intérêt général et répression des comportements déviants. Or, avec la négociation introduite par les alternatives aux poursuites, on assiste à un bouleversement de ces principes, à un oubli des fonctions classiques du droit pénal et donc à la dénaturation du procès pénal.

DE LA JUSTICE IMPOSÉE A LA JUSTICE NÉGOCIÉE. — La composition pénale, la médiation pénale, la transaction ainsi que toutes les autres alternatives aux poursuites au sens large du terme sont symptomatiques du passage d'une justice imposée à une justice négociée. En permettant aux parties de négocier entre elles et ainsi d'éviter le recours au juge pénal, toutes les alternatives aux poursuites substituent à la justice imposée, une justice négociée. Elles semblent

ainsi abandonner l'idée de Kant selon laquelle la société qui renoncerait à sévir contre le crime de façon systématique se rendrait complice de ce crime¹. Le système pénal repose traditionnellement sur la notion de faute et « *on ne discute pas de ses péchés avec le pêcheur*² ». Or, permettre aux parties de négocier va à l'encontre de cette idée. A la contrainte, au rapport de force s'est substitué le consensualisme, l'adhésion des parties, le compromis. Dès lors, le modèle classique de justice imposée glisse peu à peu vers ce qui semblerait son contraire, la justice négociée. On assiste avec les alternatives aux poursuites à une transformation de la nature du procès pénal, marquée par l'affaiblissement du rôle autoritaire et répressif de l'État, au profit d'un procès de défense, plus proche du « *due process modell* » anglo-saxon, au cours duquel les parties privées jouent un rôle essentiel. Ainsi, les justiciables sont invités à participer à l'œuvre de justice, ils sont invités à accepter ou refuser des décisions ou des obligations qui leur sont imposées, ils sont conviés à discuter, faire des concessions, négocier un accord. Certains auteurs ont même évoqué la « *contractualisation du procès pénal*³ ». Parler de contractualisation s'agissant du procès pénal peut surprendre tant ces deux termes semblent par essence antinomiques. Le contrat est la finalisation d'une rencontre de volonté, d'un accord trouvé entre ses parties. Or, cela semble mal coïncider avec le droit pénal qui est, par hypothèse, un droit d'ordre public sur lequel les volontés particulières ne sauraient influencer.

La procédure pénale française étant de type inquisitoire, elle est réservée exclusivement au pouvoir social. Elle requiert que des magistrats poursuivent, apprécient de la culpabilité et sanctionnent un délinquant sans que celui-ci n'ait à manifester une quelconque volonté. Comment accepter que la victime puisse passer un contrat avec le délinquant sur les conditions de sa responsabilité ou que le délinquant puisse négocier avec le juge quant aux peines susceptibles de lui être appliquées ? Comme l'affirmait déjà Beccaria, « *un particulier ne peut pas supprimer par son pardon la nécessité de l'exemple de la même manière qu'il peut renoncer à la réparation du dommage qu'on lui a causé. Le droit de punir n'appartient pas à un seul mais à tous les citoyens ou au souverain. Un citoyen peut renoncer à sa portion de droit mais non pas annuler celle des autres*⁴ ». Pourtant les alternatives aux poursuites permettent la négociation de la justice pénale. Dès lors, on est en droit de se demander si « *la crédibilité de cet ordre public n'est pas amoindrie lorsque les conséquences de la violation des textes qui le définissent sont dégagées de la notion d'obligation et de l'idée de peine. En détachant la violation de la loi pénale, des conséquences*

¹ E. Kant, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. Barni, Paris, 1853, IIe partie, section I, §49.

² P.-H. Bolle, *Le procès pénal nouveau*, RD pén. crim. 1995, p. 5, spéc. p. 11.

³ v. notamment : F. Debove, « *La contractualisation du procès pénal* », Droit et économie n° 94, 2005, p. 22. - F. Alt-Maes, « *La contractualisation du droit pénal: mythe ou réalité?* », RSC 2002, p 501. - F. Tulkens et M. Van de Kerchove, « *La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée?* », Rev Dt Pénit et Crimino 1996, p.445. - Ph. Salvage, « *Le consentement en droit pénal* », RSC 1991, p 699.

⁴ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, op. cit.

qu'elle prévoyait, l'aura du texte s'est affadie¹ ». Ces alternatives aux poursuites éloignent « un peu plus le citoyen de l'institution judiciaire, de la règle de droit, traduisant ainsi un abandon par l'État, de l'une de ses fonctions régaliennes² ». Outre l'effet de modération produit par cette forme de justice là, il faut déplorer qu'elle puisse « se vider de toute perspective éthique en offrant aux prévenus de négocier leurs fautes et leurs droits. Il s'ensuit une relativisation de l'interdit³ ».

DE LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL À LA PROTECTION D'INTÉRÊTS PRIVÉS. — Le droit pénal a pour objet de réprimer au moyen d'une peine les actions et les omissions qui peuvent causer un trouble à l'ordre public, celui-ci cherche avant tout à protéger la société contre des comportements jugés antisociaux ou inadmissibles. Ainsi, il sanctionne le meurtre, le viol, par exemple, autant de comportements jugés inadmissibles et portant atteinte à l'ordre social. Le but du droit pénal n'est donc pas de protéger l'intérêt particulier de la victime mais l'intérêt collectif de la société. Dès lors, admettre aux parties au procès pénal le pouvoir de négocier, c'est reconnaître que les intérêts privés puissent l'emporter sur l'intérêt général. Le procès pénal n'est donc plus la réponse du corps social à une infraction mais l'arbitre d'intérêts privés.

Avec les alternatives aux poursuites, l'image traditionnelle du procès pénal, visant à rétablir l'ordre, est dénaturée. Le procès n'a plus pour finalité la protection de l'intérêt général mais la satisfaction des intérêts privés. Le procès pénal n'est plus le procès de la société mais celui des parties, il devient « *la chose des parties* » à l'instar du procès civil. Avec la négociation, le bien commun, l'intérêt de la société, sont oubliés. La victime de l'infraction n'est plus un sujet passif du procès pénal, elle est une partie à part entière. Se profile alors la résurgence du droit de vengeance privée. C'est, pour certains auteurs, « *la porte ouverte à tous les abus, la victime manque nécessairement d'objectivité et de sérénité pour prétendre éclairer la décision du juge* », ils y voient ainsi un risque de dévoiement de la finalité du procès pénal⁴. La contractualisation du procès pénal fait naître une logique de marché dans le procès pénal : les parties vont se diriger vers telle ou telle solution en fonction de leurs intérêts personnels, individuels. La victime acceptera la médiation pour bénéficier d'une réparation rapide, le délinquant acceptera la composition pénale proposée par le parquet pour éviter une sanction plus lourde et aléatoire d'un procès pénal, il acceptera encore une transaction proposée par une autorité administrative indépendante pour éviter l'infamie d'un procès pénal. C'est ici une simple logique de marché qui commande la mise en œuvre des alternatives aux poursuites, un simple bilan « coûts-avantages »,

¹ **B. de Lamy**, *Procédure et procédés, propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale*, in *Approche critique de la contractualisation* : LGDJ, coll. Droit et société, t. 16, 2007, p. 161.

² **F. Chopin**, *Vers un nouveau modèle de justice pénale ?* in *Mél. R. Gassin* : PUAM, 2007, p. 138.

³ **D. Salas**, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal* : Hachette Littératures, 2005, p. 160.

⁴ **M.-L. Rassat**, *Traité de procédure pénale*, coll. Droit fondamental 2001, PUF, n° 167 et s.

l'intérêt général n'est en aucun cas recherché. On assiste ainsi à un retour de la justice privée où seuls comptent les intérêts individuels, à une « *privatisation du procès pénal*¹ », les règles de procédure protégeant davantage des intérêts individuels ou collectifs que l'intérêt général. On détourne le procès pénal de sa finalité et de ce qu'il est vraiment : un individu face à la société dont il a transgressé les règles. Dès lors, le vocabulaire change : à ce qu'on appelait auparavant « *répression des infractions* » a été substitué le terme de « *règlement des conflits* ». On voit bien ici ce qui change : le délinquant n'est plus face à la société mais face à sa victime. Il n'est plus en infraction au regard de la société mais en conflit face à une victime, on ne sanctionne plus, on concilie, on met en place une médiation entre les protagonistes.

DE LA RÉPRESSION A LA RÉPARATION. — Une des fonctions classiques du droit pénal est également la répression, dimension « *démodée* » soigneusement évitée par les alternatives aux poursuites. Le procès pénal « *négocié* » n'est plus synonyme de sanction, de châtement, de vengeance légitime, il est davantage tourné vers la réparation, la restauration, la compensation et le reclassement de l'auteur des faits. L'objectif de répression demeure, mais il est doublé d'un objectif de protection des intérêts privés, voire de restauration des rapports entre la victime et le délinquant², ce qui est plus proche de la réparation que de la punition. Le droit pénal apparaît alors comme un droit « *réparateur et protecteur* »³.

Ainsi, des alternatives aux poursuites au sens strict du terme qui ne peuvent se réaliser que par la réparation du préjudice subi par la victime. La médiation, le rappel à la loi, l'orientation de l'auteur vers une structure sanitaire et sociale sont mis en œuvre lorsqu'il apparaît au Ministère public « *qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime (...) et de contribuer au reclassement de l'auteur des faits*⁴ ». Le même objectif de réparation se retrouve dans la composition pénale, l'article 41-2 du Code de procédure pénale disposant que « *lorsque la victime est identifiée, et sauf si l'auteur des faits justifie de la réparation du préjudice commis, le procureur de la République doit également proposer à ce dernier de réparer les dommages causés par l'infraction* ». De plus, les mesures qui peuvent être proposées en cas de composition pénale sont emprunts d'un objectif pédagogique : ainsi des travaux d'intérêt général, de l'obligation d'accomplir un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage des produits stupéfiants, ... De même, les alternatives aux poursuites mises en œuvre par l'Administration ou par des autorités administratives indépendantes poursuivent ces mêmes objectifs de réparation et de reclassement : la transaction par exemple entre l'Administration et le

¹ X. Pin, *La privatisation du procès pénal*, RSC 2002, p 245.

² F. Casorla, *La justice pénale à l'épreuve du concept de « restaurative justice »*, RPDP 2000, p. 32 et s.

³ F. Alt-Maes, *L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ?*, RSC, 1987, p. 347 et s.

⁴ CPP, art. 41-1.

contrevenant permet à celle-ci d'être indemnisée de son préjudice. M. GASSIN note ainsi que les infractions fiscales « *constituent en effet moins des violations de l'ordre social que des atteintes au patrimoine particulier de l'État, de telle sorte que l'amende fiscale présente un caractère essentiellement indemnitaire*¹ ». De même, dans le cadre des pouvoirs généraux conférés à la HALDE, il est possible, lorsqu'une discrimination est constatée, de recourir à une procédure de médiation² ou, au titre de son pouvoir de recommandation³, de rappeler le cadre normatif en précisant la conduite à tenir et/ou les diligences à effectuer pour remédier à une discrimination, cela conduit parfois le Collège de la haute autorité à privilégier une réponse pédagogique destinée à assurer la prévention contre les discriminations⁴.

On le voit, la négociation ainsi introduite par les alternatives aux poursuites substitue à la sanction des mesures de réparation et de reclassement. Si le reclassement apparaît nécessaire pour éviter la récidive – bien qu'on puisse toujours se demander s'il revient au droit pénal de se faire pédagogue –, la réparation quant à elle semble dénoter avec le droit pénal. La plupart des auteurs s'entendent, aujourd'hui, sur ce constat : « *cette logique que véhiculent les idées de réparation contribue à rendre floue la frontière nécessaire entre le droit civil et le droit pénal. Dès lors, il se produit, par la confusion des genres, une sorte de ramollissement de la norme pénale, que l'on a déjà connue avec la justice pénale des mineurs et qui contribue au déclin du système pénal*⁵ ».

Avec la négociation, c'est donc le principe même du procès pénal qui est malmené : privatisation, négociation, réparation viennent bouleverser le procès pénal pour y substituer un procès hybride, mélange de procès civil et de procès pénal. Si la nature du procès pénal est remise en cause, ses règles fondamentales sont également malmenées par la négociation introduite par les alternatives aux poursuites.

B – Remise en cause des principes fondamentaux de la procédure pénale

Nous l'avons dit, le procès pénal n'est plus l'instrument essentiellement étatique de recherche de la vérité avec pour finalité unique, la répression, le droit pénal est désormais consensuel, négocié. La négociation introduite par les alternatives aux poursuites, plus encore qu'elle dénature le procès pénal dans son principe, compromet les règles fondamentales du procès pénal qui sont nécessaires au respect des libertés individuelles. La valeur ajoutée en termes de gain de temps offert par la négociation ne peut en effet s'accommoder d'une érosion des garanties

¹ Répertoire pénal Dalloz, *Transaction*, n° 10.

² Art. 7 de la loi du 30 déc. 2004.

³ Art. 11 de la loi du 30 déc. 2004.

⁴ v. **F. Amegadjie**, *La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux*, AJ Pénal, 2008, p. 307 et s.

⁵ **X. Pin**, *op. cit.*, p 245.

offertes à la défense. Or, précisément, sous sa respectabilité de façade, la négociation recèle de nombreuses menaces souterraines qu'il convient de percer à jour.

LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ ET LA NÉGOCIATION. — D'abord, il est frappant de voir à quel point la négociation met à mal le principe de légalité des délits et des peines¹ essentiel pour toute justice pénale d'un État de droit qui veut qu'on ne puisse être condamné pénalement qu'en vertu d'un texte pénal précis et clair, principe qui concerne les règles de forme autant que les règles de fond en matière pénale. En effet, le consensualisme instauré par les alternatives aux poursuites aboutit à violer le principe de la légalité, la norme pénale étant évincée par le prononcé d'une sanction pouvant s'éloigner considérablement de celle portée par le texte d'incrimination, sans l'intervention d'un juge. Cette imprévisibilité de la sanction criminelle porte atteinte au principe de la légalité criminelle. En effet, le législateur, par le biais des alternatives aux poursuites a véritablement délégué au juge « *négociateur* », c'est-à-dire au Ministère public ou plus généralement à l'autorité de poursuite (Administration, Autorité administrative indépendante, ...), le soin de choisir le châtiment que mérite chaque délinquant de manière arbitraire, selon les circonstances de la cause. De plus, si l'on introduit des éléments de négociation, la gestion de la justice devient de plus en plus aléatoire, le résultat dépendant du « *bon vouloir* » des acteurs de la justice, de leur appréciation individuelle de la marge de manœuvres et des contreponds du côté du délinquant. On voit mal comment la flexibilité préalable à toute négociation peut se joindre à la prévisibilité des actions de la justice, garant de la confiance du public envers le système judiciaire².

Il n'est qu'à citer la médiation pénale pour constater l'érosion du principe de la légalité. En introduisant ce dispositif, le législateur s'est contenté de reconnaître l'existence de la médiation : la loi de 1993³ « *n'a fait que consacrer légalement une pratique sans en définir précisément certaines modalités. Il eût fallu aller au fond de la question et poser des critères plus précis, plus objectifs et de mise en œuvre moins difficile que ceux précités. Sur ce point, la loi s'en remet au parquet, à la compétence, à la formation et au sérieux de ces magistrats* »⁴. Le principe de légalité n'est nullement respecté par l'évocation dans la loi d'une procédure dont ni les conditions ni les effets ne sont précisés. En procédure pénale, le principe de légalité est là pour encadrer les pratiques et éviter l'arbitraire ; il n'est pas là pour accorder un entier pouvoir d'appréciation à l'autorité judiciaire, particulièrement l'autorité de poursuite. C'est pourtant ici le

¹ v. notamment **J. Bernasconi**, *Le juge pénal et la légalité*, Thèse Lyon, 1979. – **M. K. Tamour**, *Trois conceptions de la légalité pénale (juridique, politique, éthique)*, Thèse Bordeaux, 1980 - **J.-P. Delmas Saint-Hilaire**, *Les principes de la légalité des délits et des peines*, in Mélanges BOUZAT, p. 149 et s. - **M. Herzog-Evans**, *Le principe de légalité et la procédure pénale*, Les Petites Affiches, 6 août 1999, p. 4 et s.

² **J. Segaud**, *op. cit.*, p. 584.

³ L. n° 93-2, 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale : Journal Officiel 5 Janvier 1993.

⁴ **K. Medjaoui**, *L'injonction pénale et la médiation pénale, tableau comparatif critique* : Rev. sc. crim. 1996, p. 827.

cas avec la négociation introduite par la médiation. Comment l'égalité de traitement des justiciables peut-elle être garantie dans ces conditions¹ ?

NÉGOCIATION ET EGALITE DES JUSTICIABLES DEVANT LA LOI. — Le second reproche que l'on peut faire à l'introduction de la négociation dans le procès pénal concerne les atteintes possibles d'un tel procédé au respect de l'égalité devant la loi des justiciables. En effet, en introduisant la négociation dans le procès pénal, les alternatives aux poursuites apparaissent dangereuses dans la mesure où il peut en découler des inégalités de traitement entre des personnes ayant commis des faits similaires, ces inégalités tenant à l'appréciation libre de l'organe de poursuite quant à l'opportunité de la mesure. Des différences de traitement injustifiables peuvent ainsi naître de l'introduction de la négociation dans le procès pénal, or l'égalité entre les justiciables devant la loi figure parmi les valeurs cruciales de tout système de droit, une des raisons d'être d'une justice organisée par l'État². Ainsi, des inégalités peuvent naître dans le choix du type de procédure. En effet, pour un nombre important d'infractions communes, le classement sous condition, la médiation pénale, la composition pénale, le plaider coupable, le jugement à juge unique ou le jugement ordinaire, sont possibles. Il en ressort une diversité protéiforme de réponses pénales en fonction des négociations, pour des faits similaires. Une telle possibilité de disparité de traitement des individus pour des similitudes de situations pénales, est critiquable et conforte l'idée de la transgression du principe d'égalité de tous devant la loi.

De même, des inégalités entre les justiciables en fonction de leurs revenus peuvent naître de l'introduction de la négociation dans le procès pénal. Alors que les délinquants pourvus de revenus paieront promptement la somme demandée lors d'une composition pénale ou d'une transaction et se soustrairont ainsi aux poursuites, les personnes impécunieuses seront, elles, déferées devant le tribunal correctionnel. La transaction engendrera une justice « à deux vitesses » choquante et, qui plus est, totalement inefficace si l'on entend limiter son domaine à la petite délinquance car ce sont justement les auteurs de ce type d'infractions qui, d'ordinaire, sont insolubles. Tandis que les premiers useront de leur influence pour réparer discrètement leurs méfaits, l'infamie d'un procès public sera réservée aux seconds³. Et quand bien même il faille faire confiance au sens de la justice des magistrats du Parquet, un doute peut subsister et il reste à craindre que « *selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir* »⁴. Ainsi il importe que la justice négociée ne soit pas pratiquée comme un geste de grâce ou un privilège.

¹ V. notamment **M. Danti-Juan**, *Existe-t-il encore une égalité en droit pénal ?*, in Mél. J. Pradel : Cujas, 2006, p. 91.

² **N. Rouland**, *Aux confins du droit*, Paris, 1991.

³ **J. Leblois-Happe**, *De la transaction pénale à la composition pénale*, JCP G 2000, I, 198, 2000

⁴ **J. de la Fontaine**, *Les animaux malades de la peste*, Fable, VII, 1, (1621-1695).

Enfin, des inégalités géographiques peuvent également naître de l'introduction de la négociation dans le procès pénal. C'est ce que démontrent les alternatives aux poursuites. Il semble que l'on devrait trouver partout les mêmes critères de sélection des affaires et le même traitement quelque soit le lieu ou l'autorité. Pourtant, pour la médiation pénale notamment, aucun critère n'est posé dans les textes permettant de déterminer quelles catégories de litiges peuvent faire l'objet de médiation. Dès lors, la sélection risque de varier d'un tribunal à l'autre, d'une administration à l'autre, selon l'instance de transaction saisie ou selon la politique de tel procureur face à telle infraction. Cette crainte s'est avérée fondée par l'observation des pratiques de médiations dans différentes régions¹ : si les parquets de Bordeaux et Chambéry utilisent beaucoup la médiation pénale pour les affaires familiales, ces mêmes affaires ne font que très rarement l'objet de telles conciliations à Paris ; les infractions de voisinage sont massivement orientées vers la médiation à Evreux ou à Lyon² très rarement ailleurs. L'égalité entre justiciable est ainsi rompue territorialement. Conscient de ce problème, le législateur a d'ailleurs établi, pour certaines transactions avec l'administration, des organismes chargés de préserver l'unité des décisions. Tel est le rôle, par exemple, du Comité des infractions fiscales et douanières et des changes. Mais en l'absence de tels comités, il n'existe pas de « jurisprudence » des transactions. L'égalité des parties à la transaction, conçue sur le modèle de l'égalité des parties au procès et qui induit les droits de la défense³, est loin d'être réalisée.

DÉBAT PÉNAL AMPUTÉ. — Plus encore, les alternatives aux poursuites en introduisant la négociation dans le procès pénal dénaturent ce dernier dans la mesure où elles l'amputent d'un débat nécessaire. Classiquement, le procès pénal se focalise sur l'innocence ou la culpabilité du prévenu. Or, avec la négociation, les alternatives aux poursuites déplacent le débat de la culpabilité vers la sanction. Les éléments de l'infraction ne sont plus discutés, ils sont acquis. La culpabilité n'est plus à démontrée, elle « coule de source » par l'aveu de l'auteur des faits, l'obtention de l'aveu suffisant ainsi à démontrer la culpabilité de l'intéressé et à prononcer corrélativement une peine. C'est parce que le mis en cause ne conteste pas la réalité des faits qui lui sont reprochés, qu'il adhère à la proposition qui lui est soumise par l'autorité de poursuite que tout débat contradictoire sur sa culpabilité est écarté, de même qu'un certain nombre des garanties liées au respect de la présomption d'innocence. La présomption d'innocence est écartée au profit de son contraire : la présomption de culpabilité. En effet, la transaction doit comporter l'aveu explicite du contrevenant ou du délinquant de son forfait. Cette exigence de l'aveu de la personne

¹ v. notamment **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets, 1997, p. 167. - **L. Aubert**, *Systématisation pénale et alternatives aux poursuites en France : une politique pénale en trompe-l'œil*, Droit et Société, n°74, 2010, p. 17 et s.

² **A. Wyvekens**, *Entre médiation et justice pénale. L'activité judiciaire des maisons de justice du Rhône*, Arch. pol. crim., n° 19, Pédone 1997, p. 67, spéc. p. 72.

³ **T. Fossier**, *Droit de la défense et personne vulnérables*, Rev. sc. crim. 1998, p. 57, n° 19. **G. Stefani**, **G. Levasseur**, **B. Bouloc**, *Procédure pénale*, préc., n° 42.

poursuivie considérée comme unique moyen de preuve constitue une atteinte au principe de la présomption d'innocence. C'est la reconnaissance de l'infraction qui sert de base de légitimation à la négociation pénale. Par ce renversement de la charge de la preuve et cette restriction des moyens de preuve, l'autorité transigeante se décharge et exclut l'éventualité du doute dont pourrait bénéficier l'accusé. Il ressort des travaux parlementaires ayant abouti à l'adoption de la loi du 23 juin 1999 sur la composition pénale, la volonté de « récompenser » celui qui a avoué sa culpabilité en le condamnant à une sanction moins sévère que celle infligée en l'absence de reconnaissance des faits¹. L'aveu constitue donc le préalable nécessaire à toute mise en œuvre de ces nouvelles procédures. Plus encore, la reconnaissance des faits semble constituer le socle des modes alternatifs de règlement du contentieux pénal² puisque toutes les alternatives aux poursuites sont ainsi subordonnées à l'aveu, qu'il s'agisse de la composition pénale, la transaction pénale ou l'aveu doit être recueilli de manière expresse ou encore d'autres procédures où l'aveu découle de l'acceptation de la mesure par l'auteur des faits à l'instar de la médiation pénale ou de l'amende forfaitaire. L'organe de poursuite, à qui incombe la recherche des preuves, en est déchargé par l'exercice de son pouvoir de négociation. Les alternatives aux poursuites comme la médiation et la composition pénale peuvent donc être qualifiées de véritables contrats se rapprochant du *plea bargaining* américain, selon lequel la preuve de la culpabilité est réduite à l'obtention de l'aveu de l'intéressé. Ainsi, l'article 41-2 du code de procédure pénale indique très clairement que le procureur de la République peut proposer une composition pénale à une personne majeure qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits. La procédure est donc dépendante de l'aveu formulé par l'intéressé. Il se peut pourtant que l'aveu ne corresponde pas toujours à la matérialité des faits mais, en définitive, cela importe peu. Comme le relève à ce propos un auteur, l'aveu n'est plus « *que la valeur marchande d'une transaction sur la peine. Il n'est plus question ici de rechercher une vérité matérielle, mais de se contenter d'une vérité juridique* »³. Les alternatives aux poursuites peuvent donc être mises en œuvre pour des infractions qui, de toute façon, n'auraient pas été poursuivies car pas assez constituées du moment qu'il y a aveu de la personne ce qui est d'autant plus regrettable compte tenu des infractions qui peuvent être concernées, c'est-à-dire les contraventions et les délits passibles de peines d'amende et d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans. Autrement dit, de nombreuses infractions comme l'abus de biens sociaux, le blanchiment, l'escroquerie ou le recel sont susceptibles de faire l'objet d'une alternative aux poursuites alors que ces infractions complexes nécessitent une recherche des preuves élaborée sur le plan, notamment, comptable, financier et commercial.

¹ Rapport n° 486 (1997-1998) de M. Pierre Fauchon, fait au nom de la Commission des lois, déposé le 10 juin 1998.

² C. Ambroise-Castérot, « Aveu », *Répertoire pénal Dalloz*, 2006.

³ *Ibid.*

Dès lors, la simplification du procès pénal, dans le domaine de la justice négociée, emporte celle de la preuve pénale, cette dernière étant réduite à l'obtention de l'aveu de la personne susceptible d'être condamnée. Or, l'aveu est un élément de preuve faillible¹. On remarque ainsi une certaine fragilisation de la preuve pénale. Pour autant, la preuve pénale constitue l'objet principal du procès pénal. C'est par la recherche des preuves que toute répression peut être légitimée et effective². Alors que sous l'Ancien droit, il était la *probatio probatissima*, et sous l'empire du code d'instruction criminelle, la reine des preuves dispensant les juges de rechercher d'autres éléments de conviction, dans le droit positif l'aveu n'est doté d'aucune force probante particulière. En effet, défini comme les déclarations par lesquelles l'intéressé reconnaît, en totalité ou en partie, le bien fondé des accusations portées contre lui, l'aveu ne constitue pas une preuve infaillible. De plus, selon l'article 428 du Code de procédure pénale relatif à l'administration de la preuve devant la juridiction correctionnelle, « *l'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges* ». Bien que la jurisprudence admette qu'une condamnation puisse valablement être fondée sur l'unique aveu³, il n'en demeure pas moins vrai que l'aveu doit être considéré comme un élément de preuve insuffisant, et par conséquent faillible, ce qui implique qu'il doit être corroboré par d'autres éléments probatoires, être conforté par d'autres éléments de preuve. Par conséquent, l'appréciation des aveux doit conduire à légitimer des investigations supplémentaires, ces dernières confortant ou non les aveux de l'intéressé. Il est vrai qu'une telle exigence peut conduire à rallonger les délais des procédures, alors que l'objectif poursuivi par le législateur a été de les abrégés. Mais il semble que l'exigence de corroboration sert à la fois l'impératif de répression et celui des droits de l'homme : les moyens matériels ne pouvant justifier une simplification exagérée du procès pénal aux dépens des principes les plus fondamentaux.

SÉPARATION DES AUTORITÉS DE POURSUITES ET DE JUGEMENT. — Enfin, ultime grief, la négociation introduite par les alternatives aux poursuites dénature les règles du procès pénal en ce qu'elle aboutit à la confusion des autorités de poursuites et de jugement. Dans une procédure classique, le parquet poursuit et le juge affirme la culpabilité. Cette séparation participe au souci d'équité du procès. Ici, avec la négociation, il y a poursuite et affirmation d'une culpabilité dans un même mouvement. Le Procureur de la République ou plus généralement, l'autorité de poursuite (Administration ou Autorité administrative indépendante), chargé par la loi d'exercer les poursuites, peut-il proposer à un délinquant d'éteindre l'action publique née de la perpétration de son méfait moyennant l'exécution d'une prestation dont le Parquet précise lui-

¹ **M.-C. Nagouas-Guerin**, *Le doute en matière pénale*, thèse, Bordeaux IV, 2000, publ. Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2002, préf. P. Conte, p. 240 s., n° 341.

² **B. Pereira**, *Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?* : D. 2005. p. 2041 et s.

³ Cass. crim. 24 nov. 1899, *Bull. crim.*, n° 335 ; 21 oct. 1965, *ibid.*, n° 206.

même la teneur ? Le Conseil constitutionnel¹ ne l'a pas pensé, du moins lorsque la transaction comprend l'exécution de mesures « *de nature à porter atteinte à la liberté individuelle* ». Après avoir visé, outre l'article 9 de la Déclaration de 1789, l'article 66 de la Constitution et le principe du respect des droits de la défense, et avoir rappelé que « *la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement concourt à la sauvegarde de la liberté individuelle* », le Haut Conseil a observé « *que certaines mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pénale* » constituaient « *dans le cas où elles sont prononcées par un tribunal, (...) des sanctions pénales* ». Il a alors estimé « *que le prononcé et l'exécution de telles mesures, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne (pouvaient), s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais (requéraient) la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées* ». Dès lors, le principe de la séparation des autorités de poursuite et de jugement s'oppose à ce que le Parquet puisse transiger avec les délinquants. C'est pour assurer cette séparation que l'article 41-2 du Code de procédure pénale prévoit l'intervention d'un juge du siège pour valider l'accord intervenu entre l'auteur des faits et le Ministère public.

Si la composition pénale semble respecter le principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement, il semble que la plupart des alternatives aux poursuites fassent fi de cette exigence. Ainsi cette séparation ne semble pas plus assurée dans le cadre d'une médiation pénale qu'à l'occasion de la procédure d'injonction rejetée par le Conseil constitutionnel. En effet, pas plus que l'injonction, les médiations pénales ne font appel à une autorité de jugement pour retenir la culpabilité de l'agent. L'aval du parquet suffit à la validité de la procédure. Afin que la constitutionnalité soit garantie, il serait souhaitable d'exiger au terme de chaque médiation une forme d'homologation par la juridiction de jugement², comme la loi l'exige pour les médiations civiles³ ; un tel aménagement permettrait un minimum d'harmonisation des solutions et d'égalité de traitement et la préservation du principe de présomption d'innocence.

Certes, certains pourront avancer que les mesures proposées lors de médiations et de transactions ne constituent pas des mesures « *de nature à porter atteinte à la liberté individuelle* » mais cet argument paraît dénué de sens. Lorsqu'on regarde la nature des mesures qui peuvent être prononcées (classement sous condition) ou proposées (composition pénale) par le procureur de la République, il ne fait aucun doute qu'il s'agit de peines qui ne disent pas leur nom : des quasi-

¹ Décision n° 95-360 DC du 02 février 1995

² En ce sens, **J. Faget**, *op. cit.*, p. 150.

³ Art. 131-12 du Code de procédure civile.

peines¹. Ainsi en est-il de la réparation du dommage causé à la victime qui précisément est qualifiée de peine par la loi du 5 mars 2007² relative à la prévention de la délinquance. De même, parce qu'elle aboutit au versement d'une amende transactionnelle (qui peut se chiffrer en millions), à l'affichage ou la diffusion d'un communiqué, et s'il y a lieu, à l'indemnisation de la victime³, la transaction proposée par la HALDE comme celles proposées par les nombreuses autres autorités administratives indépendantes constitue une véritable mesure « *de nature à porter atteinte à la liberté individuelle* ». Ainsi de la transaction proposée par la HALDE qui, nous dit-on, serait « *respectueuse des droits de la défense* »⁴ dans la mesure où « *la procédure de transaction tire surtout sa légitimité de son homologation judiciaire* »⁵. Là encore, il s'agit d'un leurre puisque l'homologation est faite par le Parquet. Or c'est là encore confondre autorité de poursuite et autorité de jugement.

En définitive, les alternatives aux poursuites constitutives d'une négociation sur la peine peuvent engendrer de nombreuses dérives, les garanties juridictionnelles étant inexistantes. Si l'on relève une problématique tenant à la capacité pour la justice de répondre à la masse importante d'infractions de faible gravité, la méthode de la simplification des procédures ne saurait aboutir pour autant à saper les droits de la défense. Or, tel est le cas à travers la mise en œuvre de ces alternatives aux poursuites qui remettent en cause les principes fondamentaux de la procédure pénale. On le voit, la négociation introduite par les alternatives aux poursuites dénature le procès pénal. Sous le prétexte de la recherche d'une efficacité judiciaire et de considérations étrangères au droit pénal, la négociation introduite par les alternatives aux poursuites remet en cause la fonction classique du procès pénal et ses règles fondamentales destinées à l'organisation d'un procès équitable respectant la liberté et les droits de chacun. Dans son principe même, la négociation est donc mauvaise et ce d'autant plus qu'elle n'est pas seulement dénaturante du procès pénal, elle est également synonyme d'érosion du droit au juge.

SECTION 2 | L'ÉROSION DU DROIT AU JUGE

La négociation introduite par les alternatives aux poursuites n'est pas seulement dénaturante du procès pénal, elle revient à faire du juge une pure formalité, un simple arbitre, un « *objet en voie de disparition* ». Dès lors, c'est le droit au juge qui est menacé. En effet, la négociation entraîne l'érosion du droit au juge car avec elle se confirme l'idée que le droit au juge

¹ J.-C. Saint-Pau, *Le ministère concurrence-t-il le juge du siècle ?*, Droit pénal, n°9, Sept. 2007, étude 14.

² L. n° 2007-297, 5 mars 2007 : Journal Officiel 7 Mars 2007.

³ Art. 11-1, 11-2 et 11-3 de la loi du 30 déc. 2004 et D. 1-1 du CPP.

⁴ F. Amegadje, *La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux*, AJ Pénal, 2008, p. 307 et s.

⁵ Art. 11-1 de la loi du 30 déc. 2004 et D.1-1 c. pr. pén.

se réduit au droit à un règlement des litiges, peu importe que ce règlement fasse intervenir un juge ou non. Or, le droit au juge, c'est d'abord le droit à un « *vrai juge* »¹. L'accès au juge est une question centrale dans la réflexion sur l'accès au droit. Il a d'ailleurs longtemps été entendu implicitement comme le moyen à la fois nécessaire et suffisant pour accéder au droit, l'accès au juge assurant, à lui seul, l'accès au droit. Seul le juge pouvait « *dire le droit* » et sanctionner des comportements déviants. Or, la négociation opère une évolution : à l'intérêt pour l'accès au juge s'ajoute un intérêt pour l'accès au droit ou à tout le moins à une solution, à un règlement du litige. Il ne s'agit plus seulement de permettre à chacun d'accéder au juge, mais également d'accéder à une connaissance suffisante du droit, préalable indispensable à une revendication juridique et d'organiser la reconnaissance ou l'établissement d'un droit, ailleurs que devant une juridiction. Cette approche élargit la perspective et permet d'englober d'autres acteurs. Le passage de la problématique de l'accès au juge, implicitement conçu comme mode d'accès au droit, à la problématique de l'accès au droit induit un déplacement du point de vue. La question n'est plus cantonnée à la seule activité juridictionnelle. Elle s'élargit à l'activité juridique des acteurs du droit, activité dont les juges sont des acteurs importants mais non exclusifs. Dès lors, la réflexion donne dorénavant une plus grande place aux acteurs et à leurs situations respectives, en amont ou parallèlement à l'accès au juge.

D'emblée une *summa divisio* se laisse entrevoir en cette matière : les dispositifs mis en place peuvent en effet s'analyser en une déjudiciarisation du contentieux pénal ou en une simplification de la procédure judiciaire pénale. Dans la première hypothèse, on assiste à la mise en place de ce que d'aucuns ont appelé des « *itinéraires de délestage* », c'est-à-dire des procédures alternatives aux poursuites pénales prenant la forme de règlements extrajudiciaires. Des transactions pénales aux amendes administratives en passant par la médiation pénale, divers systèmes semblent pouvoir être envisagés, qui présentent tous une caractéristique commune : s'il marque son accord sur la proposition qui lui est faite, ou s'il n'introduit pas de recours contre la décision prise à son encontre, l'accusé est chaque fois censé avoir renoncé à la première des garanties consacrées par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, à savoir le droit de voir soumettre à un juge, pour décision, l'accusation portée contre lui. Dans la seconde hypothèse, par contre, l'accusation reste soumise à la décision d'un juge indépendant et impartial, mais l'accusé peut consentir à un affaiblissement plus ou moins important des garanties procédurales qui lui sont traditionnellement offertes et le juge n'apparaît alors que comme un simple arbitre venant valider la transaction opérée entre les parties. Différentes procédures sont

¹ J. Rideau, *dir.*, *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, 1998, p. 220 et s.

envisageables ici, caractérisées par un recul du juge dans le processus de règlement comme c'est le cas dans la procédure de composition pénale.

Dès lors, la négociation entraîne l'érosion du droit au juge. Le droit au juge n'est plus une fin en soi, c'est un moyen comme un autre d'accès à une solution. La négociation, parce qu'elle entraîne le recul du juge dans le processus de règlement du procès pénal (I) ou qu'elle y substitue un système de règlement non judiciaire des conflits pénaux (II) dénature le droit au juge : le droit au juge ne vise plus à l'accès à un juge mais à l'accès à une solution, peu importe que celle-ci fasse intervenir un juge, un quasi-juge ou une autorité non juridictionnelle.

I | LE REcul DU JUGE DANS LE PROCESSUS DE RÈGLEMENT DU PROCÈS PÉNAL

Les alternatives aux poursuites, en permettant aux parties d'évincer le juge par un accord entre elles confirment un mouvement plus vaste d'économie du juge. Les causes de ce mouvement sont connues : à la recherche classique de l'équilibre entre l'intérêt de la répression et le respect des intérêts individuels, s'ajoutent aujourd'hui la volonté de renforcer la célérité du procès et le souci d'une poursuite plus systématique des infractions. *A priori* difficilement conciliables, ces deux derniers objectifs ont pu être mis en œuvre par différents moyens. La première technique fut trouvée dans une modification organique du siège pénal, et plus précisément dans le recours au juge unique en matière correctionnelle¹, d'ailleurs élargi par la loi du 12 décembre 2005². D'évidence, cette technique n'a pas fait ses preuves, et il est rapidement apparu que juger tout seul n'était pas forcément juger plus vite, ni surtout mieux juger. Dès lors, ce sont des modifications fonctionnelles qui ont été mises en place comme le démontre la composition pénale. La négociation marque ainsi, si ce n'est une suppression pure et simple du juge comme c'est le cas pour la médiation ou encore la transaction pénale du moins un recul flagrant de ce dernier dans le règlement du procès pénal, faisant de lui un « *objet de luxe* »³. Le rôle du juge a changé. On assiste ainsi avec la négociation à une suppression du rôle processuel du juge pénal (A) et, parallèlement, à une évolution de son rôle substantiel (B).

A – De la modification à la suppression du rôle processuel du juge pénal

« *Clé de toute organisation sociale* »⁴, la fonction juridictionnelle apparaît, depuis quelques années en déclin face à l'exigence de célérité et de systématisation de la réponse pénale.

¹ Art. 398 du CPP.

² L. n° 2005-1549, 12 déc. 2005 : Journal Officiel 13 Décembre 2005.

³ P. Poncela, *Quand le procureur compose avec la peine (bis)*, RSC 2003, p. 139 et s.

⁴ G. Scelle, cité par J. Rideau, *Le droit au juge : conquête et instrument de l'Etat de droit*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, op. cit., p. 3

La négociation ainsi introduite par les alternatives aux poursuites confirme et achève l'évolution du rôle processuel du juge pénal. Si jusqu'alors, ce rôle processuel avait connu une profonde modification, il est aujourd'hui purement et simplement supprimé par l'introduction de la négociation dans le procès pénal par des alternatives aux poursuites comme la composition pénale.

LES PRÉMICES DE L'ÉVOLUTION : LA MODIFICATION DU RÔLE PROCESSUEL DU JUGE PÉNAL. — Classiquement, la fonction processuelle du juge pénal consiste à prendre une part active dans le déroulement de la procédure. Ainsi, le juge répressif apparaît comme un véritable acteur du procès pénal. Il prend notamment une part active à la recherche de preuves qui vont servir de base à son intime conviction. Il peut ainsi ordonner « *tous transports utiles en vue de la manifestation de la vérité* »¹, demander des expertises², des compléments d'informations³, ... Trouvant ses origines dans une tradition inquisitoire du procès pénal, l'image du juge pénal « *acteur* » tend aujourd'hui à laisser une plus grande part à celle d'un juge « *arbitre* », reflet authentique du rôle classiquement attribué au juge civil. Dans une procédure inquisitoire, la mission essentielle dévolue au juge est l'application de la loi. A cette fin, il dispose de pouvoirs étendus dans la recherche de la vérité objective. Il devient alors juge des faits et non plus des seules prétentions des parties⁴. Il dirige l'instruction et procède à toutes les investigations qu'il estime nécessaires. Force est de constater qu'avec la négociation, le procès pénal devient de plus en plus accusatoire, le litige devient « *la chose des parties* » et le juge joue le rôle effacé d'un arbitre qui les départagera, le moment venu, en se fondant sur les « *matériaux* » fournis par elles mais sans participer à la recherche d'une vérité objective. Il est alors le « *juge des prétentions* » et « *le spectateur impassible du débat judiciaire* »⁵.

La modification du rôle processuel du juge pénal fut d'abord nettement perceptible à l'égard du juge d'instruction. En matière de preuve, notamment, son rôle est en concurrence directe avec celui des parties et surtout des parties privées, qui peuvent requérir de lui tous les actes leur paraissant nécessaires à la manifestation de la vérité⁶. La fonction du juge est ainsi réduite à un simple contrôle de l'opportunité de la mesure réclamée. La jurisprudence en matière de preuve est, quant à elle, nettement révélatrice d'une évolution de la fonction processuelle du juge. Ainsi, la chambre criminelle juge-t-elle fréquemment que le juge ne peut refuser une preuve

¹ v. notamment art. 456 du CPP pour le tribunal correctionnel et l'art. 536 du même Code pour le tribunal de police.

² v. notamment art. 434 du CPP pour le tribunal correctionnel.

³ v. notamment art. 463 du CPP

⁴ H. Croze et C. Morel, *Procédure civile*, PUF, PARIS, 1988, n° 194.

⁵ J. Normand, *Le juge et le litige*, Bibl. dr. privé, T. 65, LGDJ, PARIS, 1965, n° 40.

⁶ Art. 82-1 du CPP.

obtenue de manière déloyale ou illégale par les parties privées¹. Le juge se voit ainsi imposer une collaboration des parties privées dans la recherche de la preuve, et doit se contenter d'un contrôle de la régularité formelle de son administration.

L'exemple le plus flagrant de ce déclin du rôle processuel du juge pénal apparaît également en cas de correctionnalisation judiciaire où le juge s'est vu privé du pouvoir de contrôler sa propre compétence. Ainsi, la loi Perben II du 9 mars 2004² qui est à l'origine de la légalisation de la pratique de la correctionnalisation judiciaire a eu pour conséquence de faire perdre au juge son pouvoir de requalification. Par exception au principe de l'interdiction de l'appel des ordonnances de renvoi devant le tribunal correctionnel³, la personne mise en examen et la partie civile peuvent désormais former cet appel pour contester la qualification correctionnelle retenue par le juge d'instruction alors que les faits seraient de nature criminelle⁴. Cette concession aux parties s'est doublée de l'impossibilité pour le tribunal correctionnel de revenir sur la correctionnalisation opérée si le recours n'a pas été exercé ou ne peut plus l'être⁵. La compétence du juge est alors définitivement jugée. La compétence, auparavant d'ordre public, s'est ainsi privatisée, elle se trouve désormais entre les mains des parties privées. Le juge se trouve donc privé par la volonté du législateur de la possibilité d'apprécier sa compétence. On le voit, le rôle processuel du juge est donc largement entamé. Un juge, au nom de la gestion des intérêts privés par la personne mise en examen et par les parties civiles, ne peut plus dire qu'il est incompetent, il sera obligé de juger malgré lui sur un terrain vicié. C'est alors le juge contraint, le juge bagnard.

L'évolution du rôle processuel du juge se constate également lors de la phase de jugement. Ici encore, il s'agit d'une redistribution des pouvoirs traditionnels du juge, dont certains sont désormais concurremment assumés par les parties. Ainsi, la loi du 15 juin 2000⁶ a-t-elle instauré la possibilité, pour les parties, de poser directement des questions à toute personne appelée à la barre⁷. Cette technique dite de « *cross examination* » modifie sensiblement la physionomie du procès pénal en retirant partiellement au président de la juridiction son rôle de meneur des débats. Comme on a pu le souligner, le juge « *prend de la hauteur* »⁸ en ne conservant qu'un rôle d'arbitre, qui se traduit par une fonction de contrôle du déroulement des débats.

¹ v. par ex. : *Cass. crim.*, 30 mars 1999, n° 97-83.464, P-F : *Juris-Data* n° 1999-001606 ; D. 2000, p. 391, note T. Gare.

² Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, (JO 10 mars, p. 4567).

³ Art. 186 du CPP.

⁴ Art. 186-3 du CPP.

⁵ Art. 469, al. 4 du CPP.

⁶ L. n° 2000-516, 15 juin 2000 (JO 16 Juin 2000).

⁷ Art. 442-1, 454 et 312 du CPP.

⁸ C. Ayela et D. Dassat-Le Deist, *Le développement de la cross examination dans le procès pénal français. Une approche éthique* : JCP G 2006, I, 186.

Le glissement d'une fonction de jugement vers une fonction de contrôle entraîne ainsi une modification sensible du rôle processuel du juge, dont le rôle actif tend aujourd'hui à laisser la place à un simple rôle d'arbitre. Plus radicalement, cette évolution trouve aujourd'hui un point d'aboutissement dans une suppression pure et simple de ce rôle avec la composition pénale.

L'ABOUTISSEMENT DE L'ÉVOLUTION : LA SUPPRESSION DU RÔLE PROCESSUEL. — La suppression du rôle processuel du juge pénal se manifeste clairement avec la négociation introduite par les alternatives aux poursuites. Dans un souci de rapidité, le législateur entend lui retirer purement et simplement toute initiative procédurale. Ce phénomène est nettement perceptible dans la composition pénale dans laquelle le juge ne possède aucun rôle processuel. Il ne peut effectuer aucun acte d'instruction définitive et les débats sont réduits à leur strict minimum. Dans la composition pénale, le débat est même, par principe, exclu lors de l'intervention du juge pour validation, les auditions des parties étant facultatives¹.

La suppression du rôle processuel du juge du siège entraîne sur la fonction de juger des conséquences encore plus drastiques que la simple modification précédemment évoquée. Le juge perd ici tout pouvoir d'action personnelle sur la procédure ; cette dernière lui est transmise « *en l'état* » sans qu'il ne puisse y prendre part ultérieurement. Il est d'ailleurs intéressant de noter que, dans le même temps, le rôle du juge civil subit une évolution strictement inverse, les textes lui permettant désormais de prendre une part plus active au déroulement du procès².

La fonction processuelle se réduit donc à ce simple contrôle, en supprimant purement et simplement les attributs classiques de la fonction de juger. Le juge, il est vrai, n'est pas absent, mais il n'est plus le maillon principal de la chaîne. Son intervention est différée, déplacée et, selon des degrés variables, pré-encadrée par un processus dont il n'est pas l'acteur mais le contrôleur. Dans cette optique, le juge n'est plus l'acteur du règlement, lequel est largement dévoyé aux protagonistes, il n'est que « *l'arbitre des passions rivales et des intérêts opposés* »³. Dès lors on constate l'érosion du droit au juge : pourquoi un droit au juge si le juge ne juge pas ?⁴ Plus encore que la suppression de son rôle processuel, c'est également son rôle substantiel qui est modifié.

¹ Art. 41-2 du CPP.

² v. notamment art. 10 et art. 11, al. 2 du CPC.

³ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3e édition, LGDJ, Paris, 1935, p. 36

⁴ M.-C. Rivier, *Le droit au juge et procédures parajuridictionnelles*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, op. cit., p. 49.

B – L'évolution du rôle substantiel du juge pénal

Classiquement, l'objet de la procédure pénale est l'application d'une peine¹, qui implique au préalable une reconnaissance de culpabilité. Le juge a alors « *la haute mission de trancher. C'est en tranchant le litige dans le respect des principes directeurs du procès qu'il accomplit son office, qu'il trouve sa raison d'être, en un mot qu'il exerce son art juridique et judiciaire* »². Or, la composition pénale procède à un déplacement de l'objet du procès, entraînant une évolution du rôle du juge. La même constatation peut être faite en ce qui concerne la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, « *sœur jumelle* » de la composition pénale, qui n'est pas une alternative aux poursuites mais une alternative au jugement³.

DÉPLACEMENT DE L'OBJET DU PROCÈS. — Ce déplacement de l'objet du procès s'effectue par le biais d'une disparition du litige sur la culpabilité et l'avènement de procédures pénales gracieuses, dont la composition pénale est un exemple type. Ici, le juge n'est pas saisi d'un conflit relatif à la culpabilité ou à la peine, il est saisi à titre gracieux d'une demande de validation d'une procédure dans laquelle l'individu a reconnu sa culpabilité et accepté la sanction qui lui a été proposée. Le juge du siège n'intervient qu'au moment de la validation si bien qu'*a priori*, le procureur obtient un pouvoir de sanction⁴ : il décide non seulement de la nature et du quantum de la mesure, mais de plus, il a la maîtrise de l'intégralité de la procédure. Le juge du siège n'intervient postérieurement que pour rejeter ou approuver la décision du parquet qui apparaît dès lors comme le premier juge de l'affaire, réduisant le juge du siège à un rôle de contrôleur *a posteriori* de la décision du ministère public. Le juge ici n'est donc pas un juge de la culpabilité mais un juge de validation, l'objet de sa saisine n'est que de valider ou non la procédure.

Il convient de ne pas confondre cette situation avec l'hypothèse d'une reconnaissance factuelle de la culpabilité. Il est en effet courant que l'individu poursuivi reconnaisse sa culpabilité, et il est également vrai que le procès pénal ne comprend pas intrinsèquement l'idée de litige. Cette hypothèse ne dispense pas le juge de son office, la procédure pénale étant consubstantielle à l'application du droit pénal. Dans ce cas, la fonction du juge n'est pas juridiquement modifiée⁵. À l'inverse, les nouvelles procédures impliquent une disparition non plus factuelle mais juridique du litige. Cette éviction légale implique nécessairement un déplacement juridique de l'objet du procès et, partant, de la fonction de juger. Le juge n'a pas légalement à se prononcer sur la culpabilité et sur la peine, il doit simplement contrôler la régularité de la

¹ Art. 1 du CPP.

² **J.-M. Coulon, M.-N. Teiller et E. Serrand**, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, Ministre de la Justice, Garde des Sceaux, Paris, La Documentation française, coll. Des rapports officiels, 1997 à la p. 101.

³ Art. 495-7 et s. du CPP.

⁴ **C. Saas**, *De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur*, *Rev. sc. crim.* 2004, p. 829.

⁵ **Y. Capdepon**, *Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ?*, *D. pén.* n° 9, Sept. 2007, ét. 15.

procédure qui lui est soumise. Cette simple fonction de contrôle sur le fond entraîne inévitablement une modification de ses pouvoirs.

MODIFICATION DES POUVOIRS DU JUGE PÉNAL. — La nature gracieuse des nouvelles procédures a pour principale implication de retirer au juge toute fonction de jugement relativement à la culpabilité ou à la sanction de la personne poursuivie. Celui-ci doit s'en tenir à un simple contrôle de la mesure. Dans le cadre de la composition pénale, le juge saisi d'une requête en validation ne peut opérer qu'un contrôle de légalité de la mesure¹, sans pouvoir vérifier ni l'opportunité de la procédure, ni celle de la mesure proposée. Il ne peut juridiquement prononcer la culpabilité ou l'innocence de la personne, et ne peut pas davantage prononcer une autre peine que celle proposée. Cela s'explique précisément par la nature gracieuse de ces procédures. Si, au moment de la validation, un litige apparaît entre les parties sur la culpabilité ou sur la sanction, le juge doit impérativement refuser de valider, sans pouvoir trancher ce litige dont il n'est pas saisi.

Il est vrai que le rôle procédural du juge du siège est quelque peu inconfortable. Son intervention est juridiquement indispensable puisque c'est la condition de constitutionnalité de la procédure permettant de respecter le principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement que le conseil constitutionnel a exigé dans sa décision relative à l'injonction pénale². Toutefois, selon les débats parlementaires, cette intervention était supposée ne pas trop alourdir la procédure étant précisé que « *si l'on donne au juge du siège chargé de valider la composition judiciaire la possibilité de modifier les mesures, on transforme alors cela en audience devant un magistrat du siège et on sort du système proposé* »³. Elle était conçue comme une sécurité, toutes les extensions envisagées du pouvoir d'intervention du juge ayant été refusées. Dès lors, le juge du siège n'est plus véritablement décideur, son *imperium* étant réduit au strict minimum, puisqu'il semble être là uniquement pour vérifier l'exercice fait par le ministère public de son pouvoir de sanction. La nature de la validation va alors être fonction de la conscience professionnelle du magistrat qui en aura la charge, certains, en particulier des avocats, craignant qu'il ne fût purement formel.

Si la négociation ainsi introduite entraîne un déplacement de la fonction de juger, peut-on pour autant parler de déséquilibre institutionnel ou pire de « *justice sans juge* »⁴ ? Cette mission de contrôle de la procédure s'inscrit en retrait par rapport au rôle du juge lors d'une audience traditionnelle. Certains y verront l'opportunité d'une plus grande disponibilité pour « *mieux juger*

¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique* : PUF 2002, Validation p. 909.

² Décision n° 95-360 DC du 02 février 1995

³ E. Guigou, séance du 17 juin 1998, JO Sénat, p. 3332.

⁴ E. Halphen, *Le bal des outrés* : Privé 2006, p. 87

» les affaires complexes ou pour lesquelles la culpabilité est moins tangible ; d'autres une dépossession inacceptable et périlleuse pour les droits des justiciables.

Force est finalement de constater une modification importante du rôle substantiel du juge¹, qui est radicalement dépossédé de ses prérogatives habituelles² pour n'effectuer qu'un simple contrôle de l'issue du procès, déterminée en amont. Faut-il approuver ou contester cette « *nouvelle manière de juger* » ? le risque est grand de voir le juge auparavant « *acteur et metteur en scène du procès pénal dans le cadre d'un débat contradictoire public porté par le procureur et des avocats se transformer en contrôleur des travaux finis* »³, quand il n'est pas tout simplement évincé par un règlement non judiciaire des conflits pénaux.

II | LA MONTÉE EN PUISSANCE DU RÈGLEMENT NON JUDICIAIRE DES CONFLITS

La composition pénale est symptomatique du passage d'un juge acteur à un juge arbitre. Mais la négociation, plus encore qu'elle peut réduire le droit au juge à un simple « *droit à validation par un juge* », peut tout simplement supprimer le juge et réduire le droit au juge à un simple « *droit à un règlement* ». Le juge n'est alors plus présent dans la résolution du litige, il est concurrencé par d'autres autorités « *dont la raison d'être est l'apaisement du conflit (...) et non l'application de la loi* »⁴ : Administration, autorité administrative indépendante, médiateur, délégué du procureur, juge de proximité, ... sont autant d'autorités, d'organes qui concurrencent le juge (A). On passe donc du droit au juge au droit à un règlement du conflit, qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire. Le droit au juge y est donc dénaturé. Ce mouvement est d'autant plus sensible qu'il semble avoir la préférence du législateur, ce dernier n'hésitant pas à favoriser la concurrence ainsi mise en place (B).

A – Le juge concurrencé

Deux phénomènes sont perceptibles dans la concurrence ainsi mise en place. L'éviction du juge se réalise au profit d'autorités jugées soit plus proches du justiciable, soit plus spécialisées que le juge qui vont ainsi intervenir dans « *le périmètre du juge* »⁵. On assiste alors à une sorte de corporatisme, de retour à des structures de règlement plus proches du justiciables. Face au «

¹ *Contra*, B. de Lamy, La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (suite et fin) : D. 2004, p. 1982, pour qui la tâche du juge dans le cadre de l'homologation n'est pas très éloignée de celle de tout juge du fond.

² A. Valoteau, *Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ?* Dr. pén. 2006, étude 8

³ H. Dalle, *Culture professionnelle*, Les annonces de la Seine, n°2 du lundi 11 janvier 2010.

⁴ B. Brunet, *Les modes alternatifs de règlement des litiges ; quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit* : Gaz. Pal. 23 déc. 1997, doct. p. 2.

⁵ Rapp. J.-M. Coulon à M. le Garde des sceaux, déc. 1996, p. 67

phénomène de surcriminalisation »¹, et corrélativement à celui de l'incapacité du système pénal à répondre à la commission de toutes les infractions, le législateur s'est orienté vers une voie moins interventionniste, celle de la dépenalisation et de la déjudiciarisation. La dépenalisation a consisté à rechercher des modes de répression plus fonctionnels que ceux traditionnellement prévus en droit criminel. Ainsi, on constate une dépenalisation dans le domaine du droit économique et du droit des affaires² à travers l'importance de l'intervention de certaines autorités administratives indépendantes³. Mais c'est la déjudiciarisation⁴, certes liée au phénomène de la dépenalisation, qui a favorisé le développement de la justice négociée, notamment à travers celui des alternatives aux poursuites. Tendante à réduire l'interventionnisme judiciaire, elle a consisté à promouvoir « *des solutions de rechange* » dites administratives en ce qu'elles répondent à la commission d'infractions par une négociation sur la peine entre les parties. Ainsi, en est-il de la médiation, de la transaction et dans une certaine mesure de la composition pénale. Certains auteurs ont ainsi évoqué l'émergence d'une « *justice plurielle* »⁵.

DÉJUDICIARISATION ET PROXIMITÉ. — Le premier mode de « *délestage* » des juridictions étatiques a été trouvé dans le traitement dit de proximité de certaines infractions. « *Ce qui l'emporte ici, c'est fondamentalement le besoin de trouver, si possible vite et pas trop loin de soi, une solution juridique solide à une querelle, une dispute, un conflit, une revendication, lorsque cette issue ne peut pas, pour diverses raisons, être spontanément découverte ou mise en œuvre par les protagonistes* »⁶. Il faut alors l'intervention d'un tiers, qui peut être un juge non professionnel, un arbitre, un conciliateur ou un médiateur de justice, selon les cas.

La notion de « *justice de proximité* » date de la fin des années 1980. Elle s'est exprimée au travers des « *maisons de justice et du droit* » chargées de mettre en œuvre un « *règlement alternatif* » des « *petits litiges* », et dont l'objectif était de rétablir la « *paix sociale* » en rendant une « *justice négociée* ». Selon la loi du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits⁷. Une maison de justice et du droit est une structure judiciaire délocalisée hors du palais de justice et qui peut être créée dans le ressort de chaque tribunal de grande instance, elle est chargée d'assurer « *une présence judiciaire de proximité* », de contribuer

¹ G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n° 56, p. 175.

² C. Mascala, *Vers une dépenalisation des infractions d'affaires ? une réalité ?*, Dalloz Affaires 1998, p. 1030 ; A. Decocq, *La dépenalisation du droit de la concurrence*, Rev. jur. com. 2001, n° 11, p. 89.

³ Cf. not. M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992.

⁴ J.-M. Varaut, *Déjudiciarisation, diversion et médiation*, Colloque international, Tokyo, 1983, RIDP 1983, p. 837.

⁵ F. Ruellan, *Les modes alternatifs de résolution des conflits : Pour une justice plurielle dans le respect du droit*, JCP G, n° 19, 12 mai 1999.

⁶ D. Peyrat, « *Les maisons de justice et du droit : la distance comme problème, la proximité comme solution ?* », Réflexions menées au secrétariat général pour la Coordination de la politique de la ville, *Revue Française des Affaires sociales*, 2001/3 n° 3, p. 115-126.

⁷ Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits.

à la « *prévention de la délinquance et l'aide aux victimes* » et de permettre la mise en œuvre « *des mesures alternatives de traitement pénal et les actions tendant à la résolution amiable des litiges* ». En particulier, elle se voit assigner une fonction de territorialisation de la justice, visant à la restauration du droit dans les quartiers¹ généralement difficiles, notamment avec les procédures de médiation. Ainsi le traitement pratiqué en maison de justice constitue un mode de réponse à une petite délinquance facteur non seulement d'insécurité, mais également de victimisation, que les grosses juridictions n'ont plus la capacité de traiter. Ainsi de la médiation pénale qui peut être mise en œuvre par un médiateur dans une maison de justice et du droit. De même pour la composition pénale qui peut être proposée par un délégué du procureur dans une maison de justice et du droit.

On le voit, il n'est plus question ici d'avoir à faire avec un juge, ce personnage qui n'a rien à voir avec les justiciables, éloigné, « *ce personnage dont se moquent gentiment les humoristes, perdu dans ses livres, enfermé en haut de sa tour d'ivoire* »² mais d'aller chercher, au pied de notre immeuble, dans notre quartier, un arbitre, un médiateur, un conciliateur, pour trouver une solution. Même le terme de « *maison* » est significatif : on ne résout plus les conflits ni ne sanctionne les infractions dans un tribunal mais dans une maison. Le droit au juge est véritablement dénaturé ici, il n'y a pas de juge mais pas non plus tout le décorum nécessaire à la justice. La justice est donc véritablement concurrencée. On permet à d'autres acteurs, jugés plus proches, de s'immiscer dans la matière pénale.

La création de ces structures et de ces nouveaux acteurs est dommageable, car le système existant aboutit à l'apparition d'une justice seconde en marge de la principale. Il est bien certain que, de nos jours, la proximité territoriale n'a plus l'importance qu'elle avait jadis. « *En réalité, la proximité est aujourd'hui dans la tête des plaideurs. Ce qui trouble nos contemporains quand ils pensent à leur justice, ce ne sont plus les kilomètres : c'est d'être confrontés à un monde étranger par son langage, par ses rites et même par ses costumes qui ne sont pas ceux du commun des mortels. Et ce n'est pas la grâce féminine que lui prête l'iconographie traditionnelle qui rend la justice plus accueillante : regardez son visage, et vous n'y verrez jamais qu'un regard grave et austère, sans que perce le moindre sourire, comme si la distance et la sévérité étaient le propre de sa mission* »³. D'aucuns ressentent cet éloignement comme une frustration, surtout lorsqu'il s'agit de ces petits litiges dont les implications touchent plus intimement les plaideurs dans leur vie quotidienne. C'est dire que la proximité est devenue une notion très hétérogène.

¹ C. Doulens et P.-A. Vidal-Naquet, *Du prétoire au quartier*, Revue Ensembles 1994 (n° 3).

² P. Girard, *L'évolution du rôle des juges*, Les cahiers de droit, vol. 42, n°3, 2001, p. 361 et s.

³ R. Perrot, *Les illusions de la proximité judiciaire*, Procédures, n°5, Mai 2004, repère 1.

Mais c'est peut être là où commencent les illusions. Il est en effet permis de se demander si la fonction de juger est compatible avec une proximité entendue de cette manière. L'acte de juger est un acte d'autorité qui implique un certain recul par rapport à des plaideurs imbus de leurs certitudes. Le jugement qui métamorphose le probable en une vérité indiscutable revêt un caractère sacré que l'on ne peut pas négliger, et ce n'est pas pour rien que les juges sont revêtus d'une robe majestueuse : la toge du juge, comme l'habit sacerdotal, symbolise la barrière psychologique qui doit séparer le juge de celui qui sera jugé. C'est bien là où est la contradiction quand on entonne une mélodie sur la proximité judiciaire. Le juge chargé de trancher un litige doit être distant, c'est cette distance qui donnera de l'autorité à sa décision. Dès lors, en remplaçant le juge par un arbitre, un conciliateur, un médiateur jugés plus proches, c'est rompre avec l'idée de la justice, il n'y a plus de justice, seulement une solution.

DÉPÉNALISATION ET AUTORÉGULATION. — Le second mode de « *délestage* » des juridictions étatiques a été trouvé dans le traitement autorégulé des infractions. Ici, plusieurs mécanismes permettent cette autorégulation : ou bien l'Administration elle-même se substitue au juge pour régler un conflit, une infraction pénale ou bien des autorités administratives qui ont en charge la régulation d'un secteur d'activité se substituent au juge pénal pour sanctionner les infractions qui relèvent de leur secteur.

Ainsi, l'Administration peut transiger avec l'auteur d'une infraction. Le juge répressif et l'institution juridictionnelle disparaissent entièrement au profit de l'administration : il ne sera fait appel aux juridictions pénales qu'en cas d'échec de la transaction, transformant ainsi le procès pénal en recours de second rang. En effet, la transaction pénale administrative qui traduit cette deuxième forme de justice est un procédé en vertu duquel une administration légalement habilitée renonce à l'exercice des poursuites pénales après constatation de l'infraction ou bien à l'application des sanctions pécuniaires prononcées par une juridiction répressive, moyennant le versement consenti à son profit d'une somme d'argent par la personne poursuivie ou condamnée et ce, sans recourir à l'autorité judiciaire ou à un tiers. Elle revêt ainsi un caractère bilatéral permettant de la distinguer de la médiation, de la conciliation et de l'arbitrage en ce sens qu'elle se réalise sans l'intervention d'une autorité judiciaire ou d'un tiers. En cas de succès de la transaction, le juge pénal n'entendra jamais parler du litige puisque l'accusé ne pourra utiliser que des voies de recours hiérarchiques, éventuellement un recours pour abus de pouvoir. Si la transaction est sollicitée par le contribuable, en cas d'échec des négociations, celui-ci devra respecter le texte qu'on lui reproche d'avoir transgressé : payer un prix, exécuter une prestation prévue dans le texte, ... Là encore, le juge pénal ne sera, la plupart du temps, jamais informé de l'affaire. Ainsi, « *l'administration des douanes est autorisée à transiger avec les personnes poursuivies pour*

infractions douanières ou pour infractions à la législation et à la réglementation relative aux relations financières à l'étranger »¹. De même, en matière de contributions indirectes, les infractions fiscales « *peuvent faire l'objet de transaction avant la mise en mouvement d'une action judiciaire* »². Des dispositions similaires ont été prises en matière de transports aériens³, en droit de l'environnement⁴, en droit forestier⁵ ou encore en matière de transports publics⁶. La même procédure se retrouve en matière d'amende forfaitaire qui évite le procès pénal par le paiement d'une amende et qui concerne les contraventions des quatre premières classes⁷. Ces transactions libres de tout contrôle du système juridictionnel font ainsi échec à la saisine du juge dans la mesure où, comme le relève Mme Delmas-Marthy, « *le juge pénal n'aura jamais accès au litige car, en cas de contestation, les parties n'auront qu'un recours hiérarchique* »⁸. Ce qui est ici redoutable, c'est que le juge pénal est évincé non pas pour la préservation de l'ordre public ou la lutte contre la délinquance, il semble davantage évincé pour permettre le « *renflouement des finances publiques* »⁹.

D'autres autorités viennent également en concurrence du juge à l'instar des autorités administratives indépendantes. L'autorégulation concerne ainsi certains secteurs d'activité qui sont régulés par les autorités administratives indépendantes. Les secteurs concernés sont stratégiquement importants (marchés financiers, concurrence, communication, données informatiques). On confie à des « *spécialistes* », le traitement d'une catégorie d'infractions. Le pouvoir exécutif a préféré confier leur contrôle à une autorité administrative indépendante plutôt qu'aux juridictions classiques dans la mesure où celles-ci avaient montré leur impuissance à traiter des pratiques illicites en ces domaines puisque les condamnations étaient inexistantes¹⁰. On a même mis en cause l'incompétence du juge « *capable de mesurer les effets d'une entente au niveau des halles et marchés, mais incapable de se mesurer aux phénomènes que constituent les groupes financiers puissants, les grands cartels modernes* »¹¹. Ce ne sont pas moins d'une trentaine d'autorités administratives indépendantes qui aujourd'hui se substituent au juge pénal dans de nombreux domaines. On y trouve, pour les plus connues, la HALDE, la HADOPI, la

¹ Art. 350 du Code des douanes.

² Art. L. 248 du Livre de procédure fiscale.

³ Art. L. 330-9 du Code de l'aviation civile.

⁴ Art. L. 437-14 du Code de l'environnement.

⁵ Art. L. 153-2 du Code forestier.

⁶ Art. 529-3 du CPP.

⁷ Art. 529 et s. du CPP.

⁸ **M. Delmas-Marty**, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 36 et s.

⁹ **P. Kolb**, *Recherches sur l'ineffectivité des sanctions pénales en droit des affaires*, Thèse Poitiers 1993, p. 142. - **B. Le Page-Seznec**, *Les transactions en droit pénal*, thèse Paris X 1995, p. 120 et 142.

¹⁰ **C. Teitgen-Colly**, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, in *Sanctions administratives*, n° spécial Petites affiches 1990, n° 8, p. 25.

¹¹ **Y. Loussouarn, J.-D. Bredin**, *La réglementation des ententes : le recul du contrôle judiciaire*, D. 1963, chron. p. 33. **P. Jestaz**, RTD civ. 1977, p. 841. **C. Babusiaux**, *La répression et le contrôle administratif de la régulation concurrentielle*, in *Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Dalloz 1997, p. 113, spéc. p. 117. **J. Chevalier**, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, Justices n° 1, 1995, p. 81, spéc. p. 85.

CNIL, le CSA, l'AMF, ... Ces autorités administratives indépendantes disposent de divers pouvoirs d'injonction et de sanction pouvant être rapprochés des pouvoirs du juge. Elles constituent de véritables « *substituts juridictionnels* », car elles sont compétentes pour des infractions très proches de celles traitées par les juridictions pénales classiques et disposent de pouvoirs de sanctions. Ainsi, l'AMF est investie d'un pouvoir d'injonction et peut sanctionner les infractions en matière de marchés financiers. De même pour le CSA qui encadre le secteur de l'audiovisuel : il peut mettre en demeure des éditeurs et des distributeurs de services de communication audiovisuelle qui ne respectent pas leurs obligations et il dispose également d'un pouvoir de sanction important. De nouveaux juges se voient ainsi attribuer le traitement d'un « *nouveau droit pénal* » à caractère administratif, des infractions qui relèvent de la matière pénale.

Le Conseil constitutionnel veille d'ailleurs à la délimitation stricte du pouvoir de sanction dévolu à ces autorités. Le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé dans sa décision du 10 juin 2009, relative à la loi dite « HADOPI »¹, que « *quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions* », le législateur ne peut confier à une autorité administrative un pouvoir de sanction applicable à l'ensemble de la population, qui puisse restreindre l'exercice d'une liberté aussi essentielle que la liberté de communication. Cette stricte délimitation implique aussi de veiller à ce que l'exercice du pouvoir de sanction ne conduise pas à une superposition entre les sanctions pénales et les sanctions administratives, tel que le principe *non bis in idem* en serait alors méconnu. Le Conseil constitutionnel, par exemple, considère qu'en cas de sanctions administratives ayant un objet pécuniaire comparable à celui d'une amende pénale, le montant global des sanctions prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues².

On le voit, le juge pénal est fortement concurrencé ce qui revient à se poser la question de l'érosion du droit au juge. En effet, avec ce changement de perspective, on constate que le droit au juge n'est plus une finalité en soi, qu'il importe qu'il y ait juge ou non, le débat ne se pose plus en termes de juge mais de solution. Le droit au juge a été développé pour que chacun puisse accéder à la résolution d'un litige or, force est de constater que le juge, concurrencé ou réduit à son plus stricte appareil ne brille pas par sa présence. Dès lors, le droit au juge se transforme en un « *droit au règlement* ». Cette érosion du droit au juge peut être lourde de conséquence. Le juge, plus qu'il ne réglait un conflit, était un vecteur de cohésion sociale. Avec tous ces « *concurrents* » du juge, la cohésion sociale se brise. Ce n'est plus le juge étatique, le même pour tous mais des juges différents qui viennent s'y substituer. Dès lors, le droit au juge perd de sa fonction unificatrice et

¹ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

² Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 sur la loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, §§ 16 à 22.

on assiste au retour d'un certain corporatisme. S'il est effectivement nécessaire de développer les modes alternatifs de règlement des conflits, c'est à la condition qu'ils ne se substituent pas à la possibilité de saisir le juge. L'idée selon laquelle les « *petits litiges* » n'ont pas besoin d'un juge n'est pas acceptable car elle traduit une méconnaissance profonde des réalités quotidiennes. De plus, préférer ces modes de régulation au mode traditionnel de la justice étatique pose également la question de la prise en compte d'inégalités que seule la réintroduction du droit permet, au moins partiellement, de réduire. Manifester cette exigence ne procède pas d'une crispation de juriste soucieux de conserver la mainmise sur des lieux de règlement des conflits dont il se sentirait exclu. Il s'agit au contraire d'énoncer que le succès de ces nouveaux modèles dépend de leur capacité à s'inscrire dans une démarche de respect des droits de chacun. Justice informelle ne signifie pas justice sans droit. Comme le rappelle un auteur, « *n'oublions pas que notre droit moderne s'est notamment construit sur le rejet, ô combien justifié, de l'équité des parlements ! Il ne faudrait pas aujourd'hui lui substituer par un malencontreux effet de balancier un néo-archaïsme, celui de l'équité des résolutions non judiciaires des conflits* »¹. De la même manière, Jean Carbonnier affirmait que « *le dilemme n'est pas entre la loi et d'autres formes du droit : il est entre le droit et le non-droit : ce n'est pas le néant, même pas le chaos. L'hypothèse est que, si le droit est écarté, le terrain sera occupé, et peut être même déjà occupé d'avance, par d'autres systèmes de régulation sociale, la religion, la morale, les mœurs, l'amitié, l'habitude. Mais ce n'est plus du droit* »².

Ce serait donc se leurrer que de considérer que les juges sont seuls à garantir les normes et à assurer cette sécurité juridique, apanage de l'État de droit, et que revendiquent les citoyens. Aujourd'hui, le juge est concurrencé par d'autres modes de règlement des conflits. Le juge pénal à qui revenait le pouvoir de sanctionner des comportements, à qui revenait de dire la vérité judiciaire est ici évincé au profit d'un arbitre, d'une autorité qui n'a rien de commun avec lui. A la distance, on répond par la proximité. A l'unification, on répond par le corporatisme. Ce phénomène de concurrence du juge étatique est d'autant plus inquiétant qu'il semble avoir la préférence du législateur qui n'hésite pas le favoriser.

B – Une concurrence favorisée

Conscient des intérêts de cette justice parallèle, le législateur entraîne inexorablement l'érosion du droit au juge en favorisant la concurrence du juge étatique. Le législateur ne se contente pas d'autoriser les autorités concurrentes à venir « *marcher sur les plates bandes du*

¹ **F. Ruellan**, *Les modes alternatifs de résolution des conflits : pour une justice plurielle dans le respect du droit*, JCP G, n°19, 12 mai 1999, I 135.

² **J. Carbonnier**, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2e éd., 1995, p. 319.

judge », il favorise cette concurrence. Ceci est perceptible à deux égards : par l'aide juridictionnelle et par la possibilité d'avoir recours à un avocat.

INTÉRÊTS. — La montée en puissance de ces « *autres justices* » peut aisément s'expliquer. Ainsi de la médiation qui permet à la victime d'obtenir sans aucun frais une réparation matérielle rapide et effective de son dommage ; en outre, sur le plan psychologique, celle-ci n'est plus ignorée mais reconnue et écoutée. La rencontre avec l'auteur de l'infraction permet aussi de dédramatiser la situation vécue et de briser la spirale de la peur. Le délinquant, pour sa part, est amené à prendre conscience de l'illicéité et de la portée antisociale de son geste grâce à une procédure qui, au lieu de le marginaliser et de le stigmatiser, en fait un véritable interlocuteur. La logique de la médiation est une logique de responsabilisation et d'intégration, sans perdant ni gagnant. Elle sert en somme l'intérêt de tous en favorisant la « *restauration de la paix sociale* »¹. Elle permet de passer d'une « *justice violente* » à une « *justice non violente* » selon les mots du Haut magistrat Pierre Truche². La médiation pénale jouit ainsi d'une excellente image. Ajoutons à cela que, avec d'autres, elle a atteint son premier objectif : le taux des classements sans suite est à peine supérieur aujourd'hui à 30 %. Il existe désormais une réponse pénale à la plupart des infractions : les procédures se sont multipliées et, parmi celles-ci, près d'un tiers sont alternatives aux poursuites classiques³.

Le règlement transactionnel du délit présente, également, de sérieux atouts pour toutes les parties concernées. Tout en économisant l'intervention de la justice, la transaction apporte, dans un délai en principe réduit, une solution définitive au conflit pénal. L'exécution de la prestation convenue, qui est la condition de l'extinction des poursuites, dissuade le délinquant de recommencer sans produire les effets pervers d'un jugement, toujours infamant. De plus, lorsque cette dernière consiste en le versement d'une somme d'argent, la mesure est financièrement rentable pour l'État qui encaisse le montant de la transaction en même temps qu'il renonce à son droit de punir. L'avantage est loin d'être négligeable lorsque l'on connaît le faible taux de recouvrement de certaines amendes pénales⁴. Enfin, quelle que soit la forme que revêt la pénalité

¹ **J. Leblois-Happe**, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspective* : Rev. sc. crim. 1994, p. 532.

² **P. Truche**, *Violente justice / justice non violente* in *La justice* : Cah. fr. mai-juin 1991, n° 251, p. 111 et s.

³ V. évoquant le chiffre de 40 000 médiations pénales par an avec un taux de réussite de l'ordre de 60 % : **F. Chopin**, *Vers un nouveau modèle de justice pénale ?* in Mél. R. Gassin : PUAM, 2007, p. 137.

⁴ Seules 25 à 30 % des amendes infligées par les juridictions répressives seraient recouvrées. V. notamment **F. Casorla**, *Le droit français, Exécution des peines*, in *La phase exécutoire du procès pénal en droit pénal comparé*, Actes du séminaire international organisé par l'Institut supérieur international de sciences criminelles à Syracuse (28 sept.-2 oct. 1988) : RID pén. 1990, p. 567 ; **H. Haenel**, *Les infractions sans suite ou la délinquance maltraitée*, Les rapports du Sénat, Commission des Finances, n° 513, 1997-1998, p. 45. Deux études récentes donnent toutefois des taux de recouvrement nettement plus élevés : **J.-L. Le Toqueux**, *Les condamnations pour délit un an après, La mise à exécution des peines*, Infostat justice, Bulletin d'information de la sous-direction de la Statistique, des Études et de la Documentation, sept. 1990, n° 16 ; **Cl. Perez-Diaz** et **F. Lombard**, *Les contraventions routières : De la constatation à l'exécution des sanctions*, CESDIP, Déviance et contrôle social, n° 58, 1992, p. 185, 196 et 197.

transactionnelle, la discrétion de la sanction est telle qu'elle ne nuit aucunement à l'intégration sociale du mis en cause¹.

L'ASSISTANCE DE L'AVOCAT. — Il est d'abord facile de constater que le législateur entend favoriser la négociation et ces mesures alternatives aux poursuites dans la mesure où, à l'instar de la procédure devant un juge, les parties peuvent se faire assister par un avocat². Cette possibilité d'assistance reconnue dès le début pour toutes les mesures alternatives aux poursuites, montre bien à quel point les enjeux peuvent être importants. Si on admet que l'avocat puisse assister son client lors d'une transaction, d'une composition pénale ou d'une médiation, c'est bien qu'on reconnaît que des dérives à ces mécanismes peuvent exister et que les droits de la défense doivent être respectés. C'est ainsi que, jusqu'à récemment, la personne placée en garde à vue n'avait pas le droit à être assistée d'un avocat pendant les interrogatoires de la police³. La présence d'un avocat n'était pas requise dans la mesure où les déclarations faites devant la police n'étaient que des preuves parmi tant d'autres soumises à l'appréciation du juge et que la garde à vue n'était pas de nature à entraver excessivement la liberté de la personne. A l'instar aujourd'hui de la personne placée en garde à vue, celle à qui on propose une mesure alternative aux poursuites dispose du droit à l'assistance d'un avocat. Il est curieux de reconnaître cette possibilité d'assistance par un avocat lorsque, d'un autre côté, on évince le juge. En supprimant le juge, on reconnaît que ces procédures ne sont pas « *menaçantes* » pour les libertés individuelles alors pourquoi la possibilité d'avoir recours à un avocat ? Ou bien ces mesures ne sont pas de nature à entraver la liberté individuelle et alors la suppression du juge s'accompagne de la suppression de l'avocat ou bien, ces mesures peuvent engendrer des dérives et alors la présence du juge, comme celle de l'avocat sont nécessaires. Il semble que l'unique réponse se trouve dans le but de favoriser l'attraction de ces mesures. Si les parties peuvent se faire assister, elles rechigneront moins à aller vers ces procédures. C'est un bon calcul ici opéré par le législateur. En prévoyant l'assistance d'un avocat, ces mesures n'apparaissent pas suspectes, les parties s'y dirigeront avec d'autant plus de facilité et ce d'autant plus qu'elles pourront bénéficier d'une aide juridique.

L'AIDE JURIDIQUE. — Il est flagrant que tous les dispositifs qui évitent le juge ont la préférence du législateur parce que celui-ci accorde une aide juridique aux personnes qui se tournent vers la concurrence. Auparavant réservée en matière juridictionnelle, cette aide

¹ J.-P. Ekeu, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1993, n° 345, p. 172.

² L'article 41-2 du CPP dispose ainsi que « la personne à qui est proposée une composition pénale est informée qu'elle peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition du Procureur de la République ». De la même façon, l'article R. 15-33-61 du CPP qui concerne la transaction qui peut être proposée par un maire dispose que la proposition de transaction « indique que le contrevenant à la possibilité de se faire assister, à ses frais, d'un avocat avant de faire connaître sa décision ».

³ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue (JO du 15/04/2011) applicable immédiatement (Cass., Ass. plén. 15 avril 2011).

financière a été étendue aux mécanismes de règlement des conflits en dehors du juge. Ainsi, notamment, de la composition pénale où les parties peuvent bénéficier de l'aide juridictionnelle.

Ainsi, les articles 64-1 et 64-2 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique¹ prévoient l'aide à l'intervention de l'avocat en cas de médiation pénale ou de composition pénale lorsque cet auxiliaire de justice assiste une personne mise en cause ou une victime. Les critères et les modalités suivant lesquels l'aide à l'intervention de l'avocat est accordée reposent sur un mécanisme calqué sur celui de l'aide juridictionnelle. Comme en matière d'aide juridictionnelle, l'aide à l'intervention de l'avocat n'est accordée que sous conditions de ressources. Une procédure est prévue devant le bureau d'aide juridictionnelle afin que soit vérifié si la personne remplit ces conditions.

La loi du 10 juillet 1991 faisait suite au rapport de la commission de réforme de l'accès au droit et à la justice². Avant la réforme, l'aide juridique était réduite à l'aide juridictionnelle. Dorénavant, l'aide juridique contient à la fois une aide juridictionnelle et une « *aide à l'accès au droit* ». Comme précédemment, l'aide juridictionnelle a pour objectif de permettre aux personnes qui disposent de revenus modestes d'accéder au système juridictionnel sans assumer, en tout ou partie, les frais de procédure. Cette aide concerne dorénavant toutes les juridictions existantes, que l'action soit formée en matière contentieuse ou en matière gracieuse et que le bénéficiaire soit en position de demandeur ou en position de défendeur. L'aide juridictionnelle fait l'objet de critiques récurrentes. Sont contestés les plafonds de ressources retenus et la faiblesse de la rémunération des avocats, rémunération qui serait insuffisante pour qu'ils puissent réaliser un travail de qualité sur ces affaires. Mais la logique d'ensemble reste la même : faciliter l'accès au juge. À côté de l'aide juridictionnelle a été créée une aide à l'accès au droit. Depuis la réforme introduite par la loi du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits³, un régime de financement spécifique pour l'intervention d'un avocat en cas de médiation pénale a été instauré. Cette loi permet de rétribuer l'avocat qui, dans le cadre d'une médiation pénale, assiste une personne remplissant les conditions pour bénéficier de l'aide juridictionnelle. Cette mesure vise à renforcer les droits de la défense, particulièrement pour les plus démunis, et à favoriser le développement, en matière pénale, du règlement pacifique des différends à côté de la réponse classique qu'est le jugement. Il s'agit depuis la réforme de 1998, de faciliter l'accès au droit, l'accès à un règlement indépendamment de l'accès au juge, en favorisant les modes alternatifs de règlement des différends et notamment le développement de mesures alternatives aux poursuites

¹ Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

² Voir Commission de réforme de l'accès au droit et à la justice (2001).

³ Loi n°98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits.

pénales comme la composition pénale ou la médiation pour des litiges qualifiés de « *petits litiges* ».

On l'a vu, permettre aux parties de négocier entre elles pour évincer le juge est, dans son principe même, critiquable dans la mesure où, pour des considérations étrangères au droit pénal, le procès pénal en sort dénaturé et le droit au juge y subi une forte érosion. Si la négociation ainsi introduite est critiquable, il convient de voir que dans ses conditions aussi, la négociation ne peut valablement justifier l'éviction du juge.

CHAPITRE 2 : L'ÉVICTION PAR LES PRINCIPES DE LA NÉGOCIATION

Si la négociation est critiquable dans son principe même, il convient de s'interroger sur les conditions de cette négociation. En effet, quand bien même celle-ci soit inadaptée dans son principe, elle peut être justifiée par ses conditions. Si on reconnaît aux parties le pouvoir de négocier et ainsi d'éviter le juge pour un règlement parajuridictionnel et que cette négociation est éclairée, libre et équilibrée il serait peu opportun de la remettre en question. Après tout, pourquoi se mêler d'un litige qui peut être résolu sans l'intervention d'un juge ? Les parties sont libres de décider, comme elles le souhaitent, de la suite à donner à leur affaire. Néanmoins, la CEDH estime qu'en matière de sanction sous forme de transaction la renonciation au procès équitable n'est valable qu'à la condition d'être libre. Cette appréciation s'effectue *in concreto*¹. Ainsi, la transaction, comme toute peine négociée, est possible sous la seule réserve que la renonciation aux garanties traditionnelles du procès équitable soit libre et volontaire². Autrement dit, la renonciation à un droit garanti par la Convention, notamment au droit à un tribunal indépendant et impartial doit se trouver établie de manière non équivoque. Or, force est de constater que la négociation est, dans ses conditions, tout aussi critiquable. En effet, parce qu'elle met en présence des parties inégales et qu'elle apparaît souvent comme imposée, la négociation ne permet pas de justifier l'éviction du juge. La composition pénale, la médiation, la transaction sont autant d'exemples de négociations tronquées où le consensualisme n'est guère au rendez-vous des principes. L'emprunt de la négociation à d'autres branches du droit s'est faite de manière parcellaire, on a pris le principe sans se soucier des conditions, conditions pourtant indispensables à la réalisation du principe. Dès lors, on constate que l'éviction du juge s'opère par une

¹ CEDH, *Gusinsky c/ Russie*, 19 mai 2004.

² CEDH, 20 juin 2002, *Borghi c/ Italie*, obs. M.-A. Beernaert, *Négociation sur la peine et procès équitable*, RTDH 2003, p. 963 ; P. Poncela, *Quand le procureur compose avec la peine*, RSC 2002, p. 638 ; CEDH, 30 nov. 2000, *Kwiatkowska c/ Italie* ; 21 févr. 1990, *Håkanson et Sturesson c/ Suède*.

négociation qui est loin d'être libre (Section 1) et une négociation inégale puisque déséquilibrée (Section 2). Dès lors, l'éviction du juge dans les alternatives aux poursuites est injustifiée.

SECTION 1 | UNE NÉGOCIATION IMPOSÉE

Commune aux règlements extrajudiciaires comme aux procédures simplifiées, se pose la question de la liberté du consentement donné. Si l'accusé peut renoncer à son droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, ou à celui de voir débattre de sa culpabilité dans le respect le plus large du principe de contradiction, c'est uniquement, en effet, à condition que cette renonciation ne soit pas entachée de contrainte. De même, si la victime peut valablement renoncer à son droit de porter l'affaire devant un tribunal, c'est à la condition que son consentement ne soit pas vicié. Or, force est de constater que sous ses apparences consensuelles, la négociation apparaît véritablement imposée. La victime est ainsi souvent une « *obligée* » à la transaction (I) et l'auteur des faits est toujours contraint de céder à la négociation (II).

I | UNE VICTIME OBLIGÉE

Il convient dans un premier temps de distinguer deux sortes de victimes. La victime peut être tout d'abord l'administration ou l'autorité de régulation. Ainsi, lors de la procédure de l'amende forfaitaire, la victime est l'Administration. Mais parce qu'elle est également l'autorité de poursuite ici, cette victime ne sera pas évoquée dans ce paragraphe et on ne s'attachera qu'au consentement de la victime personne physique qui apparaît véritablement dans deux procédures : la médiation pénale et la composition pénale. Dans ces deux procédures, il convient de s'interroger sur le consentement de la victime. En effet, avec la négociation, celle-ci accepte de ne pas saisir le tribunal de son préjudice. Dès lors, parce qu'elle participe à la négociation, il convient de s'interroger sur les conditions de son consentement. Pour que celui-ci puisse valablement opérer, il ne doit pas être entaché d'un vice et la négociation ne doit pas être imposée à la victime. Or, force est de constater que la victime apparaît fondamentalement obligée à transiger. En effet, plane sur elle la menace d'un classement sans suite (A) et surtout, si celle-ci refuse de négocier, elle ne pourra pas bénéficier des atouts d'une réponse pénale (B).

A – La menace d'un classement sans suite

Nous l'avons vu, les alternatives aux poursuites sont davantage conçues comme des alternatives aux classements sans suite que des alternatives aux poursuites. Elles permettent ainsi, moins de répondre à des affaires qui faisaient auparavant l'objet de poursuites, qu'à des affaires

qui, jusqu'alors étaient délaissées par la justice pénale¹. Dès lors, il est facile de déduire les conséquences du refus de consentement de la victime à la mesure envisagée. Ainsi, dans la médiation pénale, si la victime refuse de négocier, l'affaire sera classée sans suite, des poursuites n'étant pas envisageables. Dès lors, la victime est contrainte d'accepter la médiation au risque de se voir refuser l'accès à la justice par d'autres voies. Soit elle accepte la médiation pénale, soit on lui refuse tout moyen d'expression. On lui permet de choisir entre une quasi-réponse pénale et l'absence de réponse pénale. Autant dire que le choix est vite fait. Point n'est besoin de souligner qu'une réponse, aussi ridicule soit-elle est toujours préférable au silence. Dès lors, la victime est « *obligée* » de faire des concessions à son agresseur ou son voleur. En acceptant la procédure de médiation, la victime, échappe ainsi à l'indifférence dans laquelle elle était tenue jusqu'alors. En effet, à son égard, la question est moins celle d'une perte des garanties d'un vrai procès pénal que celle d'un procès pénal au rabais faute de toute autre réaction judiciaire. La médiation ne se substitue pas aux poursuites mais au classement sans suite.

Dans la procédure de composition pénale, la même logique peut être relevée : soit la victime accepte ce « *marchandage* » et pourra alors bénéficier d'une réparation, soit elle refuse et alors elle verra l'infraction classée sans suite par le procureur de la République.

De plus, pour parvenir au retrait de plainte et, partant, afficher de bons résultats dans l'exercice de leur mandat, certains délégués du procureur qui sont chargés de mettre en œuvre la procédure de composition pénale ou de médiation en viennent à exercer de véritables pressions sur les victimes pour infléchir leur décision initiale et qu'elles acceptent de retirer leur plainte². Ainsi, « *les victimes, non contentes d'avoir été maltraitées par l'auteur des faits, sont aussi malmenées par la justice* »³. En effet, la demande de protection qu'elles expriment finit par être écrasée au profit de la seule solution qui leur est proposée : la recherche d'un arrangement dont on leur dit que les termes sont garantis par le retrait de plainte sous condition puisque tout manquement du mis en cause à ses obligations se traduira par le renvoi immédiat de l'affaire devant le tribunal. Or, dans les faits, le retrait de plainte sous condition est un retrait de plainte pur et simple, se traduisant par un classement sans suite de l'affaire.

Dès lors, comment parler de consentement libre lorsque la victime est obligée de transiger avec son agresseur faute de quoi, elle se verra notifier un classement sans suite et ne pourra pas bénéficier des atouts d'une réponse pénale ?

¹ V. supra p. 13

² L. Aubert, L'activité des délégués du procureur en France : de l'intention à la réalité des pratiques, *Déviance et Société*, 32 (4), 2008, p. 490.

³ V. notamment L. Aubert, *Systémisme pénal et alternatives aux poursuites en France : une politique pénale en trompe-l'œil*, *Droit et Société*, n°74, 2010, p. 17 et s

B – L’atout d’une réponse pénale

La victime est également contrainte d’accepter la négociation dans la mesure où toutes les alternatives aux poursuites permettent de favoriser l’indemnisation de son préjudice en évitant les lourdeurs d’un procès pénal classique. Dès lors, le procureur de la République ou ses « *intermédiaires* » comme le délégué du procureur ou bien encore le médiateur insisteront davantage sur les bénéfices que pourra retirer la victime de la procédure, ils venteront les bienfaits de la médiation ou de la composition pénale sans pour autant qu’au final, la victime en sorte véritablement gagnante.

UNE VICTIME RECONNUE. — Le premier argument pour faire « *céder* » la victime sera avant tout de lui reconnaître une place dans le débat pénal. L’atout premier que constituent ces alternatives aux poursuites pour la victime réside en effet dans le fait que, sur le plan psychologique, celle-ci n’est plus ignorée mais reconnue et écoutée. La rencontre avec l’auteur de l’infraction permet aussi de dédramatiser la situation vécue et de briser la spirale de la peur. Le procès classique ne représente pas toujours un recours idéal pour les victimes. Le simple fait de porter plainte peut rebuter tant est grande parfois la peur de représailles¹ et la lenteur des procédures peut décourager. Si elles franchissent ce pas, elles risquent encore de voir « *leur* » affaire classée sans suite, voire simplement enregistrée dans les mains-courantes du commissariat et non transmise au Parquet. Certes, leur pouvoir n’a cessé de croître, mais il demeure qu’elles n’ont guère de pouvoir sur l’issue du conflit qui les implique, et bien souvent, subissent à cette occasion de nouvelles anxiétés, dues à la complexité de la procédure, aux perturbations qu’entraîne la recherche des preuves², au comportement peut-être arrogant ou insensible à sa souffrance de ceux qu’elles accusent. Les possibilités données à la victime d’exprimer ses sentiments et ce qu’elle a pu ressentir constituent l’avantage essentiel de la médiation par rapport au procès pénal classique. Ces procédures permettent ainsi à la victime de se sentir reconnue et prise en compte, malgré la faible importance de l’affaire en question et, elle comme l’accusé, peuvent s’exprimer bien davantage que lors d’une procédure classique. M. Truche remarque que « *l’ordonnancement de l’audience est immuable, la place de chacun assignée, la parole réglementée. La possibilité de s’exprimer est, pour les parties elles-mêmes, fort réduite ... rares sont ceux qui peuvent tenir un discours complet en raison de difficultés d’expression personnelles, de paralysie due à l’environnement architectural et à la présence du public mais aussi d’auto-censure pour ne point donner prise à l’accusation. Le procès est un lieu d’oralité réservé aux*

¹ M.-C. Desdevises, *Les fondements de la médiation pénale*, Mélanges Blaise, Economica 1995, p. 183.

² M.-C. Desdevises, préc. ; M. Baril, *Assistance aux victimes et justice pénale*, Déviance et société, 1981, vol. 5, n° 3, p. 277.

professionnels ... ce qui accentue la distance entre la justice et les citoyens »¹. Il est dès lors permis d'espérer une moindre agressivité, une moindre soif de vengeance, d'autant plus que son rôle dans la procédure dédramatise l'affaire et son règlement. Les expériences de médiation confirment cet apaisement salutaire. La rencontre et le dialogue avec le délinquant permettent de « *démystifier* » ce dernier, de le banaliser et d'atténuer le sentiment d'insécurité². Ainsi, « *la victime, toujours en proie à la colère ou à la peur, voit ces sentiments disparaître par l'effet de la confrontation qui fait sortir son agresseur de l'anonymat* »³. Un procès pénal classique, s'il octroie de façon certaine une réparation des préjudices de la victime puisque l'évaluation n'en est pas négociée, ne permet pas l'expression et la formulation des répercussions personnelles de l'infraction et du jugement de l'accusé.

UNE VICTIME DÉDOMMAGÉE. — Divers autres avantages de la médiation pour la victime peuvent être cités. La réparation des dommages interviendra plus rapidement, et constituera une aide véritable. En effet, si une procédure se déroule parfois sur plusieurs années, une médiation suivie du classement de l'affaire ne prend que trois mois environ⁴. De plus, cette réparation pourra être plus adaptée au dommage, puisqu'elle peut prendre différentes formes. La médiation qui permet ainsi à la victime d'obtenir sans aucun frais une réparation matérielle rapide et effective de son dommage. La victime a ici certainement plus de chance d'obtenir une réparation acceptable que si le délinquant avait été condamné à une peine d'amende ou d'emprisonnement. D'autant plus que, en cas de médiation pénale, dès lors que l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages et intérêts à la victime : « *celle-ci peut, au vu de ce procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le nouveau Code de procédure civile* »⁵.

De même, la composition pénale permet-elle à la victime d'obtenir une réparation efficace dans un temps réduit. Ainsi, l'article 41-2 du Code de procédure pénale dispose que le procureur doit proposer à l'auteur des faits de réparer les dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois et « *cette réparation peut consister, avec l'accord de la victime,*

¹ P. Truche, *Nouveaux enjeux de la justice, Violente justice / Justice non violente*, La justice, Cahiers français n° 251, La documentation française 1991, p. 115, spéc. p. 112.

² M.-C. Desdevises, *Les fondements de la médiation pénale*, Mélanges Blaise, Economica 1995, p. 184. J. Leblois-Happe, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives*, Rev. sc. crim. 1994, p. 525, spéc. p. 532. P. Marin, M.-P. Masson, *Passer à autre chose*, in *La médiation*, le bulletin du CLCJ décembre 1986, n° 8, p. 47. G. Demanet, *La médiation pénale*, RD pén. crim. 1995, p. 887, spéc. p. 894 et s.

³ G. Apap, *La conciliation pénale à Valence*, Rev. sc. crim. 1990, p. 637.

⁴ J. Leblois-Happe, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives*, op. cit.

⁵ CPP, art. 41-1, 5°.

en la remise en état d'un bien endommagé par la commission de l'infraction »¹. On le voit, une réparation efficace et rapide, tel est l'enjeu pour la victime.

De manière plus générale, les autorités de poursuites et notamment le procureur ont l'obligation d'informer la victime de la mesure et celle-ci pourra être entendue par le juge en étant assistée, le cas échéant, par son avocat. Elle peut, dans la plupart des cas également interrompre à tout instant le processus transactionnel en déclenchant les poursuites pénales, elle dispose donc d'un fort moyen de pression pour obtenir du délinquant qu'il l'indemnise². Si en plus, comme l'exige les textes, la conclusion de la transaction est subordonnée à son désintéressement³, elle ne peut être que satisfaite.

FAUX ATOUTS. — Reconnaissance, réparation, tels sont les avantages qui sont mis en avant par les autorités de poursuite pour convaincre la victime de s'engager dans la voie des alternatives aux poursuites. Néanmoins, il convient de nuancer ces intérêts. En effet, il faut d'abord souligner que la procédure de médiation, présentée comme une procédure pour répondre à l'attente des victimes, ne les satisfait pas entièrement. Selon un auteur, « *la victime qui choisit la voie pénale a un besoin d'être reconnue, non pas parce qu'elle a subi un préjudice - car dans ce cas, le procès civil serait tout aussi adapté - mais parce qu'elle est victime d'une infraction qui affecte aussi la collectivité. La souffrance appelle donc un supplément de considération qui conduit à donner suite à son accusation et sa quête de vérité* »⁴. La médiation pénale répond-elle à cette attente ? Il y a fort à en douter. Ces procédures oublient également la dimension vindicative de l'action civile exercée accessoirement à l'action publique devant la juridiction répressive. Dans ces conditions, quelle signification peut avoir une prétendue réponse pénale dénuée de tout caractère stigmatisant ? Cette justice qui n'impressionne pas le coupable peut-elle rassurer la victime ? La victime se sent-elle prise au sérieux lorsque, après avoir déposé plainte, elle se voit proposer une médiation par un procureur de la République ? Ne mérite-t-elle pas mieux que l'option entre un classement sans suite et une médiation ? Si l'auteur des faits reconnaît sa responsabilité et s'excuse, le système pénal, lui, ne reconnaît pas sa victime comme une victime pénale puisqu'il lui refuse un procès⁵. Cette déception n'est-elle pas de nature à alimenter, elle-aussi, le sentiment d'amertume envers la justice pénale et à justifier les prétentions vindicatives sur lesquelles surfe la politique actuelle ? Ce sentiment d'être confronté à une justice pénale « *qui*

¹ CPP, art. 41-2.

² V. aussi, **F. Alt-Maes**, *La contractualisation du droit pénal, mythe ou réalité ?* : Rev. sc. crim. 2002, p. 501.

³ V. notamment **B. de Lamy**, *Procédure et procédés, propos critiques sur la contractualisation de la procédure pénale in Approche critique de la contractualisation* : LGDJ, coll. Droit et société, t. 16, 2007, p. 155.

⁴ **E. Dreyer**, *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, JCP G n° 14, 2 Avril 2008, I 131.

⁵ V. sur le site de l'Association européenne contre les violences faites aux femmes au travail, l'article n° 288 : « *la médiation pénale, une négation du droit des victimes de violences physiques et sexuelles de recourir à la justice* ».

n'en est pas une » exacerbe les réactions les plus régressives¹. Le désengagement de l'État perçu à travers le recours à ces collaborateurs extérieurs n'est-il pas une autre expression de cet abandon que redoutent les victimes ? Quel effet de catharsis la victime peut-elle tirer d'une médiation ?

Concernant en second lieu l'indemnisation « *rapide et effective* » qui est souvent mise en avant par les délégués du procureur ou les médiateurs, cet argument n'est pas non plus convainquant. Bien souvent, la victime voit ses dommages sous-évalués par une appréciation trop rapide² et souvent faite « *à la louche* ». Il ne saurait en être autrement dans la mesure où les délégués, comme les médiateurs, ne sont pas de véritables juges. Dès lors, leur appréciation du préjudice ne peut être qu'imparfaite. La victime quant à elle, n'aura pas non plus une appréciation objective. Celle-ci ayant démystifié le délinquant, ayant discuté avec lui, peut être sensible à son repentir et réviser ses prétentions et ne se contentera bien souvent que d'une réparation symbolique. Ainsi, il a été constaté que « *la victime, moins revendicative que lors d'un débat judiciaire, modère ses prétentions, quelquefois même y renonce* »³. Bien souvent, les conventions de médiation n'octroient que des réparations d'ordre symbolique, telles qu'une lettre d'excuses portée à la victime. Si ces réparations, symboliques ou inférieures aux premières prétentions, peuvent parfois être justifiées et suffisantes au regard des circonstances de l'affaire, elles doivent rester exceptionnelles. Il serait préjudiciable à l'institution même de la médiation que les indemnisations octroyées aux victimes à l'occasion de cette procédure se révèlent nettement inférieures à celles qu'elles auraient pu obtenir grâce à une action civile classique.

On le voit, la victime est véritablement une « *obligée* » à la transaction. Elle ne peut qu'accepter la procédure au risque de se voir priver l'accès à la justice et ne pas bénéficier des avantages que les autorités de poursuites lui font miroiter. Plus encore que celui de la victime, c'est le consentement de l'auteur des faits qui apparaît comme véritablement vicié.

II | UN AUTEUR CONTRAINT

Il convient maintenant de s'interroger sur la liberté du consentement de l'auteur des faits. En effet, si celui-ci peut renoncer à son droit d'être jugé par un tribunal, c'est à la condition que cette renonciation ne soit pas contrainte. Là aussi, il semble que le consensualisme qui devrait présider à une telle solution n'a pas été transposé. Bien que les textes qui régissent les alternatives aux poursuites donnent l'apparence du respect du consensualisme (A), il ne fait aucun doute que l'auteur est en réalité toujours obligé de céder sous le poids de la négociation (B).

¹ V. notamment **R. Cario**, *Les droits des victimes : état des lieux* : AJ Pénal déc. 2004, p. 425.

² **J. Leblois-Happe**, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives*, op. cit. ; **J.-P. Ekeu**, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Cujas 1992, n° 32.

³ **G. Apap**, *La conciliation pénale à Valence*, op. cit..

A – Le respect apparent du consentement de l'auteur des faits

Toutes les alternatives aux poursuites apparaissent mettre en place une négociation consensuelle, la volonté des parties étant respectée. Des mesures permettent ainsi de protéger le consentement pour que celui-ci ne soit pas vicié. Ainsi, la présence d'un avocat, l'exigence d'un consentement clair et non équivoque ou encore la possibilité d'un délai de réflexion, sont autant de mesures qui laissent à penser que les parties sont entièrement libres d'entrer dans le processus de négociation.

PROTECTION DES PARTIES JUGÉES FAIBLES. — La première mesure qui laisse à penser que le législateur entend garantir le respect du consensualisme de la négociation, apparaît dans le fait que l'acceptation de l'offre faite par l'autorité de poursuite doit émaner d'une personne capable. Ainsi, lorsqu'une mesure est susceptible de s'appliquer à des mineurs, en cas de médiation pénale ou de composition pénale, l'accord des titulaires de l'autorité parentale est requis en même temps que l'acceptation du mineur¹. D'autre part, concernant les majeurs protégés, il semble que l'accord du curateur ou du tuteur soit également requis². On constate donc ici, comme en matière contractuelle, que l'exigence de la capacité de consentir est nécessaire.

PRÉSENCE DE L'AVOCAT. — D'une part, la négociation introduite par les alternatives aux poursuites semble respecter la volonté de la victime comme celle de l'auteur des faits dans la mesure où celles-ci peuvent être assistées d'un avocat. On l'a dit, cette possibilité d'assistance favorise l'attraction de ces mesures mais plus encore, cette présence d'un avocat apparaît comme une garantie en permettant le respect du consensualisme. En effet, quand bien même les parties ne soient pas au fait des subtilités juridiques, l'avocat sera présent pour préserver les intérêts de son client si bien que cette possibilité d'assistance apparaît comme garante du respect du consensualisme. En présence de son avocat, la partie (victime ou auteur des faits) ne sera pas « abusée » par une proposition qui apparaîtrait alléchante de la part du procureur de la République. L'avocat pèsera le pour et le contre, empêchera les pressions et garantira la préservation des intérêts de son client si bien qu'en donnant la possibilité de se faire assister par un avocat, le législateur entend garantir le respect du consensualisme. Les parties ne seront donc pas « contraintes » de transiger. Ainsi, « la personne à qui est proposée une composition pénale est informée qu'elle peut se faire assister d'un avocat avant de donner son accord à la proposition du procureur »³ de même, en cas de transaction proposée par le maire, la proposition de

¹ Autorisation parentale prévue à titre d'exemple par l'article 12-1, alinéa 2 de l'ordonnance de 1945 pour la médiation des mineurs, et par l'article 7-2 de cette même ordonnance pour la composition pénale

² D. Guihal et T. Fossier, *Le régime des poursuites engagées contre un majeur protégé*, JCP G, n°17, 25 avril 2007, I 146.

³ CPP, art. 41-2.

transaction indique que « *le contrevenant a la possibilité de se faire assister, à ses frais, d'un avocat avant de faire connaître sa décision* »¹.

OBLIGATION D'INFORMATION ET DÉLAI DE RÉFLEXION. — L'acceptation de l'offre faite par le représentant de l'État peut s'effectuer de deux façons selon les procédures concernées. L'acceptation peut tout d'abord être expresse : dans la médiation ou le classement sans suite sous condition ou encore dans la composition pénale. L'acceptation peut également se manifester de manière implicite comme le paiement de l'amende, notamment en matière d'amende forfaitaire. Quelle que soit la forme de l'acceptation, elle doit traduire le consentement éclairé du délinquant ; cet éclairage provient d'une information complète. Pour garantir le consentement éclairé, la loi impose ainsi qu'une information soit délivrée au délinquant sur les modalités de son acceptation et sur les conséquences juridiques qui y sont attachées, elle prévoit même un délai de réflexion. Parler d'information donnée pour un consentement éclairé permet d'évoquer de façon lointaine l'obligation précontractuelle de renseignement qui doit être délivrée en matière contractuelle. La loi du 23 juin 1999 qui instaure la composition pénale, contient des dispositions propres à éclairer le consentement de la personne. Aux termes de l'article R 15-33-40 du code de procédure pénale, le consentement du délinquant doit être explicite, libre et éclairé : le procès verbal précise ainsi la nature des faits reprochés et leur qualification juridique, la nature et le *quantum* des mesures proposées, les délais dans lesquels elles doivent être exécutées, le montant ou la nature des réparations proposées, Enfin, originellement, la loi interdisait même au parquetier de notifier la proposition à une personne gardée à vue, celle-ci étant considérée comme fragile. Le consentement du délinquant est donc valablement donné, et pour garantir son intégrité le législateur accorde même, dans la composition pénale, un délai de réflexion de dix jours. De même, le silence de l'auteur des faits ne vaut pas acceptation, l'article R. 15-33-39 dispose ainsi que « *si il ne se présente pas, il sera considéré comme ayant refusé la composition pénale* ». Après ce délai va s'effectuer la rencontre de volontés, source d'obligations. De même, en cas de transaction avec la HALDE, l'article D. 1-1 du Code de procédure pénale prévoit des garanties similaires : la proposition de transaction est communiquée à l'auteur des faits, elle contient la nature des faits reprochés et leur qualification juridique, la nature et le *quantum* des mesures proposées, le montant des dommages et intérêts dus à la victime, ... la personne est également informée qu'elle dispose d'un délai de quinze jours avant de faire connaître sa décision et qu'elle peut se faire assister d'un avocat.

Ces exemples non exhaustifs montrent que le législateur souhaite qu'un éclairage précis soit donné sur toutes les conséquences liées à l'acceptation du délinquant. Cependant, il n'en

¹ CPP, art. R. 15-33-61.

demeure par moins que le consentement de l'auteur des faits est véritablement vicié, celui-ci n'étant donné que sous la contrainte.

B – Le mépris évident du consentement de l'auteur des faits

Malgré toutes ces mesures visant à protéger le consentement de l'auteur des faits, toutes les alternatives aux poursuites sont synonymes de négociations tronquées tant le consentement de l'auteur paraît vicié. Ce dernier ne disposant pas d'une autonomie réelle de la volonté : la menace des poursuites ultérieures peut le contraindre implicitement à passer aux aveux.

MENACE DE POURSUITES. — D'abord, il est flagrant que le présumé « *auteur des faits* » est conduit à accepter la proposition du parquet quant à la médiation parce que, s'il refuse, l'organe de poursuite dispose alors de toute latitude pour déclencher l'action publique. En d'autres termes, on ne saurait prétendre à une réelle autonomie de la volonté de la personne concernée : le consensualisme demeure douteux, l'accord de l'intéressé étant sollicité par la menace implicite d'un déclenchement ultérieure des poursuites. En réalité, le mis en cause n'a pas d'autre choix que d'accepter les mesures proposées s'il espère échapper aux poursuites. Il donnera alors son consentement à la proposition pour ce qu'elle permet d'éviter et non pour son contenu. Comme l'a fort justement démontré un auteur¹, certains mis en cause – pourtant innocents – peuvent être tentés d'adhérer à la proposition qui leur est faite dans le seul but de se soustraire aux poursuites pénales ou à une condamnation plus aléatoire mais plus lourde. Cette peur de l'erreur judiciaire, qui vicie le consentement, est une lourde menace pour les innocents qui sont naturellement plus « *riscofobes* » que les véritables coupables². On assiste là en pratique à une inversion de la logique de cette procédure. C'est parce que le mis en cause souhaite accepter une procédure alternative qu'il avoue et non pas parce qu'il avoue qu'il se voit proposer une telle procédure. Alors que l'on devrait en premier lieu s'assurer de la reconnaissance des faits puis, seulement par la suite, proposer une composition pénale, c'est bien souvent, en pratique, l'adhésion ces procédures alternatives qui suscite l'aveu de culpabilité. Le mis en cause hésitera nécessairement à contester la réalité des faits qui lui sont reprochés si cela a pour conséquence d'écarter ces procédures alternatives au profit d'un renvoi devant le tribunal correctionnel. Ses réticences seront d'autant plus fortes que les parquets et les délégués du procureur présentent très souvent la composition pénale comme une chance à saisir, avec la menace d'être sanctionné plus lourdement si l'affaire est audiencée³. D'autres gains sont mis en avant par les délégués : la non-inscription au casier

¹ **I. Papadopoulos**, *Plaider coupable : la pratique américaine, le texte français* : PUF, 2004, coll. Les notes de la mission de recherche droit et justice, spéc. p. 24 et s.

² **F. Debove**, *La justice instantanée, entre miracles et mirages*, *op. cit.*

³ **P. Milburn, C. Mouhanna et V. Perrocheau**, *Enjeux et usages de la composition pénale. Controverses et compromis dans la mise en place d'un dispositif pénal inédit*, *op. cit.*, p. 152.

judiciaire, tout au moins au Bulletin n° 2 et 3¹, l'absence de publicité – la proposition de composition est faite dans l'intimité du bureau du délégué et non en public dans une salle d'audience –, ou bien encore le fait d'être fixé rapidement sur la sanction infligée. Les justiciables ne peuvent rester insensibles à tous ces arguments. L'option est la suivante : accepter tout de suite la mesure proposée dans le cadre de la composition – ce qui nécessite de reconnaître les faits – ou la refuser – ce qui implique de supporter un aléa quant à la nature et au *quantum* de la peine en définitive prononcée. Cette crainte est particulièrement forte pour le justiciable qui anticipe, à tort ou à raison, une attention soutenue du parquet à son encontre lors de l'audience correctionnelle. Dans ces conditions, il est peu étonnant que le nombre de refus soit extrêmement faible².

POSSIBILITÉ DE PROPOSITION EN GARDE A VUE D'UNE COMPOSITION PÉNALE. — Si un doute pouvait subsister quant au caractère contraint de l'acceptation du délinquant, il ne fait aucun doute que la loi du 9 septembre 2002 y a mis fin. Nous l'avons dit, la proposition de composition pénale émanant du procureur de la République, dûment écrite, signée et précise quant aux sanctions, pouvait et peut être portée à la connaissance de l'auteur de l'infraction par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire. Le législateur de 1999, prenant en compte la situation de vulnérabilité dans laquelle peut se trouver une personne placée en garde à vue, avait interdit, à peine de nullité, que cette proposition puisse être faite pendant la durée de la détention policière. La loi de 2002 supprime cette précaution. Désormais la proposition de composition pénale émanant du procureur peut être transmise par un officier de police judiciaire à l'auteur présumé d'une infraction, quand bien même ce dernier serait encore gardé à vue. On voit donc mal comment considérer le consentement de l'auteur des faits comme libre lorsque celui-ci est donné pendant une période où l'auteur des faits est fortement fragilisé. De plus, les risques de pressions, pouvant être exercées sur le suspect lorsque celui-ci est privé de sa liberté, existent. La personne, fragilisée après une telle mesure est en effet beaucoup plus facile à convaincre. Face à la menace implicite de la mise en œuvre des poursuites, le suspect peut passer aux aveux à la suite de la proposition du parquet de souscrire à une composition pendant la garde à vue. Cette précaution levée par la loi du 9 septembre 2002, suscitant la perplexité quant à la liberté du consentement donné par l'intéressé.

CONTRAİNTE LÉGITIME. — La question de la liberté du consentement se pose très clairement, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a, dans une affaire *Deweere contre Belgique*³,

¹ La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 a prévu l'inscription de la composition pénale au bulletin n° 1 du casier judiciaire, bulletin délivré uniquement aux autorités judiciaires.

² Le chiffre de 2% est ainsi évoqué par **P. Milburn, C. Mouhanna et V. Perrocheau**, *Enjeux et usages de la composition pénale. Controverses et compromis dans la mise en place d'un dispositif pénal inédit*, op. cit., p. 160.

³ CEDH, 27 févr. 1980, arrêt *Deweere c. Belgique*

estimé que « *si la perspective de comparaître devant le juge pénal est assurément de nature à inciter beaucoup d'« accusés » à se montrer accommodants, la pression qu'elle crée sur eux n'a rien d'incompatible avec la Convention* ». Dans cette affaire où un commerçant avait accepté de verser une amende au Parquet afin d'éviter la fermeture de sa boutique, la Cour a ainsi estimé que si la perspective de comparaître devant le juge pénal était effectivement de nature à influencer le choix de l'intéressé, la pression ainsi créée n'était pas pour autant incompatible avec la Convention. Le recours à la mesure ne devrait être regardé comme illicite que si une contrainte illégitime avait été exercée sur le mis en cause pour l'amener à accepter la transaction. Par conséquent, la simple menace d'exercer des poursuites ne peut être comprise comme une contrainte prohibée par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La CEDH confirmera cette position dans un arrêt *Borghi contre Italie* du 20 juin 2002. En revanche, le fait de renforcer cette menace de pressions importantes est contraire à l'article 6-1. Le maintien en garde à vue de l'intéressé lorsque la proposition de composition lui est formulée doit-il être considéré comme une pression importante de nature à constituer une contrainte prohibée par la Convention européenne des droits de l'homme ? Dans ce cas, la composition pénale proposée à un gardé à vue serait éventuellement considéré comme contraire au droit à un procès équitable, la liberté du consentement étant contestable.

On le voit, le consentement des parties est vicié, dès lors, la négociation est critiquable dans ses conditions. Le juge est évincé par une négociation tronquée. Les parties ici ne renoncent pas volontairement au droit au juge, elles y sont contraintes. Mais plus encore, la négociation est critiquable dans ses conditions dans la mesure où elle est véritablement déséquilibrée.

SECTION 2 | UNE NÉGOCIATION DÉSÉQUILBRÉE

Si la négociation paraît imposée dans la mesure où, comme nous l'avons vu, l'auteur et la victime sont souvent obligés d'accepter la procédure proposée par l'autorité de poursuite, cette négociation apparaît également déséquilibrée.

Il est d'abord flagrant que la négociation introduite dans le procès pénal par les alternatives aux poursuites est une négociation tronquée. Cette « *contractualisation* » du droit pénal n'est en fait qu'artificielle, illusoire car la justice contractuelle se caractérise par un double équilibre, celui des parties et celui des obligations réciproques, qui ne se retrouve pas ici. D'abord, le législateur, en introduisant, par les alternatives aux poursuites, la négociation, n'a pas assuré ce qui pourtant, est le préalable à toute négociation : l'égalité des parties. La médiation, la composition pénale ou encore la transaction mettent en scène des parties qui ne sont pas placées

sur un pied d'égalité. Dans ces procédures, l'autorité de poursuite et la victime apparaissent comme les véritables « *maitres du jeu* » et disposent de toutes les cartes en main face à un présumé auteur des faits souvent faible et marginalisé. Que la transaction ait lieu avec l'administration, une autorité administrative indépendante ou le Ministère public, l'accusé est toujours en état d'infériorité même si la possibilité de se faire assister par un avocat existe, cette présence étant bien souvent rare ou ne se réduisant qu'à une simple « *présence taisante* ».

Le déséquilibre de la négociation se manifeste ensuite dans l'offre de contracter tant il est vrai que l'auteur des faits ne dispose d'aucun droit en la matière, il subi une procédure dont il ne peut ni discuter le principe ni les conditions (I). Ce déséquilibre se retrouve également dans les concessions opérées lors de la négociation, des concessions inégales qui permettent un « *retour au juge* » à la victime et à l'autorité de poursuite au détriment de l'auteur des faits (II).

I | LE DÉSÉQUILIBRE DES PARTIES DANS L'OFFRE DE CONTRACTER

Toutes les alternatives aux poursuites, qu'il s'agisse de celles qui peuvent être proposées par le Ministère public ou bien celles dont disposent l'administration ou les autorités administratives indépendantes mettent en place une négociation déséquilibrée dans la mesure où, les parties à la négociation ne sont pas placées sur un pied d'égalité dans l'offre de contracter. La contractualisation du procès pénal n'est bien souvent qu'un mirage compte tenu du « *déséquilibre contractuel* » flagrant dans l'offre de contracter où le délinquant n'est pas titulaire d'un droit de négocier. Il ne dispose d'abord pas du pouvoir d'initiative de la négociation (A) mais plus encore, il ne peut pas discuter les mesures proposées, celles-ci étant, en théorie, « *à prendre ou à laisser* » (B).

A – L'absence de pouvoir d'initiative de l'auteur des faits

Le déséquilibre dans l'offre de contracter se retrouve d'abord dans le pouvoir d'initiative de la négociation. Ce pouvoir n'appartient ici qu'à l'autorité de poursuite et le délinquant ne peut pas proposer, de lui-même à bénéficier d'une mesure alternative aux poursuites. Ainsi, la composition pénale, la médiation où le classement sous condition, ne sont proposés que par le Ministère public, directement ou par l'intermédiaire d'un délégué ou d'un médiateur. Seul le Ministère public dispose du pouvoir d'initiative et ce en raison du principe de l'opportunité des poursuites.

Il convient cependant de nuancer ce propos en matière de transaction avec l'administration. En effet, en cas de transaction avec l'administration, l'auteur des faits peut être à l'origine de la transaction. Mieux encore, en matière de contributions indirectes, il ne peut y avoir

transaction que sur la demande du contrevenant¹. Mais généralement, l'offre consiste dans l'envoi d'une proposition chiffrée accompagnée de la part de l'administration d'un projet d'acte transactionnel. Dans le cas des transactions immédiates douanières, l'offre est concomitante à la constatation de l'infraction, de même que pour les infractions d'ordre tarifaire à la police des transports et là encore l'auteur des faits ne dispose pas du pouvoir d'initiative. Mais plus encore, si ce dernier n'a pas de pouvoir d'initiative de la procédure, il n'a pas non plus le pouvoir d'en modifier les termes.

B – L'absence de pouvoir de discussion de l'auteur des faits

Si l'auteur des faits ne peut, dans la plupart des cas, demander à bénéficier d'une alternative aux poursuites, il ne peut pas non plus, lorsqu'une procédure a été choisie par l'autorité de poursuite, discuter les termes de celle-ci. Peut-il, en cas de transaction avec l'administration par exemple, négocier l'amende transactionnelle ? Évidemment, la réponse est négative, il ne dispose pas d'un véritable pouvoir de négociation, il subi une négociation unilatérale.

En réalité, il semble que l'auteur des faits ne soit pas véritablement invité à négocier. Certes, il donne son accord à la procédure, il accepte de ne pas être confronté à un juge mais son consentement s'arrête là. Il ne peut en réalité pas décider de la sanction qui lui sera appliquée ni même de la réparation qu'il devra fournir à la victime. La négociation suppose que le mis en cause soit consulté lors des prises de décisions et que le procureur de la République tienne compte de ses éventuelles propositions pour arrêter la décision finale. Le délinquant aurait alors son mot à dire et participerait activement à l'élaboration des mesures de composition pénale. Lorsque l'auteur des faits donne son consentement, c'est donc à la proposition dans son ensemble et il ne peut pas influencer sur le contenu. En d'autres termes, si le procureur de la République a besoin du consentement du délinquant pour que celui-ci puisse être traité par le biais de la composition pénale, ce n'est cependant pas une négociation, ce dernier n'ayant que la possibilité de rejeter ou d'accepter en bloc la proposition de composition pénale du parquet. Le consentement de l'auteur des faits est donné à un mode de traitement judiciaire et de là découle une adhésion à la proposition dans son ensemble, sans possibilité d'intervenir dans le contenu.

La négociation n'est donc pas véritablement un « *contrat* » au sens synallagmatique du terme mais plus une sorte de contrat d'adhésion : le Ministère public propose et le délinquant accepte ou refuse en bloc la proposition. Le contrat d'adhésion suppose en effet que l'une des parties accepte en bloc les clauses du contrat proposées par l'autre partie. Le contenu du contrat est imposé à l'une des parties qui ne peut pas en demander la modification. Dans ce type de

¹ LPF, art. L. 248.

contrat, la liberté contractuelle de l'une des parties est réduite car elle consiste à adhérer ou non au contrat dont le contenu échappe à sa volonté. C'est ce qu'il se passe avec la composition pénale. En matière de composition pénale, certains auteurs sont ainsi d'avis qu'il ne s'agit pas d'un accord entre poursuivant et poursuivi, mais d'un « *acte unilatéral d'adhésion par le contrevenant à un mode de répression simplifié par la loi* »¹. Dans la même veine, les parlementaires ont, au cours des débats, insisté sur le fait que l'auteur de l'infraction ne pourra en aucun cas discuter la sanction et espérer une sanction moindre du fait de son consentement. En revanche, la circulaire du ministère de la Justice du 11 juillet 2001 relative à la composition pénale retient l'idée d'une négociation sur la peine : « *il est nécessaire non seulement que la personne reconnaisse sa culpabilité, mais également qu'elle accepte le principe même d'une sanction. D'ailleurs, il faut souligner que la somme de l'amende de composition devra normalement être sensiblement inférieure à celle qui aurait pu être prononcée à titre de peine parce qu'elle résultera de l'acceptation préalable de la personne et devra donner lieu à un paiement volontaire et que ce comportement de l'intéressé doit être pris en compte. Au demeurant, si l'amende de composition était d'un même montant que celle susceptible d'être prononcée comme peine, l'intérêt pour la personne d'accepter cette procédure s'en trouverait considérablement limité* »². L'une des études portant sur la mise en œuvre de la composition pénale, si elle ne retient pas le terme de négociation de la peine, met en avant une discussion sur la nature et le *quantum* de la peine³. En définitive, l'auteur des faits reste tout de même en position d'infériorité et ne peut véritablement discuter les termes de sa « *condamnation* ».

Si un déséquilibre dans l'offre de contracter est ainsi perceptible, le déséquilibre des concessions des parties ne fait lui aussi aucun doute.

II | LE DÉSÉQUILIBRE DES CONCESSIONS

Alors que l'engagement de l'auteur des faits est certain, sauf pour celui-ci à refuser d'exécuter les mesures proposées et alors se voir poursuivi devant une juridiction pénale dont son retour sera, dans la plupart des cas, préjugé⁴, les engagements de la victime et de l'autorité de poursuite sont quant à eux, conditionnels. En effet, lorsque la mesure proposée à l'auteur des faits n'a pas été exécutée, celles-ci peuvent toujours « *revenir en arrière* » et décider de poursuivre

¹ **J. Leblois-Happe**, *De la transaction pénale à la composition pénale. Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, JCP 2000.I.198, p. 69 citant le Rép. pénal, Transaction par R. Gassin, n° 137. V. égal. **A. Bureau, A. Giudicelli**, *Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la Cour d'appel de Poitiers*, Equipe poitevine de recherche et d'encadrement doctoral en sciences criminelles, Recherche réalisée avec le soutien du GIP, Mission de Recherche Droit et Justice, 2003, p. 6 et 7 de la synthèse.

² CRIM 2001-14 F1/11-07-2001, NOR : JUSDO130103C, BO du ministère de la Justice n° 83.

³ **A. Bureau**, *Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la Cour d'appel de Poitiers*, *op. cit.*, p. 38 et 39.

⁴ v. *infra*, Partie 2, Chap. 2.

l'auteur des faits devant la juridiction (I). Plus encore, alors même que la mesure aurait été réalisée par l'auteur des faits, celui-ci ayant, par exemple, versé l'amende transactionnelle au Trésor public, remis son permis de conduire pendant la durée proposée ou encore réparé le préjudice de la victime, celui-ci pourra là encore être renvoyé devant une juridiction de jugement (II). On le voit, les concessions des parties sont donc déséquilibrées. Alors que l'auteur des faits concède, de manière définitive, à ne pas bénéficier de son droit d'être entendu par un tribunal, la victime ou l'autorité de poursuite ne s'engagent pas définitivement. L'autorité de poursuite et la victime apparaissent alors comme les maîtres du jeu et ont toute les cartes en mains alors que, sur l'auteur des faits, plane, même en cas de réalisation de la mesure, la menace d'un procès.

A – Les engagements conditionnels de la victime et de l'autorité de poursuite avant l'exécution de la mesure proposée

Il est vrai que l'engagement pris par le délinquant n'est pas un engagement définitif et qu'il est toujours révocable. « *Le promettant* » peut en effet à tout moment cesser d'exécuter les obligations prescrites ou y renoncer de façon expresse mais là n'est pas son intérêt. Si celui-ci veut bénéficier d'une sanction réduite par rapport à celle qui aurait pu lui être infligée à l'issue d'un procès pénal classique, il se doit de respecter ses obligations. Contrairement à lui, la victime, comme l'autorité de poursuite, peuvent, à leur guise, revenir vers une procédure classique sans aucune menace. Il apparaît donc ici un déséquilibre : alors que l'engagement de l'auteur est, en pratique, irrévocable sans menace d'un procès, l'engagement de la victime et celui de l'autorité de poursuite n'est que conditionnel. De leur volonté dépend donc le sort de l'auteur des faits.

L'ENGAGEMENT CONDITIONNEL DE LA VICTIME. — Cet engagement conditionnel de la victime est d'abord sensible en cas de médiation pénale. Ainsi, l'acceptation de la victime de participer à la médiation, nécessaire à la mise en œuvre du processus n'est jamais définitif. Il n'implique aucun renoncement à l'exercice de ses droits à agir en justice. Il est par essence essentiellement révocable. La victime peut, à tout moment de la procédure, renoncer à participer à la médiation et se diriger vers un procès classique. La victime qui a participé dans le cadre d'une médiation à un accord avec l'auteur des faits, peut revenir sur cet accord tant que l'exécution n'en est pas achevée en portant plainte avec constitution de partie civile. Elle peut même demander réparation devant les juridictions civiles. Tant que l'auteur des faits n'a pas indemnisé la victime, celle-ci dispose donc d'un moyen de pression sur lui. Ainsi, la victime dispose d'un droit au « *retour du juge* ».

Au contraire, l'accord de médiation a un caractère définitif. En signant cet accord sur la réparation du dommage, la victime est partie à une transaction sur les intérêts civils. La médiation

réalise bien ce « *contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître* » comme en dispose l'article 2044 du Code civil. La reconnaissance légale de cet objet de la transaction est bien antérieure à l'introduction des dispositions sur la médiation pénale dans les textes de procédure pénale. L'article 2046 du Code civil dispose en effet qu'on peut « *transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit* », l'alinéa 2 du même texte précisant que la « *transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public* ». La médiation aboutit donc à un accord de réparation qui met fin au litige. L'article 2052 du code civil prévoit que la « *transaction a entre les parties autorité de la chose jugée en dernier ressort* ». L'adhésion à l'accord de réparation négocié lors de la médiation constitue donc un substitut à l'exercice de l'action civile. Néanmoins, et c'est ici que l'engagement de la victime de ne pas saisir le juge est conditionnel, si l'auteur ne remplit pas ses obligations, celle-ci peut, notamment, « *au vu du procès-verbal, en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile*¹ ». De la même manière, en cas de composition pénale, lorsque l'auteur n'indemnise pas sa victime, celle-ci peut, peut en demander le recouvrement².

L'ENGAGEMENT CONDITIONNEL DE L'AUTORITÉ DE POURSUITE. — Dans toutes les alternatives aux poursuites, l'engagement de l'autorité de poursuite à ne pas poursuivre est conditionné à l'exécution des mesures proposées par l'auteur des faits. Ainsi, lorsque l'auteur des faits a consenti à la composition pénale et que celle-ci a été validée par un juge du siège, l'engagement de l'autorité n'est encore que conditionnel, il est soumis à la bonne exécution de la mesure par l'auteur des faits. Les alternatives aux poursuites suspendent en premier lieu la prescription de l'action, c'est ainsi que l'article 41-1 du code de procédure pénale prévoit que la procédure de médiation suspend la prescription de l'action publique. La suspension en matière de composition pénale part de la proposition émanant du procureur et dure jusqu'à expiration des délais impartis pour l'exécution de la mesure comme en dispose l'article 41-2 du Code de procédure pénale. L'engagement du délinquant, après l'acceptation, se traduit par une obligation de faire : suivre un traitement ou une obligation de soin, ou par une obligation de ne pas faire : fréquenter certains lieux ou certaines personnes. L'inexécution de ces obligations sera alors sanctionnée, le Ministère public pouvant poursuivre devant une juridiction classique ou passer à un degré supérieur d'alternatives aux poursuites³.

¹ CPP, art. 41-1 5°.

² CPP, art. 41-2.

³ L'article 41-1 du CPP dispose ainsi que « *en cas de non exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites* ». De la même manière, l'article 41-2 du CPP dispose que « *si la personne n'accepte pas la composition pénale ou si, après avoir donné son accord, elle n'exécute pas intégralement les mesures décidées, le procureur de la République met en mouvement l'action publique* ». Autrement dit, ici, le Ministère public ne dispose plus du pouvoir d'opportunité des

La réussite de la procédure est ainsi liée à la bonne exécution des mesures prescrites. Le procureur de la République renoncera alors à exercer les poursuites. Cette issue favorable pourra être celle d'une composition pénale, d'une transaction ou encore d'une médiation pénale.

On le voit, dans tous les cas, l'engagement du représentant de l'État est soumis au bon accomplissement des mesures acceptées par le délinquant. Ces mesures concernent en général « *la réparation du dommage, l'indemnisation de la victime, et la cessation du trouble causé à l'ordre public* ». Dès lors, l'autorité de poursuite et la victime ne sont pas véritablement liées par cette « *négociation* » avec l'auteur des faits. Elles peuvent revenir à tout moment à une procédure classique tant que les mesures proposées n'ont pas été exécutées par le délinquant. On aperçoit alors un déséquilibre : on impose au délinquant une procédure en lui disant que, s'il accepte, il ne sera pas traduit devant une juridiction classique, alors que, en réalité, malgré cet accord conclu, il pourra toujours être renvoyé devant un juge tant que la mesure n'a pas été accomplie. Néanmoins, il serait inopportun qu'il en soit autrement dans la mesure où, si le renvoi devant une juridiction classique ne planait pas sur la tête du délinquant, celui-ci n'exécuterait que très rarement les obligations mises à sa charge. Dès lors, ce déséquilibre paraît justifié. Ce déséquilibre apparaît néanmoins beaucoup plus critiquable lorsque l'auteur des faits a réalisé la mesure, qu'il a « *joué le jeu* ».

B – Les engagements non définitifs de la victime et de l'autorité de poursuite après l'exécution de la mesure proposée

S'il apparaît normal que l'engagement de l'autorité de poursuite de ne pas poursuivre soit soumis à la réalisation de la mesure par l'auteur des faits, il en est autrement lorsque, une fois la mesure réalisée par l'auteur des faits, l'autorité de poursuite ou la victime disposent encore de l'option de poursuivre l'auteur devant une juridiction classique. En effet, aussi injuste soit-elle, cette possibilité est bien offerte, tant à la victime qu'à l'autorité de poursuite.

L'ENGAGEMENT NON DÉFINITIF DE LA VICTIME. — Nous sommes ici dans l'hypothèse où, après une procédure de classement sous condition, de médiation ou de composition pénale qui a été exécutée par l'auteur des faits, la victime se voit reconnaître la faculté de se constituer malgré tout partie civile. Autrement dit, la victime n'est alors pas tenue par les mesures exécutées et peut réenclencher les poursuites pénales. C'est notamment le cas lors d'une procédure de médiation. Il apparaît en effet que dans le cadre d'une médiation la victime puisse revenir sur l'accord passé, malgré la bonne exécution de la mesure. De la même manière,

poursuites, il est obligé, par la loi, à mettre en mouvement l'action publique en cas d'échec de la composition pénale et, il ne peut procéder à un classement sans suite en cas d'échec de la médiation.

elle est également susceptible de décider de se constituer partie civile devant le tribunal correctionnel lorsque la composition pénale a été exécutée¹. La juridiction statuera alors sur les seuls intérêts civils. L'action civile sera ainsi dissociée de l'action publique. Pareillement, en cas de classement sous condition tel qu'un rappel à la loi, la victime pourra là encore, faire fi de ces mesures et se constituer partie civile. C'est justement pour résoudre ce problème que la Mission Magendie proposait de subordonner la constitution de partie civile par voie d'action à l'existence d'un classement sans suite². *A contrario*, cela voulait dire que le déclenchement des poursuites, à l'initiative de la partie civile, était exclu dès lors que le Parquet avait orienté le dossier vers l'un quelconque des modes alternatifs de répression, notamment, un rappel à la loi ou une injonction de soin. Or, le dispositif retenu par le législateur dans la loi du 5 mars 2007 n'a fait que confirmer la solution déjà acquise : la plainte avec constitution de partie civile continuera à produire ses effets quand bien même le procureur n'aurait, sans poursuivre, pas laissé l'acte dommageable sans suite. Ainsi, aux termes du dernier alinéa du nouvel article 85 du Code de procédure pénale, cette plainte est recevable « à condition que la personne justifie soit que le procureur de la République lui a fait connaître (...) qu'il n'engagera pas lui-même les poursuites, soit qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat ».

De la même manière, l'exécution d'une composition pénale, si elle vient éteindre l'action publique, l'auteur des faits n'est pas définitivement hors de cause, au plan civil. En effet, en application de l'article 41-2 alinéa 9 du Code de procédure pénale, l'exécution de la composition pénale n'entame pas les droits de la victime, notamment de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel³. Dès lors, on voit bien ici le déséquilibre : on a soutiré à l'auteur des faits son consentement pour ne pas être traduit devant une juridiction classique et celui-ci a exécuté ses obligations, pourtant, il pourra tout de même se retrouver devant le juge.

L'ENGAGEMENT NON DÉFINITIF DE L'AUTORITÉ DE POURSUITE. — Nous l'avons dit, l'exécution par l'auteur des faits de l'ensemble des mesures de la composition pénale entraîne l'extinction de l'action publique. Autrement dit, la composition pénale est définitive en ce qu'elle éteint l'action publique une fois que les mesures proposées ont été exécutées par l'auteur des faits. En cela, la négociation apparaît alors équilibrée. Le procureur ne peut pas revenir sur sa décision et décider de mettre en mouvement l'action publique. Dès lors, les engagements

¹ CPP, art. 41-2.

² *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps du procès*, Rapport au Garde des Sceaux de la Commission présidée par Monsieur MAGENDIE, le 15 juin 2004, La Documentation française, 2004, p. 149 et s.,

³ L'action civile de la victime devant le juge correctionnel n'est pas éteinte par la composition pénale (Crim. 24 juin 2008, n° 07-87.511, AJ pénal 2008. 422, obs. Saas ; D. 2009. Chron. 44, obs. Chaumont et Degorce). L'ordonnance aux fins de validation de la composition pénale rendue par le président du tribunal en application de l'article 41-2 du code de procédure pénale n'a pas autorité de la chose jugée au pénal sur le civil (Soc. 13 janv. 2009, no 07-44.718).

réciproques sont véritablement exécutés. L'engagement entre le procureur et le prévenu qui reconnaît les faits, est revêtu de l'autorité de chose jugée sur le pénal dès que l'accord a été validé par le président du tribunal et exécuté par l'auteur des faits. La solution est d'ailleurs conforme au droit communautaire, la Cour de Justice de l'union européenne considérant que le principe non *bis in idem* est applicable « également à des procédures d'extinction de l'action publique, (...) par lesquelles le ministère public d'un état membre met fin, sans l'intervention d'une juridiction, à la procédure pénale engagée dans cet état, après que le prévenu a satisfait à certaines obligations, et, notamment a acquitté une certaine somme d'argent fixée par le ministère public »¹. On le voit, après avoir exécuté les mesures proposées, l'auteur ne peut plus être inquiété pour les mêmes faits. La négociation en cas de composition pénale est d'autant plus équilibrée qu'en aucune manière elle ne pourra être invoquée pour constituer le premier terme d'une récidive². Autrement dit, l'engagement de ne pas poursuivre l'auteur des faits est véritablement tenu par le Ministère public : il ne peut pas revenir dessus directement, c'est-à-dire par la mise en mouvement de l'action publique, mais également indirectement, par le truchement de la récidive.

Mais ce qui est vrai pour la composition pénale ne l'est pas pour toutes les alternatives aux poursuites. Sur ce point en effet, la composition pénale se distingue des autres alternatives aux poursuites existantes et notamment la médiation. La réussite de la procédure de médiation pénale ne débouche pas, obligatoirement, sur un simple classement sans suite et, quand bien même elle déboucherait sur un classement sans suite, le procureur de la République peut revenir sur cette décision tant que la prescription n'est pas acquise. C'est en cas de médiation pénale que le déséquilibre dans la négociation apparaît le plus critiquable. En effet, alors même que l'auteur aurait exécuté les mesures proposées, qu'il aurait indemnisé la victime ou réparé son forfait, le ministère public n'est pas tenu de classer l'affaire sans suite, il peut, librement, décider de poursuivre l'auteur des faits. On le voit ici, la négociation est donc fortement déséquilibrée : l'auteur des faits s'engage à respecter les conditions posées par le Ministère public mais ce dernier ne s'engage à rien, il peut tout à fait, une fois les mesures exécutées, saisir une juridiction de jugement. La décision de classement n'est en rien subordonnée juridiquement à l'accord de médiation. C'est un simple engagement moral, en somme, du parquet.

De plus, quand bien même le Ministère public déciderait de ne pas poursuivre et donc de classer sans suite l'affaire après l'exécution des mesures proposées par l'auteur des faits, cette décision pourrait être remise en cause ultérieurement. En effet, la décision de classement sans suite est une simple mesure d'administration, elle n'est pas définitive jusqu'à l'expiration du délai

¹ CJCE, 11 févr. 2003, *Gözütök et Brügge*

² Cass., avis, 18 janv. 2010, no 09-00.005, *Bull.* avis n° 1 ; D. 2010. AJ 327, obs. Léna ; AJ pénal 2010. 187, note Danet. - Crim. 30 nov. 2010, n°10-80.460, *Dalloz actualité*, 24 janv. 2011, obs. Léna.

de prescription de l'action publique. En conséquence, si l'auteur de l'acte délictueux commet de nouvelles infractions, rien n'interdit au parquet de réexaminer la procédure à laquelle il n'avait pas donné suite et de déclencher la poursuite. L'auteur pourra alors être ultérieurement traduit devant une juridiction pour les mêmes faits. Autrement dit, un même fait pourra faire l'objet d'une médiation ou d'un classement sous condition puis d'une condamnation par une juridiction classique. Le principe *non bis in idem* est alors bien malmené.

De la même manière, le classement sous condition, n'entraîne pas l'extinction de l'action publique. Le Ministère public peut donc, tant que la prescription n'a pas été acquise, revenir sur cette mesure. La Cour de cassation a pu considérer qu'un rappel à la loi était dépourvu de l'autorité de la chose jugée, tant sur le civil que sur le pénal¹. Le Ministère public, peut donc, après avoir procédé à un tel rappel, engager des poursuites pénales, sans qu'on puisse reprocher une quelconque atteinte au principe *non bis in idem*.

Au terme de cette première partie, on comprend que la négociation qui permet aux parties, dans les procédures alternatives aux poursuites, d'évincer le juge est, tant dans son principe que dans ses conditions, critiquable. Permettre aux parties de négocier l'éviction du juge apparaît d'abord critiquable dans son principe, la négociation étant inadaptée au procès pénal et entraînant, inévitablement, l'érosion du droit au juge. Dans ses conditions ensuite, la négociation ne permet pas de justifier l'éviction du juge dans la mesure où elle n'est pas libre mais bien souvent imposée et son déséquilibre est plus que flagrant. Dès lors, la négociation ne peut, à elle seule justifier de l'éviction du juge. C'est pour cette raison que le législateur, aidé en cela par le Conseil constitutionnel, s'est attaché à donner l'illusion de la présence du juge dans les alternatives aux poursuites.

¹ Cass. soc., 21 mai 2008, n°06-44.948, JCP G, n°28, 9 juillet 2008, II 10135, obs. S. Detraz.

PARTIE 2 :

L'ILLUSION RECHERCHÉE DU JUGE

Nous l'avons vu, la négociation ne peut, à elle seule, faire échec au droit au juge. Le droit au juge ne peut être écarté par la négociation tant celle-ci est inadaptée dans son principe au procès pénal et inégale dans ses conditions. Dès lors, il convient de s'interroger sur le second mécanisme qui permet aux alternatives aux poursuites de ne pas entraîner les foudres du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme. Si la négociation ne peut pas, à elle seule, permettre l'éviction du juge, le législateur a mis en place un second mécanisme permettant d'éviter le juge sans encourir la censure des autorités chargées du respect du droit au juge. Ce second mécanisme est l'illusion. En effet, dans toutes ces alternatives aux poursuites, le juge apparaît en filigrane, son ombre plane sur la procédure : soit qu'il s'agisse d'un juge fantôme (Chapitre 1) soit qu'il s'agisse, cette fois-ci d'un véritable juge au sens fonctionnel du terme mais d'un juge privé de tout pouvoir, d'un juge robot (Chapitre 2nd).

CHAPITRE 1 :

LA PRÉSENCE D'UN JUGE FANTÔME

Le droit au juge, c'est d'abord le droit à un « *vrai juge* »¹ or, force est de constater que les alternatives aux poursuites, qu'il s'agisse des mesures proposées par le Ministère public ou par d'autres autorités font intervenir un « *quasi-juge* ». Qu'il s'agisse du ministère public (Section 1) ou d'une autre autorité de substitution (Section 2), le législateur donne l'illusion de la présence d'un juge. Les plaideurs se font alors abuser, ils ont l'impression d'avoir à faire à de véritables juges. Or, il est aisé de démontrer que ni le ministère public, ni les autorités de substitution ne sont des juges : les qualités nécessaires au juge ne s'y retrouvent pas. Dès lors, c'est l'illusion d'un juge par la présence d'un juge fantôme.

SECTION 1 | L'ASSIMILATION DÉSUÈTE DU MINISTÈRE PUBLIC AU JUGE

Dans ces procédures alternatives aux poursuites, le ministère public fait véritablement figure de juge. Certains auteurs ont même parlé de « *quasi-juge* »² tant ses pouvoirs sont comparables à ceux d'un juge du siège. Dans une affaire sur deux, les justiciables français n'ont

¹ **G. Guillaume**, *Conclusion générale*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque de Nice des 24 et 25 avril 1997, J. Rideau (dir.) Paris, LGDJ, 1998, p. 3-7.

² **J.-P. Jean**, *Le système pénal*, La Découverte, coll. « Repères », 2008, 122 pages.

ainsi accès qu'au « *parquet* » et ne voient jamais un juge du siège¹. Mais à ne pas en douter, les plaideurs ont l'impression d'avoir eu à faire à un véritable juge. Cependant, c'est ici oublier que le Ministère public, qu'il intervienne directement dans la procédure (I) ou indirectement (II) n'est pas un véritable juge.

I | L'ASSIMILATION DIRECTE DU MINISTÈRE PUBLIC AU JUGE

D'abord, le Ministère public peut intervenir directement dans la mise en place des alternatives aux poursuites. Les articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale évoquent avant tout la compétence des magistrats du parquet. En assimilant le Ministère public au juge, les mesures alternatives aux poursuites sont véritablement dangereuses. Parce qu'elles donnent au Ministère public des pouvoirs exorbitants qui se rapprochent dangereusement de ceux dont dispose le juge habituellement, les alternatives aux poursuites font illusion (A). Néanmoins, bien que le Ministère public exerce désormais des tâches quasi-juridictionnelles, il faut rappeler que les magistrats du parquet ne sont pas des juges, il leur manque les qualités nécessaires du juge à savoir l'impartialité et l'indépendance, ils ne sont alors que des quasi-magistrats (B).

A – *Le Ministère public, un quasi-juge*

Les alternatives aux poursuites sont significatives du rôle aujourd'hui prépondérant des magistrats du parquet. Ces derniers apparaissent comme de véritables « *tours de contrôle* » et « *grands régulateurs du système de justice pénale* »². C'est ainsi que la moitié des affaires avec auteur identifié échappent totalement au juge : « *22,8 % des décisions du juge pénal ne font l'objet que d'une validation (les compositions pénales) ou une "procédure-papier" (l'ordonnance pénale) ou une homologation (comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité), toutes procédures dans lesquelles le parquet joue un rôle central non seulement quant à la poursuite, mais aussi quant à la nature et au quantum de la peine prononcée* »³. Comme Marx l'affirmait, « *on ne peut pas avoir deux âmes dans le même corps* »⁴, pourtant, le Ministère public est à la fois autorité de poursuite, juge de la culpabilité, offreur de peine et homologateur des transactions des autorités administratives indépendantes. S'il délaisse largement les actes d'investigation au profit des services enquêteurs, « *le Parquet braconne chaque jour davantage dans ce qui hier encore constituait la « chasse gardée » des magistrats du siège, à savoir la détermination de la sanction* »⁵. Avec le développement des procédures accélérées et simplifiées, et singulièrement la composition pénale, les membres du ministère public accèdent à un nouveau rôle qui fait d'eux «

¹ C. Prieur, 2011, *l'an I de la réforme du statut du parquet ?*, Le Monde, 5 janvier 2011

² J.-P. Jean, *Le système pénal*, op. cit.

³ *Ibid.*

⁴ Cité par Y. Mayaud, *Le statut du ministère public*, in *Revue de droit d'Assas*, n°2, octobre 2010, p. 60.

⁵ F. Debove, *La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages*, op. cit.

une partie intégrante du jugement »¹. Autrefois simple garant de l'opportunité des poursuites et dépositaire des réquisitions du ministère public, le Parquet exerce à présent des tâches quasi-juridictionnelles. Cette « *mutation professionnelle* » brouille inévitablement la distinction entre les juges du siège et les magistrats du ministère public.

LE MINISTÈRE PUBLIC, JUGE DE LA CULPABILITÉ. — Avec les alternatives aux poursuites comme la médiation et la composition pénale, le Ministère public devient en effet un quasi-juge. Ces deux réponses pénales alternatives à la poursuite conduisent nécessairement le procureur de la République, préalablement à sa décision sur l'action publique, à se comporter comme un premier juge de la culpabilité. Cette assertion se vérifie en premier lieu au regard des conditions des procédures alternatives aux poursuites. Le classement sous condition suppose d'identifier le dommage causé à la victime et le trouble résultant de l'infraction, c'est-à-dire des éléments de la responsabilité pénale. Quant à la composition pénale, elle n'est possible que si la personne reconnaît avoir commis certains délits, c'est-à-dire avoue sa culpabilité. Le procureur de la République participe en effet activement au jugement sur la culpabilité. D'une part, le représentant du ministère public est chargé de « *recueillir* » l'aveu sur la culpabilité, le juge du siège ne procédera ensuite qu'à la constatation de cette reconnaissance de culpabilité. Le recueil de l'aveu par le procureur fixe donc définitivement la responsabilité qui ne peut plus être discutée devant le juge du siège auquel s'impose alors un jugement sur la culpabilité².

LE MINISTÈRE PUBLIC, OFFREUR DE PEINE. — D'autre part, le procureur de la République n'est plus simple demandeur de peine, il devient offeror de peine³. Mieux encore, l'accord de la personne poursuivie fixe la peine qui ne pourra plus être contradictoirement débattue devant le juge du siège. Lorsqu'on regarde la nature des mesures qui peuvent être prononcées (classement sous condition) ou proposées (composition pénale) par le procureur de la République, il ne fait aucun doute qu'il s'agit de peines qui ne disent pas leur nom : des quasi-peines. Ainsi en est-il de la réparation du dommage causé à la victime qui précisément est qualifiée de peine par la loi du 5 mars 2007⁴ relative à la prévention de la délinquance. Ainsi en est-il de toutes les mesures pouvant être proposées lors d'une composition pénale qui vont en quelque sorte se substituer aux peines qu'auraient pu prononcer une juridiction de jugement ; elles sont d'ailleurs inscrites au casier judiciaire. Ces mesures qui peuvent être proposées par le procureur de la République dans le cadre d'une composition pénale constituent ainsi « *un nouvel*

¹ Selon l'expression du procureur général Jean-Louis Nadal (cité *in rapp.* de M. François Zocchetto au nom de la mission d'information relative aux procédures accélérées de jugement en matière pénale, session ordinaire de 2005-2006, oct. 2005).

² A. Valoteau, *Le jugement sur reconnaissance préalable de culpabilité : une autre procédure de jugement ou une autre manière de juger ?* : Dr. pén. 2006, étude 8.

³ D. Charvet, *Réflexions autour du plaider coupable* : D. 2004, chron. p. 2517.

⁴ L. n° 2007-297, 5 mars 2007 : Journal Officiel 7 Mars 2007.

habit pour des sanctions pénales déjà connues »¹. En effet, les sanctions pénales prévues ne sont pas nouvelles dans leur forme et correspondent aux peines d'amende, de confiscation, de suspension de permis de conduire et de travail d'intérêt général. Les différences résident dans les mots pour les dire, leur mesure, la procédure selon laquelle elles sont prononcées et le régime de leur exécution. Le procureur de la République a le choix entre quatre sanctions. La première, strictement pécuniaire, est une « *amende de composition* ». Son montant maximum est de 3 750 euros pour un délit et de 750 euros pour une contravention, sans toutefois pouvoir excéder la moitié de la peine d'amende encourue pour l'infraction considérée. A la différence de la peine d'amende, cette sanction ne peut être prononcée avec sursis, mais elle peut faire l'objet d'un paiement fractionné sur un an maximum. La deuxième sanction est un « *dessaisissement au profit de l'État* » de l'instrument ou du produit de l'infraction, tout comme la peine, complémentaire ou alternative, de confiscation ; la seule différence tient à la remise volontaire de la chose confisquée. La troisième sanction est la « *remise du permis de conduire* » - ou du permis de chasser - au greffe du Tribunal de grande instance, pour une période maximale de 4 mois. Le procès-verbal de proposition de composition pénale doit comporter une information sur la perte des points qui résulterait de l'exécution de la composition pénale, dans les mêmes proportions qu'une condamnation à une peine. Enfin, la dernière sanction consiste dans l'« *accomplissement d'un travail non rémunéré* », au profit de la collectivité - personne morale de droit public ou association habilitée -, pour une durée maximale de soixante heures, dans un délai de six mois au plus. Donc, une peine de travail d'intérêt général d'une durée plus courte.

LE MINISTÈRE PUBLIC, HOMOLOGATEUR. — Mieux encore, lorsque le Ministère public n'est pas offreur de peine ou juge de la culpabilité, il homologue les transactions passées avec les autorités administratives indépendantes. Il est d'ailleurs intéressant de constater que le juge du siège homologue, valide les compositions pénales passées avec le Ministère public mais que lorsque des transactions sont passées par des autorités administratives indépendantes, c'est le Ministère public qui homologue. Le Ministère public concurrence ainsi le juge dans sa fonction la plus réduite. Il homologue un accord comme le ferait le juge du siège. On a dépouillé le juge de son pouvoir au profit du procureur et maintenant on dépouille le procureur du pouvoir qu'il avait lui-même volé au juge... Ainsi, l'article D. 1-1 dispose qu'en cas de transaction entre l'auteur des faits et la HALDE, « *le procès verbal constatant le cas échéant la commission de l'infraction ainsi que l'accord de la victime et celui de l'auteur des faits est adressé pour homologation au procureur de la République territorialement compétent* » qui pourra accepter ou refuser d'homologuer la transaction. De même, en cas de transaction proposée par le maire pour les

¹ P. Poncela, *Quand le procureur compose avec la peine*, op. cit.

contraventions que les agents de police municipale sont habilités à constater par procès-verbal conformément aux dispositions de l'article L. 2212-5 du code général des collectivités territoriales et qui sont commises au préjudice de la commune au titre de l'un de ses biens, la transaction proposée par le maire et acceptée par le contrevenant doit être homologuée par le procureur de la République.

Au final, ces procédures permettent au procureur de la République, soit de fixer la culpabilité et la peine, certes avec l'accord de la personne poursuivie, mais sans que le juge du siège puisse remettre en cause cette négociation, soit d'homologuer les transactions passées avec d'autres autorités. Les justiciables qui sont confrontés au Ministère public n'y voient alors aucune différence avec un véritable juge. Dans une procédure de jugement, le ministère public dispose ordinairement d'un pouvoir de réquisition. Il est ainsi demandeur ; l'objet de sa demande porte sur l'innocence ou la culpabilité, et dans ce cas sur une peine. Mais il ne peut ni décider de la culpabilité, ni de la peine ; c'est au juge du siège qu'appartient cette prérogative. Avec l'institution de la procédure de composition pénale, fonction de poursuite et fonction de jugement s'entrecroisent dans un étrange scénario qui brouille la qualité des acteurs. Si la distinction s'avère compliquée pour les juristes, point n'est besoin de souligner qu'elle l'est encore plus pour le « *bon père de famille* » qui ne verra, finalement, dans le procureur de la République, qu'un véritable juge. L'assimilation du Ministère public au juge est donc parfaite et d'autant plus légitimée par la qualité de magistrat des membres du parquet dont, pourtant, l'indépendance et l'impartialité sont sujettes à discussion. Quasi-juge, le procureur de la République ne serait-il qu'un quasi-magistrat ?

B – Le Ministère public, un quasi-magistrat.

Alors que son statut de magistrat était jusqu'à très récemment encore consacré par le conseil constitutionnel qui faisait du Ministère public un magistrat de l'autorité judiciaire, cette conception a été profondément remise en cause par la Convention européenne des droits de l'homme qui, sous couvert d'un manque d'indépendance et d'impartialité l'a réduit à une simple autorité administrative.

LE MINISTÈRE PUBLIC, UN MAGISTRAT DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE. — Consacrant le principe de l'unité du corps judiciaire, le droit constitutionnel confère la qualité de magistrat de l'autorité judiciaire tant aux juges du siège qu'aux représentants du parquet. Cette règle trouve d'abord son fondement dans le titre VII de la Constitution du 4 octobre 1958, intitulé « *De l'autorité judiciaire* » visant l'ensemble des magistrats, et spécialement de l'article 65 qui, évoquant la composition du Conseil supérieur de la magistrature, distingue deux formations, l'une compétente à l'égard des magistrats du siège, l'autre à l'égard des magistrats du Parquet. Elle est

ensuite clairement exprimée dans l'article 1er de l'ordonnance du 2 février 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « *le corps judiciaire comprend les magistrats du siège et du parquet* ». Cette institution d'un corps unique, commun au siège et au parquet a été déclarée conforme à l'article 64 de la Constitution¹.

Cette affirmation de la qualité de magistrat permet d'abord négativement d'indiquer que les membres du ministère public ne sont pas des fonctionnaires et bénéficient donc de la protection attachée au statut de la magistrature². Mais surtout, et positivement, l'appartenance de ces magistrats à l'autorité judiciaire permet d'affirmer qu'ils sont garants des libertés individuelles. Le Conseil constitutionnel juge ainsi que « *l'autorité judiciaire qui, en vertu de l'article 66 de la Constitution, assure le respect de la liberté individuelle, comprend à la fois les magistrats du siège et du Parquet* »³.

Cette position permet notamment d'admettre le pouvoir du procureur de la République d'ordonner des contrôles d'identité de police administrative⁴, et surtout, de contrôler une mesure privative de liberté avant jugement telle la rétention pour vérification d'identité⁵ et, bien évidemment, la garde à vue⁶ qu'il est par ailleurs compétent pour prolonger de 24 heures comme en dispose le Code de procédure pénale dans ses articles 63 et 77⁷.

Selon l'article 5, § 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, « *toute personne arrêtée ou détenue [...] doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires* ». Comme la notion de fonction judiciaire ne vise pas uniquement la fonction de juger, il semble évident que le ministère public puisse en premier lieu être qualifié de magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires : le procureur de la République est ainsi le directeur de la police judiciaire et peut procéder ou faire procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale, c'est-à-dire à des actes de nature judiciaire⁸. La Cour de cassation jugeait d'ailleurs que le procureur de la République, magistrat de l'ordre judiciaire dont la mission est de veiller à l'application de la loi est « *un magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires* ». En conséquence, « *l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'interdit aucunement que ce magistrat, après avoir vérifié que le maintien à la*

¹ Cons. const., 21 févr. 1992, n° 92-305 DC, Rec. Cons. const. 1992, p. 27.

² Cons. const., 27 janv. 1994, n° 93-336 DC, Statut de la magistrature : RFD const. 1995, p. 156.

³ Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, JCP G 1993, 3720, note Le Guehec. – T.S. Renoux et M. De Villiers, Code constitutionnel, art. 66 : Litec, 2005 p. 601 ; Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC : Rec. Cons. const. 2002, p. 204.

⁴ CPP, art. 78-2-2 à 78-2-4.

⁵ CPP, art. 78-3.

⁶ CPP, art. 41, al. 3.

⁷ Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, *préc.*

⁸ CPP, art. 41.

disposition, des enquêteurs était justifié, puisse en prolonger la durée dans les limites que la loi autorise »¹.

Mais au-delà des fonctions judiciaires, la qualité de magistrat est consubstantielle de son indépendance et de son impartialité². C'est sur ce manque d'indépendance du Ministère public à l'égard du pouvoir politique que le statut de magistrat des membres du parquet a été récemment remis en question.

LE MINISTÈRE PUBLIC, UN MAGISTRAT INDÉPENDANT ? — Le manque d'indépendance des membres du parquet à l'égard du pouvoir politique est-il compatible avec son statut de magistrat ? C'est précisément ce qu'ont reproché dans un premier temps les parlementaires à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel lors de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité qui a inséré dans le Code de procédure pénale l'article 30 qui énonce que « *Le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique. Il peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes.* ». Les auteurs de la saisine en avaient contesté la légitimité, estimant que les dispositions en cause méconnaissaient le principe de la séparation des pouvoirs, l'article 2 de la Déclaration de 1789, relatif aux droits naturels et imprescriptibles de l'Homme, que sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression, et l'article 66 de la Constitution, qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle. En effet, si le Gouvernement peut ordonner au Procureur de la République, « *par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites* », le Procureur est-il vraiment indépendant du pouvoir politique ? L'opportunité était donc donnée au Conseil constitutionnel de décider du statut du parquet. La réponse du Conseil constitutionnel est faite en des termes qui donnent au ministère public ses « *titres de noblesse* » : « *Considérant qu'en vertu de l'article 20 de la Constitution, le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation, notamment dans le domaine de l'action publique ; que l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 [...], portant loi organique relative au statut de la magistrature, place les*

¹ Cass. crim., 10 mars 1992, n° 91-86.944 et n° 92-80.389, P : Juris-Data n° 1992-000649 ; *Bull. crim.* 1992, n° 105. — Comp. Cass. crim., 4 janv. 2006, n° 05-86.086, F-P+F : Juris-Data n° 2006-031783 ; *Bull. crim.* 2006, n° 5.

² **J.-F. Renucci**, *le Procureur de la République est-il un magistrat au sens européen du terme ?* : Mélanges Cohen-Jonathan : Bruylant, 2007, p. 1345 s.

magistrats du parquet sous l'autorité du ministre de la justice ; que l'article 30 nouveau du Code de procédure pénale, qui définit et limite les conditions dans lesquelles s'exerce cette autorité, ne méconnaît ni la conception française de la séparation des pouvoirs, ni le principe selon lequel l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et ceux du parquet, ni aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle »¹. Ainsi, le Conseil constitutionnel confirme la qualité de magistrat des membres du parquet, quand bien même ceux-ci soient placés sous l'autorité du ministre de la justice. Le Conseil constitutionnel considère donc que la qualité de magistrat des membres du parquet est compatible avec leur dépendance au pouvoir exécutif. Comme le note un auteur, « *c'est là une particularité saisissante, tant on pourrait penser qu'un « magistrat » ne puisse se concevoir autrement que sous les traits d'une autonomie radicale de fonction* »². C'est dans ce contexte que la Cour européenne des droits de l'homme était invitée à s'exprimer sur la compatibilité entre le statut de magistrat des membres du parquet et leur dépendance au pouvoir politique.

LE MINISTÈRE PUBLIC, UNE SIMPLE AUTORITÉ ADMINISTRATIVE. — Dans l'affaire *Medvedyev et autres contre France*³, la Cour de Strasbourg s'est prononcée sur la situation du ministère public au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle a décidé, sur le fondement de l'article 5, § 3, de la Convention, que : « *Force est [...] de constater que le procureur de la République n'est pas une "autorité judiciaire" au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion : comme le soulignent les requérants, il lui manque en particulier l'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif pour pouvoir être ainsi qualifié* » (§ 61). Cette décision, on l'imagine, a généré des vagues, voire de tempêtes, dans le milieu judiciaire. Certains ont même évoqué une « *révolution* » pour le parquet et ce surtout à un moment où le pouvoir politique s'engageait dans la voie d'un accroissement sensible des prérogatives du parquet, notamment en raison de la suppression annoncée du juge d'instruction. Le procureur de la République, faute d'être cette « *autorité judiciaire* » pourtant reconnue par le Conseil constitutionnel n'est donc plus un magistrat au sens européen du terme. Manifestement, un écart se creusait entre le Conseil constitutionnel d'une part et la Cour européenne de l'autre. La Grande Chambre fut saisie, à la demande du Gouvernement français notamment, et elle a rendu sa décision, le 29 mars 2010⁴. Il est jugé que : « *Le magistrat doit présenter les garanties requises d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties, ce qui exclut notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale, à l'instar du ministère public...* » (§ 124). Il faut donc se rendre à l'évidence : les membres du parquet ne sont pas des « *magistrats* »

¹ Cons. const., 10 mars 2004, déc. n° 2004-492 DC, JO 10 mars 2004, p. 4637

² Y. **Mayaud**, *Le statut du ministère public*, in *Revue de droit d'Assas*, *op. cit.*

³ CEDH, 5e ch., 10 juillet 2008, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03, D. 2008, 3055, note P. Hennion-Jacquet.

⁴ CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, req. n° 3394/03, JCP G 2010, doct. 454, obs. F. Sudre.

au sens européen du terme, ils ne sont que des « *autorités administratives* ».

La Cour européenne confirmera sa position, de façon encore plus explicite, dans l'arrêt *Moulin contre France* du 23 novembre 2010 dans lequel elle considère que « *les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de « magistrat » au sens de l'article 5 § 3* »¹. Peu après, la Cour de cassation va se conformer à la position des juges européens dans un arrêt du 15 décembre 2010 et considérer que « *si c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante, l'arrêt n'encourt pas pour autant la censure, dès lors que le demandeur a été libéré à l'issue d'une privation de liberté d'une durée compatible avec l'exigence de brièveté imposée par ledit texte conventionnel* »². Bien qu'une certaine résistance de la part du Conseil constitutionnel ait pu se faire jour, notamment dans une décision du 17 décembre 2010 dans laquelle le Conseil constitutionnel a confirmé que « *l'autorité judiciaire comprend à la fois les magistrats du siège et du parquet* »³, il ressort clairement de cet exposé que les magistrats du parquet ne sont pas des juges, ils ne présentent pas les garanties d'indépendance et d'impartialité nécessaires. Dès lors, les attributions quasi-juridictionnelles dont ils disposent, notamment en matière d'alternatives aux poursuites pourraient être remise en cause. « *Il va falloir revisiter la procédure avec ce nouveau prisme* » assure Me SPINOSI. « *Dans près d'une affaire sur deux, les justiciables n'ont affaire qu'au parquet, et ne voient jamais un juge du siège. Au fil des années, les gouvernements, pour accélérer les procédures et faire des économies, ont confié aux procureurs un rôle de "quasi-jugement", devenu contestable s'il n'est plus une autorité judiciaire* »⁴. Il est vrai qu'ici, la liberté individuelle n'est pas en jeu mais reconnaître aux magistrats du Ministère public le pouvoir des sanctions, même non privatives de liberté, c'est faire d'eux, des quasi-juges.

Si les membres du ministère public ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard du pouvoir exécutif, il ne saurait en être autrement de ses « *intermédiaires* » qui assimilent indirectement le Ministère public à un juge.

¹ CEDH, 5e ch., 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, req. n°37104/06, spéc. §57 et s.

² Cass. crim., 15 décembre 2010, n° 10-83.674.

³ Cons. const. 17 déc. 2010, n° 2010-80 QPC

⁴ Cité par F. Johannès, *Le parquet français n'est plus une autorité judiciaire*, Le Monde, 17 décembre 2010.

II | L'ASSIMILATION INDIRECTE DU MINISTÈRE PUBLIC AU JUGE

Si le Ministère public n'est pas un magistrat, *a fortiori*, ses auxiliaires ne le sont pas plus dans la mesure où ils dépendent directement de lui¹. Il convient ainsi de traiter de l'intervention indirecte du Ministère public. En effet, bien que les articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale traitent de la compétence des magistrats du parquet, ceux-ci ont la possibilité d'avoir recours, pour exercer leurs pouvoirs, à des tiers. Ces tiers, qui peuvent être soit des délégués du procureur (A) soit des médiateurs (B) sont alors, de par les textes, également assimilés à de véritables juges. Ils disposent ainsi des mêmes pouvoirs que le Ministère public. Or, c'est encore faire illusion dans la mesure où ces tiers ne présentent pas les qualités du juge.

A – Les délégués du procureur

Les articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale disposent, en premier lieu, que le procureur de la République peut mettre en œuvre, par l'intermédiaire d'un délégué, une mesure alternative aux poursuites. Les délégués du procureur de la République semblent incarner la volonté des pouvoirs publics de rapprocher la justice pénale de ses justiciables. Ils sont aujourd'hui plus de mille à exercer leur fonction au sein des juridictions ou dans des maisons de justice et du droit. Ces nouveaux auxiliaires de justice, aujourd'hui presque deux fois plus nombreux que les juges de proximité² sont nés, il y a plusieurs années, à l'initiative de quelques procureurs soucieux d'assurer la réponse pénale. Lorsqu'en 1999 le législateur a développé les alternatives aux poursuites et créé notamment la composition pénale, il subodorait que le parquet aurait quelques difficultés à mettre en œuvre ces nouvelles procédures au regard des moyens dont il disposait. Il a ainsi prévu la possibilité, pour le procureur, d'avoir recours à une « *personne habilitée* » laquelle a officiellement pris le nom de délégué du procureur dans le décret d'application de la loi de 1999³. Relativement méconnus, les délégués du procureur sont pourtant aujourd'hui devenus des personnages clés du paysage judiciaire. Les délégués du procureur sont chargés de mettre en œuvre, à la demande et sous le contrôle du procureur de la République, les mesures alternatives aux poursuites. La mesure est choisie par le procureur qui en confie la mise en œuvre à un délégué. La tâche du délégué consiste ainsi à recevoir la personne, s'assurer de l'exécution de la mesure puis de rendre compte de sa mission au procureur. Il fait ainsi l'office de substitut au Ministère public. Dès lors, si le Ministère public n'est pas indépendant, les délégués le

¹ La circulaire du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur considère ainsi le délégué du procureur comme « *un collaborateur de justice au service du ministère public* ».

² En 2002, le ministère de la Justice avait indiqué que seraient créés 3300 postes de juge de proximité d'ici 2008. Il y avait, au 1er mars 2007, 582 juges de proximité en fonction.

³ L. n° 99-515, 23 juin 1999 : Journal Officiel 24 Juin 1999. – D. n° 2001-71, 29 janv. 2001 : Journal Officiel 30 Janvier 2001.

sont, *a fortiori*, encore moins mais là n'est pas véritablement le problème de leur intervention, lequel se situe davantage dans la liberté que ceux-ci ont pu prendre dans ces procédures alternatives. En effet, force est de constater que malgré l'apparence d'un mandat strict, ceux-ci débordent parfois largement de leurs compétences alors que leur légitimité paraît discutable.

D'UN MANDAT DIRECTIF À UNE LIBERTÉ DANGEREUSE. — À l'origine, les délégués du procureur de la République étaient conçus comme de simples « *exécutants* ». La circulaire du 16 mars 2004¹ était d'ailleurs explicite en ce sens en précisant que, chargés d'assurer la mise en œuvre des réponses ordonnées par les magistrats, ces délégués ont un statut d'exécutant et sont tenus d'appliquer des consignes précises. Il est ainsi noté, concernant la procédure de composition pénale, que les membres du parquet peuvent « *confier sa mise en œuvre, selon les cas, à un délégué du procureur ou à un médiateur, dans le cadre d'un mandat écrit* » et que « *compte tenu de la nature des sanctions applicables, il convient d'être très rigoureux quant au contenu de la proposition de composition qui sera transmise à l'auteur par le délégué du procureur. Le mandat précisera la nature et le quantum des mesures prononcées, y compris en ce qui concerne la réparation du préjudice* ». De la même manière, selon la circulaire, « *le premier devoir du délégué du procureur est de respecter les termes de son mandat, c'est-à-dire de se conformer exclusivement à la mission impartie, sans jamais excéder les prérogatives qui lui sont dévolues, ni abuser de l'autorité que lui confère la fonction* ». Les délégués étaient donc soumis originellement au pouvoir de direction et de contrôle du Procureur. Dans les alternatives aux poursuites, les délégués exerçaient ainsi leurs compétences dans le cadre d'un mandat écrit du Procureur de la République définissant le champ de la mission : la qualification pénale retenue, la mesure et délai de réalisation impartis. Or, en pratique, les délégués se sont vite aperçus qu'ils pouvaient déborder de ce mandat. Ainsi, il arrive souvent que les délégués du procureur, quand ils trouvent que la réponse choisie par le magistrat n'est pas la plus opportune et malgré un mandat très directif, n'hésitent pas à jouer sur le fait que les gens ne connaissent pas les implications d'un passage devant eux pour aller un peu plus loin que la stricte exigence du magistrat. De même, les procureurs eux-mêmes n'hésitent plus à confier aux délégués le pouvoir de choisir la mesure adéquate. Ainsi, les délégués ont une plus ou moins grande autonomie en fonction du tribunal auquel ils sont rattachés. Des études ont été faites dans divers tribunaux qui ont montré que dans certaines juridictions, les délégués du procureur ont des attributions beaucoup plus importantes que celles prévues par la circulaire du 16 mars 2004. Ils ne se contentent pas d'assurer l'exécution des réponses fixées par les magistrats mais jouent également un rôle décisionnel dans le choix des mesures à réaliser. Ainsi, certains procureurs ne précisent pas, quand ils renvoient l'affaire devant

¹ Circulaire (CRIM 04-3/ES-16-03-04) du 16 mars 2004 relative à la politique pénale en matière de réponses alternatives aux poursuites et de recours aux délégués du procureur, Ministère de la Justice, BO n°93.

les délégués, la réponse attendue, mais se déterminent généralement en faveur d'une des trois voies d'orientation disponibles : les poursuites, le classement sans suite ou le renvoi devant un délégué. Cette absence de directive des magistrats sur l'activité des délégués est redoutable. Elle laisse une large marge de manœuvre importante à une personne dont la légitimité est hautement discutable.

UNE LÉGITIMITÉ CONTESTABLE. — Habilités par le Procureur à l'issue d'une période probatoire, après avis de l'assemblée générale des magistrats du siège et du parquet, pour une durée de cinq ans renouvelable, les délégués du procureur sont des personnes issues de la société civile dont les conditions d'accès à la fonction sont peu contraignantes. En effet, aucun diplôme n'est exigé pour exercer cette activité et aucune expérience professionnelle spécifique n'est requise, il suffit simplement de ne pas tomber dans l'un des cas d'incompatibilité prévus à l'article R. 15-33-33 du Code de procédure pénale. Aucune formation préalable n'est imposée, les délégués étant simplement incités à suivre une formation proposée par l'école nationale de la magistrature. Dès lors, se pose avant tout la question de la légitimité de ces « *quasi-juges* ». Ceux-ci peuvent proposer des « *quasi-peines* » sans condition de diplôme ni d'expérience. En réalité, ces délégués du procureur jouent davantage sur les apparences. Ils ont l'apparence d'un juge dès lors, les justiciables confrontés à cette justice ont l'impression d'être devant un magistrat. L'ignorance des justiciables est ainsi un ressort sur lequel s'appuient les délégués. Si ce manque de légitimité peut être couvert par leur fonction de simple exécutant du Ministère public, l'évolution qui se profile et qui fait du délégué un véritable acteur et non plus un simple exécutant de la mesure ordonnée par le Ministère public apparaît dangereuse. Habilité sans condition de diplômes ou d'expérience, la légitimité des délégués du procureur est d'autant plus contestable que, hors les cas d'incompatibilité prévus pour l'habilitation, aucune disposition statutaire ne tend à assurer leur indépendance et leur impartialité. Certes, il est indiqué que les candidats à la fonction de délégué du procureur doivent présenter des garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité mais, le respect de ces exigences est laissé à la libre appréciation du procureur qui reçoit la candidature.

Alors que les critiques formulées contre le Ministère public peuvent être relativisées par leur statut traditionnellement – et encore constitutionnellement – reconnu « *d'autorité judiciaire* » et les garanties qui sont attachées à ce statut (malgré leur dépendance au pouvoir politique), notamment en ce qui concerne les conditions d'accès à la profession et leur éthique¹, il semble que le problème est autrement plus gênant lorsque l'on confère à des personnes privées, sans aucune condition d'expérience ou de diplômes, des pouvoirs aussi importants que ceux dont

¹ F.-L. Coste, *L'éthique du ministère public*, AJ Pénal, 2007 p. 425.

disposent les délégués du procureur dont la légitimité et l'indépendance sont critiquables. D'autant plus lorsque l'on sait que les délégués sont rémunérés à l'acte, les tarifs variant en fonction de la nature de l'acte effectué¹. La tentation est alors grande de considérer que ces délégués « *n'évacuent* » les affaires que dans la seule optique de « *faire du chiffre* ».

Ainsi, le recours au délégué du procureur semble se banaliser alors que les prérogatives qui lui sont confiées sont plus nombreuses, sans doute plus complexes, impliquant un pouvoir de décision auquel il n'est pas préparé et qui justifieraient que soient renforcées les règles encadrant tant l'accès à la fonction que son exercice. À défaut de présenter des garanties identiques à celle qu'offre le déléguant, cet auxiliaire non professionnel de la justice devrait voir sa mission plus clairement définie, encadrée, limitée. Le même constat peut être réalisé pour les médiateurs.

B – Les médiateurs

Comme il peut le faire par l'intermédiaire de son délégué, le procureur de la République peut, par l'intermédiaire d'un Médiateur proposer un classement sous condition, une médiation ou encore une composition pénale à l'auteur des faits. Le médiateur du Procureur intervient cependant surtout pour mettre en œuvre la procédure de médiation entre la victime et l'auteur des faits. Tiers au conflit qui oppose ces deux protagonistes, le médiateur peut être bénévole ou bien professionnel (c'est-à-dire exercer à titre libéral ou en tant que salarié d'une association), répondant à des conditions déontologiques très strictes. Plusieurs projets de code de déontologie ont ainsi vu le jour. Ils sont sensiblement les mêmes, à l'image du code de déontologie adopté par l'INAVEM en juin 1996.

Le médiateur est chargé de mettre en œuvre la procédure de médiation et de suivre l'exécution de la convention conclue entre les parties. Cela signifie qu'il doit informer les parties de leurs droits, notamment celui d'être accompagné d'un avocat. Il doit surtout leur décrire la procédure de médiation, ses tenants et ses aboutissants. Ainsi doit-il expliquer qu'il est saisi par le procureur de la République, lequel ne sait pas encore s'il va classer sans suite l'affaire ou au contraire poursuivre, que sa décision résultera en grande partie du comportement des intéressés, qu'en cas d'accord, le dossier sera très certainement classé sans suite, et que, dans le cas contraire, des poursuites ne sont pas exclues. Le médiateur rappelle cependant qu'il n'a qu'un mandat du parquet pour effectuer la médiation, et qu'en aucun cas, il n'est compétent pour prendre la décision de mise en mouvement de l'action publique.

¹ Ainsi, par exemple, un rappel à la loi est payé 7,50 euros et un classement sous condition 15 euros.

Le médiateur est un tiers au conflit. Il se doit d'être neutre. Il n'a donc pas à prendre parti, même si l'affaire oppose une victime et un auteur ayant clairement reconnu les faits. Il doit équilibrer les rapports entre les personnes. À cette occasion, il peut être obligé d'intervenir afin de s'assurer que l'une des parties ne prend pas l'ascendant sur l'autre par des mesures d'intimidation ou en raison du caractère vulnérable de la personne. Son devoir de neutralité permet au médiateur d'invoquer une clause de conscience et de refuser un dossier lorsqu'il apparaît qu'il connaît l'une ou l'autre partie. Rappelons que le médiateur n'est ni juge, ni arbitre. Il n'a pas à trancher le litige. Il se doit d'être impartial et indépendant. Lorsqu'il propose une solution au conflit, il ne l'impose jamais et elle doit toujours être approuvée par l'ensemble des protagonistes. En revanche, il ne peut pas admettre la signature d'un accord manifestement déséquilibré. Il doit également vérifier que chaque partie agit librement et en toute connaissance de cause.

Dans ces conditions, les qualités attendues des personnes auxquelles la médiation est le plus souvent déléguée, semblent bien dérisoires. Ils doivent « *présenter des garanties de compétence, d'indépendance et d'impartialité* »¹ mais ne doivent « *pas exercer de fonctions judiciaires ou participer au fonctionnement du service de la justice ou être investi d'un mandat électif dans le ressort de la cour d'appel* »² ni être conjoints d'une personne exerçant ces fonctions. Les compétences en question n'ont donc pas à être juridiques. Peu importe d'ailleurs : « *le médiateur n'a pas à se prononcer sur la culpabilité du mis en cause ou à évaluer le préjudice subi par le plaignant* »³. Au mieux, l'on vérifie sa moralité : il ne doit pas avoir « *fait l'objet d'une condamnation, incapacité ou déchéance mentionnée sur le bulletin n° 2 du casier judiciaire* »⁴. Quant à l'indépendance et à l'impartialité attendues du médiateur, elles sont fort douteuses lorsque le médiateur est issu d'une association d'aide aux victimes ! En effet, le plus souvent, ce sont des associations d'aides aux victimes comme l'INAVEM⁵, par ailleurs destinataires de subventions, qui reçoivent une habilitation. Il est tentant de considérer alors que le médiateur sera souvent plus sensible à la victime, à ses attentes et à sa réparation plutôt qu'à la protection des intérêts et droits de l'auteur des faits. D'autre part, même si ce système permet de pallier partiellement la question du financement de la médiation qui, au demeurant, fait l'objet d'une tarification par le Code de procédure pénale, il convient de rester attentif au fait qu'un véritable « *marché* » est en passe de se créer, avec ses démarches de reconnaissance symbolique, ses enjeux de pouvoirs et ses risques de

¹ CPP, art. R. 15-33-33, 3°.

² CPP, art. R. 15-33-33, 1°.

³ C. déont. médiation pénale Inavem, art. 7 : le cadre éthique.

⁴ CPP, art. R. 15-33-33, 2°

⁵ Fédération nationale d'aide au victime et de médiation. Fédération généraliste d'aide aux victimes, créée en 1986, l'INAVEM a pour mission d'animer, de coordonner et de promouvoir le réseau d'aide aux victimes, ainsi que d'engager des partenariats, des conventions pour faciliter l'accès des personnes victimes vers les associations locales. L'INAVEM regroupe ainsi 150 associations d'aide aux victimes sur l'ensemble du territoire français.

dérives financières susceptibles à terme de générer une véritable charge pour les parties sans offrir pour le moment les garanties propres à l'instance judiciaire *stricto sensu*.

De surcroît, le médiateur reste dans une situation très ambiguë par rapport à celui qui le mandate ponctuellement et surtout l'habilite pour une première durée probatoire d'un an puis pour une période de cinq ans renouvelable¹ : la société n'étant pas partie à la procédure, il n'est pas nécessaire que les médiateurs soient indépendants à l'égard du ministère public. L'importance des principes d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité a également été soulignée par un grand nombre d'intervenants. Pourtant, lorsque l'on examine la position du médiateur par rapport à l'institution judiciaire, on se rend compte que la portée de ces principes est loin d'être absolue. On peut ainsi s'interroger sur certaines pratiques, comme la rédaction d'un rapport détaillé reprenant les motifs de l'échec de la médiation par le médiateur au procureur, la transmission de leurs procès-verbaux ou même la rédaction d'un rapport dans lequel les médiateurs rendent compte annuellement de leurs missions². Où se nichent l'indépendance et l'impartialité dans ces conditions ?

On le voit, le Ministère public qu'il intervienne directement ou indirectement lors de la mise en œuvre des alternatives aux poursuites apparaît véritablement comme un juge or, force est de constater que ni lui ni ses « *auxiliaires* » ne présentent les qualités indispensables du juge que sont l'indépendance et l'impartialité. Si l'assimilation du Ministère public au juge apparaît ainsi comme désuète, en raison de la remise en cause du statut des membres du parquet par la Cour européenne des droits de l'homme, une autre assimilation, celle de certaines autorités au juge pénal, apparaît véritablement dangereuse.

SECTION 2 | L'ASSIMILATION DANGEREUSE D'AUTORITÉS DE SUBSTITUTION AU JUGE

Le Ministère public n'est pas, en matière d'alternatives aux poursuites, la seule illusion de la présence d'un juge. D'autres autorités viennent faire illusion dans ce domaine. Cependant, là où l'illusion du juge par le Ministère public peut légitimement s'expliquer par la tradition judiciaire et le statut traditionnellement reconnu de magistrat des membres du parquet, l'assimilation de certaines autorités au juge paraît hautement plus dangereuse et critiquable.

Dans les alternatives aux poursuites, ces autorités de substitution font figures de véritables juges : elles interviennent dans des domaines relevant de la matière pénale et disposent de

¹ CPP, art. R. 15-33-35.

² CPP, art. R. 15-33-36-1.

pouvoirs de sanction assimilables à ceux du juge (I). Elles peuvent dès lors apparaître, comme un véritable « *tribunal* » au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, la Cour ayant une approche large de cette notion dans la mesure où selon elle, un tribunal ne correspond pas uniquement aux juridictions de type classique mais il peut s’agir d’une commission, d’un conseil, d’une autorité administrative dès lors que ces derniers sont habilités à prendre des décisions contraignantes dans le domaine en cause¹. Dès lors, l’assimilation de ces autorités au juge peut être légitimée. Néanmoins, cette assimilation n’est possible que si ce « *tribunal* » satisfait aux autres conditions posées par les instances européennes et notamment, présente des garanties d’indépendance et d’impartialité. Or, ces autorités ne sont ni indépendantes ni impartiales (II). Dès lors, l’assimilation de ces autorités au juge est incomplète : elles disposent des pouvoirs d’un tribunal sans en présenter les garanties nécessaires. Il apparaît donc que le législateur fait véritablement illusion ici de la présence d’un juge.

I | UNE ASSIMILATION COMPLÈTE QUANT AUX POUVOIRS

Les autorités de substitution que sont les autorités administratives indépendantes et l’administration apparaissent, de prime abord, comme de véritables juges : elles disposent de pouvoirs de sanction comparables à ceux du juge pénal (A) et interviennent dans des domaines qui relèvent de la « *matière pénale* » (B). Elles font alors office, *a priori*, de tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l’homme.

A – Un pouvoir de sanction assimilable à celui du juge pénal

Qu’il s’agisse des autorités administratives indépendantes ou bien de l’administration, ces autorités de substitution au juge disposent de pouvoirs importants. Nous l’avons dit, elles concurrencent le juge dans la mesure où la répression n’est plus de l’exclusivité de l’ordre judiciaire.

Il convient d’abord de revenir sur les pouvoirs de l’administration en matière d’alternatives aux poursuites. Nous l’avons dit, l’Administration peut transiger avec l’auteur d’une infraction dans de nombreux domaines et il ne sera fait appel aux juridictions pénales qu’en cas d’échec de la transaction, transformant ainsi le procès pénal en recours de second rang. Ainsi, « *l’administration des douanes est autorisée à transiger avec les personnes poursuivies pour infractions douanières ou pour infractions à la législation et à la réglementation relative aux relations financières à l’étranger* »². De même, en matière de contributions indirectes, les infractions fiscales « *peuvent faire l’objet de transaction avant la mise en mouvement d’une*

¹ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* ; CEDH, 21 févr. 1984, *Öztürk c. Allemagne*.

² Art. 350 du Code des douanes.

action judiciaire »¹. Des dispositions similaires ont été prises en matière de transports aériens², en droit de l'environnement³, en droit forestier⁴ ou encore en matière de transports publics⁵. Le même pouvoir de sanction se retrouve dans la procédure d'amende forfaitaire qui évite le procès pénal par le paiement d'une amende et qui concerne les contraventions des quatre premières classes⁶. Dans tous ces cas, l'administration dispose d'un véritable pouvoir de sanction qui s'apparente réellement à celui du juge. Les pouvoirs de constater l'infraction et de juger de la culpabilité sont transmis à l'administration qui « *s'arrange* » avec l'accusé et sanctionne son comportement. On retrouve ici le même mécanisme que dans les alternatives aux poursuites classiques où le Ministère public fait office de juge de la culpabilité et offreur de peine.

De même, les autorités administratives indépendantes disposent de pouvoirs également comparables à ceux du juge pénal. Les pouvoirs des autorités administratives indépendantes sont très divers. Ils vont de l'avis ou de la recommandation au pouvoir d'injonction en passant par le pouvoir d'investigation, celui de prendre des décisions individuelles et celui d'édicter des mesures réglementaires mais plus encore, certaines autorités administratives indépendantes disposent d'un véritable pouvoir de sanction. Le législateur a, en effet, doté certaines autorités administratives indépendantes d'un pouvoir de sanction : on peut citer, à titre d'exemples, le Conseil de la Concurrence, le CSA, l'ARCEP, la CRE, l'Autorité des marchés financiers (AMF), la CNIL et la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). Les sanctions concernées peuvent être de deux types : à caractère professionnel (ou « *fonctionnel* ») ou pécuniaire. Ainsi, les autorités administratives indépendantes peuvent-elles, notamment, proposer une amende transactionnelle (qui peut se chiffrer en millions) au contrevenant. Elles peuvent de même, sanctionner un comportement en imposant l'affichage ou la diffusion d'un communiqué, et s'il y a lieu, en imposant à l'auteur des faits d'indemnisation la victime⁷, la transaction proposée par la HALDE par exemple, comme celles proposées par les nombreuses autres autorités administratives indépendantes constitue de véritables sanctions.

Dès lors, on le voit, ces autorités de substitution sont assimilées, par le législateur, à de véritables juges. Certes, elles ne peuvent pas prononcer de peines privatives de liberté mais elles peuvent prononcer de véritables peines privatives de droit. Comme le fait le Ministère public dans les alternatives aux poursuites classiques, ces autorités de substitution se prononcent sur la culpabilité pour ensuite, « *offrir* » une peine.

¹ Art. L. 248 du Livre de procédure fiscale.

² Art. L. 330-9 du Code de l'aviation civile.

³ Art. L. 437-14 du Code de l'environnement.

⁴ Art. L. 153-2 du Code forestier.

⁵ Art. 529-3 du CPP.

⁶ Art. 529 et s. du CPP.

⁷ Art. 11-1, 11-2 et 11-3 de la loi du 30 déc. 2004 et D. 1-1 du CPP.

A supposer que ces autorités de substitution puissent être assimilées à un « *tribunal* » au sens européen du terme, encore faut-il savoir si les règles de l'article 6 de la Convention doivent être automatiquement appliquées. Le domaine de cet article, est déterminé par l'existence d'une « *accusation en matière pénale* ». Il apparaît dès lors que ces autorités interviennent dans des domaines proches de ceux traités par le juge pénal, elles interviennent dans « *la matière pénale* ».

B – Un domaine de compétence relevant de la matière pénale

Il est vrai que de prime abord, il est possible de considérer que ces autorités de substitution n'ont pas à présenter les garanties attendues d'un juge dans la mesure où, elles ne traitent pas de la même matière. Les autorités administratives indépendantes, par exemple, n'ont pas à présenter les garanties d'indépendance et d'impartialité du juge dans la mesure où, elles interviennent dans des domaines fortement éloignés de ceux du juge pénal et donc, ne constituent pas des autorités pouvant mettre en œuvre « *une accusation en matière pénale* » : le CSA par exemple n'a en charge que la régulation du secteur de l'audiovisuel, l'AMF ne s'occupe quant à elle que de la régulation des marchés financiers. Dès lors, il serait inutile d'alourdir leurs interventions en mettant à leur charge des garanties d'indépendance et d'impartialité.

Néanmoins, ces autorités de substitution sont compétentes dans des domaines qui se rapprochent étrangement de celui du juge pénal. Le droit fiscal, le droit douanier, le droit de la concurrence, le droit financier et monétaire dont ces autorités ont en charge la régulation sont indéniablement proches du droit pénal en ce qu'ils définissent et sanctionnent des comportements, actions ou omissions, qui portent atteinte à l'ordre social. Il est vrai que ces matières ne sont pas, à proprement parlé intégrées dans le droit pénal et qu'elles ne se retrouvent notamment pas dans le Code pénal ou dans le Code de procédure pénale mais instinctivement néanmoins, on sent bien que ces domaines se rejoignent, se recourent pour n'en faire qu'un. Le droit pénal apparaît alors « *sournois, pour se livrer de manière indirecte ou déguisée, sans révéler ouvertement son existence* »¹. Ces autorités ont en charge des secteurs qui concurrencent véritablement le droit pénal. Par les sanctions qu'elles peuvent prononcer, ces autorités sont assimilées, par le législateur, à de véritables juges et leurs secteurs affichent « *une parenté ostensiblement punitive si bien que la question se pose de leur véritable nature, voire de l'opportunité de les considérer comme des manifestations pénales à part entière* »². Si l'on s'arrêtait aux apparences, les garanties offertes par la Convention européenne n'auraient que peu de portée, une partie importante du contentieux leur échappant et point n'est besoin de rappeler que la Cour européenne entend bien

¹ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 3e éd. 2010, p. 52.

² *Ibid.*

que les garanties offertes par la Convention soient « *concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusives* »¹.

La Cour européenne ne s'y est d'ailleurs pas trompée puisqu'elle « *recherche en toute autonomie, l'enjeu réel des dispositions qui lui sont soumises, afin d'en révéler, au-delà des simples apparences, la substance véritable* »². La Cour n'est donc pas liée par les qualifications données par le droit interne, celles-ci n'ayant qu'une valeur relative. Dès lors, il importe peu que les sanctions pouvant être infligées par les autorités administratives indépendantes ou bien par l'administration elle-même ne donnent par leur véritable qualification. La Cour européenne considère que « *pour déterminer le caractère pénal, au sens de la convention, d'une infraction, il importe d'abord de savoir si le texte définissant l'infraction en cause ressortit ou non au droit pénal d'après la technique juridique de l'État défendeur. Il y a lieu d'examiner ensuite, eu égard à l'objet et au but de l'article 6, au sens ordinaire de ces termes et au droit des États contractants, la nature de l'infraction ainsi que la nature et le degré de gravité de la sanction que risquait de subir l'intéressé* »³. Tels sont les critères de « *l'accusation pénale* » dans la jurisprudence européenne. Dès lors, lorsque ces critères se retrouvent, les garanties de l'article 6 de la Convention doivent s'y retrouver et notamment le droit à un tribunal indépendant et impartial.

Ont ainsi été considérées comme relevant de la matière pénale les dispositions relatives à la perte de point affectant le permis de conduire⁴ ou encore les majorations de droits pour mauvaise foi en matière fiscale⁵, les mesures pouvant être prononcées par la Cour de discipline budgétaire et financière⁶ ou encore les sanctions pouvant être imposées par les autorités administratives et disciplinaires régulant les marchés financiers⁷. C'est notamment dans l'affaire Öztürk⁸ que la Cour précise son analyse à propos de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux contraventions administratives. Avec prudence, afin de laisser intacte la souveraineté des États dans la délimitation de ce qui relève de la matière pénale et de ce qui ne relève pas, la Cour a affirmé qu'elles sont censées appartenir à la « *matière pénale* », mais sans pour autant faire partie du droit pénal. Par ailleurs, elle a admis, entre autres, que « *la faiblesse relative de l'enjeu ne saurait retirer à une infraction son caractère pénal* » et que puisque le but de la sanction était de prévenir, réprimer et dissuader, celle-ci « *revêt le caractère*

¹ v. par exemple CEDH, gde ch., 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, req. n°14939/03

² Y. **Mayaud**, *Droit pénal général*, op. cit.

³ v. par exemple CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*, CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-bas*.

⁴ Comm. EDH, 29 mai 1997, *Jerôme Maligne c. France*.

⁵ CEDH, 24 février 1994, *Bendenoum c. France*.

⁶ CEDH, 26 septembre 2000, *Guisset c. France*.

⁷ CE, 3 décembre 1999, *Didier*.

⁸ *Préc.*

punitif par lequel se distinguent, d'habitude, les sanctions pénales ». Les autorités administratives indépendantes et l'administration apparaissent donc comme des organes qui peuvent mettre en œuvre, contre un individu, une « *accusation en matière pénale* ».

On le voit, ces autorités de substitution au juge, parce qu'elles peuvent prononcer des sanctions assimilables à celles du juge et qu'elles sont compétentes dans des domaines relevant de la matière pénale doivent satisfaire aux exigences européennes d'impartialité et d'indépendance pour être véritablement assimilables à des juges. Ce n'est donc pas parce qu'elles n'affichent pas le nom de pénal que ces sanctions proposées par des autorités administratives doivent faire fi des exigences d'indépendance et d'impartialité. Or, force est de constater que ni l'administration ni les autorités administratives indépendantes ne satisfont à ces conditions.

II | UNE ASSIMILATION INCOMPLÈTE QUANT AUX GARANTIES.

La Convention européenne énonce, dans son article 6§1, le droit à un tribunal indépendant et impartial dès lors que le litige relève de la « *matière pénale* ». Il convient alors de relever que, même si ces autorités de substitution au juge s'immiscent dans la matière pénale en ce qu'elles disposent de pouvoirs de sanction comparables à ceux du juge, celles-ci ne présentent pas les qualités d'indépendance (A) et d'impartialité (B) et ne peuvent être assimilées à un véritable juge si bien que leur donner, par le biais de ces alternatives aux poursuites des pouvoirs comparables à ceux du juge ne saurait faire illusion.

A – Une impartialité discutable

D'abord, seul mérite l'appellation de tribunal au sens de l'article 6§1er de la Convention européenne, selon la Cour européenne, un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telle que son impartialité. Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6§1er de la Convention s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à ce égard tout doute légitime¹.

L'impartialité est sans doute, la qualité du juge qui manque le plus à ces autorités de substitution. Et pour cause, dans la mesure où, ces autorités sont souvent victimes en même temps qu'elles sanctionnent leurs atteintes. On voit mal comment l'impartialité de ces autorités peut être

¹ v. **P. Dourneau-Josette**, *Droits de l'Homme (Convention européenne)*, Rép. pén. Dalloz, Septembre 1999, p. 29.

garantie lorsqu'elles sont amenées à sanctionner des comportements qui n'ont d'autres victimes qu'elles mêmes.

De la même façon, comme l'impartialité peut-elle être garantie lorsque ces autorités cumulent les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement ? La Cour européenne a notamment eu à se prononcer sur cette question dans un arrêt du 11 juin 2009¹ dans lequel elle considère que la société requérante « *pouvait nourrir des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et l'impartialité de la Commission du fait de l'absence de distinction claire entre ses différentes fonctions* » et a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention (§ 61 et 62).

Cette exigence d'impartialité, que certains ont jugée excessive en ce que le droit oblige à la donner à voir en permanence, à travers l'organisation de l'Autorité et à travers le principe de transparence, est ce qui permet aussi aux Autorités administratives indépendantes de construire la preuve de leur indépendance et donc leur légitimité. Si l'impartialité est donc discutable, l'indépendance est également une garantie qui semble douteuse.

B – Une indépendance douteuse

En plus de l'impartialité, un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme doit présenter des garanties d'indépendance. L'indépendance se définit comme « *la qualité d'une personne ou d'une institution qui ne reçoit d'ordres, ou mêmes de suggestions, d'aucune sorte, qu'elle est donc seule à prendre des décisions, et qui n'a pas à rendre compte, car rendre compte évoque la critique* »². Le droit de faire entendre sa cause devant un tribunal indépendant est une composante essentielle du procès équitable et il occupe une place éminente dans une société démocratique. Cette indépendance doit se manifester à l'égard du pouvoir exécutif comme des parties.

La réelle indépendance à l'égard du pouvoir exécutif des autorités administratives quelles qu'elles soient pose question. Pour déterminer si un organe peut passer pour indépendant de l'exécutif, il faut avoir égard au « *mode de désignation et à la durée du mandat de ses membres, à l'existence de garanties contre des pressions extérieures et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance* »³.

Concernant l'administration, cette indépendance à l'égard du pouvoir exécutif est inexistante dans la mesure où toute administration est, par définition, hiérarchiquement soumise au pouvoir exécutif. La Constitution dispose ainsi, dans son article 20, le Gouvernement « *dispose*

¹ CEDH, 11 juin 2009, *Société Dubus S.A.*

² J. Pradel, *La notion Européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français*, R.C.S., 1990, n°4 p. 692.

³ CEDH, 22 juin 1983, *Langborger c. Suède*.

de l'Administration ». L'administration constitue, en quelque sorte, le « bras armé » du pouvoir politique.

Concernant les autorités administratives indépendantes, le Conseil constitutionnel rappelle la nécessité de cette indépendance en soulignant que cette indépendance caractérise par définition toute autorité administrative¹ ; les mêmes exigences sont posées aussi par le Conseil d'État². Mais ces exigences d'indépendance ne sont pas pour autant érigées comme condition de constitutionnalité de ces autorités pourtant qualifiées comme telles³. Le Conseil d'État, quant à lui, soumet les autorités administratives indépendantes dotées de pouvoirs de sanctions à certaines garanties issues de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en vertu de sa jurisprudence « *Didier* »⁴. Mais on observera que ce ne sont pas toutes les garanties du procès équitable qui sont ainsi appliquées aux autorités administratives indépendantes et que, dans le tri qu'il opère au sein des composantes du « *tribunal indépendant et impartial* », le Conseil d'État prend soin de laisser de côté l'indépendance. Certains auteurs considèrent que ces autorités sont plus « *autonomes* » que véritablement « *indépendantes* »⁵. Elles bénéficient au premier abord d'une certaine autonomie par rapport au pouvoir exécutif, mais leur indépendance est remise en question par l'origine ou le mode de désignation de ses membres. En effet, la composition même de certaines de ces autorités administratives conduit à exprimer des doutes quant à leur indépendance. Ainsi, l'ancien président de la COB était nommé pour six ans, par décret pris en conseil des ministres et cette fonction n'était soumise à aucun régime d'incompatibilité de fonctions. De la même manière, le président de l'AMF qui a remplacé la COB est nommé par le président de la République pour une durée de cinq ans. Concernant le CSA, celui-ci est dirigé par un Collège de conseillers qui est composé de neuf conseillers nommés également par décret du président de la République et dont trois d'entre eux sont désignés par lui, trois autres sont désignés par le président de l'Assemblée nationale et les trois derniers par le président du Sénat.

Plus encore, ces autorités doivent présenter une certaine indépendance vis-à-vis des parties et du secteur dont elles ont en charge la régulation. L'indépendance des autorités administratives indépendantes doit ainsi être recherchée à l'égard de tous les pouvoirs d'ordre économique comme politique. Il conviendrait alors de prémunir les autorités de l'influence néfaste des milieux professionnels. En effet, dans les secteurs d'activité concernés comme les domaines de l'informatique, de la Bourse et de l'audiovisuel les intérêts patrimoniaux sont considérables et les groupes privés puissamment structurés. Aussi bien, les risques d'interférence entre l'inévitable

¹ *Cons. const.*, 28 juillet 1989, déc. N°82-260 DC.

² CE 9 novembre 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, Rec., p. 591.

³ *Cons. const.*, 17 janvier 1989, n°88-247 DC et du 28 juillet 1989, n°89-260 DC.

⁴ CE, 3 décembre 1999, *Didier*.

⁵ **M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger*, *Economica* 1992, p. 43.

expression de ces intérêts et l'exigence d'impartialité des organismes en cause ne sont pas négligeables¹.

Ainsi, on le voit, les autorités administratives indépendantes tout comme l'administration au sens strict du terme font véritablement illusion quant à la présence d'un juge. Peu importe que ces autorités n'aient pas le nom de « *tribunal* », elles seraient en effet légitime à sanctionner des comportements, la notion de tribunal pouvant recouper d'autres organes que les juridictions de type classique. Comme les « *tribunaux* », ces autorités « *tranchent, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »², dès lors l'assimilation peut être valable. Cependant, un tribunal digne de ce nom doit aussi remplir une série d'autres conditions, notamment l'indépendance et d'impartialité. Ces conditions ne se retrouvent pas dans ces autorités si bien que l'assimilation n'est qu'imparfaite. Néanmoins, ce manque de garanties n'a pas semblé déranger la Cour européenne qui, on le devine à eu à se prononcer sur la question. Elle a considéré que « *eu égard au grand nombre des infractions légères, notamment dans le domaine de la circulation routière, un État contractant peut avoir de bons motifs de décharger ses juridictions du soin de les poursuivre et de les réprimer. Confier cette tâche, pour de telles infractions, à des autorités administratives ne se heurte pas à la Convention pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6* »³. On le voit, ici, peu importe que ces autorités ne satisfassent pas aux exigences européennes, un véritable juge y pourvoira s'il est saisi. C'est alors le retour d'un juge. Mais le retour d'un juge qui apparait comme un simple robot.

¹ v. par exemple : CE, 30 mai 2007, n° 293408, *Sté Europe finance et industrie*.

² v. par exemple : CEDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*.

³ v. par exemple : CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c. Allemagne*.

CHAPITRE 2 : LE RETOUR D'UN JUGE ROBOT

L'illusion du juge, on l'a vu, s'opère par la présence d'autorités qui ont l'apparence d'un juge sans en présenter les garanties d'impartialité et d'indépendance nécessaires. On a alors à faire à de « *faux juges* » qui détiennent les pouvoirs d'un véritable juge. Mais plus encore, l'illusion du juge peut également s'opérer, de manière plus sournoise, par la présence, cette fois-ci d'un véritable juge mais d'un juge privé de tout pouvoir, d'un juge dont les pouvoirs, s'ils ne sont pas réduits à leurs plus stricts appareils (Section 1) sont fortement préjugés (Section 2). Dès lors, bien que le législateur, aidé en cela du Conseil constitutionnel donne l'illusion de la présence d'un « *vrai juge* », il n'est en fait question que d'un juge robot.

SECTION 1 | LE RETOUR CHIMÉRIQUE D'UN JUGE-CONTRÔLEUR

L'illusion du juge par la présence d'un juge robot est d'abord flagrante dans la procédure de composition pénale. L'intervention du juge réclamée par le Conseil constitutionnel suite à la censure de la procédure d'injonction pénale a été rendue possible par la procédure de contrôle, *a posteriori*, de l'accord entre le Ministère public et l'auteur des faits. Un véritable juge a ainsi fait son apparition pour contrôler la procédure de composition pénale. A première vue, la procédure semble donc conforme au respect du principe du droit au juge. Néanmoins, il convient de se méfier des apparences. En effet, l'intervention du juge dans la procédure n'est que symbolique, celui-ci ne pouvant exercer qu'un contrôle restreint sur la procédure (I). De plus, les garanties que le législateur avait mise en place originellement lors de la procédure de composition pénale se sont, au fil des années, nettement effritées, rendant ce contrôle encore plus chimérique et donc la présence du juge encore plus illusoire (II).

I | UN POUVOIR DE CONTRÔLE RESTREINT

La loi du 23 juin 1999 retient, pour la procédure de composition pénale, le principe de l'intervention du juge judiciaire exigée par le Conseil constitutionnel en 1995, en la rendant obligatoire. C'est ainsi que la proposition de composition pénale doit, après que l'auteur des faits a donné son accord, être adressée par le Parquet au président du tribunal aux fins de validation. Ce n'est que si ce magistrat « *rend une ordonnance validant la composition* » que les « *mesures décidées sont mises à exécution* »¹. Il est alors tentant de voir en cela le véritable garde-fou à

¹ CPP, art. 41-2.

l'expansion des pouvoirs du parquet et une véritable garantie quant au droit au juge. Néanmoins, ne voulant pas « *alourdir* » la procédure ainsi mise en place, le législateur a, dès l'origine, réduit le contrôle du juge à son plus strict appareil (A) ce qui explique que cette garantie que devait constituer le contrôle par un magistrat du siège soit, en pratique, peu mobilisée (B).

A – Un garde-fou limité

L'intervention du siège a été présentée comme une véritable garantie offerte au justiciable face à l'expansion des pouvoirs ainsi concédés au parquet. Les péripéties législatives ayant précédé la création de la composition pénale par la loi du 23 juin 1999¹ sont à cet égard significatives. Si, contrairement aux autres alternatives aux poursuites, la composition pénale n'est pas la consécration de pratiques expérimentées sur le terrain, elle a été précédée d'un essai législatif infructueux : la loi du 8 février 1995² sur l'organisation judiciaire et la procédure pénale. Les dispositions de ce texte concernant « *l'injonction pénale* » ont, en effet, été censurées par le Conseil constitutionnel dans une décision du 2 février 1995³. L'injonction pénale conférait au parquet la possibilité d'inviter l'auteur des faits à exécuter certaines mesures comme le versement d'une somme d'argent au Trésor, l'exécution de la mesure entraînant l'extinction de l'action publique. Le Conseil constitutionnel a estimé que cette innovation méconnaissait le principe de séparation des fonctions de poursuite et de jugement, en permettant au ministère public de prononcer des mesures s'apparentant à de véritables peines. De telles mesures requièrent l'intervention d'une autorité de jugement. Ainsi, pour que la composition pénale soit jugée conforme aux exigences constitutionnelles, le législateur de 1999 a ajouté, à l'ancienne injonction pénale, l'intervention pour validation d'un magistrat du siège. Si cette intervention du juge du siège dans la composition pénale apparaît conforme au droit au juge, il n'en est cependant rien : le contrôle du juge du siège est en effet très limité et sa décision, qui n'est pas motivée, est insusceptible de recours, privant en cela les parties d'un double degré de juridiction.

SIMPLE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ. — Selon l'article 41-2 du Code de procédure pénale, lorsque le délégué du procureur a recueilli le consentement du mis en cause aux mesures proposées, le procureur de la République saisit le président du tribunal aux fins de validation de la composition pénale. Lorsque le magistrat rend une ordonnance validant la composition, les mesures sont mises à exécution. Dans le cas contraire, la proposition est caduque. Il convient à cet égard de faire un parallèle avec la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), « *sœur jumelle* » de la composition pénale mais qui, à l'inverse de cette

¹ Loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.

² Loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

³ Cons. const., 2 février 1995, n°95-360 DC.

dernière, n'est pas une alternative aux poursuites mais une alternative au procès pénal classique dans la mesure où l'action publique a été mise en mouvement. Cette procédure de CRPC suppose également une intervention d'un magistrat du siège. L'article 495-9 du Code de procédure pénale dispose ainsi que la personne ayant accepté la peine proposée est présentée devant le président du tribunal de grande instance ou un juge délégué par lui, saisi par le parquet d'une requête en homologation. La procédure de CRPC suppose donc une « homologation » par un magistrat du siège, tout comme la composition pénale suppose une « validation ». Mais le Code de procédure pénale prévoit, plus précisément qu'il ne le fait pour la composition pénale, la teneur de la mission dévolue au magistrat en cas de CRPC. En effet, celui-ci doit, après avoir entendu le mis en cause et son avocat, vérifier la réalité des faits ainsi que leur qualification juridique¹, s'assurer que le prévenu a bien reconnu les faits et accepté la peine qui lui a été proposée par le parquet. En outre, le magistrat du siège dispose du pouvoir d'apprécier si, en opportunité, la peine est justifiée, au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur². Le Conseil constitutionnel, par une réserve d'interprétation, a ajouté que le juge « *pourra refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire (ou) si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise ou sur la personnalité de son auteur* »³. L'homologation par le siège suppose ainsi, non seulement un contrôle du respect formel de la loi – ce qui semble être le rôle dévolu au juge en matière de validation de la composition pénale – mais aussi un contrôle d'opportunité : il s'agira notamment de vérifier si la peine proposée est adaptée au regard des faits et de la personnalité du prévenu⁴. A l'inverse, dans le cadre de la composition pénale, le juge saisi d'une requête en validation ne peut opérer qu'un contrôle de légalité de la mesure⁵, sans pouvoir vérifier ni l'opportunité de la procédure, ni celle de la mesure proposée. Son pouvoir de contrôle est bien plus étendu s'agissant de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, puisque au-delà du contrôle de légalité, le juge peut contrôler son opportunité. En tout état de cause, il ne peut juridiquement prononcer la culpabilité ou l'innocence de la personne, et ne peut pas davantage prononcer une autre peine que celle proposée. Cela s'explique précisément par la nature gracieuse de ces procédures. Le contrôle du juge est donc fortement réduit.

CONTRÔLE DÉFINITIF ET NON MOTIVÉ. — C'est enfin par une ordonnance motivée, susceptible d'un appel, que le magistrat du siège homologue la procédure de CRPC. En

¹ CPP, art. 495-9.

² CPP, art. 495.11.

³ Cons. const., 2 mars 2004, n°2004-492 DC.

⁴ C. Ambroise-Castérot, *Le consentement en procédure pénale*, in Mélanges Jean PRADEL, *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris : Cujas, 2006, p. 42.

⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique* : PUF 2002, Validation p. 909.

effet, l'article 495-11 du Code de procédure pénale dispose à cet effet que l'ordonnance d'homologation ou de refus d'homologation peut faire l'objet d'un appel de la part du condamné. C'est là une grande différence avec la validation de la composition pénale, non motivée et pour laquelle aucune voie de recours n'est ouverte. L'article 41-2 du Code de procédure pénale dispose en effet que « *la décision du président du tribunal, qui est notifiée à l'auteur des faits et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours* ». La victime ne peut donc pas contester une décision de validation, et ni l'auteur des faits, ni le ministère public ne peuvent contester une décision de non-validation. Ainsi, il apparaît clairement que le contrôle du juge du siège de la composition pénale apparaît véritablement illusoire, celui-ci ne faisant office que de simple chambre d'enregistrement. Son contrôle est réduit au minimum et sa décision n'est pas susceptible d'un appel ce qui, là encore, paraît en contradiction avec le droit au juge. En effet, non seulement les parties sont privées d'un véritable juge mais aussi, elles sont privées d'un double degré de juridiction.

On le voit, le contrôle opéré par le juge lors de la procédure de composition pénale est restreint, on a l'impression d'un juge privé de tout pouvoir, d'un juge qui fait office de simple « chambre d'enregistrement ». Ce qui explique d'ailleurs qu'en pratique, les refus de validation soient extrêmement rares.

B – Un garde-fou peu utilisé

C'est en effet en pratique que l'on constate que ce « garde fou » que constitue l'intervention d'un juge du siège dans le cadre d'une composition pénale est illusoire. En effet, à l'instar des refus d'homologation des CRPC, les refus de validation des compositions sont peu fréquents ce qui confirme que le juge n'est qu'une chambre d'enregistrement de la procédure, que son intervention, rendue obligatoire par le Conseil constitutionnel, ne se limite qu'à apposer sa signature sur une procédure dont il n'a aucun pouvoir. Ainsi, entre 2001 et 2003, 25 127 ordonnances ont validé une composition pénale délictuelle contre 844 ordonnances la refusant¹, soit moins de 4 % de refus de validation. À première vue, pour la CRPC, les refus d'homologation semblent moins exceptionnels, la plupart des études montrant un taux oscillant selon les juridictions entre 10 et 20 % des dossiers orientés en CRPC². À moins de 5 % de refus d'homologation ou de validation, il est possible de s'interroger sur la réalité de ce contrôle. Peut-

¹ **F. Zocchetto**, *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, Rapport d'information sur les procédures accélérées de jugement en matière pénale, Sénat, session ordinaire de 2005-2006, Paris : Sénat, 2005, p. 54.

² **J.-L. Warsmann**, *Rapport d'information de la commission des lois sur la mise en application de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, 15 juin 2005, doc. AN n° 2378.

on encore parler de véritable contrôle par le magistrat du siège, ou bien celui-ci ne fait-il office que de simple chambre d'enregistrement ?

Que penser de ce faible nombre de refus d'homologation par les magistrats du siège ? Plusieurs éléments explicatifs peuvent être avancés : certains magistrats peuvent avoir des réticences à refuser une homologation ou une validation dans la mesure où cela implique en pratique un renvoi du dossier devant la juridiction de jugement. Or, les audiences sont déjà largement encombrées. Cette contrainte ne peut être ignorée des magistrats du siège. Elle pèse d'autant plus sur eux qu'ils ne peuvent qu'accepter ou refuser « en bloc » la mesure ou la peine proposée. Les juges n'ont aucune possibilité de modifier la sanction proposée par le parquet et acceptée par le mis en cause, que ce soit quant à sa nature ou quant à son quantum. Cette impossibilité avait été justifiée lors des débats parlementaires par le souci de préserver la célérité de la procédure de composition pénale¹. Pourtant, d'autres législations octroient cette possibilité au magistrat du siège. Ainsi, l'Espagne a adopté en 1988 une procédure comparable à la CRPC. Dans le cadre de celle-ci, le juge doit vérifier lors de l'homologation la qualification des faits reprochés au mis en cause et l'adéquation de la peine. Lorsque ces deux conditions ne sont pas remplies, il peut demander une modification de l'acte d'accusation avant d'homologuer. Le magistrat du siège n'est alors pas enfermé dans ce choix binaire consistant à dire « oui » ou « non » à la CRPC. Il peut notamment proposer la sanction lui paraissant la plus adéquate. En France, le caractère radical de l'option laissée au magistrat en charge de l'homologation ou de la validation de ces procédures alternatives ne favorise certainement pas un contrôle effectif de la pertinence de la sanction proposée par le parquet.

Un autre élément ne semble pas non plus aller dans le sens d'un contrôle efficace de la composition pénale par le juge du siège : le déclin des pouvoirs de ce dernier opéré depuis la mise en place de la composition pénale par les lois successives qui n'ont fait que rendre ce contrôle encore un peu plus illusoire.

II | UN POUVOIR DE CONTRÔLE EN DÉCLIN

Bien que le contrôle par le juge du siège ait été, dès la mise en place de la procédure de composition pénale, réduit, il semble que l'évolution qu'a subie la procédure, postérieurement à la loi de 1999 ait rendu ce contrôle encore plus illusoire. En effet, au fil des années, alors que le champ d'application de la composition pénale a été élargi et que la proposition pouvait désormais intervenir pendant une garde à vue, ce contrôle a pu, d'une part, s'opérer sans l'intervention des parties, les auditions, à l'origine de droit étant devenues facultatives pour le juge (A) mais plus

¹ Assemblée nationale, 3^e séance, 6 avril 1999.

encore, ce contrôle a pu être délégué à un juge non professionnel (B). Paradoxalement donc, le durcissement progressif de la composition n'a pas été accompagné par un accroissement des garanties qui l'entourent.

A – Des auditions facultatives

A l'origine, le contrôle du juge sur la procédure de composition pénale était, certes limité, mais celui-ci pouvait demander à entendre les parties et, ces dernières, pouvaient également réclamer que le juge les reçoive. Ainsi, l'article 41-2 précisait, originellement que « *Le président du tribunal peut procéder à l'audition de l'auteur des faits et de la victime, assistés, le cas échéant, de leur avocat* » et que « *les auditions sont de droit si les intéressés le demandent* » et il était d'ailleurs précisé que les parties devaient être expressément averties de ce droit. Prenant acte que ces auditions pouvaient « *alourdir la procédure* » que le gouvernement voulait rapide, le législateur a, dans un second temps, supprimé cette possibilité en considérant que « *dans la mesure où cette procédure est strictement consensuelle et où elle prévoit que le projet de sanction doit être accepté par l'intéressé lors de la comparution préalable devant le procureur ou devant son délégué, et que l'intéressé doit maintenir son acceptation jusqu'à l'exécution de la mesure, il paraît superfétatoire de disposer que celui-ci, s'il en fait la demande, doit être entendu par le juge du siège qui prend les décisions. Cette faculté de demander une audition par le juge est de nature à faire échec à l'emploi de cette procédure, en raison de la lourdeur qu'elle implique. Elle risque ainsi d'être évincée au profit de la procédure classique, voire d'un classement sans suite* »¹. Autrement dit, alors que la loi de 1999 avait qualifié ces auditions « de droit » dès lors qu'elles étaient demandées par les intéressés, la loi de 2002² les rend facultatives dans tous les cas.

Dès lors, il convient de s'interroger sur la pertinence de l'intervention du juge. A quoi peut servir ce contrôle du juge si ce dernier n'est pas tenu de faire droit à la demande d'audition présentée par une des parties ? Par hypothèse, si les parties demandent à être entendues par le juge, c'est que leur consentement n'est pas si certain que cela, qu'elles ont besoin d'être « rassurées » par le juge, que leur acquiescement à cette procédure est incertain, qu'il a besoin d'être conforté par une rencontre avec un juge. Leur refuser l'accès au juge est donc tout simplement contreproductif. Si les parties demandent à être entendues par le juge et qu'on leur refuse ce droit, il apparaît clairement que ce « contrôle » n'est qu'une parodie, qu'un « leurre » mis en place par le législateur pour échapper à la censure du Conseil constitutionnel. Ce contrôle revient à faire du juge une simple chambre d'enregistrement. Le juge ici, est totalement inutile. La réforme a pour elle de revenir à l'ancienne injonction pénale. Alors que sous l'injonction pénale,

¹ Assemblée Nationale, 1^{re} séance, 1^{er} août 2002.

² L. n°2002-1138 du 9 septembre 2002, art. 36.

le juge était totalement absent, ici il est bien présent mais son intervention est dénuée de sens puisque ce dernier n'est pas obligé de faire droit à la demande d'audition présentée par une des parties. Comment s'assurer du consentement de l'auteur des faits dans ces conditions ? Comment s'assurer de la liberté de sa reconnaissance de culpabilité si le juge n'organise pas son audition ? Comment s'assurer qu'il a bien compris les tenants et les aboutissants de la procédure et qu'il n'a pas fait l'objet de pressions, notamment pendant une garde à vue, pour lui extorquer son consentement ? Certes, ces auditions auparavant « de droit » pour les parties, n'avaient pour seul objet que d'éclairer le magistrat dans sa décision de validation ou de non-validation, et n'étaient pas destinées à permettre un véritable débat contradictoire entre les intéressés mais, elles permettaient au magistrat de vérifier que la personne n'avait pas changé d'avis. De même, l'audition de la victime pouvait, le cas échéant, permettre de constater qu'elle n'était pas favorable à la composition pénale, une telle opposition, pouvait évidemment influencer la décision du président. De plus s'il était présent lors de l'audition, le représentant du ministère public pouvait alors exposer les arguments justifiant le recours à cette procédure.

On le voit, la suppression de la possibilité pour les parties de demander à être entendues par le juge a pour elle l'efficacité et la rapidité de la procédure au détriment d'un véritable contrôle de la part du juge. Plus encore que cette suppression, c'est la possibilité, reconnue par la loi de 2002 de déléguer ce contrôle à un juge de proximité qui confirme l'idée que ce contrôle est chimérique.

B – Un contrôle délégable

Nous l'avons dit, lors de la censure de la procédure d'injonction pénale, le Conseil constitutionnel avait réclamé l'intervention d'un juge du siège. A la suite de cette mésaventure dont fut l'objet le projet de loi relatif à l'injonction pénale, la conformité de la procédure de composition pénale aux principes constitutionnels, avait été assurée, par l'intervention du président du tribunal de grande instance en matière délictuelle, et par celle du juge d'instance en matière contraventionnelle. Quand bien même le contrôle était restreint, il y avait donc l'intervention d'un véritable juge, d'un juge professionnel, indépendant et impartial. En matière délictuelle, la validation de la composition pénale relevait donc de la compétence du président du tribunal de grande instance. Plus encore, l'article 41-2 ne prévoyait pas que le président du tribunal puisse déléguer cette compétence à un magistrat du siège. C'était donc nécessairement soit le président du tribunal de grande instance, soit le magistrat le suppléant dans ses fonctions de président en application des dispositions des articles R. 311-17 à R. 311-20 du code de l'organisation judiciaire qui étaient amenés à se prononcer sur les requêtes en validation. En matière contraventionnelle, la validation de la composition pénale relevait, aux termes de

l'article 41-3, de la compétence du juge d'instance. Cette validation pouvait donc être faite soit par le président du tribunal d'instance, soit par tout autre juge du tribunal d'instance.

Cependant, prenant acte, là aussi, du fait que cette intervention pouvait alourdir la procédure de composition pénale, il est vite apparu au législateur que ce contrôle devait être délégué à un juge nouvellement créé, le juge de proximité. Dès lors, la loi du 9 septembre 2002 a admis la possibilité de faire valider une composition pénale par un juge de proximité. En vertu de l'ancien article 706-72 al. 2 du Code de procédure pénale, la juridiction de proximité, sur délégation donnée par le président du tribunal de grande instance, valide les mesures de composition pénale prévues aux articles 41-2 et 41-3 du Code de procédure pénale. Le décret du 23 juin 2003 a confirmé cette disposition dans un article R. 53-41 du même Code. Dans l'exposé des motifs de la loi, l'intervention des juges de proximité dans la composition pénale était ainsi justifiée par la volonté de privilégier, une fois de plus, la rapidité de la réponse pénale. La loi du 26 janvier 2005 qui a abrogé l'article 706-72 du Code de procédure pénale et qui a inséré à l'article 41-2 du Code de procédure pénale un nouvel alinéa précisant que « *le président du tribunal peut désigner, aux fins de validation de la composition pénale, tout juge du tribunal ainsi que tout juge de proximité exerçant dans le ressort du tribunal* » n'apporte en cela aucune innovation.

Dès lors, on constate encore un peu plus le recul du juge dans la procédure de composition pénale et le déclin de son contrôle. Cette possibilité donnée par la loi du 9 septembre 2002 au président du tribunal de grande instance de déléguer la compétence de validation des compositions pénales aux juges de proximité laisse à penser que le contrôle sera désormais beaucoup plus restreint. Rappelons que cette nouvelle juridiction, en sus de ses attributions au civil, intervient en matière contraventionnelle à l'égard des majeurs comme des mineurs. En conférant à ces juges de proximité la faculté de valider les compositions pénales, il leur est donné une compétence en matière délictuelle, ce qui est loin d'être neutre¹. Cela appelle deux séries de remarques.

Tout d'abord, une question se pose quant à la légitimité du juge de proximité à intervenir dans la composition pénale. Le Conseil constitutionnel saisi notamment pour se prononcer sur la validité de la participation du juge de proximité à la justice pénale, a dans sa décision du 29 août 2002, déclaré non contraire à l'article 66 de la constitution le fait de confier à la juridiction de proximité des compétences en matière pénale, dès lors que ne lui est pas conféré le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté. Il semble que si le juge de proximité peut

¹ Voir, à ce propos, C. Coleno et J.-J. Barbieri, *De minimis curat praetor (À propos du juge de proximité)*, Petites Affiches, 146, 23 juillet 2003, p. 6.

valablement connaître de contraventions, celui-ci ne serait être compétent en matière délictuelle, or, la composition pénale concerne avant tout la matière délictuelle. Dès lors, c'est reconnaître au juge de proximité une compétence en matière de délits, des délits qui, certes ici, n'entraînent pas de peines privatives de liberté dans la mesure où la composition pénale exclut toute peine privative de liberté, mais qui entraînent, pour le moins, des conséquences importantes dans la mesure où ils sont privatifs de droits. Le juge de proximité n'apparaît alors plus comme le juge des « *petites affaires* » mais comme un juge compétent en cas de délits passibles de 5 ans d'emprisonnement et comme un juge pouvant valider des sanctions importantes, notamment des amendes pouvant aller jusqu'à 7500 euros ou des privations de droit, des interdictions, des remises de permis ou de passeport, des confiscations, ...

Ensuite, ces juges de proximité n'étant pas des magistrats professionnels mais des intervenants temporaires exerçant cette fonction pour sept ans, la question peut dès lors se poser de savoir si ceux-ci se permettront de refuser une validation et par la même de remettre en cause la décision d'un membre du ministère public qui, lui, est un magistrat professionnel. Ces juges « amateurs » ont-ils une compétence suffisante pour juger de l'adéquation de la sanction proposée en matière de composition pénale dans un domaine – la matière délictuelle – où ils n'interviennent normalement pas ?

Ainsi, certes, le magistrat du siège en charge de l'homologation de ces procédures alternatives joue un rôle de garde-fou essentiel en refusant certains dossiers de CRPC ou de composition pénale. Mais, statistiquement, ces refus sont rares. Le contrôle exercé étant en pratique souvent qualifié de « succinct » ou de « rapide »¹, la garantie de validation par le juge judiciaire peut apparaître artificielle. La reconnaissance de la compétence au juge de proximité de valider les mesures de composition pénale sur délégation donnée par le président du tribunal de grande instance va également dans ce sens. Ce rôle de chambre d'enregistrement aurait pu sembler acceptable tant que la composition pénale était limitée dans son champ d'application et dans ses conditions mais force est de constater que, bien que son champ d'application ait été élargi et que ses conditions de mises en œuvre aient été assouplies, le contrôle lui, s'est réduit à une « peau de chagrin ».

¹ **S. Grunvald, J. Danet**, *Une première évaluation de la composition pénale*, Rapport final janvier 2004, *op. cit.*, spéc. p. 55 à 59 ; **A. Bureau**, *Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la Cour d'appel de Poitiers*, *op. cit.*, part. p. 55 ; **C. Schittenhelm**, *La composition pénale, essai d'un bilan*, Mémoire de DEA de sciences criminelles, sous la direction de J. Leblois-Happe, Strasbourg III, 2003, p. 47.

SECTION 2 | LE RETOUR PRÉJUGÉ D'UN JUGE-ACTEUR

Cette seconde hypothèse correspond à toutes les alternatives aux poursuites et ne se réduit plus à la composition pénale. Ici, comme c'est le cas dans la transaction, la médiation ou encore la composition pénale, on assiste à un retour au juge en raison de l'inexécution de la mesure proposée par l'autorité de poursuite à l'auteur des faits. Mais là encore, il apparaît, dans cette hypothèse, que le juge ne disposera pas d'une grande marge de manœuvre, sa décision étant, en réalité, véritablement préjugée. En effet, en cas de refus de l'auteur d'exécuter la mesure proposée, sa reconnaissance de culpabilité antérieure emportera, inévitablement, sa condamnation (I) et une condamnation d'autant plus forte qu'il n'a pas su saisir la chance qui lui a été donnée (II).

I | UNE CULPABILITÉ ACQUISE

Nous nous trouvons ici dans l'hypothèse où, après avoir consenti ne pas être soumis à un tribunal et avoir avoué son forfait, l'auteur des faits ne respecte pas les mesures décidées par le procureur de la République. C'est, par exemple, le cas lorsque l'auteur des faits, après s'être engagé, lors d'une médiation pénale, à indemniser sa victime, n'en fait rien ou encore lorsque, en cas de composition pénale, l'auteur, après avoir accepté la procédure, avoir reconnu sa culpabilité ne respecte pas les obligations mises à sa charge par le procureur de la République et validée par le juge du siège. Inévitablement, en cas de non respect de ses engagements, l'auteur des faits sera renvoyé, dans le cadre de poursuites classiques, vers une juridiction de jugement¹. La question qui se pose alors est de savoir, dans quelle mesure, le juge disposera de toute latitude pour juger en toute impartialité. Ne sera-t-il pas tenté d'utiliser l'aveu formulé par l'auteur des faits pour en déduire sa culpabilité ? Mais plus encore, imaginons la situation où le juge qui a validé la procédure de composition pénale se retrouve à juger de l'affaire après échec de la composition : est-il vraiment impartial ? Là encore des doutes peuvent naître (A). Des doutes d'autant plus fondés que le législateur n'a pas entouré l'intervention du juge de garanties suffisantes quant à son impartialité (B).

¹ L'article 41-1 du CPP dispose ainsi que « en cas de non exécution de la mesure en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en œuvre une composition pénale ou engage des poursuites ». De la même manière, l'article 41-2 du CPP dispose que « si la personne n'accepte pas la composition pénale ou si, après avoir donné son accord, elle n'exécute pas intégralement les mesures décidées, le procureur de la République met en mouvement l'action publique ». Autrement dit, ici, le Ministère public ne dispose plus du pouvoir d'opportunité des poursuites, il est obligé, par la loi, à mettre en mouvement l'action publique en cas d'échec de la composition pénale et, il ne peut procéder à un classement sans suite en cas d'échec de la médiation.

A – L'impartialité douteuse du juge

Nous l'avons dit, toutes les alternatives aux poursuites reposent sur l'aveu de l'auteur des faits. Celui-ci reconnaît sa culpabilité en échange d'une procédure dont on lui dit que l'issue lui sera plus favorable qu'un procès pénal classique. Cette reconnaissance de culpabilité peut être expresse comme c'est le cas de la composition pénale où l'auteur doit, de manière expresse, reconnaître sa culpabilité mais elle peut également être implicite et découler du comportement de l'auteur des faits : notamment le paiement d'une amende forfaitaire, la participation à une procédure de médiation ou encore le paiement d'une transaction pénale avec l'administration. Autrement dit, dans cette première étape, l'auteur des faits reconnaît sa culpabilité. Or, c'est ici que se pose la question de l'impartialité du juge qui va avoir à connaître de l'infraction et la portée de cet aveu de culpabilité en cas d'échec de la mesure, lorsque, pour une raison ou pour une autre, la procédure mise en place contre l'auteur des faits a échoué, soit que celui-ci n'ait pas exécuté les mesures décidées par le Procureur de la République, n'ait pas indemnisé la victime de son préjudice, ou encore n'ait pas payé l'amende transactionnelle. Dans cette hypothèse en effet, le Procureur de la République ou plus généralement l'autorité de poursuite, se dirigeront incontestablement vers une poursuite classique, c'est-à-dire qu'elles saisiront une juridiction de jugement. La juridiction devra alors décider de la culpabilité de l'auteur des faits devenu « *préssumé auteur des faits* » et de la peine à lui infliger. On voit bien, instinctivement, que quelque chose ne va pas dans la procédure : le juge est saisi pour déclarer ou non une culpabilité qui a été auparavant reconnue par le présumé auteurs des faits. Comment dans cette optique, les magistrats du siège, la juridiction de jugement pourront-ils ne pas déclarer la personne coupable ?

Prenons l'exemple d'une procédure de médiation qui s'est soldée par un échec, l'auteur n'ayant pas exécuté les mesures dont il s'était engagé, notamment la réparation du préjudice de la victime et le Ministère public l'ayant, au vu du rapport remis par le médiateur, renvoyé devant le tribunal correctionnel. La question essentielle en cette hypothèse tient à l'utilisation ultérieure des éléments de preuve de l'infraction qui résultent de la procédure de médiation. La participation à la médiation implique en effet pour l'auteur de l'infraction un aveu de sa culpabilité. Même si le médiateur ne doit pas révéler au ministère public, et a fortiori au juge, l'ensemble des informations recueillies lors de la procédure de médiation, l'ouverture d'une médiation équivaut à une constatation de culpabilité. Comment le tribunal correctionnel pourra-t-il faire fi de la procédure de médiation et de la reconnaissance, certes implicite, de culpabilité du délinquant ? Dans ce cas, même si les aveux ayant conduit à la médiation n'ont pas une valeur probatoire définie, ils peuvent servir à forger la conviction de la juridiction de jugement alors saisie : l'aveu de la personne pourrait alors contribuer à sa propre condamnation. Le risque d'une portée exorbitante de l'aveu

est donc bien réel. Un arrêt de Cour d'appel soulevait cette difficulté mais aucune atteinte au principe du contradictoire ni à celui de l'impartialité de ses juges n'avait été relevée dans la mesure où cette atteinte « *ne peut résulter du seul fait que le rapport du délégué du Procureur au Parquet, exposant la position du mis en cause sur l'infraction reprochée, en l'occurrence semblable à celle prise devant les enquêteurs, ait été jointe à la procédure. En effet, aucun texte ne prescrit l'interdiction de joindre une telle pièce, sur laquelle le prévenu a ensuite eu la possibilité de s'expliquer de manière contradictoire devant une juridiction indépendante* »¹.

De la même manière, dans une procédure de composition pénale, le même doute sur l'impartialité de la juridiction de jugement peut naître. Imaginons la situation du délinquant qui, n'ayant pas exécuté les mesures proposées par le Ministère public, notamment, n'ayant pas indemnisé la victime ou bien ne s'étant pas soumis à un stage de citoyenneté, n'ayant pas remis son véhicule, son permis de conduire, ... et ayant été renvoyé devant une juridiction de jugement par le procureur de la République comme la loi le l'y oblige. Là encore l'aveu du délinquant lors de la procédure initiale, fera peser sur lui le risque de se voir privé du débat sur la culpabilité en cas d'échec de la composition pénale, car dans une telle situation le procureur de la République doit engager l'action publique. En effet, en cas de comparution traditionnelle devant l'autorité de jugement l'aveu risque de remplacer tout débat sur la culpabilité. Un danger de partialité de l'autorité de jugement planera sur l'affaire. Cette impartialité sera d'autant plus douteuse que le juge qui aura validé la composition pénale pourra être appelé, dans un second temps, à se prononcer sur la culpabilité du prévenu lors d'une audience classique après échec de la mesure. La limitation effective des effets de l'aveu suppose que la juridiction soit suffisamment grande pour que le juge de l'homologation de la proposition du procureur ne soit pas ultérieurement chargé de l'examen de l'affaire. La procédure sera donc prise en considération par la juridiction de jugement, ce qui confirme que la culpabilité sera tenue pour acquise par le juge.

Ainsi, l'impartialité du juge de « renvoi » apparaît douteuse, celui-ci étant fortement influencé par la reconnaissance de culpabilité. Il semble que le législateur n'ait pas eu la volonté de protéger le juge et l'auteur des faits de cette partialité en instaurant des garanties comme il a pu le faire dans d'autres procédures.

B – L'absence de garanties quant à l'impartialité du juge

La question de l'aveu et de l'impartialité du juge dans les procédures alternatives aux poursuites s'est faite jour, dans les mêmes termes, lors de la mise en place de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, « *sœur jumelle* » de la composition pénale mais qui, sans

¹ CA Rennes, Ch. corr. 3, 27 avril 2007, n°06/01036.

être une alternative aux poursuites constitue une alternative au procès pénal classique. Cette procédure, très proche de la composition pénale, repose elle aussi, comme son nom l'indique, sur une reconnaissance préalable de culpabilité du délinquant. Une fois cette reconnaissance opérée, le délinquant peut bénéficier d'une peine plus clémente que celle dont il aurait pu bénéficier lors d'une procédure classique. Dans les mêmes termes que pour la composition pénale s'est posée la question du retour au juge et de l'utilisation de l'aveu lors de ce retour. C'est ici que, contrairement à la procédure de composition pénale, le législateur a entouré ce retour de garanties. Ainsi, l'article 495-14 du Code de procédure pénale semble pleinement protéger le prévenu dans la mesure où il dispose que « *lorsque la personne n'a pas accepté la ou les peines proposées ou lorsque le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui n'a pas homologué la proposition du procureur de la République, le procès-verbal ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement, et ni le ministère public ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de la procédure* ». Autrement dit, en cas de CRPC, aucune des parties présentes ne peut faire état de cet aveu de culpabilité lors de l'instance « classique » déclenchée après l'échec de la CRPC.

Contrairement à la procédure de CRPC, le législateur n'a pas introduit, dans le Code de procédure pénale, de dispositions protectrices concernant la composition pénale, procédure pourtant très proche de la CRPC. La composition pénale, dont la grande majorité des mesures pouvant être proposées à l'auteur d'une infraction ne sont que la transposition des peines prévues dans le Code pénal et légèrement modifiées pour éviter la censure du Conseil constitutionnel, repose également sur la reconnaissance de culpabilité de l'auteur. Or, *quid* de la portée de l'aveu de culpabilité exprimé dans le cadre d'une composition pénale ?

De la même manière, quant au juge homologateur, l'alinéa 6 de l'article 668 du Code de procédure pénale, lui impose de se récuser dans l'hypothèse où ce dernier serait membre de la juridiction de jugement saisie ultérieurement à l'échec de la CRPC. Contrairement là encore à la procédure de CRPC, le législateur n'a pas prévu, en cas de composition pénale, d'incompatibilité entre le cumul de la fonction de validation et celle de jugement. Même s'il est vrai qu'il y a peu de risque que la personne poursuivie se retrouve confrontée lors de son procès au même juge que celui qui avait validé sa composition pénale, dans le cas où cela arriverait, la circulaire du 11 juillet 2001 précise qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le cumul de ces deux fonctions du juge du siège¹.

Quoiqu'il en soit, l'impartialité de la juridiction sera assez difficile à préserver, puisque

¹ Circulaire du 11 juillet 2001, Présentation des dispositions concernant la composition pénale issues de la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale et du décret du 9 janvier 2001.

l'article 41-2 du Code de procédure pénale prévoit qu'en cas d'échec de la composition pénale, il est toutefois « *tenu compte, le cas échéant, du travail déjà accompli et des sommes déjà versées par la personne* »¹. En clair, ici aussi, la juridiction de jugement sera nécessairement mise en mesure de savoir qu'une procédure de composition pénale a été, préalablement à sa saisine, mise en œuvre, ce qui revient à affirmer que l'individu qu'elle doit juger, présumé innocent en principe, a reconnu sa culpabilité dans une procédure antérieure. Dès lors, les craintes relatives à la portée exorbitante de l'aveu de culpabilité semblent se confirmer.

On le voit, le juge ne dispose pas d'une grande latitude pour juger de la culpabilité de la personne. Quant à la sanction qui sera prononcée, il y a fort à parier que celle-ci sera doublement requise.

II | UNE SANCTION DOUBLEMENT REQUISE ?

Nous l'avons vu, le juge ne dispose pas d'une grande marge de manœuvre pour se prononcer sur la culpabilité mais une autre crainte concerne cette fois-ci la sanction que celui-ci prononcera. Il est certain que l'on ne saurait « *sonder les reins et les cœurs* » et donc véritablement préjuger du comportement des juges au risque de tomber dans des suppositions de bas étages et dans des lieux communs mais il n'est pas impossible de craindre que le juge soit plus sévère lorsqu'il intervient après l'échec d'une mesure alternative aux poursuites si bien que là encore, le retour du juge paraît préjugé.

En effet, plusieurs « charges » pèsent sur la tête du délinquant. Le délinquant a d'abord fait perdre du temps et de l'argent à l'institution judiciaire – temps et argent qui justement justifient le recours à ces alternatives aux poursuites – par sa mauvaise foi et le caractère dilatoire de son acceptation. Le juge intervient après que le Procureur de la République, ayant été « indulgent » envers le délinquant, a donné une chance à ce-dernier de ne pas être traduit devant une juridiction classique compte tenu, notamment, de ses antécédents, du fait qu'il reconnaissait les faits, de sa personnalité, etc... Inévitablement, si le délinquant se retrouve devant un juge du siège, c'est que la mesure a échoué, que le délinquant n'a pas satisfait aux obligations que le Procureur avait posé. Le procureur qui aura l'impression de s'être fait « berner » par le délinquant aura tendance à requérir une peine plus forte que celle qu'il aurait pu requérir initialement. De même, il est à craindre que le juge, face au délinquant, ne le condamne doublement : d'abord pour son infraction, ce qui est ici justifié, mais plus encore pour avoir trompé l'institution judiciaire en s'engageant fermement à exécuter les mesures proposées.

¹ CPP, art. 41-2.

Si ce raisonnement, il est vrai, n'est pas valable pour toutes les alternatives aux poursuites, il l'est sûrement plus pour la composition pénale dans la mesure où, dans cette procédure, le consentement de l'auteur des faits a été vérifié par un juge du siège lors de la validation de la procédure. Il y a fort à parier que le juge qui a validé la composition pénale ait l'impression de s'être fait tromper par un délinquant qui souhaitait avant tout accepter la procédure en croyant que, n'exécutant pas les mesures, celui-ci serait « oublié » par l'institution judiciaire. On le voit ici, successivement, le Procureur de la République puis un juge du siège ont recueilli le consentement de l'auteur, celui-ci ne pouvait donc être que certain. Si alors la mesure n'est pas exécutée c'est que le mis en cause ne l'a acceptée dans l'unique dessein de gagner du temps. Dès lors, le juge qui sera amené à se prononcer sur la sanction risque bien d'y voir un manque de bonne foi évident du mis en cause. De la même manière, l'échec de la médiation pénale aurait tendance à faire penser que l'accusé n'aurait peut-être pas fait preuve de bonne volonté. Plus encore, il est à craindre que, dans l'esprit du magistrat, la sanction sera d'autant plus justifiée que, par son refus d'exécuter la mesure, l'auteur des faits démontre là encore, son indifférence totale à l'ordre social.

CONCLUSION

Au terme de cette étude il apparait que le droit au juge est fortement mis à mal par les alternatives aux poursuites. Si, comme nous l'avons dit en introduction, le droit au juge n'est pas absolu et qu'il peut faire l'objet de restrictions, d'aménagements, encore faut-il que ceux-ci soient justifiés. Le législateur a tenté de justifier de cette éviction par la négociation, une négociation entre les parties au procès pénal, un marchandage, pour évincer le juge du règlement du litige. Néanmoins, la négociation, comme nous l'avons montré, ne peut, à elle seule faire plier l'exigence constitutionnelle et conventionnelle d'accès au juge. Parce qu'elle est inadaptée dans son principe au procès pénal et inégale dans ses conditions, la négociation ne peut pas permettre de justifier de l'éviction du juge et donc de l'atteinte au droit au juge. Dès lors, le législateur a cru bon de renforcer le mécanisme de la négociation par un autre mécanisme, celui de l'illusion du juge dans les alternatives aux poursuites. Qu'il s'agisse d'un faux juge aux allures d'un vrai ou encore d'un véritable juge privé de ses prérogatives habituelles, le procédé est ici plus sournois : sans le dire, le législateur évince le juge tout en se préservant des contestations et remises en cause par les autorités chargées du respect du droit au juge. Quoiqu'il en soit, l'éviction du juge est bien réelle et injustifiée. Le droit au juge se trouve ici sacrifié sur l'autel de l'efficacité, il est sacrifié au profit d'une logique de rendement qui ne peut aller de pair avec une justice digne de ce nom.

Cette recherche d'efficacité et cette logique de rendement de l'institution judiciaire apparaissent véritablement menaçantes pour les libertés individuelles. La justice ne peut se contenter de ces marchandages. La place de la victime qui est ici, une fois de plus, valorisée est le signe d'une nouvelle justice, une justice véritablement participative. Les parties sont invitées à l'œuvre de justice, elles sont conviées, autour d'une table, à rendre justice. Cette investissement de la justice pénale par la société civile, cette relation incestueuse qui uni à la fois victime, délinquant, juge, autorité de poursuite et pouvoirs politiques, n'entraînent-ils pas le déclin évident de l'institution ? Un investissement par la société civile qui d'ailleurs ne cessera de croître comme le confirme la volonté récemment exprimée par les pouvoirs politiques de mettre en place l'échevinage dans les tribunaux correctionnels.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

1) *Ouvrages juridiques généraux*

- BOULOC B., *Procédure Pénale*, 21e édition, Collection Précis Dalloz, 2008, 1055 p.
- CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Collec fondamental, 2e édition, 2006, 488 p.
- CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Procédure pénale*, 4ème édition, Armand Colin, Collection U Droit, 2002, 468 p.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique Henri Capitant*, PUF, 8e éd., 2000, 926 p.
- DECOCQ A., *Droit pénal général*, collec. U. Armand Colin, 1971, 445 p.
- GUINCHARD S. et BUISSON J., *Procédure pénale*, Litec, 5e éd., 2009, 1292 p.
- LEROY J., *Droit pénal général*, Coll. Manuels, LGDJ, 2^e éd., 2007, 526 p.
- MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3e éd. 2010, 672 p.
- RASSAT M.-L., *Manuel de Procédure Pénale*, 2002, Collection droit fondamental, PUF, 291 p.
- TERRÉ F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *Droit civil : Les Obligations*, Dalloz-Sirey, précis Dalloz, 1474 p.

2) *Ouvrages juridiques spéciaux, thèses et mémoires*

- ALAMADOKO C., *Les corrélations entre Droits fondamentaux et l'économie : peut-il y avoir un développement économique sans le respect des droits fondamentaux ?*, Mémoire Nantes, 2004.
- BECCARIA C., *Des délits et des peines*, 1765, Paris, Flammarion, 1991, 192 p.
- BOLZE P., *Le droit à la preuve contraire en procédure pénale*, Thèse Nancy, 2010.
- DESCHOT E., *Le caractère hybride de la composition pénale*, Mémoire Lille, 2006.
- GROSJEAN-LEGRAND M., *De l'alternative dispute resolution aux modes alternatifs de règlement des Conflits ?*, étude comparée, Mémoire Lyon, 2005.
- MIHMAN A., *Juger à temps. Le juste temps de la réponse pénale*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2008.
- SALAS D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette, 2005, 286 p.
- SEGAUD J., *Essai sur l'action publique*, Thèse Reims, 2010.

- VALLIER M., *La juridiction de proximité*, Mémoire Aix-Marseille, 2003.
- WESTER-OUISSE V., *Convention et juridiction pénale*, Nantes, 1999.

3) *Répertoires et encyclopédies juridiques.*

- AMBROISE-CASTÉROT C., *Aveu*, Rép. pén. Dalloz, Octobre 2006.
- BERG R., *Médiation pénale*, Rép. pén. Dalloz, Septembre 1999.
- CARBONE S., *Aide juridictionnelle*, Rép. pén. Dalloz, Juin 2010.
- CARIO R., *Justice restaurative*, Rép. pén. Dalloz, Mars 2010.
- CÉRÉ J.-P., *Composition pénale*, Rép. pén. Dalloz, Octobre 2004.
- DOURNEAU-JOSETTE P., *Droits de l'Homme (Convention européenne)*, Rép. pén. Dalloz, Septembre 1999.
- GUINCHARD S., *Procès équitable*, Rép. pr. civ. Dalloz, Janvier 2006.
- MOLINS F., *Action publique*, Rép. pén. Dalloz, Janvier 2009.
- MOLINS F., *Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, Rép. pén. Dalloz, 2006.
- PÉLISSIER P., *Circulation routière*, Rép. pén. Dalloz, Mai 2004.
- REDON M., *Transaction*, Rép. pén. Dalloz, Février 2004.

ARTICLES

1) *Articles juridiques.*

- ALT-MAES F., *La contractualisation du droit pénal, Mythe ou réalité ?*, Rev. sc. crim., 2002 p. 501.
- AMEGADJIE F., *La compétence pénale de la HALDE, contours et enjeux*, AJ Pénal, 2008 p. 307.
- AUBERT L., *L'activité des délégués du procureur en France : de l'intention à la réalité des pratiques*, Déviance et Société 2008/4, Volume 32, p. 473-494.
- BERG R., *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale*, Petites Affiches, 7 septembre 1998, n°107, p. 6.
- BINET-GROSCLAUDE A., *La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des AAI ?*, Dr. pénal, n° 11, Novembre 2009, étude 24.
- BONNEAU T., *Sanction administrative, juge pénal et droit pénal en matière financière*, in *Code pénal et code d'instruction criminelle. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p.123.

- BÜCK V., *Contrôle de constitutionnalité de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, Rev. sc. crim., 2005 p. 122.
- BUREAU A., *Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique : la composition pénale*, Archives de politique criminelle 2005/1, N° 27, p. 125-150.
- CAPDEPON Y., *Le juge du siège et l'évolution de la procédure pénale : juger ou contrôler ?*, Dr. pénal, n° 9, Septembre 2007, étude 15 .
- CAPPELLO A., *Retour sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux sanctions administratives, Décision du 10 juin 2009 n° 2009-580-DC*, Rev. sc. crim., 2010 p. 415.
- CÉRÉ J.-P. et REMILLIEUX P., *De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française*, AJ Pénal, 2006 p. 45.
- CHOPIN F., *Vers un nouveau modèle de justice pénale ?*, in *Mélanges en l'honneur de R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 135 et s.
- CISSE A., *Justice transactionnelle et justice pénale*, Rev. sc. crim., 2001 p. 509.
- CONTE P., *La nature juridique des procédures « alternatives aux poursuites » : de l'action publique à l'action à fin publique ?*, in *Mélanges en l'honneur de R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 189 et s.
- COSTE F.-L., *L'éthique du ministère public*, AJ Pénal, 2007 p. 425.
- DE LAMY B., *La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé - Efficacité et diversification de la réponse pénale)*, D., 2004 p. 1910.
- DEBOVE F., *La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages*, Dr. pénal, n° 11, Novembre 2006, étude 19.
- DEBOVE F., *L'aveu*, in *Code pénal et Code d'Instruction criminelle, livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 347.
- DESDEVISES M.-C., *Réparer ou punir : la médiation pénale*, Petites affiches, 25 août 1997 n° 102, p. 3.
- DETRAZ S., *Absence d'autorité de la chose jugée d'un rappel à la loi en matière de licenciement*, JCP, G., n° 28, 9 Juillet 2008, II 10135.
- DONGOIS N. et VIREDAZ B., *De l'américanisation des sciences pénales européennes*, in *Mélanges en l'honneur de R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 215 et s.
- DREYER E., *La médiation pénale, objet juridique mal identifié*, JCP, G., n° 14, 2 Avril 2008, I 131.
- FELDMAN J.-P., *Les « autorités administratives indépendantes » sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier*, D., 2010 p. 2852.

- GHERARDI E., *Réflexions sur la nature juridique des transactions pénales*, RFDA, 1999 p. 905.
- GUIHAL D. et FOSSIER, T., *Le régime des poursuites pénales engagées contre un majeur protégé*, JCP, G., n° 17, 25 Avril 2007, I 146 .
- LAZERGES C., *Médiation pénale, justice pénale et politique criminelle*, Rev. sc. crim., 1997 p. 186.
- LEBLOIS-HAPPE J., *De la transaction pénale à la composition pénale - Loi n° 99-515 du 23 juin 1999*, JCP, G., n° 3, 19 Janvier 2000, I 198.
- MAISTRE DU CHAMBON P., *Ultime plainte pour sauver l'action publique*, in *Mélanges en l'honneur de R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 283 et s.
- MASSAT E., *Des rapports du droit disciplinaire et du Dr. pénal, dans l'administration, Contribution à une étude sur le pouvoir administratif visant les usagers des services publics*, Rev. sc. crim., 2003 p. 743.
- MATHIAS E., *Action pénale privée : cent ans de sollicitude, À propos de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale*, Procédures, n° 5, Mai 2007, étude 6.
- MATHIAS E., *Alternatives punitives consensuelles, leurres et travers de la répression volontaire*, Gaz. Pal. 2 septembre 2006, n°245, p. 2.
- MEDJAOUI K., *L'injonction pénale et la médiation pénale, tableau comparatif critique*, Rev. sc. crim., 1996 p. 823.
- MILBURN P., MOUHANNA C. et PERROCHEAU V., *Controverses et compromis dans la mise en place de la composition pénale*, Archives de politique criminelle 2005/1, N° 27, p. 151-165.
- MILBURN P., *Les procureurs de la République : passeurs de justice ou gestionnaires des « politiques pénales » ?*, Droit et Société, 74/2010, p. 73.
- PEREIRA B., *Justice négociée : efficacité répressive et droits de la défense ?*, D., 2005 p. 2041.
- PIN X., *La privatisation du procès pénal*, D., 2002 p. 245.
- POCHEP P., *Absence d'autorité de chose jugée au pénal sur le civil de l'ordonnance de validation d'une composition pénale*, JCP, G., n° 6, 4 Février 2009, act. 65.
- POKORA S., *La médiation pénale*, AJ Pénal, 2003 p. 58.
- PONCELA P., *Quand le procureur compose avec la peine*, Rev. sc. crim., 2002 p. 638.
- PONCELA P., *Quand le procureur compose avec la peine (bis)*, Rev. sc. crim., 2003 p. 139.
- PICCA G., *Victime : un concept d'avenir ?*, in *Mélanges en l'honneur de R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 483 et s.
- ROYER G., *Le juge naturel en droit criminel interne*, Rev. sc. crim., 2006 p. 787.

- RUELLAN F., *Les modes alternatifs de résolution des conflits : Pour une justice plurielle dans le respect du droit*, JCP, G., n° 19, 12 Mai 1999, I 135.
- SAAS C., *De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur*, Rev. sc. crim., 2004 p. 827.
- SAINT-PAU J.-C., *Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ?*, Dr. pénal, n° 9, Septembre 2007, étude 14.
- SAINT-PAU J.-C., *Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal*, AJ Pénal, 2006 p. 473.
- SALVAGE P., *Le consentement en droit pénal*, Rev. sc. crim., 1991 p. 699.
- ZARKA J.-C., *Loi Perben II : le Conseil constitutionnel a prononcé deux censures et émis diverses réserves d'interprétation*, JCP, G., n° 14, 31 Mars 2004, II 10048.

2) Journaux

- PRIEUR C., *2011, l'an I de la réforme du statut du parquet ?*, Le Monde, 5 janvier 2011.
- JOHANNÈS F., *Le parquet français n'est plus une autorité judiciaire*, Le Monde, 17 décembre 2010.

TRAVAUX DIVERS (RAPPORTS, DISCOURS, CONFÉRENCES ET COLLOQUES)

- CHEVALIER P., DESDEVISES Y., MILBURN P., *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, Mission de recherche Droit et Justice, La documentation française, 2003, 288 p.
- DE LAMY B., *La contractualisation : évolution ou mutation du droit pénal*, conférence Lille, 25 novembre 2005.
- DESDEVISES M.-C. et WESTER-OUISSE V., *La médiation pénale, remède ou intermède ? appréciation critique et propositions*, Actes du colloque « Médiations », MSH Ange Guépin, Nantes, mai 2000
- FRICERO-BERNARDINI N., *Le droit au juge devant les juridictions civiles*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque de Nice des 24 et 25 avril 1997, J. Rideau (dir.) Paris, LGDJ, 1998, p. 11-21.
- GUILLAUME G., *Conclusion générale*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque de Nice des 24 et 25 avril 1997, J. Rideau (dir.) Paris, LGDJ, 1998, p. 3-7.
- PRADEL J., *Le droit au juge dans la procédure pénale française*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque de Nice des 24 et 25 avril 1997, J. Rideau (dir.) Paris, LGDJ, 1998, p. 23-32.

- POWNICA E., *Le droit au juge devant les juridictions judiciaires*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque de Nice des 24 et 25 avril 1997, J. Rideau (dir.) Paris, LGDJ, 1998, p. 173-180.
- RENOUX T. S., *La constitutionnalisation du droit au juge en France*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque de Nice des 24 et 25 avril 1997, J. Rideau (dir.) Paris, LGDJ, 1998, p. 109-118.
- RENUCCI J.-F., *Le droit au juge dans la convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque de Nice des 24 et 25 avril 1997, J. Rideau (dir.) Paris, LGDJ, 1998, p. 131-140.
- RIDEAU J., *Le droit au juge : conquête et instrument de l'état de droit*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque de Nice des 24 et 25 avril 1997, J. Rideau (dir.) Paris, LGDJ, 1998, p. 3-7.
- RIVIER M.-C., *Le droit au juge et procédures parajuridictionnelles*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Colloque de Nice des 24 et 25 avril 1997, J. Rideau (dir.) Paris, LGDJ, 1998, p. 49-55.
- SAYN I., *La place des outils procéduraux dans l'accès au droit et à la justice des plus pauvres*, Séminaire Droit et pauvreté ONPES et DREES-MiRe, P. Du Cheyron et D. Gélotn, 2007.

SITES INTERNET ET RÉFÉRENCES ÉLECTRONIQUES

- www.assemblee-nationale.fr
- www.cairn.info
- www.courdecassation.fr
- www.dalloz.fr
- www.justice.gouv.fr
- www.legifrance.fr
- www.lexisnexis.fr
- www.lextenso.fr
- www.senat.fr

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	8
PARTIE 1 : L'ÉVICTION INJUSTIFIÉE DU JUGE	18
CHAPITRE 1 : L'ÉVICTION PAR LE PRINCIPE DE NÉGOCIATION.....	18
<i>Section 1 / La dénaturation du procès pénal.....</i>	19
I LA PRISE EN COMPTE DE CONSIDÉRATIONS ÉTRANGÈRES AU DROIT PÉNAL.....	19
A – Efficacité judiciaire et célérité du procès pénal.....	19
B – Efficacité judiciaire et systématisation de la réponse pénale.....	23
II LA REMISE EN CAUSE DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT PÉNAL	27
A – Remise en cause des fonctions classiques du droit pénal.....	27
B – Remise en cause des principes fondamentaux de la procédure pénale	31
<i>Section 2 / L'érosion du droit au juge</i>	38
I LE REcul DU JUGE DANS LE PROCESSUS DE RÈGLEMENT DU PROCÈS PÉNAL	40
A – De la modification à la suppression du rôle processuel du juge pénal.....	40
B – L'évolution du rôle substantiel du juge pénal	44
II LA MONTÉE EN PUISSANCE DU RÈGLEMENT NON JUDICIAIRE DES CONFLITS.....	46
A – Le juge concurrencé.....	46
B – Une concurrence favorisée.....	52
CHAPITRE 2 : L'ÉVICTION PAR LES PRINCIPES DE LA NÉGOCIATION	56
<i>Section 1 / Une négociation imposée.....</i>	57
I UNE VICTIME OBLIGÉE.....	57
A – La menace d'un classement sans suite	57
B – L'atout d'une réponse pénale.....	59
II UN AUTEUR CONTRAINT	62
A – Le respect apparent du consentement de l'auteur des faits.....	63
B – Le mépris évident du consentement de l'auteur des faits	65
<i>Section 2 / Une négociation déséquilibrée</i>	67
I LE DÉSÉQUILIBRE DES PARTIES DANS L'OFFRE DE CONTRACTER.....	68
A – L'absence de pouvoir d'initiative de l'auteur des faits	68
B – L'absence de pouvoir de discussion de l'auteur des faits	69
II LE DÉSÉQUILIBRE DES CONCESSIONS	70
A – Les engagements conditionnels de la victime et de l'autorité de poursuite avant l'exécution de la mesure proposée.....	71

B – Les engagements non définitifs de la victime et de l'autorité de poursuite après l'exécution de la mesure proposée..... 73

PARTIE 2 : L'ILLUSION RECHERCHÉE DU JUGE..... 77

CHAPITRE 1 : LA PRÉSENCE D'UN JUGE FANTÔME 77

***Section 1 / L'assimilation désuète du ministère public au juge* 77**

I | L'ASSIMILATION DIRECTE DU MINISTÈRE PUBLIC AU JUGE 78

A – Le Ministère public, un quasi-juge..... 78

B – Le Ministère public, un quasi-magistrat. 81

II | L'ASSIMILATION INDIRECTE DU MINISTÈRE PUBLIC AU JUGE..... 86

A – Les délégués du procureur 86

B – Les médiateurs 89

***Section 2 / L'assimilation dangereuse d'autorités de substitution au juge*..... 91**

I | UNE ASSIMILATION COMPLÈTE QUANT AUX POUVOIRS..... 92

A – Un pouvoir de sanction assimilable à celui du juge pénal..... 92

B – Un domaine de compétence relevant de la matière pénale 94

II | UNE ASSIMILATION INCOMPLÈTE QUANT AUX GARANTIES..... 96

A – Une impartialité discutable..... 96

B – Une indépendance douteuse..... 97

CHAPITRE 2 : LE RETOUR D'UN JUGE ROBOT 100

***Section 1 / Le retour chimérique d'un juge-contrôleur*..... 100**

I | UN POUVOIR DE CONTRÔLE RESTREINT 100

A – Un garde-fou limité..... 101

B – Un garde-fou peu utilisé..... 103

II | UN POUVOIR DE CONTRÔLE EN DÉCLIN 104

A – Des auditions facultatives 105

B – Un contrôle délégable..... 106

***Section 2 / Le retour préjugé d'un juge-acteur*..... 109**

I | UNE CULPABILITÉ ACQUISE 109

A – L'impartialité douteuse du juge 110

B – L'absence de garanties quant à l'impartialité du juge..... 111

II | UNE SANCTION DOUBLEMENT REQUISE ? 113

CONCLUSION..... 115

BIBLIOGRAPHIE 116

Ouvrages.....	116
1) <i>Ouvrages juridiques généraux</i>	116
2) <i>Ouvrages juridiques spéciaux, thèses et mémoires</i>	116
3) <i>Répertoires et encyclopédies juridiques</i>	117
Articles.....	117
1) <i>Articles juridiques</i>	117
2) <i>Journaux</i>	120
Travaux divers (rapports, discours, conférences et colloques)	120
Sites internet et références électroniques	121