

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE

CONCOURS

COMPLEMENTAIRE

2005

SUJETS

ET

MEILLEURES COPIES



**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND GRADE**

**ouvert en application de l'article 21-1 de l'ordonnance
n°58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée**

Mardi 29 Mars 2005

Première épreuve d'admissibilité

DROIT CIVIL

(durée 5 heures)

Rédigez, notamment à l'aide des documents ci-joints, une étude juridique sur les fonctions de la cause.

Tournez la page S.V.P.

LISTE DES DOCUMENTS :

Document n° 1 : Cass. 1^e civ., 12 juillet 1989

Document n°2 : Cass. 1^e civ., 16 février 1999

Document n° 3 : Cass. 1^e, 9 novembre 1999

Document n° 4 : Cass. 1^e civ., 4 juillet 1995

Document n° 5 : Cass. 1^e civ., 3 juillet 1996

Document n° 6 : Cass. com. 22 octobre 1996

Document n° 7 : Cass. 1^e civ., 11 mars 2003

Document n° 8 : Cass. 1^e civ., 7 octobre 1998

Document n° 9 : Cass. 1^e civ., 10 février 1998

Document n° 10 : Cass. 1^e civ., 3 février 1999

**VENTE. - Acheteur. - Obligations. - Cause.
- Distinction avec la cause du contrat.**

Si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé.

12 juillet 1989.

Rejet.

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu qu'en 1981, M. Pirmamod, parapsychologue, a vendu à Mme Guichard, elle-même parapsychologue, divers ouvrages et matériels d'occultisme pour la somme de 52 875 francs ; que la facture du 29 décembre 1982 n'ayant pas été réglée, le vendeur a obtenu une ordonnance d'injonction de payer, à l'encontre de laquelle Mme Guichard a formé contredit ; que l'arrêt attaqué (Paris, 24 novembre 1987) a débouté M. Pirmamod de sa demande en paiement, au motif que le contrat de vente avait une cause illicite :

Attendu que M. Pirmamod fait grief audit arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen, d'une part, que la cause du contrat ne réside pas dans l'utilisation que compte faire l'acquéreur de la chose vendue, mais dans le transfert de propriété de cette chose, et qu'en prenant en compte, pour déterminer cette cause, le prétendu mobile de l'acquéreur, la cour d'appel aurait violé les articles 1131, 1133 et 1589 du Code civil ; et alors, d'autre part, qu'en déclarant nulle pour cause illicite la vente d'objets banals au prétexte que ceux-ci pourraient servir à escroquer des tiers, bien qu'il soit nécessaire que le mobile illicite déterminant soit commun aux deux parties sans qu'il y ait lieu de tenir compte de l'utilisation personnelle que l'acquéreur entend faire à l'égard des tiers de la chose vendue, l'arrêt attaqué aurait de nouveau violé les textes susvisés ;

Mais attendu, d'abord, que si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé ; qu'ayant relevé qu'en l'espèce, la cause impulsive et déterminante de ce contrat était de permettre l'exercice du métier de deviner et de pronostiquer, activité constituant la contravention prévue et punie par l'article R. 34 du Code pénal, la cour d'appel en a exactement déduit qu'une telle cause, puisant sa source dans une infraction pénale, revêtait un caractère illicite ;

Attendu, ensuite, que M. Pirmamod exerçait la même profession de parapsychologue que Mme Guichard, qu'il considérait comme sa disciple ; qu'il ne pouvait donc ignorer que la vente de matériel d'occultisme à celle-ci était destinée à lui permettre d'exercer le métier de devin ; que la cour d'appel n'avait donc pas à rechercher si M. Pirmamod connaissait le mobile déterminant de l'engagement de Mme Guichard, une telle connaissance découlant des faits de la cause ;

Qu'il s'ensuit que le moyen ne peut être retenu en aucune de ses deux branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

N° 88-11.443.

M. Pirmamod
contre Mme Guichard.

Président : M. Ponsard. - Rapporteur : M. Thierry. - Avocat général : Mme Flipo. - Avocats : la SCP Waquet et Farge.

PRÊT

70

Existence de la cause : conception objective et abstraite

La cause de l'obligation de l'emprunteur réside dans la remise des fonds prêtés.

Référence : Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1999, n° 317 P+B, M. Capponi c/ Mme Coret : Juris-Data n° 000686

(...)

Sur le moyen unique pris en sa première branche :

- Vu l'article 1131 du Code civil ;
- Attendu que la cause de l'obligation de l'emprunteur réside dans la remise des fonds prêtés ;
- Attendu que Mme Coret a reconnu devoir, suivant deux reconnaissances de dettes du 18 août 1976, à son époux séparé de biens M. Capponi la somme de 100 000 F, d'une part et la somme de 400 000 F, d'autre part ; qu'il était précisé, dans les reconnaissances de dettes, que ces sommes lui avaient été prêtées pour lui permettre l'acquisition de deux immeubles ;
- Attendu que, pour débouter M. Capponi de sa demande en remboursement, la cour d'appel, après avoir constaté que les sommes n'avaient pu servir à l'acquisition desdits immeubles, a retenu, comme le soutenait Mme Coret qui ne contestait pas avoir reçu les fonds, que les reconnaissances de dettes avaient une fausse cause ;
- Ce en quoi, elle a violé le texte susvisé ;
- Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la deuxième branche : casse et annule.

**Cour de cassation, 1^{re} civ.
9 nov. 1999**

LA COUR - Attendu que la société civile immobilière La Valdaine (la SCI) a confié à un groupement d'entreprises comprenant les sociétés Screg et Berthouly et M. Gilles la réalisation d'un golf ; qu'en cours de travaux, un orage a, le 11 octobre 1988, emporté les terres préparées et a raviné le sol de sorte qu'une partie des travaux a dû être recommencée ; que la société l'Auxiliaire, assureur de la SCI en vertu d'un contrat signé le 16 novembre 1988, avec effet rétroactif au 1er juillet précédent, ayant indemnisé celle-ci, a exercé un recours subrogatoire contre la société Screg et son assureur, l'Union des Assurances de Paris (UAP), aux droits de laquelle se trouve aujourd'hui la société Axa Global Risks, ainsi que contre M. Gilles et son assureur, la société Général Accident et contre la société Berthouly et son assureur, le Groupement Français d'Assurances (GFA) ; que l'arrêt attaqué (CA Grenoble, 7 mai 1999) a condamné les entreprises, solidairement, à payer la somme réclamée par l'assureur ; Sur les premiers moyens des pourvois principaux et incidents, qui sont semblables : - Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt de s'être ainsi prononcé, alors que, en affirmant que le moyen tiré de l'absence d'aléa n'entraînait pas une nullité absolue du contrat d'assurance que des tiers pourraient faire valoir, la cour d'appel aurait violé les articles L. 11-2 et L. 121-15 du code des assurances, 1131 et 1964 du code civil ; - Mais attendu que la nullité du contrat d'assurance pour absence d'aléa est une nullité relative qui ne peut être invoquée que par celui dont la loi qui a été méconnue tendait à assurer la protection ; que c'est donc à bon droit, que la cour d'appel, après avoir relevé que le défaut d'aléa n'entraînait pas une nullité absolue et que l'action en nullité, qui avait pour objet la clause d'effet rétroactif stipulée au contrat d'assurances n'appartenait pas aux sociétés qui entendaient s'en prévaloir, a décidé que l'assureur, subrogé dans les droits de son assuré, était recevable à agir contre ces sociétés ; que le moyen n'est donc pas fondé ; Sur les seconds moyens, pris en leur première branche, des pourvois principaux et incidents, qui sont semblables : [...]. Mais sur les seconds moyens, pris en leur deuxième branche, des pourvois principaux et incidents, qui sont semblables : [...]. Par ces motifs, casse [...], renvoie devant la cour d'appel de Chambéry...

97-16.306 (n° 1706 P+B) - Demandeur : Groupement français d'assurances - Défendeur : Compagnie Auxiliaire - Composition de la juridiction : MM. Lemonley, prés. - Aubert, rapp. - Mme Petit, av. gén. - SCP Cécile. Blancpain et Soltner, SCP Guiguet, Bachelier et Potier de la Varde, Me Blanc, SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin, Me Roger, av. - Décision attaquée : Cour d'appel de Grenoble, ch. com., 7 mai 1997 (Cassation partielle)

Mots-clés : ASSURANCE TERRESTRE * Contrat d'assurance * Contrat aléatoire * Nullité relative

COUR DE CASSATION

1^e CIV.

4 juillet 1995

**VENTE * Nullité * Prix * Prix sérieux * Bijou * Étiquetage *
Erreur * Erreur sur la valeur * Cause.**

Après avoir relevé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que le prix d'une bague n'apparaît nullement dérisoire, une cour d'appel en a justement déduit que, même si la valeur réelle du bijou était supérieure au prix demandé (le vendeur arguant d'une erreur d'étiquetage), la vente n'était pas nulle pour absence de cause.

(Sté Cartier c/ Talbot) • ARRÊT

LA COUR — Sur le moyen unique : — Attendu, selon les énonciations des juges du fond, que, le 17 octobre 1989, M. Talbot a acquis auprès de la société Cartier une bague en or composée d'un rubis et de cinquante-six brillants ; que, sur le prix affiché de 101 556 francs, M. Talbot a obtenu une remise de 1 556 francs ; que, soutenant qu'il y avait eu une erreur d'étiquetage et que le prix réel du bijou était de 460 419 francs, la société Cartier, a, le 18 décembre 1989, assigné M. Talbot en nullité de la vente pour absence de consentement et défaut de prix sérieux ;

Attendu que la société Cartier fait grief à l'arrêt attaqué (CA Bastia, 4 mai 1993) d'avoir rejeté sa demande, alors, selon le moyen, d'une part, que le vendeur d'une chose mobilière peut solliciter l'annulation de la vente non seulement dans le cas où il n'y a pas eu d'accord sur le prix, mais également dans le cas où le prix stipulé n'est pas sérieux ; qu'en écartant l'action de la société Cartier, pour la raison que les parties sont tombées d'accord sur le prix de 100 000 francs, sans se demander si ce prix constitue un prix sérieux, la cour d'appel, qui énonce que la différence entre le prix stipulé et le juste prix est sans effet sur la validité de la vente, a violé l'article 1131 du code civil ; et alors, d'autre part, que l'erreur sur la valeur ne constitue pas une cause de nullité des conventions ; qu'en relevant, pour

écarter l'action de la société Cartier qui faisait valoir que le prix stipulé n'était pas un prix sérieux, que le vendeur supporte le risque de l'étiquetage, ou encore que l'acquéreur est en droit de penser que le prix demandé correspond à la valeur réelle de la chose vendue et qu'il n'est pas dérisoire, la cour d'appel, qui s'appuie sur des motifs tirés de l'erreur sur la valeur, a violé l'article 1110 du code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel relève, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que le prix de 101 556 francs n'apparaît nullement dérisoire ; qu'elle en a justement déduit que, même si la valeur réelle du bijou était supérieure au prix demandé, la vente n'était pas nulle pour absence de cause ; que le moyen n'est donc fondé en aucune de ses branches ;

Par ces motifs, rejette...

CASS. 1^e CIV., 4 juill. 1995 • M. Grégoire, f. f. prés. — Mmes Gié, rapp. — Le Foyer de Costil, av. gén. — M^e Capron, SCP Monod, av. • Rejet du pourvoi contre CA Bastia, 4 mai 1993 (ch. civ.).

COUR DE CASSATION

1^{re} CIV.

3 juillet 1996

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Cause * Absence de cause *
Contrat * Exécution Impossible * Contrepartie réelle *
Absence * Vidéocassette * Location.

Ayant relevé que, s'agissant d'un contrat de location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, une cour d'appel en déduit exactement que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes, souscrite par le preneur.

Rép. civ., v^o Cause,
par J. Maury, n^{os} 143 s ;

(Société nouvelle DPM c/ Mme Piller et autre) • ARRÊT

LA COUR – Sur le moyen unique, pris en ses deux branches : – Attendu que la société DPM fait grief à l'arrêt attaqué (CA Grenoble, 17 mars 1994) d'avoir annulé, pour défaut de cause, le contrat de création d'un « point club vidéo » et de location de cassettes conclu avec M. et Mme Piller, en retenant que la cause, mobile déterminant de l'engagement de ces derniers, était la diffusion certaine des cassettes auprès de leur clientèle, et que cette exploitation était vouée à l'échec dans une agglomération de 1 314 habitants, alors que, d'une part, dans un contrat synallagmatique la cause de l'obligation d'une partie réside dans l'obligation de l'autre partie, et qu'en l'espèce la cause de l'engagement des époux Piller était la mise à leur disposition des cassettes vidéo, et que, d'autre part, les motifs déterminants ne peuvent constituer la cause du contrat que dans le cas – non relevé par la cour d'appel – où ces motifs sont entrés dans le champ contractuel ;

Mais attendu qu'ayant relevé que, s'agissant de la location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, la cour d'appel en a exactement déduit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes, souscrite par M. et Mme Piller dans le cadre de la convention de création d'un « point club vidéo » ; que l'arrêt est ainsi légalement justifié ;

Par ces motifs, rejette...

CASS. 1^{re} CIV., 3 juill. 1996 • D 94-14.800 • MM. Grégoire, f. f. prés.
– Ansel, rapp. – Mme Le Foyer de Costil, av. gén. – SCP Urtin-Petit et
Rousseau-Van Troeyen, SCP Guiguet, Bachelier et Potier de la Varde,
av. • Rejet du pourvoi contre CA Grenoble, 17 mars 1994.

Tournez la page S.V.P.

COUR DE CASSATION

COM.

22 octobre 1996

RESPONSABILITÉ CIVILE * Responsabilité contractuelle *
Clause limitative de responsabilité * Nullité * Obligation
essentielle * Faute lourde * Transport rapide * Délai de
livraison * Chronopost.

Le spécialiste du transport rapide qui garantit la fiabilité et la célérité de son service, s'étant engagé à livrer les plis de son client dans un délai déterminé, en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredit la portée de l'engagement pris, doit être réputée non écrite.

(SA Bancheureau c/ Sté Chronopost) • ARRÊT

LA COUR – Sur le premier moyen : – Vu l'article 1131 du code civil ;

Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué (CA Rennes, 30 juin 1993), que la société Bancheureau a confié, à deux reprises, un pli contenant une soumission à une adjudication à la société Chronopost, venant aux droits de la société SFMI ; que ces plis n'ayant pas été livrés le lendemain de leur envoi avant midi, ainsi que la société Chronopost s'y était engagée, la société Bancheureau a assigné en réparation de ses préjudices la société Chronopost ; que celle-ci a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation du retard au prix du transport dont elle s'était acquittée ;

Attendu que, pour débouter la société Bancheureau de sa demande, l'arrêt retient que, si la société Chronopost n'a pas respecté son obligation de livrer les plis le lendemain du jour de l'expédition avant midi, elle n'a cependant pas commis une faute lourde exclusive de la limitation de responsabilité du contrat ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi : casse et [...] renvoie devant la Cour d'appel de Caen...

CASS. COM., 22 oct. 1996 • MM. Bézard, prés. – Appolis, rapp. – Mme Piniot, av. gén. – SCP Le Bret, Laugier, M^e Choucroy, av. • Cassation de CA Rennes, 30 juin 1993 (1^{er} ch. B).

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

Causé – Fausseté partielle – Effets – Réduction de l'obligation à la mesure de la fraction subsistante

La fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante.

11 mars 2003

Cassation partielle

Vu l'arrêt du 20 novembre 2001 constatant l'interruption de l'instance du fait du décès de Charlotte Leparoux, veuve Dagnaud, survenu le 17 juillet 1999, et les actes de signification du mémoire ampliatif aux héritiers de celle-ci ;

Attendu qu'au mois d'octobre 1981, M. Jean-Yves Dagnaud a repris le cabinet de géomètre-expert de son oncle, Jean Dagnaud, décédé le 18 juin 1981 ; que, par acte du 21 octobre 1992, Charlotte Leparoux, veuve de Jean Dagnaud, a assigné M. Jean-Yves Dagnaud en paiement d'une somme de 629 956 francs, représentant notamment les loyers dus pour les locaux professionnels, et en annulation d'une reconnaissance de dette de 800 000 francs souscrite devant notaire le 13 novembre 1991 ; que l'arrêt attaqué (Rennes, 10 novembre 1998), rendu après expertise, a déclaré de nul effet l'acte du 13 novembre 1991, condamné M. Jean-Yves Dagnaud à payer à Charlotte Leparoux la somme de 149 417 francs, avec les intérêts au taux légal, outre une indemnité d'occupation de 1 200 francs par mois à compter de juillet 1996, et débouté les parties de leurs autres demandes ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que M. Jean-Yves Dagnaud fait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir condamné à payer à Charlotte Leparoux diverses sommes au titre de l'occupation des locaux professionnels :

1^o en lui faisant supporter la preuve de l'absence d'obligation au paiement d'indemnités d'occupation, de sorte que la cour d'appel aurait inversé la charge de la preuve ;

2^o sans répondre à ses conclusions de nature à établir qu'un accord était intervenu entre les parties pour compenser l'occupation des locaux et qu'il n'était donc redevable d'aucune indemnité ;

Mais attendu que, dans ses dernières conclusions d'appel, M. Jean-Yves Dagnaud avait reconnu qu'il y avait eu promesse d'une indemnité d'occupation acceptée par les deux parties ; qu'il n'est donc pas recevable à soutenir devant la Cour de cassation un moyen contraire à ses propres écritures ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 1131 du Code civil ;

Attendu que la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante ;

Attendu que, pour déclarer nul en sa totalité l'acte du 13 novembre 1991, la cour d'appel énonce que Charlotte Leparoux ne pouvait être débitrice de la somme portée à cet acte ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle s'était appropriée les conclusions de l'expert dont il résultait que la dette de Charlotte Leparoux à l'égard de son neveu existait bien, même si elle s'avérait inférieure à la somme pour laquelle elle s'était engagée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deux premières branches du premier moyen :

CASSE ET ANNULE, sauf en ses dispositions relatives à l'indemnité d'occupation, l'arrêt rendu le 10 novembre 1998, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Angers.

N° 99-12.628.

*M. Dagnaud
contre consorts Leparoux.*

Président : M. Lemontey – Rapporteur : M. Durieux – Avocat général : Mme Petit – Avocat : la SCP de Chaisemartin et Courjon

Tournez la page S.V.P.

COUR DE CASSATION

1^e CIV.

7 octobre 1998

CONTRAT ET OBLIGATIONS * Cause * Cause illicite * Prêt * Remboursement * Pension alimentaire * Augmentation * Fraude fiscale * Partie * Caractère illicite * Connaissance * Nécessité * Exclusion * Nullité.

Un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral déterminant de la conclusion du contrat.

ARRÊT

LA COUR – Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :
– Attendu que, par acte sous seing privé du 17 juin 1981, M. Malvezin a reconnu devoir à son épouse une somme, remboursable avec un préavis de trois mois ; qu'après leur divorce, Mme Malvezin, devenue Mme Grostabussiat, a, par acte du 14 juin 1989, accepté que le prêt lui soit remboursé sous forme d'une augmentation de la pension alimentaire que lui versait son ex-mari ; qu'en 1993, elle l'a assigné en remboursement du solde du prêt ;

Attendu que M. Malvezin fait grief à l'arrêt attaqué (CA Versailles, 23 février 1996) d'avoir annulé pour cause illicite l'acte du 14 juin 1989 et fait droit à la demande de son ex-épouse, alors, selon le moyen, d'une part, qu'en ne constatant pas que l'accord avait eu pour motif déterminant des déductions fiscales illégales et en ne recherchant pas s'il n'avait pas eu pour motif déterminant de réaliser l'étalement du remboursement du prêt dont le paiement était susceptible d'être réclamé à tout moment, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1131 du code civil ; et alors, d'autre part, qu'une convention ne peut être annulée pour cause illicite que lorsque les parties se sont engagées en considération commune d'un motif pour elles déterminant ; qu'ayant constaté que Mme Grostabussiat déclarait à l'administration fiscale l'intégralité des sommes reçues de M. Malvezin, il s'en évinçait que Mme Grostabussiat ne pouvait avoir eu pour motif déterminant de son accord la déductibilité, par M. Malvezin, des sommes à elle versées, en sorte que la cour d'appel, en retenant une cause illicite, a violé l'article précité ;

Mais attendu qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat ; que l'arrêt ayant retenu que l'acte du 14 juin 1989 avait une cause illicite en ce qu'il avait pour but de permettre à M. Malvezin de déduire des sommes non fiscalement déductibles, Mme Grostabussiat était fondée à demander l'annulation de la convention ; qu'ainsi, la cour d'appel, qui n'avait pas à effectuer la recherche inopérante visée à la première branche du moyen, a légalement justifié sa décision ;

Par ces motifs, rejette...

CASS. 1^{re} CIV., 7 oct. 1998 • 96-14.359 • M. Lemontey, prés. – Mme Bénas, rapp. – M. Sainte-Rose, av. gén. – SCP Pivonica et Molinié, av. • Rejet du pourvoi contre CA Versailles, 23 févr. 1996 [3^e ch.].

**Cour de cassation, 1^{re} civ.
10 févr. 1998**

LA COUR : - Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :-
Attendu que Mme Aze fait grief à l'arrêt attaqué (CA Bordeaux, 10 janvier 1996) d'avoir prononcé la nullité de la convention conclue en 1990 entre elle-même et Mme Primersky, et de l'avoir, par voie de conséquence, déboutée de ses demandes en paiement de la somme due au titre de l'indemnité de présentation de sa clientèle d'astrologue prévue par cette convention, et de dommages-intérêts, alors, selon le moyen, que, d'une part, l'arrêt ne pouvait de manière générale affirmer l'illicéité prétendue du métier d'astrologue en se référant aux dispositions réglementaires de l'article R. 34, 7^o, du code pénal dont l'objet était limité à la police de la rue, et qu'en l'absence de prohibition législative du métier d'astrologue, la cour d'appel a fait une fausse application de l'article 1133 du code civil ; alors que, d'autre part, le juge judiciaire, gardien des libertés individuelles, ne pouvait affirmer le caractère illécite du métier d'astrologue sans violer l'article 6 du code civil, l'article 66 de la Constitution, les articles 9 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Mais attendu que, pour déclarer illicite la cause du contrat de présentation de clientèle d'astrologue, parce que prohibée par la loi, au sens large, la cour d'appel, qui pouvait se fonder sur un texte réglementaire, et qui n'a nullement porté atteinte aux libertés individuelles, a fait une exacte application de l'article R. 34, 7^o, du code pénal alors en vigueur et qui punissait « les gens qui font métier de deviner et pronostiquer, ou d'expliquer les songes » ; - D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Par ces motifs, rejette le pourvoi [...].

96-15.275 (n° 271 P) - Demandeur : Aze (Mme) - Défendeur : Primersky (Mme) -
Composition de la juridiction : MM. Lemontey, prés. - Chartier, rapp. - Sainte-Rose, av. gén. - Me Bouthors, av. - Décision attaquée : Cour d'appel de Bordeaux, 1^{re} ch. B, 10 janv. 1996 (Rejet)

Mots-clés : CONTRAT ET OBLIGATIONS * Cause * Cause illicite ou immorale * Astrologue * Clientèle * Droit de présentation

COUR DE CASSATION

1^e CIV.

3 février 1999

**CONTRAT ET OBLIGATIONS * Cause * Cause illicite ou
immorale * Bonnes mœurs * Libéralité * Adultère.**

N'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire.

ARRÊT

LA COUR – Sur le moyen unique : – Vu les articles 1131 et 1133 du code civil ; – Attendu que n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire ;

Attendu que le 26 octobre 1989, Roger Y... est décédé en laissant à sa succession son épouse et M. Christian Y... qu'il avait adopté ; que par testament authentique du 17 mars 1989, il a, d'une part, révoqué toute donation entre époux et exhéredé son épouse, et, d'autre part, gratifié Mme X... d'une somme de 500 000 F ; que M. Christian Y... a soutenu que la cause de cette disposition était contraire aux bonnes mœurs ; – Attendu que pour prononcer la nullité de la libéralité consentie à Mme X..., la cour d'appel a retenu que la disposition testamentaire n'avait été prise que pour poursuivre et maintenir une liaison encore très récente ; en quoi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Par ces motifs, casse et [...] renvoie devant la Cour d'appel de Paris, autrement composée...

CASS. 1^{re} CIV., 3 févr. 1999 • 96-11.946 • MM. Lemontey, prés. – Savatier, rapp. – Roehrich, av. gén. – M^{re} Guinard, SCP Vier et Barthélemy, av. • Cassation de CA Paris, 20 nov. 1995 [2^e ch. A].

Etude juridique sur les fonctions de la cause

La théorie de l'autonomie de la volonté du XIX^{ème} siècle d'inspiration de philosophie libérale postule la liberté contractuelle : la volonté des parties constitue la justification et la mesure de leur engagement.

Dès le XX^{ème} siècle, des critiques se sont élevées contre cette théorie de l'autonomie de la volonté.

L'école positiviste de Kelsen prétend au contraire que le contrat crée des obligations par la seule volonté des parties.

Le code civil, quant à lui, subordonne la validité des conventions non seulement à l'existence d'un consentement dénué de vices limitativement énumérés (erreur, violence, dol), mais également à l'exigence d'un objet déterminé, licite et dans le commerce et d'une cause. Ainsi, dès le code civil, le contrat n'est pas seulement l'affaire des parties.

Historiquement, la cause a été introduite par le droit canon afin d'éviter qu'une des parties au contrat ne soit tenue d'une obligation dépourvue de toute contrepartie. La cause, condition de validité du contrat a fait l'objet de vives controverses doctrinales. La théorie de Demogue a été vivement critiquée par Planiol. Les travaux de Capitant ont relancé l'intérêt de la cause.

Il n'est plus contesté aujourd'hui que la cause répond à deux acceptions utilisées dans des objectifs différents : la cause objective qui est la cause de l'obligation. Elle répond à la question : « pourquoi je m'engage à cette obligation ? ». Elle est commune à chaque catégorie de contrat. La cause subjective qui constitue le motif impulsif et déterminant de l'engagement contractuel. Elle répond à la question « pourquoi je conclus ce contrat ? » Elle est propre aux parties.

Traditionnellement chacune de ces deux définitions répond à une fonction différente. La cause objective vise à protéger le contractant : son engagement est-il causé ? La cause subjective permet de vérifier sa licéité et sa conformité aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

La cause est donc avant tout un instrument au service de la protection du contractant ou au service de l'intérêt général.

Or, notre droit est traversé par un courant de justice contractuelle. Pour M. Justin Ghedin, l'utile et le juste doivent guider le législateur dans les effets qu'il accorde au contrat. M. Demogue évoque un microcosme au sein duquel les intérêts des parties convergent vers un intérêt commun, à l'instar de la société civile ou commerciale. La cause va être utilisée par les tribunaux comme instrument de promotion de justice et d'équilibre contractuel dans l'intérêt du contractant.

Parallèlement, l'ordre public notamment familial, notion évolutive, subit un affaiblissement qui se traduit par une utilisation moindre de la cause subjective.

Ainsi, si la notion de cause est un instrument efficace de protection du contractant (I), sa fonction protectrice de l'intérêt général est moindre (II).

I – La cause objective : un instrument efficace de protection du contractant

Si la cause objective est un instrument traditionnel de protection du contractant (A), elle est dans son acception nouvelle un instrument de justice et d'équilibre contractuel (B).

A – La cause objective : instrument traditionnel de protection du contractant

L'existence de la cause de l'obligation doit être recherchée pour tous les contrats. Elle est identique à une même catégorie de contrat. Ainsi, dans le contrat unilatéral, elle constitue sa propre prestation, dans le contrat aléatoire, la cause est l'aléa ; dans le contrat à titre gratuit, la cause est l'intention libérale et dans le contrat synallagmatique, la cause de l'obligation de l'un est l'obligation de l'autre. Ainsi, dans un contrat synallagmatique, la cause de l'obligation de l'acheteur réside dans le transfert de propriété et la livraison de la chose vendue et la cause de l'obligation du vendeur dans le paiement du prix.

La cause est une condition de formation du contrat qui affecte sa validité. Elle s'apprécie au sein d'un même contrat (Req 17 mai 1938, cass 1^o c civ 9 novembre 1999). La sanction est la nullité relative du contrat.

Le contrat peut être annulé pour absence de cause, fausse cause ou erreur sur la cause. Ainsi, la cause de la signature d'une reconnaissance de dette est indifférente aux motifs (document 2).

Cependant, la cause a pour seul objet l'absence totale de contre-prestation. La jurisprudence a très vite assimilé l'obligation dérisoire à l'absence totale de cause (document 4).

En revanche, les tribunaux refusent de contrôler objectivement les obligations respectives. Le contrat conclu pour un prix faible n'est pas dépourvu de cause.

Le contrat est l'affaire des parties qui prévoient seules l'équilibre de leurs obligations.

L'impératif de sécurité juridique prévaut.

Cette conception de la cause, instrument de protection du contractant a été utilisée et revisitée afin de promouvoir un certain équilibre contractuel.

B – La cause : instrument nouveau de justice et d'équilibre contractuel

Un triple mouvement rend effectif l'utilisation de la cause comme instrument d'équilibre contractuel.

Tout d'abord, les tribunaux introduisent la notion de cause partielle afin de rétablir l'équilibre du contrat.

Dans l'arrêt Chronopost du 22 octobre 1996 (document 6), la chambre commerciale réputée non écrite une clause limitative de responsabilité au motif qu'elle contredit la portée de l'engagement pris. Cette clause contredit l'obligation essentielle du contrat, en l'espèce, la livraison rapide du pli postal.

La méthode est nouvelle à deux titres : tout d'abord, la seule absence totale de cause entraînait auparavant la nullité du contrat tout entier.

La cour de cassation estime ici que la seule clause limitative de responsabilité est réputée non écrite.

Avant cet arrêt, une clause limitative de responsabilité pouvait ne pas recevoir application en cas de faute lourde.

Effectivement, la faute lourde considérée tout d'abord comme une grossière erreur (arrêt de 1984), était retenue lorsqu'elle portait sur une obligation essentielle du contrat (arrêt de 1994). Cette extension avait certes été critiquée par une certaine partie de la doctrine qui souhaite restreindre la responsabilité contractuelle aux fautes particulières.

Ensuite, dans l'arrêt Chronopost, la clause limitative de responsabilité est directement écartée et la sanction est l'absence de validité et non plus l'absence d'application.

Cet arrêt, confirmé par l'arrêt Securinform du 21 juillet 2001, a été présenté comme un instrument de justice contractuelle en redonnant cohérence au contrat.

Il a en revanche été critiqué pour deux raisons : il recourt à la notion de cause qui est inutile en la présence de la définition élargie de la faute lourde. Il utilise des instruments non prévus

à cet effet. L'objectif du code civil était de limiter l'utilisation de la cause à la seule hypothèse d'absence totale de contrepartie.

Le recours à la cause partielle a été utilisé lui aussi dans un arrêt du 11 mars 2003 : le contrat est affecté d'une fausse cause partielle. Mais l'arrêt est important surtout au regard de sa sanction : la sanction prononcée n'est pas celle de la nullité mais la réduction de l'obligation à la mesure de la fraction subsistante.

Par cette sanction, la 1^{ère} chambre civile rééquilibre le contrat par une équivalence relative des obligations.

Il convient cependant d'attendre si cette solution novatrice, qui s'inscrit dans un mouvement d'équilibrage et de sauvetage du contrat, sera étendue à l'hypothèse plus fréquente de l'absence de cause.

Ensuite, les tribunaux ont utilisé la conception subjective de la cause pour apprécier la cause de l'obligation et non la cause du contrat : dans l'arrêt du 3 juillet 1996, arrêt dit des cassettes vidéo, la Cour de Cassation s'est appuyée sur le motif de la conclusion du contrat, en l'espèce la diffusion de cassettes à la clientèle, pour rejeter la demande de paiement du prix de la location. La cour s'est basée sur l'économie prévue par une des parties. Or, il appartient aux parties de prendre en charge le risque économique de la conclusion du contrat.

Cet arrêt est sans doute un arrêt d'équité qui est resté un arrêt d'espèce.

Enfin, les tribunaux ont pu recourir à la notion d'ensemble contractuel, de pluralité de contrats pour considérer sans cause un contrat dépendant d'une autre opération contractuelle : ainsi, un contrat de prêt est annulé parce que l'objet du contrat était l'existence d'un autre contrat qui n'a pu se faire. Ensuite, un arrêt qui juge sans cause un contrat de distribution dépendant d'un contrat de gérance. Dans les deux espèces, il faut noter l'existence de circonstances précises : dans un cas, les deux contrats avaient été conclus le même jour dans un même lieu et dans l'autre arrêt, les contractants étaient les mêmes dans les deux contrats.

Ainsi, si la cause est un instrument efficace et en pleine évolution pour ce qui concerne la protection du contractant, il n'est pas de même pour sa fonction de protection de l'intérêt général.

II – La cause subjective : un instrument potentiellement efficace mais peu utilisé de protection de l'intérêt général

A – La cause : instrument potentiellement efficace de l'intérêt général

La cause subjective, c'est-à-dire la recherche du motif impulsif et déterminant du contrat, permet un contrôle efficace de sa licéité et de sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Elle permet l'annulation de certains contrats qui seraient valables, l'objet de l'obligation étant licite par ailleurs : ainsi, la location d'un appartement a bien une cause objective si le locataire paie le loyer et le bailleur met à disposition le local.

En revanche, le contrat sera annulé si le motif de la location est le trafic des stupéfiants.

La nullité sera une nullité absolue, protectrice de l'intérêt général.

La nullité peut être prononcée pour une cause illicite ; c'est-à-dire contraire à la loi entendue largement puisque la violation d'un règlement suffit (arrêts sur la voyance documents 1 et 9) ; immorale c'est-à-dire contraire aux bonnes mœurs.

Le juge apprécie l'atteinte aux bonnes mœurs et l'atteinte à l'ordre public.

Traditionnellement, la cause immorale devait être partagée par les deux parties. Le but est de garantir la sécurité juridique de l'autre contractant qui verrait son contrat annulé sans qu'il n'ait pu le prévoir.

Puis, la Cour de Cassation s'est contentée d'une simple connaissance par l'autre partie du motif illicite ou immoral (document I). Enfin, la cause illicite ou immorale n'a plus besoin d'être connue de l'autre (arrêt Malrezin du 7 octobre 1998). Ainsi, la cause est un instrument potentiellement protecteur de l'intérêt général qui prévaut sur l'intérêt du contractant. Le contrat pourra être annulé sans qu'il n'ait eu connaissance de la cause immorale ou illicite. La nullité absolue pourra être prononcée et demandée par le contractant ayant poursuivi le motif immoral ou illicite. Il ne pourra cependant s'en prévaloir par l'application de la règle « Nemo auditur » et son contractant pourra solliciter des dommages intérêts.

B – La cause subjective effectivement peu utilisée comme instrument de protection de l'intérêt général.

L'utilisation de la cause immorale dépend de la définition donnée aux bonnes mœurs, notion évolutive. Or l'évolution des mœurs et particulièrement la liberté sexuelle a pour contrepartie la diminution de cause immorale. Ainsi, par un arrêt du 3 février 1999, la Cour de Cassation a considéré que la libéralité consentie pour maintenir une relation adultère n'était pas dépourvue de cause.

Un arrêt du 24 octobre 2004 a étendu la validité de telles libéralités consenties à l'occasion de relations adultères. Ce qui étend le champ d'application de validité de telles libéralités. Ainsi, une libéralité consentie pour un établissement de la relation serait valable. En revanche, un adultère incestueux pourrait certainement justifier l'annulation d'une libéralité pour cause immorale.

Ainsi, la cause, instrument juridique, suit l'évolution des justifications de son utilisation : elle s'inscrit dans un mouvement plus large de justice et d'équilibre contractuels qui fait appel aussi au concept de proportionnalité, de bonne foi, d'abus.

La cause suit aussi l'évolution des mœurs.

**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND GRADE**

**ouvert en application de l'article 21-1 de l'ordonnance
n°58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée**

Mercredi 30 Mars 2005

Deuxième épreuve d'admissibilité

DROIT PUBLIC

(durée 5 heures)

***Comment l'illégalité des décisions administratives
est-elle sanctionnée ?***

Comment l'illégalité des décisions administratives est-elle sanctionnée ?

L'administration prend tous les jours des décisions. Une partie de celle-ci sont des décisions exécutoires : réglementaires ou individuelles, elles produisent des effets de droit, modifient l'ordonnement juridique en principe dans le respect du principe de légalité s'imposant à toute personne publique compétente pour agir par voie de décisions. Ces décisions sont susceptibles de faire grief aux administrés. Exécutoires, elles bénéficient du privilège du préalable qui permet à l'administration d'agir sans l'autorisation préalable d'un juge et d'exécuter ou faire exécuter ses décisions. Il peut arriver que l'administration commette une erreur, intentionnellement ou non, et qu'elle édicte une décision administrative illégale. L'illégalité en droit français est de deux types : il existe une illégalité externe de l'acte qui vise le vice de forme (l'acte n'a pas été pris selon la procédure requise par le droit) et l'incompétence (l'auteur de l'acte n'avait pas compétence) ; il existe une illégalité interne de l'acte qui englobe le détournement de pouvoir (le but visé par l'auteur de l'acte ne correspond pas au but visé par le législateur qui lui a attribué cette compétence) et l'illégalité comme non conformité à la loi et plus généralement à l'ensemble des normes juridiques supérieures à l'acte considéré. Cette hiérarchie de normes, qui s'impose à tout acte, à toute décision administrative, englobe, en parlant de la norme la plus élevée jusqu'à celles du plus bas niveau : La constitution de 1958 est le bloc de constitutionnalité, les traités internationaux incluant le droit européen communautaire et la Convention européenne des droits de l'homme, les lois, les règlements et les dispositions des circulaires ayant une valeur réglementaire. Lorsque l'illégalité d'une décision est avérée pour l'administré ou l'administration, se pose le problème de la sanction de celle-ci. Deux voies sont alors envisageables : une voie non-contentieuse ou pré-contentieuse et une voie contentieuse devant la juridiction administrative. La première a l'avantage d'être rapide si administré et administration parviennent à un accord. La seconde s'impose dans le cas contraire et conduira éventuellement à l'annulation de la décision si celle-ci est confirmée par la juridiction. Il convient d'examiner successivement la sanction pré-contentieuse de l'illégalité des décisions administratives (I) avant d'étudier la sanction contentieuse de cette même illégalité (II)

I/ La sanction pré-contentieuse de l'illégalité des décisions administratives repose sur le retrait ou l'abrogation de ces décisions.

Lorsque l'administré constate l'illégalité d'une décision administrative, il peut spontanément saisir l'autorité administrative d'un recours gracieux (s'il s'adresse directement à l'auteur de l'acte) ou d'un recours hiérarchique (s'il s'adresse au supérieur de l'auteur). Il demandera alors à l'administration d'abroger (pour l'avenir) ou de retirer (avec effet rétroactif) cette décision qu'il estime illégale. De même l'administration peut spontanément vouloir retirer ou abroger l'une de ces décisions. Retrait et abrogation apparaissent ainsi comme des sanctions pré-contentieuses de l'illégalité des décisions administratives. Il convient d'examiner à quelles conditions retrait ou abrogation peuvent être demandés et obtenus, ou réalisés spontanément par l'administration.

A/L'abrogation permet de sanctionner pour l'avenir les décisions illégales :

Il convient de distinguer le règlement de la décision individuelle. L'abrogation, comme il a été dit, produira son effet dans l'avenir (les effets passés seront maintenus).

1. L'abrogation des règlements illégaux peut être imposée à l'administration :

En dehors de tout procès, il est acquis que les administrés n'ont pas un droit à l'immutabilité de la réglementation. L'abrogation est donc toujours possible pour l'administration. Il est des cas où cette possibilité se transforme en obligation. Depuis l'arrêt du C.E., Alitalia, 1989, l'administration a l'obligation d'abroger la décision réglementaire illégale si la demande lui en est faite par un administré. L'illégalité peut survenir à la suite d'un changement de circonstances de fait ou de droit qui rend illégal un règlement précédemment conforme au droit. L'administration a d'ailleurs l'obligation de laisser cette réglementation illégale inappliquée.

2. L'abrogation des décisions individuelles illégales est soumise à conditions :

La décision individuelle qui n'a créée aucun droit peut toujours être abrogée. S'agissant d'une décision créatrice de droit, l'abrogation n'est possible, malgré l'illégalité, que si la décision n'est pas devenue définitive, c'est à dire si le délai de recours pour excès de pouvoir n'est pas expiré. Dans le cas contraire, l'administration n'a d'autre solution que de prendre une décision contraire. Sa marge de manœuvre vis à vis de l'administré est donc limitée dans le temps.

B/ Le retrait permet de sanctionner avec effet rétroactif les décisions administratives illégales :

S'agissant du retrait qui produit un effet rétroactif (la décision disparaît et tous les effets produits depuis son entrée en vigueur doivent également disparaître), il faut distinguer entre les décisions créatrices de droit et les décisions non créatrices de droit. On comprend que certaines limites soient imposées à l'administration lorsqu'elle entend faire disparaître une décision qui avait attribué des droits à l'administré (ex. droit à indemnité, à pension). Il en va de la sécurité juridique.

1. Le retrait des décisions illégales non créatrices de droit est aisé:

Les décisions administratives non créatrices de droit peuvent toujours être retirées, si elles sont illégales, par l'administration. Face à l'illégalité, l'administration aura tout intérêt à procéder spontanément à cette correction, équivalent à une sanction.

2. Le retrait des décisions créatrices de droit est particulièrement encadré :

Il l'a été d'abord par la jurisprudence puis par le législateur (partiellement) avec la loi du 12 avril 2000. Par hypothèse, l'administré est titulaire de droits en vertu d'une décision administrative illégale. L'administration a intérêt au retrait pour éviter la saisine de la juridiction administrative. L'administré a intérêt au statu quo. La jurisprudence du Conseil d'Etat a établi un équilibre entre ces intérêts divergents. La décision de principe a été pendant longtemps l'arrêt CE. Dame Cachet 1921, qui autorise le retrait d'une décision créatrice de droits illégale si celui-ci intervient dans le délai de recours contentieux, soit dans les deux mois de la publication ou de la notification de la décision. Il s'agissait d'établir un parallèle entre ces deux procédures. Cette jurisprudence a incité les administrations à ne pas notifier les décisions pour éviter que le délai de deux mois ne coure.

Pour couper court à cette pratique, le Conseil d'Etat a fait évoluer sa jurisprudence. Par sa décision «Eve» de 1969, il décide que le retrait d'une décision implicite d'acceptation n'est plus possible passé le délai au terme duquel deux mois se sont écoulés depuis la date où une décision est réputée être intervenue. L'étape ultime de cette évolution est l'arrêt Ternon de 2001. Elle ne vise que les décisions individuelles créatrices de droit : pour celle-ci, le retrait est uniquement possible pendant le délai de 4 mois qui court à compter de la signature de l'acte (et non plus de la date de publication ou de notification).

Il semblerait que la jurisprudence Dame Cachet continue à s'appliquer aux règlements. La loi du 12 avril a précisé dans son article 23 les modalités du retrait des décisions implicite d'acceptation ; il est possible : pendant le délai de recours contentieux, lorsque des mesures d'information des tiers ont été prises ; pendant le délai de deux mois à compter de la date à laquelle est intervenue la décision, lorsque aucune information n'a été transmise aux tiers ; enfin, pendant la durée de l'instance au cas où un recours contentieux a été formé (comme dans la jurisprudence Dame Cachet).

La sanction pré-contentieuse ne permet pas d'obtenir satisfaction dans tous les cas. L'administration peut rester silencieuse et l'administré n'obtient ni le retrait, ni l'abrogation de la décision illégale. Il n'a alors d'autre solution que d'intenter une action devant le juge administratif.

II – La sanction juridictionnelle des décisions administratives illégales conduit à une annulation dont la mise en œuvre peut s'avérer difficile

Deux types de procédures sont possibles pour celui qui entend faire sanctionner des décisions illégales : le référé et le procès au fond par le recours pour excès de pouvoir. Seule la seconde permet d'obtenir une annulation dont la mise en œuvre concrète a été difficile jusqu'aux réformes législatives de 1980 et 1995.

A – La décision administrative illégale peut-être suspendue dans un premier temps, puis annulée dans un second temps par le juge administratif.

Le contentieux des décisions administratives relève de la compétence du juge administratif sauf voie de fait lors de leur exécution (mais nous sortons alors du sujet qui nous intéresse). Au recours pour excès de pouvoir, d'origine jurisprudentielle, le législateur a ajouté récemment une procédure de référé qui permet d'obtenir la suspension de la décision.

1. La procédure de référé permet d'obtenir la suspension de la décision administrative sous certaines conditions :

Les décisions administratives, même illégales (tant que celle-ci n'a pas été constaté et tant que l'administration n'a pas renoncé à son exécution), bénéficient du privilège du préalable. Cela signifie que l'administration peut en poursuivre l'exécution, y compris l'exécution forcée, contre le gré de l'administré sans avoir besoin d'une autorisation judiciaire (CE, Muglo, 1980) Pour limiter le danger que cela peut représenter pour les administrés, une procédure de référé a été créée par la loi. Elle vient d'être réformée par la loi du 30 juin 2000 qui institue, dans le domaine qui nous intéresse 2 types de référé : le référé –suspension (art. 1 521-1, Code de justice administrative) et le référé –liberté (art. 521-2, Code de justice administrative).

La première procédure permet de demander un juge des référés de prononcer la suspension de l'exécution de la décision administrative qui fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation. Cette suspension sera prononcée lorsque l'urgence le justifie et lorsqu'il existe un doute sérieux sur la légalité de la décision. Il y a urgence pour le juge administratif lorsque l'exécution de la décision porte atteinte d'une manière suffisamment grave à un intérêt public, ou à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il défend. Cette suspension constitue une sanction de l'illégalité «présumée» d'une décision, illégalité qu'il appartiendra au juge du fond de constater.

La seconde procédure permet au juge des référés d'ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté une atteinte

grave et manifestement illégale. La procédure est courte, rapide. Le juge est là encore, le juge de l'apparence mais il sanctionne néanmoins la décision manifestement illégale (ex. : arrêté de reconduite à la frontière attentatoire à une liberté fondamentale), par une suspension par exemple, dans l'attente du jugement au fond.

Celui-ci est introduit par le recours pour excès de pouvoir à l'encontre de la décision.

2. Le recours pour excès de pouvoir permet de sanctionner par l'annulation la décision administrative illégale

Le recours pour excès de pouvoir est une création jurisprudentielle. Le Conseil d'Etat a fait de l'existence de ce recours contre toute décision administrative, un principe général du droit : seul le législateur peut l'écarter à condition de le viser expressément.

Le recours est largement ouvert : pour avoir intérêt à agir, il suffit que l'annulation de la décision produise un effet sur le demandeur. De là l'admission des recours des contribuables d'une ville contre une décision du Conseil municipal. (c/. ainsi CE, Casanova, 1901; CE, Association des patrons coiffeurs de Limoges). L'action des groupements ou des personnes morales (publiques notamment) est admise. Bien sûr s'agissant des personnes privées, la capacité pour agir en justice est requise. Afin de faciliter le recours, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire et le droit de timbre vient d'être supprimé. Le tribunal compétent est le Tribunal administratif.

Tout est donc fait pour inciter l'administré à agir en nullité contre les décisions administratives qu'il estime illégales.

Il dispose pour se faire d'un délai de deux mois à compter de la publication ou du règlement pour agir en annulation.

Le juge prononcera l'annulation de la décision, sanction suprême s'il estime que celle-ci contrevient aux règles qui lui sont supérieures dans l'ordonnement juridique. Car en effet, l'administration est tenue d'agir conformément au principe de légalité, principe qui résume l'ensemble de ces exigences. L'annulation peut donc être prononcée pour une contrariété avec un règlement communautaire, ou avec les objectifs d'une directive non transposée mais dont le délai de transposition a expiré, ou avec la Convention européenne des droits de l'homme, ou avec notre constitution si aucune loi ne fait écran, ou avec un traité international respectant les conditions de l'article 55 de la constitution (ratification, réciprocité), ou avec une loi française (organique ou ordinaire) ou avec un acte réglementaire supérieur par la qualité de son auteur (exemple un règlement de police édicté par le premier Ministre).

L'annulation fait disparaître rétroactivement la décision administrative illégale.

B – Effets et efficacité de l'annulation prononcée sur recours pour excès de pouvoir

L'annulation a un effet rétroactif qui peut être modulé par le juge, dans le temps. La mise en œuvre de la décision d'annulation a requis une intervention du législateur pour atteindre son efficacité actuelle.

1. Les effets de l'annulation sont pilotés par le juge quant à leur entrée en application, mais conservent par ailleurs une invariance propre à l'annulation.

Par exception au principe de non-rétroactivité des actes administratifs (CE, société journal l'Aurore, 1948), les décisions, les jugements d'annulation ont un effet rétroactif dès que la décision d'annulation a acquis force de chose jugée (à l'expiration des voies de recours). Cela signifie que l'administration sera tenue de remettre les choses dans l'état dans lequel elles se seraient trouvées si la décision administrative n'avait jamais été prise. Par exemple, si le juge annule la révocation d'un fonctionnaire, le juge devra ordonner à l'administration de reconstituer sa carrière entre la date de la décision de révocation et la date d'aujourd'hui.

L'annulation aura alors indirectement des effets sur la carrière des fonctionnaires qui ont été amenés à prendre la place de celui qui a été révoqué. Certaines situations, après annulation, sont si complexes qu'elles requièrent l'intervention du législateur. Ainsi, l'annulation du concours d'entrée de l'école centrale de Paris a conduit le parlement à voter une loi validant les diplômes des élèves entrés dans l'école cette année-là. L'usage de ces lois de validation est strictement encadré par le Conseil Constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme qui exigent qu'un intérêt général justifie une telle validation d'un acte annulé par le juge.

Afin de limiter les conséquences d'une annulation dont l'ampleur est parfois difficile à apprécier, le Conseil d'Etat se reconnaît le pouvoir de repousser dans le temps la date d'entrée en vigueur de la décision d'annulation. Il l'a fait par exemple dans les décisions CE, Association AC !, mai 2004. Dans cette affaire, il s'agissait de laisser au gouvernement le temps nécessaire pour négocier ou faire négocier une nouvelle convention d'indemnisation chômage (affaire dite des recalculés).

Outre la rétroactivité, l'annulation produit un effet erga omnes. Cela signifie que l'annulation d'un règlement est valable aux yeux de tous. Le règlement disparaît de l'ordonnement juridique. L'administration ne peut plus l'invoquer. S'agissant d'une décision individuelle, sa nullité n'a d'effet que pour l'administré concerné, mais bien souvent cette annulation s'appuie sur un règlement qui est déclaré illégal par la même décision. La décision individuelle disparaît également.

La sanction par l'annulation permet de faire disparaître tous les effets produits par la décision administrative illégale.

Encore faut-il que le jugement d'annulation reçoive effectivement application.

2. La mise en œuvre du jugement d'annulation a requis une intervention du législateur pour atteindre toute son efficacité

Il a été d'usage pour l'administration française, pendant longtemps, de ne pas exécuter les décisions juridictionnelles la condamnant. Elle restait passive ou achetait son inertie par des dommages intérêts quand elle acceptait de les payer.

Un décret de 1963 crée une procédure devant le Conseil d'Etat. L'administré qui n'a pas obtenu satisfaction saisit la section du rapport qui entre en contact avec l'administration récalcitrante. On joue de l'aura du conseil contre la mauvaise volonté de l'administration. Les résultats ont été décevants compte tenu des sanctions disponibles (une mention dans le rapport de la section). Pour la même raison, l'institution du médiateur de la République n'a pas produit de meilleurs résultats.

Il faut donc attendre la loi du 16 juillet 1980 pour qu'une étape majeure soit franchie. Cette loi institue les injonctions à l'administration et prévoit que toute somme déclarée due par une décision de justice passée en force de chose jugée à l'encontre de l'Etat, une collectivité territoriale, ou un établissement public, doit être ordonnancée dans les deux mois à compter de la décision notifiée. A défaut, le comptable public doit payer le créancier sur simple présentation de la décision de justice.

La loi du 8 avril 1995 permet au juge de prononcé une astreinte à l'encontre de l'administration qui refuse d'exécuter une décision de justice. Cette astreinte est liquidée en cas de refus persistant d'exécuter. Le Conseil d'Etat s'est d'abord montré timide dans l'usage de cette sanction : il en fait aujourd'hui une utilisation satisfaisante permettant d'obtenir une meilleure exécution des décisions de justice et notamment des décisions d'annulation des décisions administratives illégales.

Enfin, le Conseil d'Etat a pris l'habitude de préciser dans son jugement, dans le corps ou dans le dispositif, les conséquences qu'il fallait tirer de celle-ci. L'administration est ainsi guidé dans la mise en œuvre de l'annulation.

Cet ensemble de mesures législatives et jurisprudentielles permet aux jugements d'annulation de produire leur plein effet.

A la question de départ, comment l'illégalité des décisions administratives est-elle sanctionnée, nous avons répondu en montrant que deux types de sanctions sont possibles. La voie non contentieuse permet sans doute d'aller plus vite, mais ce n'est pas toujours possible : reste alors une voie contentieuse que le législateur et la jurisprudence ont renforcée pour lui donner toute son efficacité.

**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND GRADE**

**ouvert en application de l'article 21-1 de l'ordonnance
n°58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée**

Mercredi 30 Mars 2005

Deuxième épreuve d'admissibilité

DROIT PENAL

(durée 5 heures)

La pluralité de participants à une même infraction

La pluralité de participants à une même infraction

L'activité criminelle, que l'on compare volontiers à un chemin (« iter criminis ») va de la simple représentation psychologique du crime, des actes préparatoires à sa réalisation effective. Si la seule pensée criminelle n'apparaît pas punissable, la préparation manifestée par un commencement d'exécution tombe sous le coup de la loi pénale, par le biais de la théorie de la tentative.

Conformément à une double dimension, objective et subjective, de l'infraction, entendue comme un fait prévu, puni par la loi et imputable à son auteur, il ne s'agit pas seulement de prendre en considération le résultat d'un comportement délictueux, caractérisé par un trouble avéré à l'ordre public, il importe en outre de ne pas laisser hors du champ pénal les agissements, bien que non suivis d'effet, révélant chez leur auteur une personnalité criminelle ; en témoignent, outre la tentative punissable, les infractions formelles, telle la mise en danger délibérée.

Le droit pénal contemporain se signale ainsi par la multiplicité des incriminations, frappant bien au-delà des crimes naturels (homicide, viol) pour atteindre tout agissement jugé contraire à l'intérêt général. Les comportements ainsi incriminés peuvent être imputés à un auteur isolé comme à une pluralité de délinquants.

Au stade premier de la réaction sociale face au crime, l'identité de l'agresseur n'était même pas véritablement recherchée, seule importait son appartenance à un clan qu'il convenait d'impressionner par la brutalité de la riposte. La vengeance privée s'accommodait d'une responsabilité collective. L'influence du religieux et du politique, soucieux de préserver la Cité émergente, a permis une évolution vers une justice privée puis publique.

Désormais, nul n'est responsable que de son propre fait (article 121-1 CP).

Le principe de la responsabilité pénale individuelle n'exclut cependant pas que le droit pénal, dans un souci répressif, embrasse l'ensemble des modes de participation à l'activité criminelle.

Nombreuses en effet sont les incriminations qui sous-tendent une entente concertée, une assistance ou un profit tiré de l'agissement infractionnel. De même, la répression du trafic de stupéfiants ou du proxénétisme ne se conçoit guère sans l'appréhension d'une pluralité de personnes impliquées.

Si la circonstance tirée de la pluralité d'agents à la commission d'une infraction aggrave souvent la répression (ex : vol en réunion), et ce à l'opposé du mécanisme de partage de la responsabilité en droit civil, elle est parfois en outre envisagée de manière spécifique et différenciée selon les situations.

En effet, autour de l'agissement répréhensible peuvent graviter plusieurs agents, pris en compte classiquement par le droit pénal comme coauteur, complice et receleur (I).

Cette classification s'avère insuffisante pour apprécier l'intégralité des modes pluriels de participation à l'infraction et devra être complétée par la prise en compte de modes plus évolués (II).

I - Les modes classiques de prise en compte de la pluralité de participants à l'infraction.

Le droit pénal prend en considération l'auteur parmi d'autres (A) ainsi que l'auteur associé à l'infraction (B).

A - La participation directe à l'infraction.

Dans l'hypothèse de la coaction, chaque agent caractérise en sa personne les éléments matériel et moral de l'infraction.

Dans une espèce, le juge a pu considérer le coauteur comme un complice et ce aux fins de lui appliquer une circonstance aggravante ; désormais, avec le nouveau code pénal qui punit le complice comme auteur et non plus comme l'auteur, la théorie de la complicité corespective ne présente plus qu'un intérêt : dans la scène unique de violence où la détermination de l'auteur et du lien de causalité s'avèrent complexes.

Il est également parfois difficile pour le juge de désigner le ou les coupables dans le cas des fautes successives commises en groupe.

La survenance d'un dommage lors d'une intervention chirurgicale illustre le propos. La jurisprudence décide que chaque professionnel impliqué à des degrés divers répondra en propre de sa propre faute. Il appartiendra au juge de caractériser pour chaque personne la réunion des éléments constitutifs de l'infraction reprochée : ainsi dans les conflits sociaux se traduisant par une séquestration, la simple présence de l'agent sur les lieux de l'infraction ne permettra pas d'engager sa responsabilité pénale.

S'agissant d'une infraction non intentionnelle, la participation de plusieurs individus risque de faire obstacle à la répression, tant la détermination du ou des auteurs s'avère complexe pour l'autorité de poursuite ou de jugement.

Néanmoins, le juge a pu sanctionner l'ensemble des auteurs potentiels en affirmant qu'ils ont tous, par leur commune imprudence, contribué à la situation qui a provoqué le dommage. Il est à noter que l'ensemble des personnes condamnées pour un même crime sont tenues solidairement des restitutions et des dommages-intérêts, cette solidarité est prévue par l'article 375-2 du code de procédure pénale.

Bien que ne réunissant pas les éléments constitutifs de l'infraction punissable, des agents peuvent néanmoins s'y greffer.

B - La participation associée.

La complicité, envisagée à l'article 121-7 CP), suppose l'existence d'un fait principal punissable, auquel le complice s'est associé soit en facilitant la réalisation, soit en la provoquant.

Son association doit être antérieure ou concomitante, voire postérieure si elle est le résultat d'une entente préalable.

Si la tentative de complicité n'apparaît pas punissable (Affaire LACOUR 1962), la complicité par instigation d'un crime d'empoisonnement ou d'assassinat, ni commis ni même tenté, a été récemment incriminée par le législateur (loi du 9 mars 2004, nouvel article 221-5-1 CP).

Eu égard à l'élément moral, le complice doit avoir eu l'intention de s'associer, en connaissance de cause, à l'acte délictueux.

La complicité d'une infraction non intentionnelle a pu cependant être retenue : publicité trompeuse ou délit d'abus de biens sociaux reproché à un dirigeant qui par sa passivité a encouragé l'infraction.

Des formes de complicité ont été érigées en infractions autonomes : tel est le cas des infractions de « provocation à » (ex : provocation à la trahison article 411-11 CP) ou de la justification mensongère de ressources complétant ainsi l'arsenal répressif en matière de trafic de stupéfiants ou de proxénétisme.

Parfois l'incrimination ne distingue pas les comportements habituels d'auteur et de complice et punit identiquement celui qui commet l'infraction ou la fait commettre (ex : génocide réprimé par l'article 211-1 CP).

Associé postérieurement à la commission de l'infraction, le receleur fait l'objet d'une répression spécifique (321-1 CP).

Coupable d'une infraction de conséquence, greffée sur une infraction de référence, le receleur peut être considéré comme un agent accessoire dans la réalisation du crime, néanmoins la réalité criminologique atteste de la nécessité de frapper pénalement ce comportement à l'origine souvent de la première infraction.

II - Les modes évolués de prise en compte de la pluralité des participants à l'infraction.

Une personne n'ayant pas directement commis l'infraction peut être atraite dans le champ de sa répression (A). Les modes collectifs de participation à l'infraction sont appréhendés par le droit pénal (B).

A - La participation dissociée.

La responsabilité du chef d'entreprise peut être engagée, au nom de son devoir de garantie et de vigilance dans le respect des prescriptions réglementaires, du fait d'une infraction à la législation du travail commise par son préposé.

Sans avoir participé personnellement à l'infraction, le chef d'entreprise se voit reprocher une infraction d'imprudence, certes distincte de celle de son salarié mais indissolublement liée par la présomption mise en œuvre.

Un même mécanisme s'applique pour les décideurs publics ou privés déclarés responsables bien que n'ayant pas directement causé le dommage et ce uniquement, depuis la loi du 10 juillet 2000, en cas de faute qualifiée (caractérisée ou délibérée).

L'infraction peut être reprochée à un groupe : entité juridique ou entité matérielle.

B - La participation collective.

Depuis le nouveau code pénal, entré en vigueur en 1994, les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants (article 121-2 CP).

L'hypothèse d'une coresponsabilité « personne physique-personne morale » n'est pas à exclure, quand bien même la loi du 10 juillet 2000 en a réduit la possibilité.

En outre, la notion de groupe a été prise en compte très tôt par le droit pénal : l'association de malfaiteurs (450-1 CP) ou même la bande organisée (132-71 CP) permettent de sanctionner l'ensemble des comportements répréhensibles à l'origine bien souvent des atteintes les plus graves à l'ordre public. Le concept de bande organisée présente une importance particulière eu égard à la loi du 9 mars 2004 qui l'envisage précisément pour accroître l'efficacité de la procédure d'enquête, de poursuite, d'instruction et de jugement de la criminalité et de la délinquance organisés, marquant en cela l'intérêt constant et renforcé des pouvoirs publics à

l'égard des délinquants davantage habiles et dangereux parce que formant un groupe d'au moins trois personnes (conformément à la définition internationale de la bande organisée).

**CONCOURS DE RECRUTEMENT DE MAGISTRATS
DU SECOND GRADE**

**ouvert en application de l'article 21-1 de l'ordonnance
n°58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée**

Jeudi 31 Mars 2005

Troisième épreuve d'admissibilité

NOTE DE SYNTHÈSE

(durée 5 heures)

**A l'aide des documents joints, rédigez une note de synthèse d'environ
4 pages relative aux nouveaux modes de règlement du contentieux pénal.**

Tournez la page S.V.P.

LISTE DES DOCUMENTS :

Document n° 1 : Jean Volff : « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel » D. 1995, p. 201

Document n° 2 : Article 41-1 du Code de procédure pénale

Document n° 3 : Articles 41-2 et 41-3 du Code de procédure pénale

Document n° 4 : Marie-Elisabeth Cartier : « Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale », Rev. gén. Proc. 1998, p. 1 (extrait)

Document n° 5 : Michel Dobkine : « La transaction en matière pénale », D. 1994, p. 173

Document n° 6 : Article 6 du Code de procédure pénale

Document n° 7 : Gérard Blanc : « La médiation pénale (commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale) » JCP 1994.I.3760

Document n° 8 : Articles 495-7 à 495-16 du Code de procédure pénale

Document n° 9 : Jean Pradel : « Une consécration du "plea bargaining" à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 » D. 1999, p. 379

Document n° 10 : Jean Pradel : « Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité : apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II », JCP 2004.I.132 (extrait)

Document n° 11 : Claire Saas : « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », Rev. Sc. Crim. 2004, p. 827 (extrait)

Document n° 12 : Article 40 du Code de procédure pénale

Document n° 13 : Article 40-1 du Code de procédure pénale

Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel, par une décision du 2 févr. 1995 (1), a déclaré « contraire à la Constitution » l'art. 35 de la loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Cet article insérait dans le code de procédure pénale, au chapitre « Du ministère public », une section supplémentaire intitulée « De l'injonction pénale » comportant sept articles numérotés 48-1 à 48-7.

Cette procédure nouvelle, très controversée, avait pour objectif de contourner le principal goulot d'étranglement auquel se heurte la justice pénale, à savoir celui de l'audience. Sauf à augmenter considérablement le nombre des magistrats de l'ordre judiciaire, ce qui poserait de graves problèmes de statut, de recrutement, de formation et de financement, il ne paraît plus possible de multiplier le nombre des audiences correctionnelles, ni d'en charger davantage les rôles. Or dans le même temps le flux des délits constatés chaque année ne cesse de croître. Le ministère public n'a donc pour seule ressource, s'il veut éviter l'encombrement des tribunaux correctionnels et l'allongement des délais de jugement, que de multiplier les classements d'opportunité.

Nous parvenons donc à des taux moyens de classement tout à fait excessifs au niveau national. En 1989 il y a eu ainsi 70 % de classements, 71 % en 1990, 72 % en 1991, 75 % en 1992 et 77 % en 1993. De surcroît ces pourcentages peuvent varier considérablement suivant les juridictions plus ou moins chargées. Par exemple, dans le ressort de la Cour d'appel de Toulouse en 1993, les six parquets présentaient des taux de classement allant de 61 % à Castres, à 87 % à Foix, en passant par les 67 % de Saint-Gaudens, les 70 % de Montauban, les 73 % d'Albi et les 85 % de Toulouse (2).

Certes les procureurs de la République ont mis en place des pratiques innovantes, pour ne pas laisser certaines infractions sans réaction judiciaire par suite d'un classement pur et simple. S'appuyant sur leur pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites, fondé sur l'art. 40, al. 1^{er}, c. pr. pén., ils ont multiplié ce qu'il faut bien appeler des mesures alternatives aux poursuites, comme les classements sous condition, les rappels à la loi, les médiations pénales et les réparations pénales. Ces deux dernières mesures ont d'ailleurs été entérinées par le législateur, la première de façon générale (3), la seconde pour les seuls mineurs (4).

Mais de tels palliatifs ne semblent pas être à la mesure du problème et c'est pourquoi la Chancellerie, dans le cadre du plan pluriannuel pour la justice, avait préparé un

texte sur la transaction pénale, devenu à l'issue de débats parlementaires très animés celui sur l'injonction pénale (I). Il a été censuré par le Conseil constitutionnel (II), mais celui-ci laisse cependant ouvertes d'autres voies (III).

I. — De la transaction pénale à l'injonction pénale.

L'idée de départ était d'étendre le domaine d'application de la transaction visée au dernier alinéa de l'art. 6 c. pr. pén. parmi les causes d'extinction de l'action publique.

a) *La transaction.* — Cette transaction constitue une exception au principe général de l'indisponibilité de l'action publique. En effet, cette dernière appartient à la société et le ministère public n'en a que l'exercice, non la disposition. Mais la société peut lui conférer le droit d'en disposer pour des infractions précises. La transaction sur l'action publique n'est donc prévue en droit positif que dans des domaines particuliers et lorsque la loi le permet expressément.

Sont ainsi autorisées les transactions en matière d'impôts (art. L. 248 à L. 251, R. 247-2 et R. 247-3 LPF), de douane (art. 350 c. douanes), de pêche (art. L. 238-1 c. rur.), des eaux-et-forêts (art. L. 153-2 c. for.), de monopole postal (art. L. 28 C. P et T) ou de transport aérien (art. L. 330-9 c. aviation). Les administrations concernées peuvent proposer aux délinquants l'abandon des poursuites, s'ils acceptent de reconnaître l'infraction relevée à leur encontre et de payer une somme d'argent fixée par elles. Ces transactions sont soumises à l'accord préalable du ministère public et entraînent l'extinction de l'action publique.

Dans le cadre de contentieux de masse et pour des infractions de faible gravité, un mécanisme similaire a été instauré par le législateur dès 1945, puis modifié et étendu en 1972 et 1985. Il s'agit de l'amende forfaitaire et de l'indemnité forfaitaire prévues principalement pour les contraventions des quatre premières classes en matière de police de la circulation routière (art. 529 à 529-2 et 529-6 à 529-9 c. pr. pén.) et de services publics de transport (art. 529-3 et s. c. pr. pén.).

Nous remarquons ici que dans le cadre des procédures de transaction engagées par une administration le ministère public intervient. Son accord étant exigé, nous pensons avec M. Michel Dobkine qu'il en partage déjà la responsabilité (5). Bien plus, en ce qui concerne les amendes et indemnités forfaitaires, nous sommes en présence, comme le souligne le professeur Rassat, de transactions confiées au seul ministère public et donc d'une véritable dérogation au principe de l'indisponibilité de l'action publique (6). La doctrine moderne dominante considère que la transaction est « une sanction administrative librement acceptée » (7). Cependant, un auteur y voit quant à

(1) Décl. n° 95-360 DC du 2 févr. 1995, JO 7 févr., p. 2097.

(2) Ministère de la Justice, Direction des affaires criminelles et des grâces, sous-direction de la législation criminelle, bureau des études, *Activité judiciaire 1993*.

(3) Art. 41, al. 7, c. pr. pén. (L. n° 93-2 du 4 janv. 1993).

(4) Art. 12-1 Ord. 2 févr. 1945 (L. n° 93-2 du 4 janv. 1993).

(5) La transaction en matière pénale, *D.* 1994, *Chron.* 137.

(6) M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, PUF, 1995, n° 299 bis.

(7) Boitard, La transaction pénale en droit français, *Rev. sc. crim.* 1941.151.

lui une « renonciation monnayée » à l'action publique dans le cas de transaction fiscale et « un acte unilatéral d'adhésion par le contrevenant à une procédure simplifiée de recouvrement des amendes » dans les cas d'amende ou d'indemnité forfaitaire (8).

Selon les professeurs Merle et Vitu une telle transaction, réalisée avant jugement, s'analyse en un moyen administratif bilatéral d'extinction des poursuites (9). Enfin M. Dobkine (*op. cit.*) soutient, pour sa part, que « la transaction constitue en réalité un contrat pénal indemnitaire non exécutoire », tout en précisant que cette « notion de contrat pénal est certes une notion atypique dans notre droit répressif fortement régalien » (10).

La jurisprudence est peu abondante en ce domaine, mais elle semble considérer elle aussi que la transaction est une sanction administrative, qui intervient au terme d'une procédure également administrative. Le Conseil d'État a ainsi ouvert la voie du recours pour excès de pouvoir contre la décision de transaction prise par une autorité administrative (10). De son côté, la Cour de cassation a estimé que « les actes accomplis à l'occasion d'une procédure administrative pouvant aboutir soit à une transaction, soit à des poursuites judiciaires » ne constituaient pas des actes d'instruction ou de poursuite susceptibles d'interrompre la prescription (11). Nous estimons cependant que l'intervention du ministère public dans le processus transactionnel, pour accord ou non, est une modalité d'exercice de l'action publique et relève donc, quant à elle, du seul contrôle de la juridiction répressive. Mais cela ne remet pas en cause sa nature administrative et non juridictionnelle.

Par contre, l'injonction thérapeutique, introduite dans le code de la santé publique (art. L. 628-1) par la loi n° 70-1320 du 31 déc. 1970, nous semble d'une essence différente. Contrairement à certains auteurs, nous considérons qu'il n'y a pas là de transaction sur l'action publique (12). Il s'agit d'une mesure de prévention et de soins, laissée dans certains cas à l'initiative du ministère public, à titre d'alternative aux poursuites et qui n'entraîne pas une extinction de l'action publique, mais fait simplement obstacle à son exercice.

Dans le contexte ainsi rappelé, il paraissait donc possible d'élargir le domaine de l'exception, en étendant la transaction à des délits limitativement énumérés (vol simple, dégradation, appels téléphoniques malveillants, menace de dégradation, abandon de famille, non-représentation d'enfant, filouterie, détournement d'objet donné en gage ou saisi, fausse alerte, outrage, détention d'armes de 1^{re} ou 4^e catégorie et port d'arme de 6^e catégorie, mauvais traitement à animaux) et d'une modeste gravité, en en confiant cette fois la responsabilité au ministère public.

Le projet du Gouvernement devait apporter par cette procédure simple et rapide une meilleure réponse judiciaire à des faits de petite délinquance et réduire ainsi le taux de classement. Mais préparé trop vite, mal présenté et insuffisamment expliqué, il a soulevé d'emblée de rudes oppositions.

b) *Les travaux parlementaires.* — Les débats parlementaires furent difficiles et le projet mis à mal. Quatre spectres semblaient hanter députés et sénateurs : celui d'un

ministère public hiérarchiquement rattaché au garde des Sceaux et donc supposé soumis aux ordres du pouvoir politique, celui d'un procès marchandé, à l'imitation de la procédure nord-américaine du *plea bargaining*, celui d'une justice à deux vitesses, dure aux pauvres et douce aux riches, et enfin celui d'une victime sacrifiée. Par ailleurs, les parlementaires ont constamment hésité entre trois formules difficilement compatibles, la transaction, l'ordonnance pénale et la légalisation du classement sous condition d'indemnisation de la victime. Le député Alain Marsaud l'a justement fait remarquer au cours des débats à l'Assemblée nationale (13). D'amendements en navettes, un texte fut néanmoins définitivement adopté, créant une procédure hybride, celle de l'injonction pénale.

C'est pour écarter toute idée de négociation sur l'action publique que le Parlement a remplacé le terme de transaction par celui d'injonction, non sans avoir auparavant proposé celui de composition. Il entendait souligner ainsi qu'il conférerait un pouvoir nouveau au procureur de la République, dans le cadre de celui plus général de l'appréciation de l'opportunité des poursuites.

Mais après cet utile exercice de sémantique, nos législateurs ont estimé devoir sévèrement encadrer ce nouveau pouvoir du Parquet, oubliant l'adage : « Donner et retenir ne vaut ». Ainsi, outre la reconnaissance des faits par la personne en cause et son acceptation, il fallait que celle-ci n'ait pas fait l'objet, au cours des cinq années précédant les faits, d'une injonction ou d'une condamnation pour le même délit ou un délit assimilé. Cette procédure n'était permise qu'à la condition d'être susceptible de mettre fin au trouble causé par l'infraction, de prévenir son renouvellement et d'assurer le dédommagement de la victime. Enfin, cette dernière pouvait s'y opposer, en mettant elle-même l'action publique en mouvement.

Les parlementaires ont par ailleurs modifié la nature même de l'injonction en diversifiant les mesures susceptibles d'être prises par cette voie. Le ministère public pouvait en effet enjoindre au mis en cause, soit de verser au Trésor public une certaine somme d'un maximum de 50 000 F, soit d'effectuer un travail non rémunéré au profit d'une personne morale dans la limite de quarante heures. L'injonction pouvait aussi prévoir des mesures de réparation du préjudice causé à la victime et ordonner la remise de la chose qui a servi à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. En outre, la protection des droits de la victime était assurée de façon précise au moyen de formalités assez lourdes. Enfin, était créé un registre national des injonctions, sur lequel celles-ci devaient être inscrites pendant une durée de cinq ans.

Nous étions ainsi passés d'une procédure classique de transaction, de nature administrative, simple à mettre en œuvre et déjà intégrée dans notre droit positif, à une procédure nouvelle de type judiciaire, lourde et complexe, aboutissant au prononcé par un magistrat du ministère public de mesures s'apparentant à des peines, à des réparations civiles ou à des confiscations. Loin d'être amélioré au cours des débats comme le pense le professeur Pradel (14), le projet du Gouvernement a été en réalité dénaturé. Le Conseil constitutionnel, saisi par des sénateurs, a considéré qu'une telle procédure était contraire à la Constitution.

II. — La censure du Conseil constitutionnel.

La décision du 2 févr. 1995 se fonde sur l'art. 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui garan-

(8) R. Gassin, *Rép. pén. Dalloz*, v° Transaction, n° 12 et 84.

(9) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, éd. Cujas, n° 61.

(10) CE, 13 nov. 1942, *DC* 1943.108, note P. C.

(11) Cass. crim., 9 janv. 1958, *JCP* 1958.II.10537, note Boitard.

(12) P. Escande, « Action publique, extinction, décès, amnistie et autres causes », *J.-Cl. Procédure pénale*, fasc. 1, n° 11 et 197 à 199 ; M.-L. Rassat, *op. cit.*

(13) *JOAN CR* 1994, n° 105, p. 7229.

(14) D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale, *D.* 1995. *Chron.* 171.

tit la présomption d'innocence, sur l'art. 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle et sur le principe du respect des droits de la défense qui constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par les Préambules des Constitutions de 1946 et 1958.

Le Conseil constitutionnel a considéré que « certaines » des mesures pouvant faire l'objet d'une injonction pénale étaient susceptibles de porter atteinte à la liberté individuelle. Il étaye cette analyse en rappelant que ces mêmes mesures, lorsqu'elles sont prononcées par un tribunal, constituent des sanctions pénales.

Partant de là, le Conseil estime que lesdites mesures, en ce qui concerne la répression de « délits de droit commun », ne peuvent être ordonnées que par « une autorité de jugement », dans le respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense, c'est-à-dire par un juge et à la suite d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ».

Quelles sont les mesures ainsi visées ? Que faut-il entendre par « délits de droit commun » ? Les réponses à ces questions délimiteront le champ d'action laissé au législateur en ce domaine.

a) *Les mesures en cause.* — Une mesure qui incontestablement porte atteinte à la liberté individuelle est la participation à une activité non rémunérée, dans la limite de quarante heures, au profit d'une personne morale de droit public ou d'une association habilitée à cet effet. Il s'agit là d'un travail d'intérêt général qui ne veut pas dire son nom, donc d'une des peines correctionnelles visées à l'art. 131-3 c. pén.

Les mesures de réparation du préjudice causé à la victime, par leur caractère vague et non défini, semblent également visées par la décision du Conseil constitutionnel. Il n'en serait sans doute pas ainsi s'il s'agissait de simples dommages-intérêts. Mais le texte voté par le Parlement ne le précisait pas et laissait ouverte la possibilité de mesures de réparation consistant en des obligations de faire. Nous retrouvons alors la réparation pénale introduite par la loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 dans l'art. 12-1 de l'ordonnance n° 45-174 du 2 févr. 1945. Celle-ci, qui peut être ordonnée soit par le procureur de la République avant engagement des poursuites, soit par le juge des enfants ou le tribunal pour enfants après leur engagement, est-elle une peine ou une mesure éducative ? Ce point peut d'autant plus être discuté que nous sommes en droit des mineurs, spécifique à bien des égards. L'incertitude subsiste donc ici.

La remise de la chose ayant servi à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, qui peut être prévue dans l'injonction, s'apparente à une confiscation. Or l'art. 131-21 c. pén. classe la confiscation au rang d'une peine. Cette mesure paraît donc susceptible de porter atteinte à la liberté individuelle, au sens ou l'entend le Conseil constitutionnel.

Finalement, seul le versement au Trésor public d'une somme d'argent semble de nature à échapper à la censure du Conseil. Ce dernier en effet ne remet en cause, nous le verrons plus loin, ni les transactions administratives déjà admises par notre droit positif, ni l'amende forfaitaire prévue pour les contraventions au code de la route, ni la transaction applicable pour certaines contraventions à la police des services publics de transports terrestres. Or toutes se ramènent au paiement d'une indemnité, forfaitaire le plus souvent, à l'État ou à l'entreprise de transport public concernée. Ces versements ont un caractère mixte, à la fois réparation et sanction et diffèrent de l'amende pénale dans la mesure où le recouvrement forcé est exclu, où la récidive ne peut jouer et en l'absence d'inscription au casier judiciaire. Encore faudrait-il ne pas créer un casier

judiciaire *bis*, comme l'avaient fait les parlementaires pour l'injonction pénale.

b) *La notion de délits de droit commun.* — Le Conseil constitutionnel fait appel à la notion de « délits de droit commun » dans sa décision du 2 févr. 1995, ce qui pose un difficile problème d'interprétation. En effet, traditionnellement, la catégorie des « délits de droit commun » s'oppose à celle des « délits politiques ». Manifestement le Conseil ne s'est pas placé dans ce cadre et a voulu donner un autre sens à cette expression. Mais lequel ?

Il faut peut-être nous reporter ici à une distinction parfois opérée par les commentateurs du nouveau code pénal, entre droit pénal « naturel » et droit pénal « technique ». Le premier regroupe les infractions qui, dans notre ordre juridique et social actuel, ne pourraient être absentes du code pénal. Le second rassemble des infractions, fruits de nos technosciences et liées à certains aspects de la vie moderne, dont le caractère artificiel est souligné par leur exclusion du code pénal (15). C'est dans ce sens que l'expression « infraction de droit commun » a d'ailleurs été utilisée par M. Dobkine dans sa chronique précitée.

Par « délits de droit commun » le Conseil constitutionnel vise-t-il donc le droit pénal « naturel » ? Le contexte de la décision incite à une telle interprétation. L'utilisation de cette expression maladroitement, dans le sens de délits « naturels », permet en effet d'éviter la remise en cause des actuelles transactions administratives, qui concernent toujours des infractions « techniques ». De surcroît, l'innovation majeure du texte sur l'injonction pénale consistait en l'application à des infractions classiques comme le vol ou les violences d'une procédure de type transactionnel. Or c'est bien cette innovation là qui est condamnée.

Elle l'est par application de principes déjà posés auparavant, mais ici précisés et notamment par les décisions du 17 janv. 1989 (CSA) et du 28 juill. 1989 (COB) (16). Une autorité administrative peut exercer un pouvoir de sanction dans le cadre des prérogatives de puissance publique, à l'exclusion de toute privation de liberté et à la condition que ce pouvoir soit assorti par la loi de mesures destinées à garantir les droits et libertés constitutionnels. Encore faut-il que cette autorité ne puisse pas cumuler avec son pouvoir de sanction, celui d'engager par ailleurs l'action publique pour les mêmes faits. Mais si les mesures prévues sont de nature à porter atteinte aux libertés individuelles, elles ne peuvent être prises que par l'autorité judiciaire dont fait partie le ministère public (17). Enfin, « en matière de délits et de crimes », la sauvegarde des libertés individuelles doit être renforcée par « la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement ».

Nous le constatons, s'il a fermé la porte à l'injonction pénale telle que prévue à l'art. 35 de la loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, le Conseil constitutionnel a laissé des fenêtres ouvertes.

III. — Transaction pénale et ordonnance pénale.

Peut-on donc espérer reprendre le projet initial, ou rechercher une autre technique juridique, pour atteindre les objectifs fixés ?

a) *La transaction pour certains délits techniques.* — Un premier point paraît acquis. La transaction pénale n'est

(15) M.-L. Rassat, *Libres propos sur le nouveau code pénal, in Problèmes actuels de science criminelle*, vol. VII, PUAM 1993.

(16) Décis. n° 88-248 DC, *RIC*, 1994.1-339 ; Décis. n° 89-260 DC, *ibid.*, 1-365.

(17) Décis. n° 93-326 DC du 11 août 1993, *ibid.*, 1-552.

pas en elle-même inconstitutionnelle. C'est son extension au domaine des délits « de droit commun », c'est-à-dire des délits « naturels », assortie de mesures susceptibles de porter atteinte aux libertés individuelles et confiée à la seule responsabilité du ministère public qui a été censurée. En particulier, le principe de l'indisponibilité de l'action publique n'a pas valeur constitutionnelle et peut souffrir des exceptions dans certains domaines et à certaines conditions. Ni les transactions administratives, ni les amendes forfaitaires et les indemnités forfaitaires déjà connues dans notre droit pénal ne sont ainsi indirectement remises en cause par la décision du 2 févr. 1995.

A *contrario*, il est donc toujours possible d'étendre la procédure de transaction à de nouveaux délits « techniques », en matière de circulation routière par exemple, ou d'urbanisme, ou d'environnement et d'en confier la charge aux administrations concernées ou directement au ministère public, dès lors que la mesure proposée au prévenu consiste en la remise d'une somme d'argent au Trésor public ou à la victime. Dans cette hypothèse, un délai suffisant imparti au mis en cause pour consulter un avocat, son acceptation explicite, ou en cas d'accord implicite l'existence d'un recours juridictionnel, suffiront à assurer le respect des droits de la défense.

b) *L'ordonnance pénale pour certains délits de droit commun.* — Un autre point semble également acquis. Le Conseil constitutionnel laisse ouverte la voie à une extension prudente en matière délictuelle de la procédure d'ordonnance pénale, déjà connue dans le code de procédure pénale, en matière contraventionnelle, sous la dénomination de « procédure simplifiée » (18).

Introduite dans le droit pénal français par la loi n° 72-5 du 3 janv. 1972, la procédure simplifiée est directement inspirée de l'ancienne procédure d'ordonnance pénale en vigueur en Alsace-Lorraine jusqu'à cette date. C'est une procédure de jugement, écrite et non contradictoire, engagée par des réquisitions du ministère public, suivie d'une ordonnance établie par un juge du siège, notifiée enfin par le greffe à la personne en cause, par lettre recommandée avec accusé de réception. Cette ordonnance a la valeur d'un jugement par défaut et le ministère public, comme le condamné, peuvent toujours y faire opposition pour revenir à l'audience ordinaire. En outre, les droits de la victime sont sauvegardés, puisque cette procédure ne peut être utilisée lorsque le plaignant a déjà effectué une citation directe et qu'en outre, après ordonnance pénale devenue définitive, il pourra encore saisir la juridiction répressive de sa seule action civile (19).

Depuis plus de vingt ans, la procédure simplifiée est utilisée quotidiennement dans tous les tribunaux de police de France, au point de devenir, ainsi que nous l'avions prévu et annoncé, la procédure ordinaire de jugement des contraventions. Elle n'a jamais plus été contestée, ni dans ses principes, ni dans ses effets et n'a soulevé que très peu de difficultés d'application. Nous ne partageons donc pas les appréciations négatives du professeur Jean Pradel (*op. cit.*) à l'égard d'une telle procédure. Bien au contraire, celle-ci nous paraît présenter trois avantages décisifs : elle est judiciaire, simple d'emploi et rapide, ce que n'était pas l'injonction pénale et ce qu'elle ne peut devenir dans la perspective tracée par cet auteur.

Nous proposons déjà en 1968 d'étendre le domaine de la procédure simplifiée aux délits, dits contraventionnels,

(18) Art. 524 à 528-2 et R. 42 à R. 50 c. pr. pén.

(19) J. Lorentz et J. Volff, La procédure simplifiée ou l'adaptation de la procédure d'ordonnance pénale au droit français, *Gaz. Pal.* 1972.1. *Doctr.* 274; Les conditions d'application de la procédure simplifiée, *ibid.* 1972.2.499.

sanctionnés d'une simple peine d'amende ou de faibles peines d'emprisonnement, comme c'est le cas en droit allemand et en droit luxembourgeois (20). L'augmentation massive du nombre des délits relevés annuellement depuis cette époque et l'encombrement actuel des tribunaux correctionnels appellent plus que jamais une telle réforme. Elle aurait sans doute passé sans dommage l'épreuve du Conseil constitutionnel.

Il est donc possible de réutiliser, à la lumière de ces observations, les principales dispositions du défunt art. 35, pour les insérer dans le livre II, titre II, chapitre I^{er}, section 1^{re} du code de procédure pénale, en un nouveau paragraphe intitulé « De la procédure simplifiée ». Il suffirait d'ailleurs de reprendre l'amendement n° 98 rectifié, présenté par deux députés, Mme Sauvaigo et M. Grosdidier, lors de la seconde lecture à l'Assemblée nationale et malheureusement rejeté (*JOAN*, préc.). Le domaine d'application pourrait être celui qui avait été prévu pour l'injonction pénale, à savoir des délits de faible gravité, limitativement énumérés et non contestés au cours de l'enquête par la personne mise en cause. Cette procédure serait cependant exclue dans les hypothèses d'auteurs récidivistes ou mineurs. L'ordonnance serait alors rendue par le président du tribunal correctionnel ou son délégué, sur réquisitions écrites du procureur de la République et sans débat préalable. Les sanctions susceptibles d'être prononcées selon cette procédure pourraient être une amende d'un maximum de 50 000 F, certaines des peines restrictives de droits prévues par l'art. 331-6 c. pén., pour une durée ne dépassant pas six mois ou un an et des mesures de réparation du préjudice causé à la victime. L'ordonnance pénale devrait être notifiée au ministère public et au condamné par le greffier et les délais d'opposition alignés sur ceux prévus en matière contraventionnelle. Devenue définitive en l'absence d'opposition dans les délais fixés, cette décision serait inscrite au casier judiciaire dans les mêmes conditions qu'un jugement correctionnel et pourrait constituer le premier terme d'une récidive.

*
* *

Il faut savoir tirer les leçons d'un échec. Celui du 2 févr. 1995 est cuisant, mais il est réparable et il est nécessaire, sans plus hésiter, de remettre l'ouvrage sur le métier. Élargir le domaine de la transaction est possible, mais il n'y a pas lieu de créer une procédure supplémentaire, telle la défunte injonction pénale. Il convient aussi d'exploiter toutes les potentialités d'une innovation réussie. La greffe de la procédure germanique d'ordonnance pénale sur le tronc du droit français a été un réel succès et il est souhaitable d'en recueillir tous les fruits.

L'efficacité enfin exige que, après avoir fait un pas en avant, il ne soit pas fait immédiatement deux pas en arrière. Une réforme sera d'autant mieux venue qu'elle aura su faire la part de l'indispensable confiance dans les hommes chargés de l'appliquer. Une procédure lourde et trop complexe sera peu utilisée et n'atteindra pas l'objectif recherché.

Jean VOLFF,

Procureur général près la Cour d'appel de Toulouse.

(20) J. Lorentz et J. Volff, L'ordonnance pénale : une procédure simple, rapide et peu coûteuse, *JCP* 1968.1.2192.

Document n° 2

Art. 41-1 (L. n° 99-515 du 23 juin 1999). 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, (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 69) « directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République. [Ancienne rédaction : directement ou par délégation] » :

1° Procéder au rappel auprès de l'auteur des faits des obligations résultant de la loi ;

2° Orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle ; (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 69) « cette mesure peut consister dans l'accomplissement par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage ou d'une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel, et notamment d'un stage de citoyenneté ; » (L. n° 2003-495 du 12 juin 2003, art. 6) « en cas d'infraction commise à l'occasion de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur, cette mesure peut consister dans l'accomplissement par l'auteur des faits, à ses frais, d'un stage de sensibilisation à la sécurité routière ; »

3° Demander à l'auteur des faits de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements ;

4° Demander à l'auteur des faits de réparer le dommage résultant de ceux-ci ;

5° Faire procéder, avec l'accord des parties, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime. (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 69) « 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 nouveau code de procédure civile. »

La procédure prévue au présent article suspend la prescription de l'action publique.

(L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 70) « 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. »

Document n° 3

Art. 41-2 (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 71-1) « Le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peut proposer, directement ou par l'intermédiaire d'une personne habilitée, une composition pénale à une personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs 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, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes qui consiste en une ou plusieurs des mesures suivantes :

« 1° Verser une amende de composition au Trésor public. Le montant de cette amende, qui ne peut excéder le montant maximum de l'amende encourue, est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne. Son versement peut être échelonné, selon un échéancier fixé par le procureur de la République, à l'intérieur d'une période qui ne peut être supérieure à un an ;

« 2° Se dessaisir au profit de l'État de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit ;

« 3° Remettre son véhicule, pour une période maximale de six mois, à des fins d'immobilisation ;

« 4° Remettre au greffe du tribunal de grande instance son permis de conduire, pour une période maximale de six mois ;

« 5° Remettre au greffe du tribunal de grande instance son permis de chasser, pour une période maximale de six mois ;

« 6° Accomplir au profit de la collectivité un travail non rémunéré pour une durée maximale de soixante heures, dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois ;

« 7° Suivre un stage ou une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel pour une durée qui ne peut excéder trois mois dans un délai qui ne peut être supérieur à dix-huit mois ;

« 8° Ne pas émettre, pour une durée de six mois au plus, des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et ne pas utiliser de cartes de paiement ;

« 9° Ne pas paraître, pour une durée qui ne saurait excéder six mois, dans le ou les lieux dans lesquels l'infraction a été commise et qui sont désignés par le procureur

de la République, à l'exception des lieux dans lesquels la personne réside habituellement ;

« 10° Ne pas rencontrer ou recevoir, pour une durée qui ne saurait excéder six mois, la ou les victimes de l'infraction désignées par le procureur de la République ou ne pas entrer en relation avec elles ;

« 11° Ne pas rencontrer ou recevoir, pour une durée qui ne saurait excéder six mois, le ou les coauteurs ou complices éventuels désignés par le procureur de la République ou ne pas entrer en relation avec eux ;

« 12° Ne pas quitter le territoire national et remettre son passeport pour une durée qui ne saurait excéder six mois ;

« 13° Accomplir, le cas échéant à ses frais, un stage de citoyenneté. »

(L. n° 99-515 du 23 juin 1999) 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 dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois. Il informe la victime de cette proposition.

La proposition de composition pénale émanant du procureur de la République peut être portée à la connaissance de l'auteur des faits par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire. Elle fait alors l'objet d'une décision écrite et signée de ce magistrat, qui précise la nature et le quantum des mesures proposées et qui est jointe à la procédure. (Abrogé par L. n° 2002-1138 du 9 sept. 2002, art. 36) « A peine de nullité, cette proposition ne peut intervenir pendant la durée de la garde à vue de l'auteur des faits. »

La composition pénale peut être proposée dans une maison de justice et du droit. 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. Ledit accord est recueilli par procès-verbal. Une copie de ce procès-verbal lui est transmise.

Lorsque l'auteur des faits donne son accord aux mesures proposées, le procureur de la République saisit par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition. Le procureur de la République informe de cette saisine l'auteur des faits et, le cas échéant, la victime. 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. (Abrogé par L. n° 2002-1138 du 9 sept. 2002, art. 36) « Les auditions sont de droit si les intéressés le demandent. » Si ce magistrat rend une ordonnance validant la composition, les mesures décidées sont mises à exécution. Dans le cas contraire, la proposition devient caduque. 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.

(L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 71-1) « 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, sauf élément nouveau. En cas de poursuites et de condamnation, il est tenu compte, s'il y a lieu, du travail déjà accompli et des sommes déjà versées par la personne.

« Les actes tendant à la mise en œuvre ou à l'exécution de la composition pénale sont interruptifs de la prescription de l'action publique. »

L'exécution de la composition pénale éteint l'action publique. Elle ne fait cependant pas échec au droit de la partie civile de délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel dans les conditions prévues au présent code. Le tribunal (L.

n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 71-I) «, composé d'un seul magistrat exerçant les pouvoirs conférés au président, » ne statue alors que sur les seuls intérêts civils au vu du dossier de la procédure qui est versé au débat. (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 71-I) « La victime a également la possibilité, au vu de l'ordonnance de validation, lorsque l'auteur des faits s'est engagé à lui verser des dommages et intérêts, d'en demander le recouvrement suivant la procédure d'injonction de payer, conformément aux règles prévues par le nouveau code de procédure civile. »

(L. n° 2002-1138 du 9 sept. 2002, art. 36) « Les compositions pénales exécutées sont inscrites au bulletin n° 1 du casier judiciaire. »

(L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 71-I) « Les dispositions du présent article ne sont applicables ni aux mineurs de dix-huit ans ni en matière de délits de presse, de délits d'homicides involontaires ou de délits politiques. »

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État.

Art. 41-3 (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 71-II) « La procédure de composition pénale est également applicable aux contraventions.

« La durée de la privation du permis de conduire ou du permis de chasser ne peut dépasser trois mois, la durée du travail non rémunéré ne peut être supérieure à trente heures, dans un délai maximum de trois mois, et la durée d'interdiction d'émettre des chèques ne peut dépasser elle aussi trois mois. Les mesures prévues par les 9° à 12° de l'article 41-2 ne sont pas applicables. La mesure prévue par le 6° dudit article n'est pas applicable aux contraventions de la première classe à la quatrième classe. Il en est de même des mesures prévues par les 2° à 5° et 8° de cet article, sauf si la contravention est punie des peines complémentaires visées aux 1° à 5° de l'article 131-16 du code pénal. »

(L. n° 99-515 du 23 juin 1999) La requête en validation est portée devant le juge d'instance.

Document n° 4

Les Modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale

MARIE-ÉLISABETH CARTIER, *Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)*

Le droit criminel français connaît un certain nombre de solutions qui peuvent apparaître comme des modes alternatifs de règlement des conflits (encore que le terme « conflit » ne paraisse guère approprié à la matière pénale).

Parmi ces solutions,

– certaines sont déjà anciennes comme le classement sans suite (art. 41 C. pr. pén.), la transaction (art. 6, al. 3, C. pr. pén.), l'extinction de l'action publique à la suite du retrait de la plainte (art. 6, al. 3, C. pr. pén.) ou relativement anciennes comme l'amende forfaitaire (art. 529 à 529-9 C. pr. pén.), la procédure simplifiée (art. 524 à 528-2 C. pr. pén.) et l'injonction thérapeutique (art. L. 628-1 C. santé publ.) ;

– d'autres sont plus récentes (loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale) comme la médiation pénale (art 6 L) ou la réparation pénale (art. 118 L) ;

– d'autres, enfin, sont encore en gestation, comme l'injonction, composition ou transaction pénale.

De notre point de vue, la procédure simplifiée et l'amende forfaitaire applicables à certaines contraventions ne présentent guère d'intérêt au regard du thème étudié. En effet, ces procédures, outre le fait qu'elles ne concernent que des infractions relativement mineures, ne relèvent pas d'une véritable justice négociée mais d'une option très limitée, sinon même inexistante, entre un procès classique ou une condamnation prononcée sans débat (procédure simplifiée) et même sans intervention d'un juge (amende forfaitaire).

Tout au plus est-il intéressant de noter que les droits du prévenu sont sauvegardés dans la mesure où il peut faire opposition à la décision (ordonnance pénale) ou contester l'amende encourue (amende forfaitaire) tandis que les droits de la victime sont protégés par l'absence d'autorité de la chose jugée, à son égard, de l'ordonnance pénale.

Aussi bien, est-il souhaitable de centrer le débat sur les véritables solutions alternatives de règlement des conflits, soit, pour s'en tenir au droit français, classement sous condition, médiation, réparation pénale et, dans une moindre mesure puisqu'il ne s'agit pas de droit positif, injonction pénale.

Ces procédures apparaissent comme des alternatives non seulement au procès classique mais encore bien davantage au classement sans suite traditionnel ; il s'agit, pour utiliser le langage du ministère de la Justice, de la « troisième voie », une voie médiane entre poursuite et classement qui suscite, à tort ou à raison, d'immenses espoirs.

Depuis de nombreuses années, divers phénomènes préoccupent les pouvoirs publics et les milieux judiciaires : à savoir non seulement la lenteur de la justice pénale mais plus encore son inadaptation aux réalités et aux exigences du monde moderne.

En particulier, pour de nombreux délits de petite et moyenne gravité, l'absence de réponse pénale (procès-verbaux non transmis au parquet et, surtout, classement sans suite par le parquet) ou une réponse lente, tardive et souvent inadaptée, entraînent un sentiment d'impunité chez les auteurs des faits, une impression d'abandon chez les victimes et, pour tous les citoyens, une sensation d'insécurité.

Face à ces problèmes qui ne sont pas propres à la France, les pouvoirs publics ont renforcé les moyens de la Justice, recherché des solutions pour accélérer les procédures (traitement en temps réel), les diversifier et en améliorer les résultats.

Ainsi, à côté des aménagements nombreux apportés à la poursuite traditionnelle et à la répression des infractions, diverses « solutions de rechange » (formule québécoise) ont été trouvées par la pratique et partiellement consacrées par le législateur pour diversifier la réponse pénale apportée à la petite et moyenne criminalité.

Le *support juridique* de ces nouvelles techniques est avant tout le *classement sans suite*, décision que peut prendre le procureur de la République, en application du principe de l'opportunité des poursuites.

On sait que le représentant du parquet tient de l'article 40 du Code de procédure pénale, le droit d'apprécier la suite à donner aux plaintes et dénonciations dont il est saisi. Il peut notamment choisir de classer l'affaire et doit dans ce cas aviser de sa décision le plaignant ainsi que la victime lorsqu'elle est identifiée.

Sans doute, le classement de l'affaire peut-il résulter de motifs juridiques lorsqu'il y a impossibilité légale de poursuivre (immunité familiale, par exemple) mais la décision de classement peut également être prise pour des motifs d'opportunité (préjudice réduit ou inexistant, honorabilité de l'auteur, faute de la victime...). Les statistiques attestent un développement considérable des classements sans suite (plus de 80 % des infractions soumises au parquet). De l'aveu des magistrats eux-mêmes, des préoccupations gestionnaires viennent souvent s'ajouter aux motifs traditionnels du classement et, compte

tenu de la capacité d'absorption des juridictions de jugement, la poursuite n'est engagée que pour les affaires jugées prioritaires. Ce sont dès lors les petits délits qui « font les frais » du choix effectué.

Parmi les techniques offertes au parquet pour régler autrement les problèmes posés par une infraction pénale, on relevera le classement conditionnel, la médiation pénale et, s'agissant des mineurs, la réparation pénale.

I. Le classement conditionnel ou sous condition

Le classement conditionnel ou sous condition ne fait pas l'objet d'une disposition législative particulière. Il repose juridiquement sur l'article 40 du Code de procédure pénale qui autorise le procureur de la République à apprécier la suite à donner aux plaintes et dénonciations et à choisir, le cas échéant, le classement sans suite. Si, traditionnellement, le classement sans suite est pur et simple, rien ne s'oppose, semble-t-il, c'est du moins l'opinion du ministère de la Justice, à ce qu'il soit subordonné à la réalisation de certaines conditions.

Diverses expériences ont été tentées, depuis un certain temps, pour fertiliser ou rentabiliser en quelque sorte le classement sans suite en le *monnayant contre certaines prestations*.

Ainsi, pour s'en tenir aux pratiques les plus courantes, le procureur de la République, s'il choisit de ne pas poursuivre, peut personnaliser le classement sans suite :

- en convoquant de manière plus ou moins impérative l'intéressé pour lui signifier la mesure de classement tout en lui rappelant solennellement les termes de la loi et les risques d'une réitération des faits ;

- en accompagnant le classement sans suite d'un avertissement à la personne concernée notifié par écrit ou transmis par l'entremise des services d'enquête ;

- en subordonnant le classement sans suite à divers comportements positifs ou négatifs requis du délinquant :

- cessation de l'activité délictueuse (par exemple, dans le contexte familial, paiement de la pension alimentaire pour un abandon de famille ou représentation de l'enfant à la personne qui a le droit de le réclamer : délit de non-représentation d'enfant),

- non-réitération de l'infraction,

- régularisation de la situation (infractions relatives aux chèques : même si l'émission de chèques sans provision n'est plus un délit, les blocages ou retraits de la provision demeurent punissables ; infractions relatives à la circulation des véhicules notamment par défaut de documents),

- obligation de suivre un stage de sensibilisation et de formation sur la sécurité routière (contraventions au Code de la route),
- remise en état (par exemple, pour certaines infractions au droit de l'environnement, nettoyage de « tags »),
- réparation, indemnisation de la victime, éventuellement restitution de la chose soustraite (vols dans les grands magasins, cambriolages).

La *mise en œuvre* de ces pratiques est vivement recommandée au parquet par le ministère de la Justice qui considère le classement conditionnel comme l'instrument privilégié d'une politique criminelle moderne et efficace.

Par diverses circulaires et notes d'orientation, les parquets ont été invités à développer et à structurer ces techniques :

- en améliorant les relations avec les services de police ;
- en accélérant les procédures (traitement des affaires en « temps réel ») ;
- en associant plus étroitement le milieu associatif (associations d'aide aux victimes, en particulier) aux démarches entreprises.

Pratiquement, le procureur de la République, constamment et rapidement informé (si possible, par téléphone) de toutes les affaires élucidées, prendra, selon les circonstances, la décision la plus opportune : poursuite, classement sans suite pur et simple ou sous condition.

Pour être en mesure de prendre la bonne décision, le procureur doit obtenir des services d'enquête tous les renseignements utiles tant sur le délinquant que sur la victime, d'où des consignes données à la police judiciaire pour que les procès-verbaux ne soient pas de pure forme mais présentent l'analyse la plus complète de la situation.

Après quoi, si une poursuite ne paraît pas utile, le procureur peut, s'il choisit le classement conditionnel, procéder de différentes manières :

- soit faire notifier la décision de classement sous condition par l'officier de police judiciaire ;
- soit notifier lui-même par écrit la condition posée ;
- soit convoquer ou déférer l'intéressé pour lui exposer le sens et les modalités du classement conditionnel ;
- soit, comme nous aurons l'occasion de le voir, convoquer l'intéressé devant une instance de médiation (le médiateur pouvant être éventuellement le procureur lui-même).

Dans tous les cas, le procureur doit assurer un suivi du dossier et veiller à l'exécution effective des conditions du classement.

Les associations d'aide aux victimes et diverses personnes physiques (rémunérées sur frais de justice) peuvent être mandatées par le procureur pour s'assurer du respect par l'intéressé des obligations mises à sa charge.

Après quoi, bien que légalement rien ne l'y oblige puisque la mesure est toujours révoquant, le procureur procède au classement sans suite du dossier. Si l'on veut bien admettre que le classement conditionnel repose assez largement sur le consensualisme, il faut alors tirer les conséquences de l'exécution des conditions posées et le classement paraît s'imposer. C'est d'ailleurs en ce

sens que concluent les services du ministère de la Justice (note d'orientation d'octobre 1992).

Il reste cependant que le classement sans suite n'est pas une transaction, il n'éteint donc pas l'action publique. L'auteur des faits doit être très clairement informé du sens et des effets juridiques d'une procédure de classement sous condition.

Avant de prendre une décision de poursuite ou de classement, le procureur peut également envisager de recourir à une médiation pénale.

II. La médiation pénale

À première vue, la médiation pénale n'est que l'une des variantes du classement sous condition. En effet, le parquet, indépendamment des pratiques précédemment examinées, peut, avant de se prononcer sur l'action publique, décider de recourir à la médiation. C'est dire qu'un résultat positif obtenu par une médiation conduit logiquement à un classement sans suite.

Pourtant, la médiation, ne serait-ce que parce qu'elle a bénéficié de l'« onction législative », apparaît comme la solution alternative par excellence aux conflits suscités par la commission d'infractions pénales de petite gravité.

La médiation pénale figure, en effet, dans l'article 41, alinéa 6, du Code de procédure pénale.

Issu de la loi n° 93.2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, ce texte précise : « Le procureur de la République peut, enfin, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation 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 et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction. »

L'institution d'une médiation pénale apparaît comme la consécration légale de pratiques développées par un nombre grandissant de parquets à compter de l'année 1983.

Elle traduit également la volonté du législateur de suivre, en la matière, les conseils formulés pour les mineurs tant par le Comité des experts du Conseil de l'Europe que par l'Organisation des Nations Unies.

A.

Bien que le texte soit relativement bref, les conditions du recours à la médiation pénale sont clairement posées.

Tout d'abord, l'action publique ne doit pas avoir été engagée. La médiation pénale est une alternative à la poursuite devant aboutir logiquement à

un classement sans suite de l'affaire ; elle ne peut donc plus être envisagée lorsque les poursuites pénales ont été déclenchées. Il en irait différemment d'une médiation portant sur les seuls intérêts civils : la victime ayant toujours la possibilité de ne pas se constituer partie civile ou de se désister de son action civile.

L'accord des parties doit avoir été recueilli. Cela va de soit pour la *victime* de l'infraction sachant que celle-ci a toujours la possibilité de citer directement l'auteur des faits devant la juridiction répressive compétente ou de se constituer partie civile entre les mains du juge d'instruction. Il convient donc d'obtenir de la victime un consentement éclairé à la procédure de médiation.

Quant à l'*auteur* des faits, dans la mesure où la médiation ouvre une perspective de classement du dossier, son accord est généralement acquis. Il convient cependant de lui expliquer les enjeux et les conséquences de la médiation au regard de la réparation due à la victime et des obligations susceptibles d'être mise en charge. Il est certain, par ailleurs, que l'accord donné à la procédure de médiation équivaut à un aveu ce qui peut être lourd de conséquences si des poursuites venaient à être ultérieurement engagées.

Enfin, la médiation doit satisfaire à certaines exigences légales. L'article 41, alinéa 6, du Code de procédure pénale précise en effet que la mesure de médiation doit permettre « d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction ».

Ces conditions sont bien connues puisque ce sont celles-là même qu'exige la dispense de peine (art. 132-59 C. pén.). Pour la médiation, comme pour la dispense de peine, ces conditions ne sont pas alternatives mais bien cumulatives de sorte que le procureur doit, autant que faire se peut, en vérifier soigneusement la réunion.

La médiation doit assurer la réparation du dommage causé à la victime. La réparation du dommage est au cœur même de la procédure de médiation et il était donc logique de subordonner cette mesure à la possibilité de réparation. Certains estiment même que la médiation ne devrait pas déborder le cadre de l'action civile et devrait être cantonnée à la réparation du dommage. En tout état de cause, la considération de la victime doit être déterminante dans le choix opéré par le ministère public en faveur d'une médiation.

La médiation doit mettre fin au trouble causé par l'infraction. S'agissant, en effet, d'une infraction à la loi pénale, il ne conviendrait pas que l'absence de poursuites, mal comprise, soit perçue comme un signe de laxisme et la médiation assimilée à l'impunité.

Enfin, la médiation doit contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction. Tout comme les juges de la juridiction de jugement lors du prononcé de la sanction, le procureur est invité à adopter la solution la plus apte à assurer la réinsertion et le reclassement du délinquant. Comparée au classement sans suite pur et simple et à une poursuite, la médiation, par le contact qu'elle établit entre l'auteur et la victime et par le dialogue qu'elle contribue à nouer

ou à renouer entre eux, peut apparaître comme une thérapie salutaire. Il n'en demeure pas moins qu'au moment de la prise de décision, le procureur n'a peut-être pas en main les éléments lui permettant d'apprécier avec certitude l'opportunité d'une médiation au regard des impératifs de reclassement. Sa décision peut être arbitraire et erronée.

Il résulte implicitement de ces différentes conditions que le recours à la médiation sera envisagée par le procureur pour des infractions relevant de la petite criminalité telles que dégradations, vols (à l'arraché par exemple), violences légères et affaires de faible gravité s'inscrivant dans un contexte familial.

Pour le ministère de la Justice, en effet, la médiation est particulièrement souhaitable pour « des infractions mettant en cause des personnes qui se connaissent et sont condamnées à vivre ensemble. C'est le domaine privilégié des conflits familiaux (non-représentation d'enfant, non-paiement de pension alimentaire, injures et voies de fait entre époux et concubins), des conflits de voisinage (nuisances, tapages nocturnes, violences légères, dégradations diverses...) et des infractions réciproques (violences notamment) qui non traitées ou mal traitées peuvent dégénérer rapidement » (note d'orientation, octobre 1992).

Elle doit également être envisagée, du moins lorsque l'auteur est identifié, pour des vols, dégradations, filouteries diverses (carburants, aliments ou boissons, taxis, etc. ; art. 313-5 C. pén.) et violences légères.

Là encore, la rencontre entre le délinquant et sa victime peut favoriser une solution positive au problème de réparation (regrets, remise en état, paiement étalé sur longue période, petits travaux...). Une telle rencontre est aussi de nature à susciter, chez l'auteur des faits comme chez la victime, une prise de conscience salutaire (chacun voit l'autre !) propre, à court terme, à aplanir le différend et, à plus ou moins long terme, à les conduire à modifier leur comportement (le délinquant) et à revoir leur vision de la réalité sociale.

B.

Quant à la *mise en œuvre de la médiation*, l'article 41, alinéa 6, du Code de procédure pénale est totalement muet sur ce point ; il convient donc de s'interroger sur la *personne du médiateur*, sur les *modalités de la médiation* et surtout sur la *nature juridique et les effets de la décision de médiation*.

Le médiateur doit être, en principe, un tiers impartial, officiellement habilité (nous sommes en matière pénale) à régler ce type de conflits.

Pourtant dans la pratique, il est fréquent que le médiateur soit le procureur lui-même ; on parle alors de *médiation retenue* par opposition à une *médiation déléguée*. Dans ce cas, le procureur reçoit les parties au tribunal ou dans une maison de justice et procède à la médiation.

Il semble que cette pratique soit désormais condamnée, même si rien, dans l'article 41, alinéa 6 du Code de procédure pénale ne l'interdit.

En effet, dans différentes circulaires et notamment dans une *circulaire CRIM 96-5/E5 du 19 mars 1996*, le ministre de la Justice indique que « la mission de médiation pénale doit être déléguée aux associations agréées ou aux médiateurs personnes physiques. En effet, si le parquet est chargé d'exercer l'action publique, et à ce titre de sélectionner les affaires susceptibles de relever de la procédure de médiation pénale et d'apprécier l'opportunité d'engager le cas échéant des poursuites, le rôle de médiateur n'entre pas dans ses attributions. Ainsi, dans les sites où la médiation pénale n'est actuellement faite que par des magistrats, il convient de négocier progressivement la mise en œuvre d'une délégation de cette mission aux structures ou personnes habilitées dans la mesure où elles auront bénéficié d'une formation adaptée ».

Un *décret n° 96-305 du 10 avril 1996 (JO 12 avr. 1996)* modifiant le Code de procédure pénale et relatif à la médiation pénale définit les conditions dans lesquelles une personne physique ou morale peut être habilitée comme médiateur (C. pr. pén., 3^e partie, Décrets, Chapitre II « De la médiation pénale », art. D. 15-1 à D. 15-8).

La formation des médiateurs est assurée par les associations chargées des médiations (notamment les associations d'aide aux victimes, l'INAVEM par exemple). Cette formation doit avoir été reconnue par le ministère de la Justice. À Paris, existe une association de la loi de 1901, le Centre de médiation et de formation à la médiation (CFFM) qui forme des médiateurs travaillant bénévolement.

La *procédure de médiation* ne présente guère de particularités par rapport aux procédures de médiation et de conciliation pratiquées dans d'autres disciplines.

Il convient cependant que :

- le procureur ait clairement défini l'étendue de la mission confiée au médiateur sachant que du succès de l'opération dépend le sort de l'auteur des faits : classement ou poursuites ;

- le consentement des parties soit constamment réitéré au cours des différentes étapes de la médiation, puisque le médiateur, n'étant ni juge ni arbitre, ne peut imposer sa solution ;

- le secret sur l'affaire soit scrupuleusement gardé par les personnes chargées de la médiation ; en effet, étant de nature pénale, les faits peuvent toujours être poursuivis et la médiation ne doit pas porter atteinte aux droits du délinquant, notamment aux droits de la défense.

L'article D. 15-5 (décret du 10 avril 1996) indique expressément que « le médiateur est tenu à l'obligation du secret [...] ; les informations qu'il recueille dans l'exercice de sa mission ne peuvent être divulguées ».

La durée de la médiation varie généralement entre un et six mois. Les parties doivent pouvoir se faire utilement conseiller et éventuellement se faire assister d'un avocat, sans pouvoir cependant se faire représenter.

L'*issue de la médiation*, qu'elle soit positive ou négative, doit être constatée par le service chargé de la mesure.

Si la médiation a réussi, un constat amiable devra être établi pour formaliser l'accord et les engagements des parties. Un rapport définitif, appelé à être transmis au procureur, constatera ensuite explicitement l'exécution des modalités de l'accord.

Après quoi, en règle générale, après avoir constaté le succès de la médiation, le procureur classe le dossier. Rien ne lui interdit cependant de poursuivre, une éventualité qui a dû être signalée à l'intéressé dès le début de la procédure. Il pourrait en être ainsi par exemple d'un délinquant qui réitérerait les faits délictueux alors que se termine la médiation !

C'est d'ailleurs là la faiblesse de la médiation qui n'équivaut en rien à une transaction pénale et n'a aucune incidence sur l'existence de l'action publique. Même si les circulaires ministérielles ont parfois laissé planer un doute sur la solution, il est clair que la médiation ne peut en aucune façon être considérée comme un mode d'extinction de l'action publique au sens de l'article 6 du Code de procédure pénale (ne serait-ce que parce que le procureur, titulaire de l'action publique, n'est pas partie à la transaction).

Au contraire, le projet avorté d'injonction pénale du 22 décembre 1994 allait beaucoup plus loin puisqu'il admettait l'extinction de l'action publique après exécution des obligations contenues dans l'injonction.

En ce qui concerne l'action civile, au contraire, le succès de la médiation apparaît comme une transaction interdisant à la victime indemnisée de se constituer partie civile sauf peut-être à contester la validité de la transaction. Il est donc indispensable que la victime soit clairement informée de ses droits ainsi que des conséquences juridiques de la médiation.

En cas d'échec de la médiation ou d'irrespect par l'intéressé des obligations mises à sa charge, le parquet examine à nouveau l'opportunité de la poursuite et la victime retrouve le droit de se constituer partie civile.

Telle apparaît la médiation aménagée par la loi du 4 janvier 1993.

Les premiers résultats paraissent encourageants si l'on en juge par les chiffres communiqués par la Chancellerie :

- 22 187 médiations pénales en 1993,
- 27 214 médiations pénales en 1994,
- 33 648 médiations pénales en 1995,

soit une augmentation de 23 % par rapport à 1994.

La circulaire du 19 mars 1996 relative à l'implantation de maisons de justice et du droit recommande tout particulièrement, dans le cadre d'une justice de proximité, le recours aux médiations.

La médiation est utilisée pour les majeurs comme pour les mineurs. Cependant, à côté de la médiation, la loi du 4 janvier 1993 a prévu une procédure réservée aux mineurs, la réparation pénale.

La transaction en matière pénale.

Le souci d'alléger la charge des juridictions répressives des procédures de gravité et de complexité relatives, ainsi que le souhait de permettre au ministère public de sortir de l'alternative classement-poursuite, conduisent à réfléchir à la possibilité d'ériger la transaction en mode de gestion de l'action publique.

1. — En l'état du droit positif, l'action publique ne s'éteint par transaction que lorsque la loi en dispose expressément. La transaction ne constitue donc pas un mode général d'extinction de l'action publique comme la prescription ou l'amnistie.

Il est en effet couramment admis que le ministère public est sans droit pour disposer valablement de l'action publique : « Il paraît de prime abord impossible que l'action publique s'éteigne par une transaction intervenue entre le coupable et des représentants de la société » (Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, n° 61; dans le même sens cf. R. Gassin, *Rép. pén. Dalloz*, v° *Transaction*, n° 3, pour qui l'action publique appartient à la société seule, le ministère public n'en ayant que l'exercice et non la disposition). Le législateur accorde toutefois un droit de transaction à certaines administrations.

2. — Les transactions fiscales et douanières ne constituent pas à proprement parler des transactions pénales dans la mesure où les infractions fiscales et douanières répriment plus des atteintes aux patrimoines de l'État que des violations de l'ordre social. La transaction ne peut être véritablement qualifiée de transaction pénale que lorsqu'elle porte sur le versement d'une somme d'argent, par référence à une amende pénale ne présentant aucun caractère de mixité, encourue en raison de la commission d'une infraction de droit commun. Ce critère, pour contestable qu'il soit, permet d'isoler, au sein de toutes les transactions, les transactions purement pénales.

3. — Parmi celles qui figurent actuellement dans notre droit positif, on peut à titre d'exemple citer les transactions prévues par les art. L. 153-2 c. for., L. 330-9 c. aviation, L. 238-1 c. rur. et 124 de la loi de finances pour 1991. Dans tous ces cas, l'administration a le droit, après accord du ministère public, de transiger sur la poursuite de certains délits et contraventions. La proposition de transaction précise la somme que l'auteur de l'infraction est invité à payer au Trésor public, ainsi que le délai imparti. L'action publique est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a payé dans le délai imparti. Les ordonnances de 1945 relatives aux prix prévoyaient un régime analogue.

4. — La jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur la nature juridique de la transaction. Certains arrêts contiennent toutefois quelques précisions à ce sujet qui, bien qu'incertaines, méritent d'être relevées.

Le 17 janv. 1942, la Cour d'appel de Paris a jugé qu'un prévenu est toujours libre de choisir ses moyens de défense et que l'aveu exprès de l'infraction dans l'acte transactionnel apparaît comme une simple précaution destinée à couvrir l'administration. Cet aveu ne constitue en aucun cas une présomption légale de culpabilité. Le délinquant poursuivi à la suite de l'inexécution de la transaction peut ainsi contester ce qu'il avait précédemment reconnu (cité par J.-F. Dupré, *La transaction en matière pénale*, thèse doctorat).

Le 13 nov. 1942 (*Gaston Leroux*, D. 1943.108, note P.C.), le Conseil d'État a considéré que l'acte par lequel le chef du service départemental du contrôle des prix inflige à un contrevenant une amende transactionnelle a le caractère d'une décision, nonobstant la circonstance que ce dernier peut refuser le bénéfice de cette transaction et contester devant le tribunal correctionnel l'existence de l'infraction. Cet acte peut en conséquence être attaqué devant le Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir (cf. J.-F. Dupré, *op. cit.*).

Dans un arrêt du 27 mars 1957 (*Lerat*, JCP 1958.II.10537, note Boitard), la Cour d'appel de Paris a jugé que « la décision du parquet, renvoyant le dossier à l'administration pour transaction, est un acte constituant l'exercice de l'action publique et, par conséquent, interruptif de la prescription comme l'aurait été une citation directe ou l'ouverture d'une information » (cf. J.-F. Dupré, *op. cit.*).

Le 9 janv. 1958 (*Bull. crim.*, n° 47; JCP 1958.II.10537, note Boitard), la Cour de cassation a considéré que « les actes accomplis en vue de sanctions administratives ne sauraient, quelle que soit leur nature, interrompre la prescription pénale, les poursuites judiciaires et administratives étant de nature différente; par acte d'instruction ou de poursuites, susceptible d'interrompre la prescription au sens des art. 7 à 9 c. pr. pén., il faut entendre ceux qui ont pour objet de constater les délits, d'en découvrir ou d'en connaître les auteurs; que ce caractère n'appartient pas à une procédure administrative pouvant aboutir soit à une transaction, soit à des poursuites judiciaires ».

Dans un arrêt du 12 mai 1959, la Cour de cassation a jugé que l'intervention d'une transaction, mettant fin à l'action publique, a pour effet de dessaisir le juge répressif de l'action civile intentée accessoirement à l'action publique (JCP 1959.II.11216, note H. G.).

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a incidemment affirmé, dans un arrêt du 19 févr. 1964 (*Andrieu*, *Bull. crim.*, n° 60; D. 1964.376, note Mazard), que la transaction constituait une sanction administrative: « qu'en effet la sanction administrative que constituerait la transaction et qui aurait pour effet d'éteindre l'action publique née d'une infraction économique serait sans effet sur l'astreinte ».

Cette même Chambre a jugé que « la transaction accordée par l'administration a pour effet, par application de l'art. 6 c. pr. pén., d'éteindre l'action publique, mais cette extinction ne bénéficie qu'à l'auteur de l'infraction, qui souscrit à la transaction et ne peut limiter ni le principe ni l'étendue de l'exercice de l'action publique à l'encontre de tous coauteurs ou complices qui restent tenus, en vertu de la solidarité, à l'entière réparation du préjudice subi par le Trésor » (Cass. crim., 26 nov. 1964, *Bull. crim.*, n° 314).

Dans plusieurs arrêts (Cass. crim., 10 déc. 1984, *Dejouany*, *Bull. crim.*, n° 392; 22 janv. 1970, *Proc. gén. Bordeaux*, *ibid.*, n° 37; D. 1970.166, note J.-L. Costa; *Garz. Pal.* 1970.1.258, note J.-P. D.; JCP 1970.II.16326, note H. Guérin) la Cour de cassation a considéré que la transaction valait reconnaissance de l'infraction.

Comme on le voit, la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer à titre principal sur la nature juridique de la transaction, mais elle a le plus souvent affirmé qu'il s'agissait

ou d'une sanction administrative ou d'une amende transactionnelle prononcée à l'issue d'une procédure administrative, et que la transaction valait reconnaissance de l'infraction.

5. — Il est singulier d'observer que la doctrine (J.-F. Dupré, *op. cit.* ; J.-H. Syr, La nature de la transaction économique, *JCP* 1969.I.2280 ; M. Boitard, La transaction pénale en droit français. *Rev. sc. crim.* 1941.150 ; R. Gassin, *op. cit.*) n'a tiré aucune conséquence juridique de l'exigence de l'accord du ministère public alors même que tous les textes le prévoient ou le préoyaient expressément. R. Gassin note ainsi que « l'un des traits du droit pénal économique consiste dans les pouvoirs importants donnés à l'administration dans la poursuite et la répression des infractions économiques au détriment de l'autorité judiciaire. Depuis lors la législation a fait un nouveau pas vers le retour au droit commun mais, tout en donnant désormais au procureur de la République le droit de décider du principe de la transaction, elle n'a pas pour autant modifié sa nature fondamentale » (*Rép. pén.*, préc., n° 131). Cette caractéristique commune à toutes les procédures transactionnelles mérite cependant d'être soulignée en raison des conséquences qui en résultent tant en ce qui concerne l'imputabilité de la décision de transiger que la nature juridique de la transaction. La transaction pénale éteint l'action publique et cet effet radical explique sans doute que l'accord du ministère public soit requis. Mais l'exigence de cet accord conduit à se demander si la décision de transiger n'est pas en réalité imputable principalement au ministère public. Si cette analyse était fondée, il s'en déduirait que le ministère public transige en réalité d'ores et déjà sur l'action publique.

L'examen des droits de transaction précités conduit à nuancer l'affirmation selon laquelle « par exception au principe selon lequel le ministère public est sans droit pour disposer de l'action publique, la législation accorde un droit de transaction à certaines administrations » (Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, 4^e éd., n° 61). Il apparaît en effet à l'analyse que si les décisions de transiger sont prises par l'administration, qui est formellement compétente, le ministère public à qui revient l'appréciation des circonstances de fait ainsi que l'appréciation de la mesure à prendre, éléments essentiels de tout pouvoir d'appréciation, détient en réalité le pouvoir de décision.

A l'occasion de l'arrêt *GED* (CE, 22 oct. 1954), le commissaire du Gouvernement faisait à cet égard valoir que « lorsqu'un règlement soumet une décision à l'avis conforme d'un organisme consultatif, il ampute d'un élément essentiel le pouvoir de décision de l'autorité administrative. L'autonomie qui lui reste est seulement le pouvoir de ne prendre aucune décision ou de provoquer un nouvel avis. Elle est purement illusoire. L'autorité théoriquement compétente ne prend plus elle-même une décision puisqu'elle n'a pas de pouvoir d'appréciation. Dans ce cas, il apparaît que la décision est prise en réalité, conjointement, par l'autorité administrative et par l'organisme consultatif ». Au cas particulier, la décision paraît d'autant plus imputable au ministère public qu'elle n'est pas détachable de l'appréciation portée par ce dernier sur l'opportunité des poursuites, en raison de l'extinction de l'action publique attachée à la transaction. Le ministère public, à cette occasion, dispose bel et bien de l'action publique et s'il est vrai que l'action publique appartient à la seule société, cette dernière confère le droit au ministère public d'en disposer par transaction pour des infractions de droit commun.

Il est vrai que l'administration, *proprio motu*, prend l'initiative de la procédure mais aucune conséquence quant à l'imputabilité de la décision ne paraît pouvoir en être tirée. Il semble, dès lors, quelque peu excessif de soutenir que la transaction est un droit propre de l'administration qu'elle utiliserait pour remédier à la sévérité de certaines législa-

tions. On peut, à cet égard, citer une circulaire du 2 août 1973 du ministère de l'Économie relative aux transactions suite à la poursuite des infractions en matière de pêches maritimes (*JO* 10 août 1989, p. 10089), qui révèle les motifs pour lesquels l'administration recourt à la transaction : « la transaction est une procédure intermédiaire entre la poursuite et le classement des procès-verbaux. Elle donne aux auteurs d'infractions la possibilité d'éviter une action en justice et les inconvénients qui en résultent au point de vue moral (casier judiciaire) et matériel (frais supportés). Elle les oblige en contrepartie à verser le montant d'une indemnité transactionnelle. Il s'agit donc d'une mesure d'indulgence à l'égard des auteurs d'infractions, prise au regard de leur personnalité et du degré de gravité de la faute commise. A cette souplesse de la répression s'ajoutent les avantages suivants, sa rapidité et, partant, son efficacité plus grande dans la plupart des cas ».

Comme on le voit à travers cette interprétation administrative, la transaction n'a pas pour objet de remédier à la sévérité de la législation, mais elle est considérée tant par l'administration que par le ministère public comme un mode de gestion efficace de l'action publique en raison de l'économie de temps et de moyens qu'elle permet.

On peut donc considérer que la transaction résulte principalement d'une décision prise par le ministère public et qu'elle constitue une institution juridique propre au droit pénal laquelle, jusqu'à présent, n'a pas, pour des raisons semble-t-il fortuites, couvert un vaste champ de ce droit.

6. — L'étude des différentes procédures transactionnelles révèle bien leur finalité prioritairement répressive ; au demeurant, l'art. 45 de la loi n° 73-1193 du 27 déc. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat disposait que la transaction réalisée définitivement valait reconnaissance de l'infraction (pour une analyse très critique de cette option législative cf. Max Henry, *Transaction économique et action civile* : à la recherche d'une conciliation, *Rev. sc. crim.* 1981.281), pour qui « la transaction analysée comme une peine dans l'art. 45 obéit beaucoup plus à des raisons d'opportunité dans le but d'opérer un retour au droit commun qu'à un souci de régler en profondeur un problème qui, en dépit des apparences, ne nous semble toujours pas résolu ». Dans les textes précités, il est aussi question de la somme que l'auteur de l'infraction doit payer (art. 3, al. 2, du décret n° 65-787 du 11 sept. 1965 relatif aux transactions en matière d'infractions à la législation économique ; cf. aussi l'annexe 3 de la proposition de transaction présentée par le ministre de l'Économie en matière de pêche maritime). Mais tant les principes généraux de la procédure pénale que les principes de droit conventionnel européen, voire les principes constitutionnels, font obstacle à ce qu'une personne puisse être considérée comme coupable alors même qu'elle n'a pas été condamnée par un tribunal indépendant selon une procédure équitable. A cet égard, l'accord transactionnel ne peut constituer l'équivalent juridique d'une condamnation. Ce n'est donc que par abus de langage que certains textes d'ordre réglementaire ou des accords transactionnels de l'administration mentionnent que la transaction est passée avec « l'auteur de l'infraction ».

Cette interprétation paraît au demeurant inconciliable avec la décision n° 88-248 DC du 17 janv. 1989 du Conseil constitutionnel. Dans la mesure où la possibilité d'infliger des sanctions — fût-ce sous la forme juridique d'une transaction — déroge à l'application normale du principe de séparation des pouvoirs, en ce qu'elle devrait théoriquement revenir à l'autorité judiciaire, la « transaction-sanction » ne saurait être prononcée qu'en conformité avec les règles qui s'imposent au juge pénal s'il était compétent en la matière. Les considérants 35 et 36 de cette décision indiquent ainsi qu'« une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des pei-

nes, le principe de nécessité des peines, ainsi que le principe du respect des droits de la défense», ces exigences, toujours selon le Conseil, «ne concernant pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendant à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire». Il apparaît dès lors contestable de considérer que «la transaction tient lieu de chose jugée et, d'une manière plus précise, de chose jugée par condamnation» (*Rép. pén., loc. cit., n° 122*) par dérogation au droit commun *nulla poena sine iudicio*.

De même paraît-il impropre de qualifier d'amende la somme versée à l'occasion d'une transaction dans la mesure où l'assentiment de la personne qui en est l'objet paraît exclure la qualification de sanction. Là réside le critère distinctif de la transaction et de la sanction dans l'assentiment de celui qui transige. Le caractère unilatéral des sanctions administratives et pénales fait défaut en matière transactionnelle. Il est donc tout aussi contestable d'affirmer que la transaction constitue «une sanction administrative librement acceptée» selon une opinion doctrinalement majoritaire (M. Boitard, *op. cit., Rev. sc. crim.* 1941.150, n° 7 *in fine*. — Cf. *Rép. pén., v° Transaction*, n° 97, par R. Gassin, pour qui la transaction économique est moins une convention qu'une sanction administrative de remplacement). Notre droit ne connaît en effet pas la catégorie juridique des peines acceptées lorsqu'elles sont prononcées par la puissance publique ou ses délégués.

La transaction constitue en réalité un contrat pénal indemnitaire non exécutoire. Seule cette qualification permet de prendre en compte l'élément essentiel de la transaction, à savoir l'accord de volonté qu'elle est censée traduire sans dénaturer les caractéristiques de fait qui lui sont propres. Ce contrat a pour objet le paiement d'une somme d'argent versée en raison du préjudice causé à la société et afin d'éviter des poursuites, contrat en tout point similaire à la transaction prévue par les art. 529-3 et 529-4 c. pr. pén., aux termes desquels, pour certaines infractions à la police des services publics des transports terrestres, l'action publique est éteinte par une transaction réalisée par le versement à l'exploitant d'une indemnité forfaitaire. La qualification de contrat pénal permet seule d'échapper aux critiques qu'encourt nécessairement la «transaction-sanction».

Il est remarquable que ce contrat pénal emprunte de nombreux traits au contrat administratif: une personne publique est partie à ce contrat qui contient une clause exorbitante du droit commun dans la mesure où le cocontractant est menacé de poursuites pénales s'il ne contracte pas. Il s'agit là d'une clause inhabituelle dans un contrat de droit privé qui entraîne la qualification de contrat administratif. Ce contrat présente toutefois la singularité d'éteindre l'action publique et les incidences contentieuses qui en découlent ne sont pas sans portée puisqu'elles devraient faire échapper la transaction à la compétence du juge administratif, par analogie avec la jurisprudence *Homsy* du Conseil d'État (26 juill. 1991) où il a été jugé que la décision en vertu de laquelle le ministre chargé des Finances saisit la commission des infractions fiscales et l'avis formulé par cette commission constituent des actes nécessaires à la mise en mouvement de l'action publique non détachables de celle-ci et, par suite, ne pouvant être déférés pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative. Cette analyse ne paraît pas contradictoire avec la jurisprudence précitée du Conseil d'État (13 nov. 1942) qui avait considéré qu'un recours pour excès de pouvoir est recevable contre la proposition de transaction formulée par l'administration, arrêt intervenu sous l'empire d'une législation qui conférait un rôle décisionnel à l'administration.

En réalité, seul le tribunal correctionnel devrait avoir à connaître des difficultés contentieuses relatives à la transaction pénale.

La notion de contrat pénal est certes une notion atypique dans notre droit répressif fortement régalién, mais cette qualification juridique paraît la seule à même de traduire les spécificités de la transaction pénale et d'éviter les critiques que ne manque pas de susciter le concept de transaction-sanction.

Ces notions prendront bien évidemment un relief tout particulier si le législateur érige un jour la transaction en mode d'extinction de l'action publique de droit commun.

Michel DOBKINE,
Magistrat au ministère de la Justice.

Document n° 6

Art. 6 L'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, l'amnistie, l'abrogation de la loi pénale et la chose jugée.

(*Ordi. n° 58-1296 du 23 déc. 1958*) « Toutefois, si des poursuites ayant entraîné condamnation ont révélé la fausseté du jugement ou de l'arrêt qui a déclaré l'action publique éteinte, l'action publique pourra être reprise; la prescription doit alors être considérée comme suspendue depuis le jour où le jugement ou arrêt était devenu définitif jusqu'à celui de la condamnation du coupable de faux ou usage de faux. »

Elle peut, en outre, s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément (L. n° 99-515 du 23 juin 1999) « ou par l'exécution d'une composition pénale »; il en est de même, en cas de retrait de plainte, lorsque celle-ci est une condition nécessaire de la poursuite. — *Pr. pén. C. 17 et C. 18.*

3760

La médiation pénale

(Commentaire de l'article 6 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale)

par Gérard BLANC,
Professeur à la Faculté de droit
et des sciences économiques de l'Université Jean-Monnet (Saint-Etienne),
Membre du CERCRIID

INTRODUCTION

1. — L'idée de médiation pénale n'est pas nouvelle. Dans un ouvrage récent, M^{me} le Professeur Delmas-Marty souligne que si cette procédure a été peu valorisée dans la culture occidentale, on la retrouve dans d'autres cultures notamment extrême-orientales qui la privilégient comme processus de règlement des conflits (1). Le même auteur poursuit en montrant cependant l'importance croissante prise par les pratiques de médiation en Occident et en France. S'agit-il d'une mode conforme à l'air du temps ou d'une technique prometteuse devant permettre de solutionner les conflits liés à la petite délinquance ? Une production doctrinale abondante tente depuis plusieurs années d'apporter une réponse à ces questions sans pourtant convaincre de manière définitive du bien-fondé de ce mode alternatif de résolution des conflits (2).

2. — En droit français, on rappellera tout d'abord l'ancienne tradition judiciaire qui a connu son temps de gloire avec la justice de paix. Conçue par l'Assemblée constituante dans le Code de 1791, la justice de paix avait été empruntée aux pratiques anglaises et hollandaises du XVIII^e siècle qui avaient pour objet la recherche de solutions de compromis entre les plaideurs. Le juge de paix a ainsi rempli pendant un siècle et demi une fonction de régulation sociale considérable (3). Cette fonction pacificatrice fut abandonnée en 1958 avec l'édiction du Code de procédure pénale ; un magistrat professionnel nommé par l'État succéda au juge de paix et assura désormais une fonction juridictionnelle contrôlable et mesurable par le droit. Est-ce à dire que le juge de police n'assure plus aujourd'hui cette fonction conciliatrice ? Si en théorie tel n'est pas son rôle, une certaine doctrine démontre pourtant que le débat devant le juge de police constitue en pratique « un lieu ambivalent de régulation juridique et sociale des

conflits » (4). Il en est de même de la justice des mineurs dans laquelle le juge pour enfants, en raison des règles dérogatoires de procédure qui gouvernent son action, est en mesure d'assumer une fonction conciliatrice dans le procès pénal (5).

Toujours dans le domaine pénal, on peut également faire référence aux pratiques transactionnelles en matière administrative, notamment en matière fiscale et douanière (6). Il existe cependant une différence dans la mesure où ces techniques de conciliation ne font pas intervenir un tiers comme médiateur. Dans la gestion des petits conflits avec l'Administration, on n'omettra pas en revanche de mentionner l'existence du médiateur créé par une loi du 3 janvier 1973 ; mais celui-ci ne joue aucun rôle touchant à la politique criminelle dans la conception qui en est actuellement retenue (7).

3. — Le mécanisme de l'arbitrage prévu par les articles 1442 et suivants du Nouveau Code de procédure civile ne peut pas davantage intervenir pour régler des conflits mettant en cause le droit pénal puisqu'il s'agit en raison de son caractère d'ordre public d'une matière non arbitrale. La même observation s'impose à propos de la conciliation par le juge civil envisagée par les articles 12, 21, et 58 du même code et seulement prévue en matière civile.

Le même constat doit être opéré pour les conciliateurs créés par un décret du 20 mars 1978 ; ceux-ci ne peuvent en effet régler amiablement des différends que lorsqu'ils portent sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition. Or, précisément les justiciables n'ont pas la libre disposition de leurs droits quand il s'agit d'infractions pénales, sauf si le Ministère public estime alors la poursuite inopportune (8).

(4) Cf. D. Salas et la doctrine citée par cet auteur *in*, Du procès pénal, Les voies du droit, PUF, p. 132.

(5) *Ibidem*, p. 134.

(6) P. Lascoumes, C. Barberger, T. Lambert, M.-C. Maier, J.-M. Pretre, E. Serverin, Le droit pénal administratif, instrument d'action étatique — Incrimination — Transaction —, Recherche pour le Commissariat au Plan, mars 1986.

(7) Pour une typologie des différents modes de médiation pénale, cf. C. Lazerges, Essai de classification des procédures de médiation, Archives de politique criminelle, n° 14, p. 17 et s. Du même auteur, Typologie des procédures de médiation pénale, Mélanges offerts à A. Colomer, p. 217 et s.

(8) M. Delmas-Marty, *op. cit.*, note (1), p. 148. L'expérience du Tribunal de grande instance de Valence en matière de médiation pénale a cependant été légitimée par le recours au décret du 20 mars 1978. Sur la description de cette expérience, cf. en particulier, Rapport pour la Commission nationale pour le développement social des quartiers. La médiation. La conciliation, Paris, 1988.

(1) M. Delmas-Marty, Les grands systèmes de politique criminelle, PUF, coll. *Thémis*, Paris 1992, p. 147 et s.

(2) Cf. notamment E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, Transactions et pratiques transactionnelles, *Economica*, Paris 1987 ; Archives de politique criminelle, n° 14, Centre de recherches de politique criminelle, *Pedone*, Paris 1992 ; La médiation : un mode alternatif de résolution des conflits ?, Colloque de Lausanne (14 et 15 nov. 1991), Publication de l'Institut suisse de droit comparé, t. 19, Zurich 1992. Dans le cadre du colloque et sur l'illustration d'un certain scepticisme doctrinal, cf. notamment A. Jeammaud, La médiation dans les conflits du travail, spéc. p. 49 et s.

(3) Y. Dezalay, Justice en dentelles, justice à l'abattage, Esquisse d'une économie politique de la justice négociée : approche historique et comparative, *doc. dactylographié*, CNRS, 1987, p. 23.

Il n'existait finalement, jusqu'à la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 (*JCP 1993, éd. G, III, 65891*). V. aussi, Présentation de la loi... par Joël Boyer in *JCP 1993, éd. G, act. n° 6*) aucun véritable cadre juridique pour l'exercice de la médiation pénale même si ici ou là le souhait d'un texte avait été formulé (9). Certaines pratiques se sont pourtant développées à l'initiative de la police, du Ministère public, du juge d'instruction, voire même de la juridiction de jugement (10). Les inspecteurs du travail dans le domaine social ou les commissaires aux comptes dans les sociétés commerciales exercent également parfois cette mission (11).

4. — Ce sera donc au minimum le mérite de la loi récente d'avoir prévu dans son article 6 la possibilité d'une médiation pénale qui fait l'objet d'un nouvel alinéa ajouté à l'article 41 du Code de procédure pénale. La médiation pénale ainsi consacrée était déjà expérimentée, avant l'entrée en vigueur de la loi, dans plus de 70 tribunaux en liaison étroite avec les barreaux, les collectivités locales et les associations d'aide aux victimes (12). Mais l'absence de cadre législatif entraînait la diversité des pratiques, notamment quant aux critères de sélection des affaires. Dès lors il paraissait difficile de considérer que le principe d'égalité entre les justiciables était parfaitement respecté. Le texte commenté n'a pourtant pas fait l'unanimité au Parlement ; le Sénat, sans être hostile à la médiation, le trouvait en effet inutile au regard des pratiques en vigueur, le principe de l'opportunité des poursuites devant suffire comme fondement légal (13). Cette inutilité n'a cependant pas été jugée suffisante pour entraîner son abrogation par la récente loi n° 93-1013 du 24 août 1993 (*JCP 1993, éd. G, III, 66354* et Fr. Le Guehec, La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale : *JCP 1993, éd. G, I, 3720*).

Si l'article 6 de la loi du 4 janvier 1993 répond à diverses questions que les praticiens n'avaient pas manqué de se poser, malheureusement beaucoup de difficultés demeurent. L'article 41, dernier alinéa, du Code de procédure pénale, résultant de la loi du 4 janvier 1993, permet au procureur de la République de recourir à la médiation lorsque se trouvent réunies certaines circonstances énumérées par la loi (I). Mais cette médiation une fois décidée doit être mise en œuvre, car le texte nouveau suscite plus d'interrogations qu'il ne fournit de réponses (II).

I. — LES CIRCONSTANCES LÉGALES DE LA MÉDIATION PÉNALE

5. — La médiation ne peut intervenir que préalablement à l'action publique (A). Cette procédure ne peut en outre être décidée qu'avec l'accord des parties (B). Le procureur doit enfin choisir cette mesure en fonction de son opportunité, la loi lui fournissant un cadre circonstanciel (C).

A. — Le caractère préalable à l'action publique de la médiation

6. — Cette première condition a le mérite de la clarté. La médiation envisagée par le procureur de la République ne peut que précéder le déclenchement de l'action publique. Mais

(9) M. Stasi, La médiation. Le point de vue des avocats. Archives de politique criminelle, n° 14, p. 85 ; J. Vérin, La médiation pénale, *ibidem*, p. 91 ; C. Lazerges, Typologie des procédures de médiation pénale, *op. cit.*, note (7), p. 229.

(10) Sur la relation de diverses expériences, cf. notamment diverses communications au colloque organisé par le Centre de recherches de politique criminelle sur la médiation (CA Paris, 25 oct. 1991), in Archives de politique criminelle, n° 14, spéc. p. 39 et s.

(11) Mais les commissaires aux comptes ont également l'obligation de révéler au Parquet tous les faits délictueux dont ils ont connaissance en vertu de l'article 233, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1966.

(12) Cf. les propos du Garde des sceaux : *JOAN CR*, 8 oct. 1992, p. 3449 ; Pour une information plus complète ; cf. *Circ. CRIM* n° 92-13, 2 oct. 1992, SJDC sur les réponses à la délinquance urbaine et son annexe consacrée notamment aux classements sous condition et à la médiation en matière pénale.

(13) Cf. les propos du rapporteur, M. le Sénateur J.-M. Girault : *JO Sénat, CR*, 19 nov. 1992, p. 3202.

la médiation décidée constitue-t-elle une alternative à l'action publique ou peut-on concevoir une action publique déclenchée malgré la mise en œuvre d'une médiation ? En d'autres termes la médiation doit-elle déboucher sur une décision de classement ?

Il paraît difficile d'envisager le déclenchement d'une action publique lorsque la médiation a été couronnée de succès. L'article 41, dernier alinéa, n'aurait pas grand sens s'il en était autrement. Il faut en effet replacer cette mesure dans le cadre du principe de l'opportunité des poursuites. S'inspirant d'un certain nombre d'expériences en cours, on a manifestement voulu élargir le pouvoir d'opportunité du procureur de la République en lui offrant une nouvelle voie au moment où il doit décider d'une éventuelle poursuite. Il peut depuis l'entrée en vigueur de la loi soit décider de poursuivre, soit classer l'affaire, soit enfin entreprendre une médiation pénale si les circonstances légales de celle-ci sont réunies. Le procureur conserve évidemment le pouvoir de déclencher ultérieurement une action publique si la médiation se révèle impossible ou si le délinquant, malgré son accord, refuse de coopérer à l'exécution des mesures envisagées.

7. — Le recours à une médiation devrait lui-même cependant se traduire par une décision de classement qui constitue une mesure d'administration et non un acte juridictionnel. Celle-ci n'est jamais définitive : le Parquet peut toujours revenir sur une telle décision et mettre en mouvement l'action publique. Concernant des infractions élucidées, on parle d'ailleurs de classement par opportunité ou conditionnel (14). Aucun recours ne peut être exercé contre cette décision qui appartient au Parquet et à lui seul en raison de la marge de manœuvre que lui assure le principe de l'opportunité des poursuites.

Avant même la loi nouvelle, et dans le cadre de certaines expériences locales, le classement temporaire, conséquence procédurale de la médiation avait été proposé comme mesure d'attente d'une conciliation avec la victime (15). L'idée n'était pas déraisonnable puisque figurent, traditionnellement, parmi les motifs de classement certaines des conditions relatives à l'utilité de la mesure désormais prévues par l'article 41, dernier alinéa.

Un rapprochement possible doit enfin être opéré avec l'article 118 de la loi du 4 janvier 1993 qui a inséré un article 12-1 dans l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante. Ce texte prévoit en effet la possibilité d'une mesure ou d'une activité d'aide ou de réparation en faveur de la victime ou de la collectivité, qui peut toutefois être envisagée à tout moment de la procédure. Décidée avant l'engagement des poursuites, elle doit également recueillir l'accord préalable du mineur délinquant, ce qui pourrait faire penser à une sorte de médiation bien que l'article 118 n'évoque pas un tel mécanisme (16).

B. — Le nécessaire accord des parties

8. — Ce mécanisme consensuel n'étonnera pas à propos d'une mesure de médiation. Le procureur ne peut ainsi décider de mettre en œuvre cette mesure qu'avec le consentement de toutes les parties.

Cet accord devra évidemment être donné en toute connaissance de cause, ce qui suppose au minimum que le procureur informe les parties de leur droit à consulter un avocat. Mais au-delà de cette information sur ce droit élémentaire, la transparence doit être de rigueur. Dans une circulaire aux Parquets antérieure à la loi du 4 janvier 1993, le Garde des

(14) Cf. l'annexe sur Les classements sous condition, in *Circ. CRIM* n° 92-13, 2 oct. 1992, SJDC, note (12).

(15) X..., Comité de conciliation ? une réponse au quotidien ; l'expérience de Valence : *Just. n° 105, juin 1985, p. 35*.

(16) Cf. cependant M. Delmas-Marty, *op. cit.*, note (1), p. 153 qui évoquait une mesure dite de « médiation-réparation » lorsque ce texte n'était qu'un projet de réforme du Ministère de la justice concernant l'ordonnance du 2 février 1945.

sceaux invitait ces derniers à informer la victime et le délinquant du cadre juridique dans lequel s'inscrivait la médiation proposée, de ses modalités et de ses conséquences (17). Il est souhaitable par exemple que les parties sachent que dans le cadre du principe de l'opportunité des poursuites que le Parquet dispose du pouvoir de décider d'une médiation.

La loi ne précise pas en revanche la forme selon laquelle doit être constaté ce consentement. La difficulté n'est pas insurmontable ; la rédaction d'un procès-verbal signé par toutes les parties en cause devrait permettre de satisfaire cette exigence.

9. — On ignore par ailleurs les effets d'une rétractation éventuelle résultant par exemple du refus d'accepter le contenu de la transaction ultérieure proposée. Du côté de l'auteur des faits, une rétractation du consentement paraît improbable même si rien, *a priori*, ne l'interdit, car en acceptant une médiation il évite le déclenchement d'une poursuite. De la part de la victime, une telle rétractation n'est pas une hypothèse d'école. Elle pourrait se traduire sur le plan procédural par une plainte, voire même par une constitution de partie civile par voie d'action. Le recours à la médiation consenti par la victime ne constitue ainsi en aucune manière, une renonciation de sa part à exercer une action civile. Il en est de même quant à l'action publique que le Ministère public peut décider de déclencher ultérieurement.

D'ailleurs la réunion exigée de trois circonstances relatives à l'opportunité de la mesure ne simplifie pas la mise en œuvre de cette médiation.

C. — Les circonstances relatives à l'opportunité de la mesure

10. — La réunion de trois circonstances prévues par l'article 41, dernier alinéa, constitue autant de critères d'appréciation à la disposition du procureur. Doit être écartée une première difficulté sur le caractère cumulatif des trois circonstances instituées. Celui-ci ne fait pas de doute puisque le texte utilise la conjonction de coordination dans l'énumération de ces critères. Ce parti pris par le législateur comporte une conséquence imprévue car, certes, s'il offre un fondement légal aux pratiques existantes, il limite singulièrement le pouvoir du procureur et donc les hypothèses de médiation. Au sein des juridictions, le développement des pratiques en vigueur peut être freiné par cette exigence, car actuellement en l'absence de texte le Parquet n'est pas obligé de tenir compte de manière cumulative de ces trois conditions.

Ces critères constituent autant d'éléments de politique criminelle dont le procureur va devoir se servir au moment où il prendra sa décision. La médiation ne doit être ainsi envisagée d'une part que si elle est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime (a), d'autre part si elle permet de mettre fin au trouble résultant de l'infraction (b), et enfin de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction (c). Ces trois circonstances sont celles prévues par les articles 132-59 et 132-60 du Nouveau Code pénal qui autorisent le juge selon le cas à prononcer une dispense ou un ajournement de peine (17 bis). Ces circonstances désignent en outre le type d'infractions envisagées implicitement par le texte. Sont notamment visées toutes les infractions s'inscrivant dans un contexte dans lequel auteurs et victimes se connaissent car ils vivent à proximité et ont donc intérêt à se « réconcilier » ou du moins à diminuer l'intensité de leur conflit. Sont ainsi particulièrement concernées les infractions liées à des conflits familiaux ou de voisinage. Mais de manière générale, il ne faut pas non plus exclure toutes les infractions ayant causé des dommages matériels d'importance modeste.

a) Assurer la réparation du dommage causé à la victime

11. — Ce premier critère constitue une sorte de substitut à l'exercice d'une éventuelle action civile par la victime. Mais par son refus d'une proposition de réparation fixée à l'amiable, la victime pourrait bloquer tout le processus de médiation prévu par le procureur qui devrait alors envisager de poursuivre.

Ce pouvoir d'appréciation *a priori* fait jouer au procureur une fonction qui n'entre pas forcément dans ses attributions. Est-ce souhaitable ? Les praticiens de cette médiation répondront que c'est déjà le cas, mais ce n'est pas une raison suffisante car le texte consacre maintenant un pouvoir qui peut donner lieu à des dérives même si la hiérarchie est en mesure d'exercer un contrôle sur l'activité du Parquet. L'accord nécessaire de la victime avant toute décision de recourir à une médiation constitue pourtant un garde-fou supplémentaire. Il est peu probable en effet que le procureur apprécie les possibilités d'une réparation suffisante du dommage causé sans se concerter avec la victime.

Des faits reconnus et non contestés, une évaluation du préjudice simple et peu sujette à évolution constituent autant d'éléments qui devraient permettre au procureur de mesurer la présence de cette condition avec une certaine sécurité. Dans les autres cas, sans doute fort nombreux, même à propos de petits délits, le procureur n'est pas l'abri d'un certain arbitraire. La médiation risque alors de ne pas mettre fin au trouble résultant de l'infraction.

b) Mettre fin au trouble résultant de l'infraction

12. — Cette seconde condition complète opportunément la première. L'infraction constitue un trouble à l'ordre public. Dans un système fondé sur la peine, seule cette dernière paraît apte à faire cesser ce trouble. Selon la gravité de l'infraction, la médiation pourrait être ainsi perçue par tout ou partie de l'opinion publique comme une sorte d'impunité bénéficiant au délinquant. À la limite, le remède serait pire que le mal. En mettant fin au trouble résultant de l'infraction, la médiation doit donc constituer un substitut de la peine. Mais encore faudra-t-il que la médiation contribue au reclassement de l'auteur de l'infraction.

c) Contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction

13. — Cette circonstance correspond à une évolution des finalités des peines et des mesures de sûreté (18). Depuis les années 50, à côté des fonctions traditionnelles de la peine qui ont pour objet l'intimidation et la rétribution, on a mis l'accent également sur la fonction de réinsertion sociale du délinquant. Bien que la médiation instituée par l'article 41, dernier alinéa, constitue une sorte de « déjudiciarisation » (19) de l'infraction pénale, elle n'échappe pas à cette évolution. Dans le texte récent d'ailleurs, la médiation n'est-elle pas conçue comme un substitut de la procédure devant conduire à un jugement prononçant une peine ?

L'appréciation d'un tel critère demeure très largement subjective. Le procureur aura peut-être tendance à s'en remettre à la police et aux services sociaux de proximité qui connaissent le délinquant pour se faire une opinion relative à son reclassement éventuel. L'appréciation du procureur sera d'autant plus délicate à formuler qu'il devra se livrer à une analyse prospective. Or, les effets d'une médiation sur le reclassement d'un délinquant sont-ils réellement prévisibles ?

En offrant un fondement légal à la médiation pénale, le législateur a essayé de rétablir entre les justiciables un principe d'égalité mis en cause par des pratiques un peu hasardeuses. Il n'est pas certain que les critères institués par le texte facilitent

(18) Sur la question, cf. R. Gassin, *Criminologie, Précis Dalloz*, 2^e éd., Paris 1990, p. 385.

(19) A propos de la médiation instituée par le texte commenté, l'expression n'est pas exactement appropriée puisque c'est le procureur, institution judiciaire, qui dispose du pouvoir de décider de cette mesure. Sur l'expression, cf. cependant R. Gassin, *op. cit.*, note (18), p. 636 et s.

(17) Cf. l'annexe sur Note d'orientation sur la médiation en matière pénale, p. 5 in *Circ. CRIM*, n° 92-13, 2 oct. 1992, SJDC.

(17 bis) Ces textes reprennent les anciens articles 469-2 et 469-3 du Code de procédure pénale abrogés par la loi du 16 décembre 1992.

tent le strict respect de ce principe en raison de la subjectivité qu'ils autorisent de la part du procureur. Une véritable procédure de médiation pénale méritait sans doute en raison des difficultés soulevées plus de considérations que les quelques lignes ajoutées à l'article 41 du Code de procédure pénale qui en outre ne résout pas véritablement les difficultés soulevées par la mise en œuvre de cette mesure.

II. — LA MISE EN ŒUVRE DE LA MÉDIATION PÉNALE

14. — Selon la typologie proposée par Christine Lazerges, la médiation pénale visée par le texte commenté pourrait être judiciaire lorsqu'elle se déroule intégralement à l'intérieur du système répressif étatique ; mais il peut s'agir aussi d'une « médiation pénale sociétale sous contrôle judiciaire » lorsque la justice délègue à la société civile le soin de mettre en œuvre cette procédure, tout en veillant à son bon déroulement (20). Cette classification pose le problème des acteurs de la médiation pénale (A) et des modalités de sa réalisation (B).

A. — Les acteurs de la médiation pénale

15. — Le premier d'entre eux se trouve être le procureur de la République que la loi récente investit du pouvoir de décider d'une telle mesure même si elle ne fait que consacrer des pratiques assez largement répandues.

Une première difficulté est suscitée par le choix de la personne du médiateur. L'article 41 n'interdit pas que le procureur s'institue médiateur même si dans la circulaire précitée le Ministre de la justice déconseille formellement une telle solution au nom de l'impartialité, de la neutralité et de l'indépendance qui doivent caractériser la mission de médiation (21). L'encombrement des juridictions risque en pratique d'interdire au Parquet d'accomplir cette tâche. Il n'en demeure pas moins que l'instance de médiation doit rester sous la vigilance du procureur qui malgré le silence de la loi devrait être compétent pour la mandater, la contrôler et apprécier les suites à donner en fonction des résultats obtenus.

La pratique montre que notamment pour les mineurs, le médiateur est choisi fréquemment au sein des services de la protection judiciaire de la jeunesse. Pour les majeurs, ce sont souvent des structures associatives spécialisées et habilitées par la justice qui assument cette fonction. Rien n'empêche que ce soit des personnes physiques, telles que les conciliateurs (D. n° 78-381, 20 mars 1978 : *JCP 1978*, éd. G, III, 47181) ; encore faudrait-il que leur formation et leur contrôle soient assurés (22).

16. — La mission du médiateur qui suppose au préalable une convention avec le Parquet doit évidemment être définie avec précision, en particulier l'étendue du mandat judiciaire dont doivent être informées les parties. Dans la recherche d'une solution concrète, le médiateur devrait veiller notamment à ce que l'évaluation du préjudice ne soit ni exorbitante, ni surtout ridicule car cela remettrait en cause la lettre même du texte. Une obligation de discrétion pèse en outre sur le médiateur pour les informations qu'il détient à la fois en provenance du Parquet ou des parties. On a pu affirmer qu'en raison du consensualisme qui marque cette procédure, les déclarations des parties ne doivent pas leur porter tort lors d'une procédure judiciaire ultérieure. Mais la mise en œuvre d'une médiation pénale ne suppose-t-elle pas l'aveu de l'infraction par l'auteur de celle-ci ? Pourra-t-on ultérieurement en cas d'insuccès de la mesure faire abstraction de cet élément de preuve ? L'échec de la médiation ne doit pas davantage

porter préjudice à la partie qui en est directement ou indirectement la cause (23). Mais lors d'une poursuite ultérieure pourra-t-on empêcher le juge de ne pas tenir compte dans son jugement des tentatives de médiation qui n'ont pas abouti ?

B. — La réalisation de la médiation

17. — Si le nouvel article 41 du Code de procédure pénale a précisé expressément le nécessaire accord des parties pour que le procureur puisse décider de recourir à une médiation, le succès de celle-ci est également fondé sur un consentement réitéré des parties à tous les stades de sa réalisation. Cette condition imposée par l'esprit du texte permet de distinguer cette procédure de l'arbitrage qui se clôture par une sentence constituant un acte à caractère juridictionnel et n'a pas pour objet de chercher à rapprocher des points de vue divergents, sauf mission particulière confiée à l'arbitre par les parties, mais qui changerait la nature de son intervention.

Si l'on s'en tient à la terminologie utilisée par l'article 41, dernier alinéa du Code de procédure pénale, le médiateur est appelé à jouer le rôle d'une sorte de conciliateur qui ne se contente pas de faciliter une négociation. La médiation paraît en effet conférer au médiateur une fonction plus dynamique, notamment par la possibilité qu'il aurait de proposer aux parties un projet d'accord qui pourrait de toute façon n'acquiescir une force obligatoire qu'avec leur consentement.

Le médiateur ayant obtenu un accord, celui-ci constitue à l'évidence une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil. Il s'agit en effet d'une convention par laquelle « les parties terminent une contestation née », l'origine de celle-ci se situant dans l'infraction qui a causé un dommage à une victime. Ne se heurte-t-on pas alors à l'article 2052 du Code civil qui prévoit que la transaction a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort ? En cas d'inexécution des mesures envisagées par la médiation, la victime partie à la transaction se verrait ainsi interdire toute action en réparation fondée sur le dommage subi en raison de l'infraction. L'exécution n'est pas en effet une condition de la validité de la transaction, mais seulement l'effet de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. La renaissance de la contestation initiale par la volonté de l'une des parties se heurterait en principe à la fin de non-recevoir de chose jugée fondée sur l'article 1351 du Code civil (24).

18. — Mais en pratique l'exécution de la transaction constitue souvent un facteur permettant de déterminer sa validité. La jurisprudence n'apprécie-t-elle pas fréquemment la validité d'un contrat en fonction des actes d'exécution accomplis par les parties depuis sa conclusion (25) ? Puisqu'il s'agit d'un acte soumis au droit commun des obligations, la victime peut ainsi agir soit en exécution de la transaction, soit en résolution pour inexécution afin d'obtenir la reprise de ses droits initiaux (26). La Chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé cette seconde possibilité en rejetant le pourvoi contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait décidé qu'en raison de l'inexécution de la transaction « le créancier était recevable à demander la restitution de ses droits primitifs » (27). La jurisprudence affirme par ailleurs que seul celui qui a exécuté les termes de la transaction peut soulever la fin de non-recevoir de chose jugée. Celle-ci est en revanche mise en échec lorsque celui qui l'invoque n'a pas respecté les conditions de la transaction (28). L'action civile de la victime d'une infraction ne rencontre plus aucun obstacle, ce qui remet en cause l'opportunité de la médiation pénale tentée initialement.

(20) C. Lazerges, Typologie des procédures de médiation pénale, Mélanges offerts à André Colomer, p. 217 et s. ; Du même auteur, Essai de classification des procédures de médiation, Archives de politique criminelle, n° 14, p. 18 et s.

(21) Circ. CRIM n° 92-13, 2 oct. 1992, SJDC, préc. note (12), p. 5.

(22) Cf. le débat relatif au niveau de formation nécessaire des médiateurs et à l'intensité du contrôle qui doit être exercée sur eux, in Archives de politique criminelle, n° 14, spéc. p. 39 et s.

(23) Sur toutes ces questions, Circ. CRIM n° 92-13, 2 oct. 1992, SJDC, préc., note (12), p. 6.

(24) E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, op. cit., note (2), p. 40.

(25) Cass. com., 2 juin 1970 : *Bull. civ. IV*, n° 186.

(26) E. Serverin, P. Lascoumes, T. Lambert, op. cit., note (2), p. 41.

(27) Cass. com., 24 nov. 1982 : *Bull. civ. IV*, n° 371 ; *JCP 1983*, éd. G, IV, p. 50.

(28) Cass. soc., 13 nov. 1959 : *D. 1960*, p. 111.

19. — Il n'est pas question en revanche d'assimiler cet accord obtenu par le procureur au type de transaction évoquée par l'article 6, alinéa 3, du Code de procédure pénale. Deux raisons doivent permettre d'exclure cette qualification. Bien qu'indiscutablement partie à l'instance pénale, le Ministère public d'une part ne peut pas être partie à cette transaction qu'il ne fera dans le meilleur des cas que faciliter lorsqu'il assumera les fonctions de médiateur incompatibles avec celles de partie à la médiation. La transaction de l'article 6 précité a d'autre part pour effet d'éteindre l'action publique alors que la médiation de l'article 41, dernier alinéa, ne peut intervenir que préalablement à la mise en mouvement de l'action publique et n'éteint donc pas celle-ci. Cela n'exclut pas, bien au contraire, que le procureur veille à la bonne exécution de l'accord conclu et en cas de mauvaise volonté du délinquant décide finalement de déclencher l'action publique. Si tel était le résultat de la médiation entreprise, on mesure le temps perdu par rapport à une procédure pénale de droit commun. Si au contraire la médiation réussit, peut-on cependant être certain du caractère suffisant de la réparation, sachant que dans toute transaction chacune des parties doit nécessairement abandonner une partie de ses droits ?

20. — Entre la victime et le délinquant, l'accord intervenu, fruit de la médiation, peut ainsi s'analyser comme une transaction au sens du Code civil. Du point de vue du Parquet et sur le plan de la procédure pénale, le recours à la médiation demeure une mesure d'administration qui donne lieu à une décision de classement prise par le procureur. Cette médiation a le mérite cependant d'ouvrir un espace de négociation (29). Il faut ainsi distinguer l'acte proprement dit de recours à la médiation qui est l'expression du pouvoir conféré au procureur par l'article 41, dernier alinéa, et l'accord conclu entre le délinquant et la victime assimilable à une transaction.

Sous une apparente simplicité, le texte suscite donc des difficultés d'application non négligeables, ce qui permet de contester implicitement une certaine opinion qui voit dans les procédures transactionnelles un moyen d'éviter facilement les pièges d'un procès.

(29) Cf. l'expression de P. Lascoumes, C. Barberger et a., *op. cit.*, note (6), p. 180.

Document n° 8

SECTION VIII DE LA COMPARUTION SUR RECONNAISSANCE PRÉALABLE DE CULPABILITÉ

(L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 137-I, entrant en vigueur le 1^{er} oct. 2004)

RÉP. PÉN. v° Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, par MOULINS.

Art. 495-7 Pour les délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, le procureur de la République peut, d'office ou à la demande de l'intéressé ou de son avocat, recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité conformément aux dispositions de la présente section à l'égard de toute personne convoquée à cette fin ou déférée devant lui en application des dispositions de l'article 393, lorsque cette personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés.

BIBL. ► MOULINS, *AJ pénal* 2003, p. 61 (plaidoyer pour le « plaider coupable » : des vertus d'une peine négociée).

Art. 495-8 Le procureur de la République peut proposer à la personne d'exécuter une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires encourues ; la nature et le quantum de la ou des peines sont déterminés conformément aux dispositions de l'article 132-24 du code pénal.

Lorsqu'est proposée une peine d'emprisonnement, sa durée ne peut être supérieure à un an ni excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue. Le procureur peut proposer qu'elle soit assortie en tout ou partie du sursis. Il peut également proposer qu'elle fasse l'objet d'une des mesures d'aménagement énumérées par l'article 712-6. Si le procureur de la République propose une peine d'emprisonnement ferme, il précise à la personne s'il entend que cette peine soit immédiatement mise à exécution ou si la personne sera convoquée devant le juge de l'application des peines pour que soient déterminées les modalités de son exécution, notamment la semi-liberté, le placement à l'extérieur ou le placement sous surveillance électronique.

Lorsqu'est proposée une peine d'amende, son montant ne peut être supérieur à celui de l'amende encourue. Elle peut être assortie du sursis.

Les déclarations par lesquelles la personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés sont recueillies, et la proposition de peine est faite par le procureur de la République, en présence de l'avocat de l'intéressé choisi par lui ou, à sa demande, désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats, l'intéressé étant informé que les frais seront à sa charge sauf s'il remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle. La personne ne peut renoncer à son droit d'être assistée par un avocat. L'avocat doit pouvoir consulter sur-le-champ le dossier.

La personne peut librement s'entretenir avec son avocat, hors la présence du procureur de la République, avant de faire connaître sa décision. Elle est avisée par le procureur de la République qu'elle peut demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire connaître si elle accepte ou si elle refuse la ou les peines proposées.

Art. 495-9 Lorsque, en présence de son avocat, la personne accepte la ou les peines proposées, elle est aussitôt présentée devant le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui, saisi par le procureur de la République d'une requête en homologation.

Le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui entend la personne et son avocat [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-492 DC du 2 mars 2004]. Après avoir vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique, il peut décider d'homologuer les peines proposées par le procureur de la République. Il statue le jour même par ordonnance motivée. En cas d'homologation, cette ordonnance est lue en audience publique.

Art. 495-10 Lorsque la personne demande à bénéficier, avant de se prononcer sur la proposition faite par le procureur de la République, du délai prévu au dernier alinéa de l'article 495-8, le procureur de la République peut la présenter devant le juge des libertés et de la détention pour que celui-ci ordonne son placement sous contrôle judiciaire ou, à titre exceptionnel et si l'une des peines proposées est égale ou supérieure à deux mois d'emprisonnement ferme et que le procureur de la République a proposé sa mise à exécution immédiate, son placement en détention provisoire, selon les modalités prévues par le dernier alinéa de l'article 394 ou les articles 395 et 396, jusqu'à ce qu'elle comparaisse de nouveau devant le procureur de la République. Cette nouvelle comparution doit intervenir dans un délai compris entre dix et vingt jours à compter de la décision du juge des libertés et de la détention. A défaut, il est mis fin au contrôle judiciaire ou à la détention provisoire de l'intéressé si l'une de ces mesures a été prise.

Art. 495-11 L'ordonnance par laquelle le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui décide d'homologuer la ou les peines proposées est motivée par les constatations, d'une part, que la personne, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte la ou les peines proposées par le procureur de la République, d'autre part, que cette ou ces peines sont justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.

L'ordonnance a les effets d'un jugement de condamnation. Elle est immédiatement exécutoire. Lorsque la peine homologuée est une peine d'emprisonnement ferme, la personne est, selon les distinctions prévues au deuxième alinéa de l'article 495-8, soit immédiatement incarcérée en maison d'arrêt, soit convoquée devant le juge de l'application des peines, à qui l'ordonnance est alors transmise sans délai.

Dans tous les cas, elle peut faire l'objet d'un appel de la part du condamné, conformément aux dispositions des articles 498, 500, 502 et 505. Le ministère public peut faire appel à titre incident dans les mêmes conditions. A défaut, elle a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée.

Art. 495-12 Lorsque la personne déclare ne pas accepter la ou les peines proposées ou que le président du tribunal de grande instance ou son délégué rend une ordonnance de refus d'homologation, le procureur de la République saisit, sauf élément nouveau, le tribunal correctionnel selon l'une des procédures prévues par l'article 388 ou requiert l'ouverture d'une information.

Lorsque la personne avait été déférée devant lui en application des dispositions de l'article 393, le procureur de la République peut la retenir jusqu'à sa comparution devant le tribunal correctionnel ou le juge d'instruction, qui doit avoir lieu le jour même, conformément aux dispositions de l'article 395 ; si la réunion du tribunal n'est pas possible le jour même, il est fait application des dispositions de l'article 396. Les dispositions du présent alinéa sont applicables y compris si la personne avait demandé à bénéficier d'un délai et avait été placée en détention provisoire en application des dispositions des articles 495-8 et 495-10.

Art. 495-13 Lorsque la victime de l'infraction est identifiée, elle est informée sans délai, par tout moyen, de cette procédure. Elle est invitée à comparaître en même temps que l'auteur des faits, accompagnée le cas échéant de son avocat, devant le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui pour se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice. Le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui statue sur cette demande, même dans le cas où la partie civile n'a pas comparu à l'audience, en application de l'article 420-1. La partie civile peut faire appel de l'ordonnance conformément aux dispositions des articles 498 et 500.

Si la victime n'a pu exercer le droit prévu à l'alinéa précédent, le procureur de la République doit l'informer de son droit de lui demander de citer l'auteur des faits à une audience du tribunal correctionnel statuant conformément aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 464, dont elle sera avisée de la date, pour lui permettre de se constituer partie civile. Le tribunal statue alors sur les seuls intérêts civils, au vu du dossier de la procédure qui est versé au débat.

Art. 495-14 A peine de nullité de la procédure, il est dressé procès-verbal des formalités accomplies en application des articles 495-8 à 495-13.

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.

Art. 495-15 Le prévenu qui a fait l'objet, pour l'un des délits mentionnés à l'article 495-7, d'une citation directe ou d'une convocation en justice en application des dispositions des articles 390 ou 390-1 peut, soit lui-même, soit par l'intermédiaire de son avocat, indiquer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée au procureur de la République qu'il reconnaît les faits qui lui sont reprochés et demander l'application de la procédure prévue par la présente section.

Dans ce cas, le procureur de la République peut, s'il l'estime opportun, procéder conformément aux dispositions des articles 495-8 et suivants, après avoir convoqué

le prévenu et son avocat ainsi que, le cas échéant, la victime. La citation directe ou la convocation en justice sont alors caduques, sauf si la personne refuse d'accepter les peines proposées ou si le président du tribunal de grande instance ou le juge délégué par lui refuse de les homologuer lorsque l'un ou l'autre de ces refus intervient plus de dix jours avant la date de l'audience devant le tribunal correctionnel mentionnée dans l'acte de poursuite initial.

Le procureur de la République, lorsqu'il décide de ne pas faire application des dispositions des articles 495-8 et suivants, n'est pas tenu d'en aviser le prévenu ou son avocat.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux personnes renvoyées devant le tribunal correctionnel par le juge d'instruction.

Art. 495-16 Les dispositions de la présente section ne sont applicables ni aux mineurs de dix-huit ans ni en matière de délits de presse, de délits d'homicides involontaires, de délits politiques ou de délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale.

Une consécration du « plea bargaining » à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999

Jean PRADEL,
professeur à la faculté de droit de Poitiers,
directeur de l'Institut de sciences criminelles.

La composition pénale, nouvelle institution de notre procédure répressive, est le dernier élément d'une longue évolution largement façonnée par la pratique⁽¹⁾. Pendant longtemps, le ministère public, saisi d'une infraction, n'avait le choix qu'entre poursuivre ou classer sans suite⁽²⁾. Une première réforme législative vint d'une loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 (art. 41 *in fine* c. pr. pén.) (D. 1993, Lég. p. 134) qui institua la médiation pénale par l'effet de laquelle un tiers était désigné par le parquet, avec mission de réconcilier auteur des faits et victimes, en fait grâce à une réparation du dommage dont la réalisation entraînait le classement sans suite de l'affaire⁽³⁾. Et voici qu'une loi du 23 juin 1999 (D. 1999, Lég. p. 311) officialise d'autres alternatives à la poursuite comme le rappel à la loi⁽⁴⁾ et la réparation du dommage (art. 41-1 c. pr. pén.) et surtout institue une vraie nouveauté : il s'agit de la composition pénale qui permet au procureur de la République d'offrir au délinquant ayant plaidé coupable d'exécuter une mesure contre l'extinction de l'action publique, un juge devant valider l'accord.

A vrai dire, la composition pénale est la suite d'un premier échec législatif. En décembre 1994, le législateur avait adopté l'injonction pénale qui « pour mordre sur le classement sans suite en accroissement constant »⁽⁵⁾ avait donné au procureur de la République le pouvoir d'inviter l'auteur des faits — avec son accord — à exécuter certaines mesures comme le versement d'une somme d'argent au Trésor public « s'il lui apparaissait que cette procédure était susceptible de mettre fin au trouble résultant de l'infraction, de prévenir le renouvellement de celle-ci et d'assurer... la réparation du dommage causé à la victime » (art. 48-1 c. pr. pén.). L'exécution de la mesure entraînait l'extinction de l'action publique. Mais cette procédure fut annulée par le Conseil constitutionnel suivant décision n° 95-360 DC du 2 févr. 1995 (D. 1997, Somm. p. 130, obs. T.S. Renoux), essentiellement au motif qu'elle

méconnaissait le principe de séparation de la poursuite et du jugement, le parquet prononçant une sorte de peine, et par là portant atteinte aux libertés individuelles. L'argument ne convainc qu'à demi car la peine est imposée à un délinquant et figure à son casier judiciaire. Avec l'injonction pénale, l'auteur des faits devait donner son accord et la mesure ne figurait pas à son casier judiciaire⁽⁶⁾. Mais comme le principe de la réforme était bon — donner une réponse pénale à des faits qu'on ne pouvait classer tout en évitant d'alourdir des audiences — le législateur reprit le dossier et, tenant compte de l'opinion du juge constitutionnel, créa la composition pénale⁽⁷⁾ avec la loi du 23 juin 1999⁽⁸⁾. De cette nouvelle institution⁽⁹⁾, on examinera le domaine, le contenu et la procédure (art. 41-2 et 41-3 c. pr. pén. respectivement consacrés aux délits et aux contraventions).

I. Le domaine de la composition pénale

Institution fondée sur un motif d'efficacité, la composition pénale doit concerner un assez grand nombre d'infractions, du moins d'infractions simples dans leur structure. C'est pourquoi le législateur a retenu un bon nombre de délits et même, malgré la préexistence de l'ordonnance pénale, quelques contraventions, à la seule condition qu'ils aient pour auteur une personne majeure⁽¹⁰⁾.

A — L'art. 41-2 c. pr. pén. énumère les délits justiciables de la composition pénale. Il s'agit de délits qui juridiquement sont punis au maximum d'une peine de trois ans d'emprisonnement (et souvent moins) et qui sociologiquement font

(1) Pour une vue d'ensemble, V. M.-E. Cartier, *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale*, RGDP, 1998, p. 1.

(2) Même si, dans l'application quotidienne, beaucoup de parquets subordonnaient le classement sans suite à la réparation du préjudice par l'auteur des faits.

(3) On a parlé de « troisième voie », entre poursuite et classement immédiat. Tous les rapports en soulignent les bienfaits, V. en dernier lieu rapport L. Mermaz fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 1328, 20 janv. 1999, qui note que depuis 1993 le nombre des médiations pénales est passé de 22 000 à 48 000, p. 7.

(4) Le rappel à la loi avait déjà été recommandé en matière de toxicomanie par diverses circulaires, des 17 mai 1978, 17 sept. 1984 et 12 mai 1987, cette dernière parlant « d'avertissement ».

(5) Rapport au nom de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 1427, 22 juin 1994, p. 11.

(6) Mais à un registre national des injonctions, pendant cinq ans. Sur la critique de la décision du Conseil constitutionnel, V. J. Pradel, *D'une loi avortée à un projet nouveau sur l'injonction pénale*, D. 1995, Chron. p. 171, not. n° 4.

(7) On observera les hésitations sémantiques du législateur. Lors de la genèse de la loi avortée de 1994, on avait utilisé successivement les expressions « transaction pénale », « composition pénale » et « injonction pénale ». Le projet de loi du 14 mai 1998 — qui devait aboutir à la loi du 23 juin 1999 — parlait de « compensation judiciaire » et le législateur, à la demande du Sénat, en revint à la... composition pénale !

(8) Qui au titre suggestif de « loi renforçant l'efficacité de la procédure pénale » traite aussi du juge unique en matière correctionnelle, du jugement des contraventions, des enquêtes, de l'instruction et de l'entraide judiciaire internationale. Mais de cette loi, le plus important reste sans contester la partie relative à la composition pénale, d'ailleurs traitée à l'art. 1^{er}.

(9) Elle est vraiment nouvelle car, à la différence des autres alternatives, elle ne s'appuie sur aucune pratique antérieure.

(10) La non-application de cette procédure aux mineurs s'explique par les nombreuses possibilités déjà offertes par l'ordonnance du 2 févr. 1945 sur l'enfance délinquante.

partie de ou correspondent à la « délinquance urbaine »⁽¹¹⁾, l'énumération comporte en effet les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail de plus de huit jours (art. 222-11 c. pén.), même si elles sont accompagnées de l'une des circonstances aggravantes indiquées à l'art. 222-13 du même code⁽¹²⁾, les appels téléphoniques malveillants (art. 222-16 c. pén.), les menaces (art. 222-17) y compris celles faites avec ordre ou sous condition (art. 222-18, al. 1^{er}), l'abandon de famille (art. 227-3), certaines atteintes à l'exercice de l'autorité parentale (art. 227-5 à 227-7, 227-9 à 227-11), le vol simple (art. 311-3), la filouterie (art. 313-5), le détournement de gage ou d'objet saisi (art. 314-5 et 314-6), les destructions et dégradations simples (art. 322-1 et 322-2), les menaces de destruction, de dégradation et les fausses alertes (art. 322-12 à 322-14), les outrages à personne chargée d'une mission de service public et la rébellion (art. 433-5 à 433-7), les sévices graves à animaux (art. 521-1) et la détention irrégulière d'une arme de la 1^{re} ou de la 4^e catégorie ainsi que le port sans motif légitime d'une arme de la 6^e catégorie (art. 28 et 32, 2^e, Décr. L. 18 avr. 1939 sur le régime des matériels de guerre, armes et munitions).

Tous ces délits étaient déjà prévus dans le projet de loi, mais qui ne visait qu'eux. Or au cours du débat parlementaire deux autres délits ont été ajoutés, non sans d'après discussions. C'est d'abord l'usage de stupéfiant (art. L. 628 c. santé publ.) : cette adjonction doit être approuvée car ce délit est peu poursuivi — 2 979 condamnations en 1996 et 3 368 en 1997 — et l'on peut penser que la composition pénale apportera plus souvent une réponse pénale à cette infraction⁽¹³⁾. C'est ensuite le délit de conduite sous l'empire d'un état alcoolique (art. L.-1^{er} c. route). Certains ont eu peur qu'en introduisant ce délit on affaiblisse la répression, surtout à une époque où le gouvernement met tout l'accent sur la délinquance routière⁽¹⁴⁾. C'est oublier que, grâce à la composition pénale, on peut espérer alléger grandement les audiences dont parfois le tiers des affaires sont consacrées à ce genre de délit, chaque affaire de conduite sous alcool étant d'ailleurs « expédiée » en trois ou quatre minutes !

B — L'art. 41-3 c. pr. pén. énumère de son côté quelques *contraventions* auxquelles peut s'appliquer la composition pénale : ce sont les violences et dégradations contraventionnelles (art. R. 624-1, R. 625-1 et R. 635-1 c. pén.).

On s'étonnera que le législateur de 1999 ait étendu la composition pénale à des contraventions pour lesquelles son devancier du 3 janv. 1972 avait déjà institué la procédure simplifiée d'ordonnance pénale. C'est oublier que l'ordonnance pénale ne permet que le prononcé d'une amende (art. 525, al. 2, c. pr. pén.) alors que par le biais de la composition pénale, les mesures applicables sont plus nombreuses : le contenu de la composition pénale est en effet varié.

(11) Exposé des motifs du projet de loi du 14 mai 1998, p. 2. Ce qui correspond sensiblement au « contentieux de masse », à la « délinquance de masse », expression utilisée par L. Mermaz, rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 1328, 20 janv. 1999, p. 5.

(12) Si les violences sont accompagnées de deux ou trois circonstances aggravantes prévues à l'art. 222-13, la composition pénale ne peut plus s'appliquer : en effet l'art. 42-1 c. pr. pén. vise les circonstances prévues à l'art. « 222-13 (1^{er} à 10^{es}) », partie de l'article qui n'en vise qu'une à la fois, et le cumul de circonstances est prévu après cette énumération des circonstances ; en outre le cumul aboutit à des peines de sept voire dix ans d'emprisonnement alors que la composition pénale ne s'applique plus au-delà de trois ans.

(13) Rapport P. Fauchon au nom de la commission sénatoriale des lois, n° 336, 5 mai 1999, p. 5.

(14) Rapport L. Mermaz, au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 1607, 19 mai 1999, *passim*.

II. Le contenu de la composition pénale

Les art. 41-2 c. pr. pén. (pour les délits) et 41-3 du même code (pour les contraventions) énumèrent une série de mesures qu'il convient d'énumérer et dont il faut rechercher la nature.

A — L'énumération des mesures témoigne d'un certain effort du législateur.

1 — Parmi les mesures énumérées, l'une se détache, c'est l'amende de composition versée au Trésor public. Alors que dans la médiation pénale, l'auteur des faits verse une somme à la victime, à titre de dommages-intérêts, dans la composition pénale, il verse une somme à l'État, à titre de compensation du dommage qu'il a causé à la société.

En matière correctionnelle, le montant ne peut excéder ni 25 000 F, ni la moitié du maximum encouru. Il est fixé « en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne » (art. 41-2, al. 1^{er}-1^o, c. pr. pén.), expression rappelant celle utilisée par l'art. 132-24 c. pén. pour l'amende. En outre, le versement de cette somme peut être échelonné par le parquet selon un échéancier qu'il fixe à l'intérieur d'une période d'un an (art. 41-2, al. 1^{er}, 1^o, c. pr. pén.)⁽¹⁵⁾.

En matière contraventionnelle, le montant ne peut excéder 5 000 F ni la moitié du maximum encouru. Mais l'art. 41-3 ne reprend pas les autres dispositions sur la fixation de la somme et les modalités de son versement. Cependant on admettra *mutatis mutandis* qu'elles s'appliquent.

2 — Trois autres mesures sont prévues dans l'énumération de l'art. 41-2 sur les délits :

— Le dessaisissement « au profit de l'État de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit », expression très proche de celle de l'art. 131-21 c. pén. sur la confiscation ;

— La remise « au greffe du tribunal de grande instance du permis de conduire ou du permis de chasser, pour une période maximale de quatre mois » ;

— L'exécution « au profit de la collectivité d'un travail non rémunéré pour une durée maximale de soixante heures, dans un délai qui ne peut être supérieur à six mois »⁽¹⁶⁾.

L'art. 41-3, relatif aux contraventions, ne retient que la remise du permis de conduire ou de chasser pour deux mois et le travail non rémunéré pour trente heures dans un délai de trois mois.

3 — Si la victime est identifiée, 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 » (art. 41-2, al. 2, c. pr. pén.). Le fait que le mot dommage soit au pluriel signifie que ce sont tous les dommages qui doivent être réparés, matériels aussi bien que corporels et moraux.

Cette disposition n'est pas reproduite à l'art. 41-3. On peut pourtant, là encore, penser qu'elle s'applique aussi aux contraventions.

B — Quelle est la *nature des mesures* retenues par la loi ? Le mot « mesures » évoque immédiatement l'expression de mesures de sûreté et l'on peut considérer que les mesures des art. 41-2 et 41-3 ont bien un objectif de prévention.

Ce qui est sûr également, c'est que les mesures ne sont pas exactement des peines. La terminologie n'est pas celle des

(15) Le montant de la composition a donné lieu à discussion, le projet de loi ayant prévu le chiffre, manifestement insuffisant, de 10 000 F.

(16) On observera qu'en cas de conduite sous l'empire d'un état alcoolique le tribunal correctionnel peut prononcer la suspension du permis de conduire et le travail d'intérêt général (art. L. 14 et L. 1-1 c. route), ce qui rapproche — l'emprisonnement mis à part — la procédure de poursuite de celle de la composition pénale, rapport P. Fauchon au nom de la commission sénatoriale des lois, n° 336, 5 mai 1999, p. 8.

peines. La loi ne parle pas d'amende (mais d'amende de composition), de confiscation (mais de dessaisissement), de travail rémunéré (mais pas de travail d'intérêt général). Ces mesures ne peuvent pas être des peines puisque les peines sont prononcées par une juridiction de jugement, ce qui n'est pas le cas ici⁽¹⁷⁾.

De toutes façons, les mesures sont des sanctions punitives et c'est parce qu'elles ont un caractère punitif que leur prononcé est soumis à une certaine procédure.

III. La procédure de la composition pénale

Trois principes directeurs doivent d'emblée être rappelés. Premièrement, la composition pénale — qui, faut-il le rappeler, est une alternative aux poursuites — ne peut plus être appliquée dès lors que l'action publique a été mise en mouvement par le parquet ou la victime ; d'où il résulte que celle-ci, en délivrant une citation directe ou en se constituant partie civile devant le juge d'instruction avant que le parquet n'ait engagé la procédure de composition pénale, en interdit le développement. Deuxièmement, la composition pénale implique la reconnaissance des faits par celui qui en a été l'auteur. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de cette technique que d'éviter des audiences, présumées inutiles, lorsque des aveux ont déjà été passés⁽¹⁸⁾. Troisièmement, enfin, la procédure nouvelle n'est jamais obligatoire pour le parquet⁽¹⁹⁾. Si, néanmoins, le parquet opte en faveur de la composition pénale, la procédure se déroule en trois stades.

A — La procédure de composition pénale commence par une proposition du parquet à l'auteur des faits. Le procureur peut notifier lui-même la proposition à l'intéressé ou en charger un officier de police judiciaire, ce qui rend cette procédure compatible avec le « traitement direct » des affaires. Cela dit, l'institution nouvelle est assez souple en même temps que respectueuse de tous les intérêts en cause.

Dans l'intérêt de la société, en effet, le parquetier choisit librement la mesure qui lui paraît la meilleure, pouvant même en cumuler deux ou plusieurs.

Dans l'intérêt de la victime, on rappellera que le magistrat du parquet doit proposer à l'auteur de réparer les dommages causés par lui, et cela dans un délai de six mois au maximum.

Enfin, dans l'intérêt de l'auteur des faits, la loi de 1999 a posé plusieurs règles. Afin que l'auteur soit bien informé du contenu de la proposition, celle-ci doit être écrite et signée du parquetier, devant préciser la nature et le quantum des mesures proposées. Afin que l'auteur puisse donner un consentement libre et éclairé, le parquetier ne peut, à peine de nullité, lui notifier la proposition pendant une période de garde à vue⁽²⁰⁾ et il doit — sans que la nullité soit cette fois prévue — lui indiquer qu'il peut se faire assister par un avocat avant de donner son accord à la proposition, l'accord étant recueilli par procès-verbal. Si l'auteur des faits ne donne pas son accord, la procédure de composition pénale s'arrête et le parquetier pourra poursuivre⁽²¹⁾. Si au contraire il le donne⁽²²⁾, c'est la seconde phase qui s'ouvre.

B — La procédure se poursuit par la saisine d'un juge (le président du tribunal de grande instance en cas de délit, le juge d'instance en cas de contravention) aux fins de validation de la proposition. Et c'est ici qu'apparaît la grande différence entre l'injonction pénale qui ne faisait pas intervenir de juge et la composition pénale qui en fait intervenir un. A vrai dire, le législateur de 1999 avait le choix entre trois partis : étendre l'ordonnance pénale aux petits délits⁽²³⁾, ce qui aurait fait apparaître nécessairement un juge, mais ce qui aurait abouti à une sorte de banalisation des délits spécifiés ; offrir au délinquant mécontent la possibilité d'exercer un recours auprès d'un juge, ce qui aurait allégé la procédure car il y aurait eu, comme en matière d'ordonnance pénale, peu de recours⁽²⁴⁾ ; enfin obliger le parquet à saisir systématiquement un juge de sa proposition. On sait que le législateur de 1999 a retenu ce dernier parti pour éviter toute discussion sur la portée de la décision du Conseil constitutionnel du 2 févr. 1995.

Trois règles caractérisent la seconde phase. D'abord, de la saisine du juge, le procureur informe l'auteur des faits et, le cas échéant, la victime. Ensuite, le juge peut, avant de se décider, entendre l'auteur et la victime, assistés le cas échéant de leur avocat⁽²⁵⁾, ces auditions étant même de droit s'ils le veulent. Tout cela est bien lourd : s'il est légitime de laisser à l'auteur et à la victime un délai pour consulter un avocat, il n'est pas certain qu'il faille le faire entrer officiellement dans la procédure. Enfin, troisième règle, le juge pratique la politique du tout ou rien : soit il valide la proposition (ce qui la rend exécutoire), soit il la rejette (ce qui la rend caduque et permet au parquet de poursuivre, s'il le désire). Mais le juge ne peut jamais modifier la proposition du parquet. La décision du juge est notifiée à l'auteur et à la victime. Elle est insusceptible de recours.

Imaginons que le juge ait validé la proposition, ce qui sera le cas le plus fréquent. Alors s'ouvre la troisième phase.

C — Cet ultime moment procédural est dominé par le comportement de l'auteur⁽²⁶⁾.

1 — Ou bien celui-ci exécute correctement la proposition validée, alors l'action publique est éteinte⁽²⁷⁾. Et, quoique l'art. 41-2 n'en dise rien, le casier judiciaire de l'auteur ne portera pas la trace de cette décision : en effet les articles du Code de procédure pénale sur le casier judiciaire (art. 768 s.) n'ont pas été modifiés et la décision validée n'est pas juridiquement une condamnation puisque l'action publique n'a pas été mise en mouvement. Tout au plus, la décision fera l'objet d'un enregistrement au bureau d'ordre de la juridiction, ce qui permettra au parquet d'être informé des antécédents concernant la personne visée dans un procès-verbal d'enquête⁽²⁸⁾.

Les droits de la victime sont sauvegardés car si elle n'a pas été indemnisée dans le cadre de la composition pénale, elle peut lancer une citation directe devant le tribunal correctionnel (ou de police) qui « ne statue alors que sur les seuls intérêts civils » (art. 41-2, al. 9, c. pr. pén.) : c'est logique puisque l'action publique n'a pas été mise en mouvement,

(17) D'ailleurs, la décision contenant la mesure ne figure pas au casier judiciaire alors que les décisions contenant des peines y figurent.

(18) Art. 41-2, al. 1^{er}, c. pr. pén. La reconnaissance aura eu lieu par hypothèse au cours de l'enquête de police. Si les aveux sont équivoques, la composition pénale est exclue.

(19) Qui peut toujours préférer une autre alternative, la poursuite, voire le classement « sec » ou traditionnel.

(20) Le gardé à vue est une personne fragile et c'est bien pourquoi la Chambre criminelle se montre de plus en plus stricte sur le déroulement de la garde à vue.

(21) Ou mettre en œuvre une autre alternative, ce qui sera cependant peu fréquent.

(22) La loi ne fixe aucun délai dans lequel le délinquant doit donner son accord. Mais il résulte indirectement de l'art. 41-2, al. 8, c. pr. pén. que c'est le procureur qui fixe ce délai.

(23) J. Volff, Un coup pour rien, D. 1995, Chron. p. 201, favorable à cette conception.

(24) En ce sens, J. Pradel, chron. préc., n° 5.

(25) Il faut admettre aussi, malgré le silence du texte, la possible présence du représentant du parquet.

(26) L'auteur sera surveillé par des délégués du procureur et dont on peut penser que l'habilitation sera régie par un décret d'application, un tel texte étant prévu par l'art. 41-2 *in fine* c. pr. pén.

(27) A l'inverse des autres alternatives aux poursuites qui se traduisent juridiquement par un classement sans suite pouvant être remis en cause jusqu'à la prescription de l'action publique.

(28) Ce qui pourra dicter le choix du parquetier : en cas de précédent relatif à une composition pénale, le magistrat sera enclin à opter pour une « vraie » poursuite.

mais également étrange car habituellement l'action civile, quand elle est exercée, est associée à l'action publique⁽²⁹⁾.

2 — Ou bien l'auteur des faits n'exécute pas ou pas intégralement les mesures prévues, le procureur « apprécie la suite à donner à la procédure » (art. 41-2, al. 7, c. pr. pén.), ce qui signifie qu'il peut engager des poursuites et c'est ce qu'il fera en général. S'il y a poursuite et condamnation, il sera tenu compte du travail déjà accompli et des sommes déjà versées.

Pour déjouer les calculs d'un délinquant qui aurait accepté la proposition et qui n'exécuterait pas les mesures avec l'espoir que la justice ne pourrait plus l'inquiéter pour cause de prescription, l'article 41-2, al. 8, c. pr. pén. dispose opportunément que la prescription de l'action publique est suspendue entre la date de la proposition de la composition pénale et la date d'expiration de son délai d'exécution. Ainsi le délinquant ne peut espérer aucun salut du côté de la prescription en laissant traîner les choses.

*
* *

La morale de la composition pénale est triple.

En premier lieu, cette nouvelle institution consacre la promotion de l'aveu. Pour la première fois, l'aveu — l'art. 41-2 parle de l'auteur « qui reconnaît avoir commis... » — entraîne des effets juridiques, et même sans qu'il se coule dans l'habit d'une audience. Notre droit consacre ainsi le fameux plaidoyer de culpabilité qui évoque le *plea bargaining* américain, mais qui ne s'identifie pas à lui : qui s'en rapproche puisque dans les deux cas le débat probatoire d'audience est exclu ; mais

(29) Il y a pourtant un beau cas de dissociation : après relaxe du prévenu, absence d'appel du ministère public, mais appel de la partie civile, la chambre des appels correctionnels n'est saisie que de l'action civile, art. 497, 3°, c. pr. pén., et Cass. crim., 7 août 1951, D. 1951, Jur. p. 671.

qui s'en distingue car il ne comporte aucune négociation entre poursuivant et délinquant alors que la discussion est au cœur de l'institution nord-américaine⁽³⁰⁾. Dans la composition pénale, il y a certes transaction⁽³¹⁾, le parquet abandonnant la poursuite et l'auteur des faits renonçant à faire proclamer son innocence, mais, répétons-le, il n'y a pas de discussion sur la nature et le quantum des mesures retenues. Et heureusement !

En second lieu — et ceci découle de ce qui vient d'être dit — le ministère public voit son rôle accru : c'est en effet lui qui décide des mesures — sous réserve il est vrai de l'aval du juge — et c'est donc lui qui, en amont, décide d'utiliser ou non la composition pénale. Et plus généralement cet accroissement de pouvoir se traduit par la diversification des réponses que peut donner le parquet à la commission d'une infraction (art. 41-1 et 41-2, al. 1^{er}, c. pr. pén.). Avec la constitutionnalisation du ministère public⁽³²⁾, la montée des pouvoirs de celui-ci est la seconde donnée majeure concernant le parquet ces dernières années.

En troisième lieu enfin, grâce à la composition pénale, on peut espérer une légère régression du nombre des classements sans suite et une accélération du traitement des affaires malgré la trop grande lourdeur de l'institution. A la suite d'un essai manqué de peu en 1994, puis grâce à un coup au but en 1999, le législateur est parvenu à doter notre justice d'un assez bon instrument. « Cent fois sur le métier, remettez votre ouvrage »... ■

(30) *To bargain* veut dire négocier. Notre composition pénale est plus proche du *patteggiamento* italien (où il n'y a pas de négociation entre les parties) que du *plea bargaining*, très proche également de techniques existant aux Pays-Bas et en Belgique, V. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 1995, n° 435.

(31) On peut parler de consensualisme, V. J. Pradel, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, Boletim da Faculdade de direito de Coimbra, 1988, p. 1.

(32) V. par ex. Cons. const., Décis. n° 93-326 DC du 11 août 1993, RJC 1994, I, n° 339, selon laquelle les membres du ministère public font partie de l'autorité judiciaire.

VERS UN « AGGIORNAMENTO » DES RÉPONSES DE LA PROCÉDURE PÉNALE À LA CRIMINALITÉ

APPORTS DE LA LOI N° 2004-204 DU 9 MARS 2004 DITE PERBEN II

Première partie

Étude

par Jean PRADEL,
Agrégé des Facultés de droit,
Ancien juge d'instruction

2 La gradation de la réponse pénale

15 - Peu à peu, depuis quelques décennies, le législateur était en train de nous accoutumer à l'idée que les moyens procéduraux doivent ou peuvent varier en fonction de la gravité des faits (31). Or la loi de mars 2004 systématisait ce concept de gradation dont n'existaient auparavant que des pièces éparses.

Cette systématisation est dans la logique de la loi qui consacre l'idéal d'une nécessaire réponse à l'infraction. Il est bien évident que les instruments juridiques à la disposition des enquêteurs et des magistrats sont moins lourds pour découvrir l'auteur d'un vol de poule que pour démasquer des terroristes, proxénètes ou trafiquants de drogue - cette trinité dans l'abject - qui sont organisés, hiérarchisés, pourvus de complices et de comparses, et finalement difficiles à saisir. C'est ainsi qu'à côté des procédures applicables aux infractions ordinaires (sensiblement modifiées par la loi de 2004), apparaissent des règles « particulières » (32) aux faits de criminalité organisée.

A - Les réponses à la criminalité ordinaire

16 - L'expression de criminalité ordinaire est vague et elle n'apparaît d'ailleurs pas dans la loi. À partir de diverses dispositions, on peut cependant distinguer diverses réponses procédurales selon la gravité des infractions. Si les faits sont vraiment bénins, le procureur pourra se contenter d'un rappel à la loi (33). Au delà, et selon une échelle de gravité croissante, existent désormais des règles en partie différentes (34).

1° Affaires non sérieuses : la médiation pénale

17 - La médiation est trop connue pour qu'il faille la décrire ici. Il faut seulement rappeler que le législateur de 2004 tire expressément les conséquences d'une décision de médiation en fonction de l'attitude de l'auteur des faits, ce qui n'était pas inscrit dans la loi auparavant. Le 5°, relatif à la médiation, de l'article 41-1 du Code de procédure pénale est complété par deux dispositions : 1° en cas de réussite de la médiation, un procès-verbal est dressé et la victime peut demander des dommages-intérêts selon la procédure d'injonction de payer ; 2° en cas d'inexécution de la mesure « en raison du comportement de l'auteur des faits, le procureur de la République, sauf élément nouveau, met en oeuvre une composition pénale ou engage des poursuites ». Ce qui signifie que le mauvais vouloir du délinquant (35) rend après coup son geste plus sérieux et justifie une réaction judiciaire plus forte dans une perspective de certitude de la sanction.

(31) V. par ex. la durée de la détention provisoire.

(32) Cet adjectif est utilisé par le législateur de 2004. Ainsi dans le titre I sur les formes nouvelles de délinquance et de criminalité, une section du premier chapitre est intitulée « Dispositions relatives à la procédure particulière applicable à la délinquance et à la criminalité organisée ».

(33) Comme les vols à l'étalage commis par des primo-délinquants. Circ., Ministère de la Justice, 16 mars 2004, p. 8.

(34) Une part d'arbitraire dans le choix du parquet.

(35) Qui est statistiquement assez considérable, tournant autour de 45 %.

2° Affaires moyennement sérieuses : la composition pénale

18 - Créée par une loi n° 99-515 du 23 juin 1999 pour des affaires qui auraient pu donner lieu à une citation en correction-

nelle, la composition pénale fait l'objet pour l'essentiel d'une double retouche par le législateur de 2004 (CPP, art. 41-2) (36).

D'une part, dans un souci de personnalisation de la mesure, le procureur de la République voit augmenter la palette de ses possibilités : « aux cinq mesures déjà prévues (amende de composition, notamment), le législateur en ajoute, s'agissant des délits (37), six autres comme l'interdiction de rencontrer la victime ou les coauteurs ou comme l'obligation de remettre le véhicule aux fins d'immobilisation.

En marge de ces modalités, la loi de 2004 dispose que l'auteur des faits peut s'engager à verser à la victime des dommages-intérêts, ce que ne prévoyait pas la loi auparavant. En cas d'un tel engagement, la victime peut, au vu de l'ordonnance de validation, demander le recouvrement de la somme suivant la procédure d'injonction de payer.

D'autre part, si l'auteur des faits n'accepte pas la composition pénale ou si après acceptation, il n'exécute pas intégralement les mesures décidées, le procureur met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau (CPP, art. 41-2 al. 12) ce qui témoigne là encore d'une plus grande gravité de la faute de l'auteur des faits, du fait de son comportement postérieur. Avant la loi de 2004, dans ces cas, le magistrat du parquet « appréciait la suite à donner à la procédure ». Désormais le principe est donc celui de la poursuite. À la composition pénale, cette alternative aux poursuites « renforcée » (38), va donc succéder une poursuite, par exemple selon la nouvelle procédure de plaider coupable, cette forme minorée de poursuite.

3° Affaires assez sérieuses : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

19 - On se trouve ici en face d'une des mesures phares de la loi de 2004, que, *brevitatis causa*, l'on appelle déjà le plaider coupable ou plaider de culpabilité.

(36) Avec la loi de 2004, l'institution ne s'applique plus à un nombre déterminé de délits, mais à tout délit puni d'une amende ou d'un emprisonnement ne dépassant pas cinq ans.

(37) Car la composition pénale est également applicable aux contraventions où la palette des possibilités offertes au procureur est bien moindre, V. CPP, art. 41-3.

(38) Selon l'expression de la circulaire du Ministère de la Justice, du 16 mars 2004, p. 8.

a) Description du droit positif

20 - **Principe directeur.** La matière est traitée aux articles 495-7 à 495-16 du Code de procédure pénale pour l'essentiel. L'idée générale est celle-ci : pour tout délit puni à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement ne dépassant pas cinq ans, la sanction infligée résulte d'un accord entre le procureur et l'auteur des faits, homologué ensuite par le président du tribunal de grande instance. Est ainsi consacré avec éclat le principe d'une sorte de consensualisme judiciaire dont notre droit connaît déjà un exemple (39) et qui fait flores à l'étranger, pas seulement en common law, mais aussi - quoique plus récemment - dans tous les pays d'Europe continentale (40).

Techniquement, la procédure comporte une phase initiale et des phases postérieures dont le sens varie selon la volonté des acteurs.

21 - **Phase initiale : comparution de l'auteur des faits devant le procureur de la République et offre de celui-ci (CPP, art. 495-8).** Le magistrat du parquet, en fait le substitut de permanence, reçoit à son cabinet l'auteur des faits qui lui est déféré (après garde à vue en général) ou qu'il a convoqué en vue de lui appliquer la procédure du plaidoyer de culpabilité ou encore qui se présente à lui sur sa demande. La procédure du plaider coupable peut même s'appliquer au prévenu ayant fait l'objet d'une citation directe ou d'une convocation en justice dès lors que la peine encourue ne dépasse pas cinq ans d'emprison-

nement : il suffit à ce prévenu d'adresser au procureur une lettre recommandée avec avis de réception dans laquelle il reconnaît les faits et demande l'application du plaider coupable ; mais le procureur reste libre de refuser ou d'accepter et, s'il accepte, il convoque le prévenu et son avocat ainsi que le cas échéant la victime (CPP, art. 495-15).

Aussitôt il lui propose « d'exécuter une ou plusieurs peines principales ou complémentaires encourues ». Cette offre, est faite en fonction du principe de personnalisation de la peine rappelé par l'article 132-24 du Code de procédure pénale. Mais la personnalisation n'est pas l'arbitraire car le pouvoir du parquetier est encadré comme suit : 1° Si le magistrat entend proposer à l'intéressé une peine d'emprisonnement, la durée de celle-ci ne peut dépasser un an ni excéder la moitié de la peine encourue. Il peut proposer un sursis partiel ou pour le tout et il peut aussi proposer que la peine fasse l'objet des mesures d'individualisation énumérées à l'article 712-6 du Code de procédure pénale (placement à l'extérieur, semi-liberté, placement sous surveillance électronique). S'il propose l'emprisonnement ferme, il précise à la personne s'il entend que cette peine soit mise immédiatement à exécution ou si la personne sera convoquée devant le juge de l'application des peines ; 2° Si le magistrat propose une peine d'amende, son montant ne peut être supérieur au maximum légal (41) et elle peut être assortie du sursis.

Procéduralement, le parquetier recueille les déclarations par lesquelles la personne reconnaît les faits et il fait son offre en présence de son avocat, le texte précisant même que la personne « ne peut renoncer à son droit d'être assistée par un avocat » (CPP, art. 495-8, al. 4) (42). L'avocat peut consulter le dossier sur le champ et l'intéressé peut s'entretenir avec lui hors la présence du parquetier avant de donner sa réponse. Le magistrat doit aviser la personne qu'elle peut demander à disposer de dix jours avant de faire connaître sa décision d'acceptation ou de refus.

22 - **Phases subséquentes : le schéma simple (souhaité par le législateur) (CPP, art. 495-9 à 495-11).** Si la personne accepte immédiatement l'offre du parquetier, elle le fait en présence de son avocat et elle est aussitôt présentée devant le président du tribunal qui est saisi par le parquetier d'une requête en homologation.

Le magistrat du siège tient une audience. Celle-ci est publique. Sans doute la loi votée définitivement avait prévu que l'audience avait lieu « en chambre du conseil » (43). Mais le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 2 mars 2004, a supprimé ces quatre mots en se fondant sur quatre articles de la Déclaration de 1789, les articles 6 (égalité des citoyens), 8 (peines strictement et évidemment nécessaires), 9 (présomption d'innocence) et 16 (garanties des droits) qui impliquent « qu'une décision pouvant conduire à une peine privative de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis-clos, faire l'objet d'une audience publique » (44) (cons. 117). De façon sous-jacente, on pense aussi à l'article 6, § 1 de la Convention EDH sur le procès équitable, qui pose le principe de la publicité de l'audience.

Au cours de l'audience, le juge vérifie « la réalité des faits et leur qualification juridique » (CPP, art. 495-9, al. 2). S'assurer de la réalité des faits conduit le juge à interroger l'intéressé sur les circonstances de l'infraction et à déterminer si ce dernier a bien reconnu les faits, ce qui est une des conditions d'emploi du

plaidoyer de culpabilité. S'assurer de la qualification juridique oblige le juge à vérifier que l'infraction n'est pas punie de plus de cinq ans d'emprisonnement et même à déterminer s'il n'y a pas une autre qualification mieux fondée en l'espèce et qui pourrait être punie de plus de cinq ans. Évidemment l'avocat est présent et peut prendre la parole.

Les débats terminés, le juge rend une ordonnance le jour même. Certes le juge n'est pas tenu d'homologuer (« Il peut décider d'homologuer » rappelle l'article 495-9, alinéa 2). Supposons que le juge accepte d'homologuer, plusieurs règles s'appliquent alors :

- Le juge ne peut pas modifier dans un sens ou dans l'autre la proposition du parquet (45). La solution est la même dans le cas de la composition pénale. Pas de discussion donc : à ceux qui avaient vu dans le plaidoyer de culpabilité une sorte de *plea bargaining*, on répondra qu'il y a *plea sans bargaining*.

- L'ordonnance d'homologation est motivée. L'article 495-9, alinéa 2 le rappelle de façon sèche et l'article 495-11 du Code de procédure pénale le répète, mais en ajoutant que la personne reconnaît les faits et accepte la peine proposée et en indiquant que la peine est justifiée « au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur », allusion transparente à l'article 132-24 du Code pénal. Motivation qui sera peut-être symbolique, ont pronostiqué les grincheux et qui n'auront pas toujours tort. Cependant c'est bien d'homologation qu'il s'agit et pas de validation comme dans le cas de la composition pénale. Il appartiendra au juge de remplir sa fonction autrement que par l'apposition d'une signature au bas d'une feuille de papier préparée. L'homologation à la différence de la simple validation implique la motivation, « un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité (46) ».

- L'ordonnance a les effets d'un jugement de condamnation. Elle est immédiatement exécutoire. Si l'homologation porte sur une peine d'emprisonnement, la personne est, soit immédiatement incarcérée, soit convoquée devant le juge de l'application des peines auquel l'ordonnance est alors transmise sans délai, selon la volonté du magistrat du parquet.

(39) CPP, art. 41-2 sur la composition pénale, dû à une loi du 23 juin 1999.

(40) J. Pradel, préc. note (26), n° 483.

(41) Ce qui est une incitation à privilégier l'amende puisqu'elle peut être prononcée dans son maximum légal.

(42) Le recueil des déclarations de l'intéressé et l'offre du magistrat donnent lieu à l'établissement d'un procès-verbal, et ce à peine de nullité de la procédure (CPP, art. 495-14).

(43) Ces mots figuraient à CPP, art. 495-9, al. 2.

(44) Const. const., déc. n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, cons. 117 ; préc. note (5).

(45) Rapp. J.-L. Waesmann, préc. note (8), p. 312.

(46) Cf. Cornu, Vocabulaire juridique, V° Homologation ; PUF, 2002, 3^e éd.

- Un appel est possible de la part du condamné (CPP, art. 495-11, al. 3). La règle peut étonner puisque le condamné est par hypothèse d'accord. Mais le législateur a voulu lui conférer une sorte de droit de repentir. Et du coup, en cas d'appel de sa part, le Ministère public peut faire appel aussi. À défaut d'appel, l'ordonnance a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée.

23 - Phases subséquentes : Les complications (envisagées par le législateur) (CPP, art. 495-10, 495-12 à 495-14). Le plaider de culpabilité ne peut aboutir à une décision d'homologation que si tous les partenaires sont d'accord. Le refus de l'auteur ou du juge est une première complication. L'existence d'une victime en constitue une autre.

- L'auteur peut parfaitement ne pas adhérer d'emblée à la proposition. Il peut d'abord user du délai de dix jours pour donner sa réponse (CPP, art. 495-8, al. 5) Le parquetier peut alors dans l'intérêt de l'ordre public, présenter la personne devant le juge des libertés et de la détention aux fins de placement sous contrôle judiciaire. Il peut même « à titre exceptionnel et si l'une des peines proposées est égale ou supérieure à deux mois d'emprisonnement ferme » et dès lors « que le procureur a proposé sa mise à exécution immédiate » la présenter à ce juge, aux fins de placement en détention provisoire selon les règles édictées aux articles 394 *in fine*, 395 et 396 du Code de procédure pénale jusqu'à sa seconde comparution devant le parquetier. Celle-ci doit

intervenir dans un délai compris entre dix et vingt jours à compter de la décision du juge des libertés et de la détention, à défaut de quoi il est mis fin au contrôle judiciaire ou à la détention provisoire si l'une de ces deux mesures avait été prise (CPP, art. 495-10).

Ensuite, en cas de rejet de la proposition immédiatement ou à l'issue du délai, le procureur procède à une convocation par procès-verbal ou à une comparution immédiate, à moins qu'il ne requiert l'ouverture d'une information (CPP, art. 495-12, al. 1). Cette éventualité signe l'échec de la procédure nouvelle. La loi protège d'ailleurs les intérêts de l'auteur des faits en ce que le procès-verbal établi par le parquet au début de la procédure ne peut être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement et les parties ne peuvent en aucun cas faire état devant les juridictions des déclarations faites (CPP, art. 495-14, al. 2) : le législateur considère que les aveux ne sont pas forcément sincères, ayant pu être passés au début de la procédure judiciaire dans un moment d'abattement ou pour en finir plus vite. Le même principe s'applique lorsque c'est le juge qui refuse l'homologation.

- Quant au juge, son pouvoir de blocage apparaît deux fois. D'abord, si l'auteur des faits rejette la proposition du parquet, il est tenu de rendre une ordonnance de refus d'homologation (le juge « rend une ordonnance de refus », rappelle l'article 495-12 al. 1). Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs observé que le président peut également refuser d'homologuer la proposition si les déclarations de la victime apportent un éclairage nouveau sur les conditions d'accomplissement de l'infraction ou sur la personnalité de l'auteur.

- Reste le cas de la victime dont l'existence a conduit le législateur à poser plusieurs règles inscrites à l'article 495-13 du Code de procédure pénale, lequel cependant ne résout pas tout.

D'abord, selon l'alinéa 1, si la victime est identifiée, elle est informée aussi vite que possible du choix du parquet en faveur du plaider de culpabilité, et elle est invitée à comparaître - avec son avocat le cas échéant - devant le juge en même temps que l'auteur, afin de pouvoir se constituer partie civile et demander réparation de son préjudice. Le juge statue sur cette demande même si la partie civile n'a pas comparu à l'audience, en application de l'article 420-1 du Code de procédure pénale. La partie civile peut faire appel de l'ordonnance du juge en ce qui concerne ses intérêts.

Ensuite, selon l'alinéa 2, si la victime n'a pu exercer l'action civile (par exemple parce qu'elle n'a pu être avertie), le procureur doit l'informer de son droit de lui demander de citer l'auteur des faits à une audience du tribunal correctionnel statuant conformément aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 464 du Code de procédure pénale, une date lui étant indiquée pour lui permettre de se constituer partie civile. Le tribunal statue alors sur les seuls intérêts civils. En somme l'affaire aura alors donné lieu à deux décisions, une première sur l'action publique sous la forme d'une ordonnance du président et une seconde sur l'action civile sous la forme d'un jugement du tribunal correctionnel. Il y aura donc dissociation des deux actions, publique et civile, ce qui rappelle un peu la composition pénale où le parquetier doit proposer à l'auteur des faits de réparer le dommage causé par l'infraction (CPP, art. 41-2) (47) et même l'ordonnance pénale.

Ce qui n'est pas dit à l'article 495-13, c'est que la victime peut étouffer le plaider coupable. Il lui suffit de se constituer partie civile devant le juge d'instruction avant que le juge ait rendu son ordonnance. Le juge doit alors rendre une ordonnance d'irrecevabilité. Il doit en aller de même en cas de citation directe devant

le tribunal correctionnel à la diligence de la victime. Le plaider coupable ne saurait en effet priver la victime de son droit d'agir devant une juridiction pénale.

b) Application du droit positif

24 - Même s'il est prématuré de décrire l'application concrète du plaider coupable qui ne s'applique pas encore, on peut imaginer que trois pratiques vont probablement se développer.

C'est d'abord une réduction probable de la personnalisation de la peine au profit d'une certaine tarification des peines malgré l'appel à l'article 132-24 du Code de procédure pénale sur la personnalisation que doit respecter le président. On imagine assez bien le président et le procureur organisant des réunions sans publicité pour déterminer les infractions qui seront traitées selon la nouvelle procédure et, du même coup, « s'entendre » sur les fourchettes de peine à retenir. En outre, on peut envisager que le plaider coupable « mordra » sur la composition pénale qui, applicable aux mêmes délits, n'offre pas à notre avis les mêmes possibilités, surtout si les faits sont graves. Doit-on rappeler en effet que le plaider coupable permet l'emprisonnement ? On peut penser enfin que le plaider coupable s'appliquera plus dans les « petits » tribunaux que dans les « grands » où siège en permanence le tribunal correctionnel dans l'attente des prévenus déferés selon la procédure de comparution immédiate.

c) Appréciation du droit positif

25 - Le plaider coupable a été furieusement combattu au cours de la procédure parlementaire, notamment par certains avocats.

Il est vrai qu'à son encontre, on peut invoquer certains arguments qui sont cependant renversables. On avancera d'abord que cette procédure n'est pas dans notre tradition qui diffère de celle du monde anglo-saxon, ce à quoi l'on répondra facilement que la composition pénale, pas si éloignée que cela du plaider coupable existe déjà depuis une loi du 23 juin 1999 et que le plaider coupable est un *plea sans bargaining*, différent à cet égard de son homologue anglo-saxon. On ajoutera ensuite que des dérapages sont possibles : le parquet pourrait être tenté, dans un souci de rapidité, d'utiliser une qualification prévoyant une peine supérieure à cinq ans, mais il sera toujours possible à l'avocat d'inviter son client à refuser cette procédure. De plus, le parquet et la défense pourraient être tentés de s'entendre dans le cadre d'une négociation, ce à quoi l'on doit répondre qu'il appartiendra aux divers partenaires, y compris au juge de veiller au respect de la loi. On dira enfin que le système nouveau va favoriser les faux aveux de la part d'un prévenu soucieux de régler rapidement son affaire, ce à quoi il est aisé de répondre que l'avocat (opportunistement rendu obligatoire) et le délai des dix jours éviteront les fausses confessions.

En outre, il existe de puissants arguments en faveur de la procédure nouvelle. Elle est respectueuse des intérêts de l'auteur des faits : il dispose obligatoirement de l'assistance d'un avocat (48) et la présomption d'innocence est assurée malgré la reconnaissance de culpabilité (49). Elle respecte également les intérêts de la victime, cet enfant chéri du législateur actuel. Elle assure enfin les grands principes d'intérêt général : la judiciarité grâce à la présence d'un juge ; l'efficacité en ce que peut être assurée une répression mieux proportionnée à la gravité des faits que la composition pénale ; la célérité enfin à cause des délais prévus alors que, selon la procédure classique, l'auteur ne comparait devant les juges correctionnels que de nombreux mois

après son acte, à moins de le faire comparaître selon la procédure de la comparution immédiate avec cet inconvénient qui est la nécessité de faire appel à trois juges.

148) En matière correctionnelle, c'est le seul cas où notre droit pose cette règle (48) V. J. Pradel, *Défense du plaillayer de culpabilité*, JCP G 2004, art. 58. Const. const. déc. n°2004-492 DC 2 mars 2004, préc. note 151, cons. 210 et 211 où il est indiqué que « s'il découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789 que nul n'est tenu de s'accuser, ni cette disposition, ni aucune autre de la Constitution n'interdit à une personne de reconnaître librement sa culpabilité » et que le juge conserve sa liberté de décision

De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur

Claire SAAS (*)

Maître de conférences à l'Université de Nantes,
Chargée de recherches à l'Institut Max-Planck de droit pénal international et étranger
(Fribourg-en-Brisgau, Allemagne)

◆ UNE RECONNAISSANCE CONTESTABLE DU POUVOIR DE SANCTIONNER AU PROCUREUR

La reconnaissance au procureur d'un pouvoir de sanction, qui avait été censurée dans une première mouture par le Conseil constitutionnel en 1995, a passé le cap du contrôle de constitutionnalité avec succès, l'intervention du juge judiciaire en tant qu'homologateur du plaider-coupable étant jugée suffisante. Pourtant, tant le plaider-coupable que la composition sont des procédures de condamnation qui apparaissent boiteuses au regard des principes régissant classiquement le procès pénal. En effet, le débat sur la culpabilité est remis en cause par l'aveu, que la procédure soit un succès ou un échec. Quant à la détermination du mode de jugement et de la peine, elle semble fonction du consentement du délinquant, ouvrant la porte à un procès négocié. De plus, l'encadrement juridictionnel prévu par le législateur montre l'insuffisance, ou plutôt l'inadéquation, des garanties traditionnelles face à cette extension des pouvoirs du parquet.

► La remise en cause du débat sur la culpabilité par l'aveu

La composition pénale comme le plaider-coupable sont subordonnés à l'aveu (37) par la personne concernée de la commission de certains faits. Fondement de ces procédures, l'aveu peut apparaître comme un élément, parmi d'autres, du débat sur la culpabilité. Il s'affirme donc comme ayant une valeur relative. Cette interprétation, dans la veine du code de procédure pénale, est sérieusement remise en cause, en cas d'échec des procédures alternatives. Dans ce cas, l'aveu risque fort de constituer à lui seul le débat portant sur la culpabilité et d'avoir une portée exorbitante.

L'affirmation de la valeur relative de l'aveu

L'aveu est le fondement nécessaire à la mise en œuvre d'une composition pénale ou d'un plaider-coupable.

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, certainement lors de l'enquête de police. En pratique, il semble qu'il y ait fort peu de contestations portant sur la matérialité des faits (38). De même, conformément

(37) M.-J. Arcaute-Descazeaux, *L'aveu* ; Essai d'une contribution à l'étude pénale de la justice négociée, Th. Toulouse I, 1998.

(38) A. Bureau, *Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la Cour d'appel de Poitiers*, *op. cit.*, part. p. 45.

à l'article 495-7 du code de procédure pénale, le procureur de la République peut recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, lorsque la personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés.

Fondement de la procédure, l'aveu doit être validé, d'une certaine manière, par le juge du siège qui intervient pour homologuer la proposition de composition ou de plaider-coupable. Par conséquent, il est nécessaire de déterminer si cette décision d'homologation repose exclusivement sur l'aveu ou sur un faisceau de preuves. Si l'on se réfère à l'article 428 du code de procédure pénale, l'aveu constitue l'un des éléments du débat sur la culpabilité. Notons néanmoins la possibilité pour une personne citée à comparaître de reconnaître les faits qui lui sont reprochés et de demander au procureur à être jugée selon la procédure du plaider-coupable, par voie postale. Les aveux écrits et signés à cette occasion seront très certainement produits en justice pour étayer la décision d'homologation, sans que de plus amples débats s'avèrent nécessaires.

Pour sa part, le Conseil constitutionnel a précisé, dans sa décision du 2 mars 2004, que le juge du siège doit « s'assurer que l'intéressé a reconnu librement et sincèrement être l'auteur des faits », semblant indiquer que l'aveu vaut simplement reconnaissance de la commission de certains faits, et n'équivaut donc pas à une déclaration de culpabilité. Cette interprétation, optimiste quant à l'étendue du travail effectué par le juge du siège lors de l'homologation, est certainement mise à mal en cas d'échec de la composition ou du plaider-coupable.

En effet, en cas de comparution traditionnelle devant le juge de jugement, l'aveu risque de remplacer tout débat sur la culpabilité.

Le risque d'une portée exorbitante de l'aveu

En cas d'échec d'une composition, le procureur de la République doit engager l'action publique. 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. Dans le cas contraire, la circulaire du 11 juillet 2001 précise qu'il n'y pas d'incompatibilité entre le cumul de ces deux fonctions du juge du siège (39). Quoiqu'il en soit, l'impartialité de la juridiction sera assez difficile à préserver, puisqu'il « est tenu compte, le cas échéant, du travail déjà accompli et des sommes déjà versées par la personne ». La procédure sera donc prise en considération par la juridiction de jugement, ce qui tendrait à évacuer le débat sur la culpabilité, puisque seul le degré d'exécution des mesures envisagées est ici retenu.

En revanche, dans le cadre d'un plaider-coupable, l'aveu ne serait pas mentionné et le jugement devrait se dérouler de manière habituelle. En effet, le législateur a clairement précisé dans l'article 495-14 du code de procédure pénale : « 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 ».

Cette saine précaution risque d'être vaine, car le Conseil constitutionnel a censuré la loi du 9 mars 2004 quant au déroulement de l'audience d'homologation en chambre du conseil (40). En rappelant que « le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique », le Conseil estime que le tribunal, lorsqu'il accepte ou refuse d'homologuer la proposition du Parquet, prend une décision juridictionnelle suscep-

(39) F. Poncela, Quand le procureur compose avec la peine, *op. cit.*, p. 644.

(40) Le principe retenu par le Sénat était celui d'une audience publique au cours de laquelle le juge entend la personne intéressée et son avocat, la solution de la Chambre du conseil étant préférée par l'Assemblée nationale.

tible de conduire à une privation de liberté. Par conséquent, cette audience doit être publique sous peine de méconnaître le principe de publicité des débats.

Bien évidemment, l'argumentation du Conseil est convaincante si l'on considère l'audience d'homologation en tant que telle. En revanche, si l'on prend en compte la totalité de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, cette censure vient rompre un certain équilibre, notamment conféré par la confidentialité de l'aveu. En effet, on comprend mal comment un aveu formulé en audience publique ne sera pas ensuite retenu à l'encontre du délinquant s'il est jugé de manière traditionnelle, notamment dans des juridictions de petite taille.

Une attention particulière doit porter sur les débats autour de la culpabilité. Comme le soulignait J. Leblois-Happe à l'égard de la composition pénale (41), il serait opportun d'indiquer de manière explicite que l'acceptation de la transaction ne vaut pas aveu de culpabilité, pas plus qu'une adhésion à la peine. Mais la distinction nous semble parfois byzantine.

La négociation du procès à travers le consentement

Le consentement du délinquant est nécessaire quant au choix de la procédure et des sanctions (42). Le consentement doit revêtir une certaine qualité. Au-delà, il faut déterminer l'étendue du consentement, qui peut concerner non seulement l'acceptation d'une procédure spécifique mais aussi constituer la première pierre d'un processus de négociation de la peine.

La qualité du consentement

Aux termes de l'article R 15-33-40 du code de procédure pénale, le consentement du délinquant doit être explicite, libre et éclairé.

Dans le cadre de la composition, le ministère public doit informer la personne concernée du caractère facultatif du recours à la transaction pénale, qui constitue une exception possible au droit à être jugé par un tribunal. Il doit ensuite formuler une proposition écrite, précisant les faits concernés, la nature et le *quantum* des mesures envisagées. L'indication du droit à l'assistance d'un avocat, avant de donner son consentement, n'est pas prévue à peine de nullité. L'accord devra être recueilli par procès-verbal. L'intéressé peut demander à bénéficier d'un délai de dix jours, de l'assistance d'un avocat, voire de l'aide juridictionnelle. À l'échéance du délai de dix jours, le silence gardé par l'intéressé vaut refus de la proposition. Il y a, à cet égard, respect du droit au silence. Pour que la proposition acceptée devienne exécutoire, la validation du juge du siège est nécessaire.

Dans la mouture d'origine de la composition pénale, la proposition ne pouvait être formulée pendant une période de garde à vue. En effet, « afin que l'auteur puisse donner un consentement libre et éclairé, le parquetier ne peut, à peine de nullité, lui notifier la proposition pendant une période de garde à vue » (43). Cette précaution a été levée par la loi du 9 septembre 2002, suscitant la perplexité quant à la liberté du consentement donné par l'intéressé.

La procédure de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité semble être assez proche de celle de la composition. À une personne qui reconnaît les faits qui lui sont reprochés, le procureur de la République propose une ou plusieurs peines et ce, en présence

(41) J. Leblois-Happe, De la transaction pénale à la composition pénale. Loi n° 99-515 du 23 juin 1999, JCP 2000.I.198, p. 65. À cet égard, les procédures de classement sous condition connues du droit allemand (§ 153a StPO) sont intéressantes, car certaines personnes demandent expressément que la mention suivante figure dans la proposition qui leur est faite : « l'acceptation de la procédure ne vaut pas reconnaissance de culpabilité ».

(42) X. Pin, Le consentement en matière pénale, LGDJ, Bibliothèque des sciences criminelles, t. 36, 2002, p. 567 et s.

(43) J. Pradel, Une consécration du *plea-bargaining* à la française : la composition pénale instituée par la loi n° 99-515 du 23 juin 1999, *op. cit.*, p. 381.

d'un avocat (44). Le procureur doit informer la personne qu'elle peut demander à bénéficier d'un délai de réflexion de dix jours. Si la personne décide de se prévaloir de ce droit, le procureur de la République peut la présenter devant le juge des libertés et de la détention pour que celui-ci ordonne son placement sous contrôle judiciaire ou, à titre exceptionnel et si l'une des peines proposées est égale ou supérieure à deux mois d'emprisonnement ferme assortie d'une exécution immédiate, son placement en détention provisoire. La durée de détention doit être comprise entre dix jours, afin que le délai de réflexion soit respecté, et vingt jours.

Qu'il s'agisse de l'une ou l'autre des procédures, 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 *Deweert contre Belgique* (45), 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 ». 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. 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 ? Le placement en détention provisoire ne sera-t-il pas perçu comme un moyen de pression renforçant la menace d'exercer l'action publique en cas de refus ? Dans ce cas, la composition pénale proposée à un gardé à vue ou le choix du plaider-coupable en détention seraient éventuellement considérés comme contraires au droit à un procès équitable, la liberté du consentement étant contestable. Cela n'a-t-il pas troublé le Conseil constitutionnel, qui voit dans la reconnaissance d'un délai de réflexion de dix jours une garantie supplémentaire du droit à un procès équitable, omettant le point de la détention pendant ce laps de temps.

L'étendue du consentement

Le champ couvert par le consentement doit être précisé, dans la mesure où cela conditionne également la nature de ces procédures. Le consentement exprimé par l'intéressé concerne-t-il simplement le recours à une « procédure spéciale de jugement » ou également une adhésion à la sanction ? En matière de composition pénale, certains sont 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 » (46). 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 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 » (47). 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 peine (48).

En ce qui concerne la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la parenté avec le plaider-coupable (49) ne fait aucun mystère. On peut s'appuyer sur le rapport de l'Assemblée nationale exigeant la capacité juridique à contracter de l'auteur de l'infraction. De plus, tous les débats (50) font explicitement référence au *plea-bargaining* ou au *charge-bargaining*, inscrivant bien cette nouvelle procédure dans une idée de négociation de la peine. Cette dernière, bien qu'elle soulève la question du droit du délinquant à disposer de son procès, n'est pas forcément choquante mais il faut être très attentif à sa mise en œuvre. En effet, « une récompense pour les accusés qui renoncent à leur droit à un procès est au cœur de tout système de négociation sur la culpabilité » (51), tant et si bien qu'aucun plaider-coupable n'est véritablement volontaire, la pratique généralisée du rabais sur la peine incitant à plaider-coupable (52). Certes, l'auteur de l'infraction est libre de demander un jugement équitable par un tribunal indépendant et impartial, mais à condition qu'il ne soit pas sanctionné plus sévèrement à raison de ce choix. Méditons à cet égard une décision de la Cour suprême américaine fort intéressante (53). Une personne poursuivie pour émission d'un faux chèque refusa de plaider-coupable en échange d'une peine requise de 5 années d'emprisonnement et demanda à être jugé. Il fut condamné à la réclusion criminelle à vie. La Cour suprême décida de la conformité de cette décision à la Constitution, estimant que le prévenu, en souhaitant exercer son droit à un procès équitable, avait pris le risque qu'une telle peine soit prononcée à son encontre.

La négociation de la peine pose en outre deux questions assez troublantes, en cas d'échec de la procédure – dont la confidentialité risque d'être relative. D'une part, l'attitude peu conciliante de l'individu, qui a refusé d'exécuter des mesures qu'il avait acceptées dans un premier temps, risque de constituer une circonstance aggravante personnelle. Outre le fait que la loi ne la prévoit pas explicitement, elle sera détachée de l'infraction commise et appréciée au jour du jugement. D'autre part, le fait de limiter le *quantum* de certaines peines, et notamment l'emprisonnement à un an, pourrait avoir un effet pervers sur la décision du juge du siège. Ce dernier pourra en effet estimer qu'il s'agit d'une peine plancher, en deçà de laquelle il ne peut descendre, sauf à « déjuger », d'une certaine manière, le procureur.

L'évitement du débat sur la culpabilité et la négociation sur la peine, en raison des pressions qui pèsent sur le prévenu, fragilisent ces procédures. L'encadrement juridictionnel des pouvoirs du procureur semble peu satisfaisant en regard des principes traditionnels du procès pénal.

► Un encadrement juridictionnel insatisfaisant

La proposition de composition pénale ou de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité doit être soumise à l'approbation du juge du siège. Le Conseil constitutionnel

(44) L'intéressé ne peut renoncer à son droit d'être assisté par un avocat.

(45) CEDH, *Deweert c/ Belgique*, 27 févr. 1980, série A, n° 35.

(46) 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, Équipe 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.

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

(48) 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.

(49) A.W. Alschuler, *Plea-Bargaining and its History*, *Columbia Law Review*, January 1979, n° 1, vol. 79, p. 1 à 43 ; J. Cedras, *La justice pénale aux États-Unis*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Le point sur, 1990 ; S.R. Moody, J. Tombs, *Plea negotiations in Scotland*, *Crim. L.R.* 1983, p. 297 à 307 ; G.W. Pugh, J.B. Nachmann, *L'établissement de la culpabilité dans le système de justice criminelle des États-Unis*, RIDP, 1986, p. 719 à 735 ; J.-R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, Presses universitaires de France, Coll. Que sais-je ?, 1998, p. 83.

(50) Rapport Sénat, F. Zocchetto, n° 148. Rapport AN, J.-L. Warsmann, n° 856, 3^e tome.

(51) A.W. Alschuler, *Plea-Bargaining and its History*, *op. cit.*, p. 43.

(52) J.-R. Spencer, *La procédure pénale anglaise*, *op. cit.*, p. 84 et s.

(53) *Bordenkircher vs Hayes*, 434 US 357, (1977), *Supreme Court Reporter*, 98, October Term 1977, p. 663 à 673. Lire également A.W. Alschuler, *Plea-Bargaining and its History*, *op. cit.*, p. 43.

avait souligné l'incompatibilité de l'injonction pénale avec le principe de séparation des autorités chargées de la poursuite et des autorités de jugement qui est l'une des garanties de la liberté individuelle (54). Ainsi, « le prononcé et l'exécution de telles mesures, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peuvent, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requièrent la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées » (55). Si le juge judiciaire est effectivement appelé à intervenir pour homologuer la procédure menée sous l'égide du parquet, il s'agit d'une intervention atypique en cas de composition pénale et boiteuse dans le cadre du plaider-coupable.

L'intervention atypique du juge en cas de composition pénale

La loi du 23 juin 1999 retient le principe de l'intervention du juge judiciaire exigée par le Conseil constitutionnel en 1995, en la rendant obligatoire. En effet, l'article 41-2 dispose que « le procureur de la République saisi par requête le président du tribunal aux fins de validation de la composition. [...] 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 ».

Le juge peut, avant de se décider, entendre l'auteur et la victime, assistés le cas échéant de leur avocat. La suppression par la loi du 9 septembre 2002 de la possibilité pour les « auteurs des faits et les victimes » de demander à être entendus rendait la tenue d'une audience assez peu probable. La notification du droit à être assisté par un avocat n'étant pas prévue à peine de nullité, la protection des droits de la défense est en outre relative. Par ailleurs, la décision du juge doit être binaire, sans possibilité de recours. Il ne peut que valider la totalité de la proposition ou la refuser intégralement. Sa validation rend la proposition exécutoire, tandis que le rejet la rend caduque.

Le contrôle exercé étant en pratique souvent qualifié de « succinct » ou de « rapide » (56), la garantie de validation par le juge judiciaire peut apparaître artificielle. La reconnaissance de la compétence au juge de proximité (57) 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 apparentée à un évitement des poursuites. Mais paradoxalement, le durcissement progressif de la composition n'a pas été accompagné par un accroissement des garanties qui l'entourent.

Les études portant sur l'application de la composition pénale dans diverses juridictions estiment à l'unisson qu'il ne s'agit que d'une absence apparente de contrôle. En effet, si les refus de validation sont effectivement assez peu fréquents, cela est dû pour beaucoup aux ententes préalables entre le parquet et le siège préalablement à la mise en œuvre de la composition pénale (58). En effet, les types d'infractions concernées et les mesures envisagées ont fait l'objet d'un « accord-cadre » en amont de la procédure. À partir du moment où le parquet respecte les termes de la négociation, le juge du siège valide toutes

(54) Ce principe est d'ailleurs repris dans l'article préliminaire du code de procédure pénale : « Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. »

(55) Décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, JORF 7 févr. 1995, p. 2097 et 2098. Notons que le juge constitutionnel posait déjà, dans cette décision, des exigences en-deçà de celles annoncées dans la décision n° 79-98 DC du 22 novembre 1978 relative à la loi modifiant certaines dispositions du code de procédure pénale en matière d'exécution des peines privatives de liberté. En effet, il ressort de cette décision que la compétence exclusive pour prononcer des peines privatives de liberté revient au juge judiciaire.

(56) 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.

(57) Article 706-72 al. 2nd, c. pr. pén.

(58) S. Grunvald, J. Danet, Une première évaluation de la composition pénale, Rapport final janvier 2004, *op. cit.*, spéc. p. 68 et 69, p. 74 et 75. V. égal. A. Bureau, A. Giudicelli, Les premières applications de la composition pénale dans le ressort de la Cour d'appel de Poitiers, *op. cit.*, p. 5 de la synthèse.

les compositions. On doit sans doute se féliciter de ces ententes préalables, qui sont le signe d'un contrôle préventif de l'usage de la composition. Mais, cette mise en œuvre intelligente d'une procédure délicate, si elle respecte d'une manière atypique l'exigence du contrôle du juge du siège, ne va pas sans soulever la question de la séparation des fonctions de poursuites et de jugement (59). Par ailleurs, le principe d'individualisation de la peine en cas d'application trop systématique et rigide des barèmes par les délégués du procureur peut également être remis en cause (60).

Dans le cadre du plaider-coupable, l'intervention du juge apparaît certainement plus encadrée, mais n'en semble pas moins boiteuse.

L'intervention boiteuse du juge en cas de plaider-coupable

Dans le cadre d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le procureur saisit le président du tribunal de grande instance d'une requête en homologation. Après avoir vérifié la réalité des faits et leur qualification juridique lors d'une audience publique, le juge du siège peut décider d'homologuer les peines proposées par le procureur de la République. La motivation de l'ordonnance d'homologation doit porter sur les constatations d'une part que le prévenu, en présence de son avocat, reconnaît les faits qui lui sont reprochés et accepte la ou les peines proposées, d'autre part que cette ou ces peines sont justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. La qualité de la motivation sera certainement un signe du degré de contrôle du fond de l'affaire.

Si le Conseil constitutionnel n'a pas retenu d'atteinte au principe de séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement, à la présomption d'innocence et au droit à un procès équitable, c'est au prix de quelques réserves. Il rappelle un certain nombre de points que le juge judiciaire devra vérifier. Celui-ci devra d'abord s'assurer de la réalité des faits, de leur qualification juridique et de la pertinence de la peine au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Après avoir précisé que le principe de présomption d'innocence ne s'oppose pas à une reconnaissance libre de culpabilité, le Conseil demande au juge du siège de s'assurer de la réalité et de la sincérité de l'aveu et du consentement à la peine. Enfin, en ce qui concerne le droit à un procès équitable, le Conseil estime que la présence d'un avocat tout au long de la procédure, le délai de réflexion de dix jours et la possibilité de faire appel de l'ordonnance d'homologation garantissent l'exercice serein de la justice. Le Conseil constitutionnel omet toutefois la question fondamentale de la détention pendant le délai de réflexion.

Face à cette décision, la circonspection apparaît de rigueur, l'intervention du juge apparaissant boiteuse, voire paradoxale, quel que soit le point de vue adopté. D'abord, il y a le risque d'un contrôle superficiel du juge. En effet, notamment en raison du caractère restreint de la marge de décision, l'opération de contrôle de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité peut devenir vite lassante, amenant le juge à se contenter d'un contrôle de la bonne application du droit, le rôle moteur restant dévolu au Procureur. Il se peut ensuite que le siège décide, à l'instar de sa participation à la mise en œuvre de la composition pénale, d'intervenir dans la négociation d'« accords-cadres », en exerçant un contrôle *a priori*. Si cette option est intéressante, elle n'est pas non plus exempte de critiques (61). Peut-être, enfin, le juge du siège se décidera-t-il à procéder à un véritable jugement de l'individu déféré, comme le Conseil constitutionnel semble l'y inviter. Du même coup, tous les bénéfices d'une procédure rapide seraient effacés.

Étant précisément mises en œuvre pour répondre à la crise d'une institution judiciaire (62), ces procédures semblent, plus que toute autre, vouées à se heurter aux principes qui régissent classiquement le procès pénal. L'élargissement des pouvoirs de l'autorité de poursuite, aux dépens de l'autorité de jugement, le recul de la voie juridictionnelle (63), voire judiciaire, et le procès négocié en sont autant de signes. Souhaitons que la mise en œuvre du plaider-coupable s'inspire des expériences les plus équilibrées de la composition pénale et nourrisse une réflexion sur des principes propres à garantir le règlement équitable des litiges pénaux par ces modes alternatifs.

(59) Ch. Lazerges, La dérive de la procédure pénale, in cette Revue n°3, juill.-sept. 2003, p. 644 et s., part. p. 654.

(60) C. Schittenhelm, La composition pénale, essai d'un bilan, *op. cit.*, p. 46.

(61) Voir *supra* II C 1.

Document n° 12

Art. 40 (L. n° 85-1407 du 30 déc. 1985) : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner » (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 74) « conformément aux dispositions de l'article 40-1 ». (Abrogé par L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 74) « Il avise le plaignant du classement de l'affaire ainsi que la victime lorsque celle-ci est identifiée. (L. n° 98-468 du 17 juin 1998) « Lorsqu'il s'agit de faits commis contre un mineur et prévus et réprimés par les articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du code pénal, l'avis de classement doit être motivé et notifié par écrit. »

Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. — Pr. pén. C.

Document n° 13

Art. 40-1 (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004, art. 68) 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 :

- 1° Soit d'engager des poursuites ;
- 2° Soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2 ;
- 3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient.

MEILLEURE COPIE DE NOTE DE SYNTHÈSE. Note obtenue : 16/20

Défendre l'ordre public, juger sanctionner, protéger les victimes, mais surtout avoir les moyens techniques de le faire, ce problème a été au cœur des préoccupations du législateur dans la dernière décennie. Trois étapes ont été essentielles dans cette démarche : loi du 23 juin 1999, la loi du 4 janvier 1993, la loi du 9 mars 2004. Ces textes ont eu pour but de désengorger les tribunaux tout en ne laissant pas impunies les infractions, en instaurant de nouveaux modes de règlement du contentieux pénal, soit en amont des poursuites soit en aval, et ont redéfini le rôle de chacun des acteurs : Procureur, juge, auteur, victime, dans ces modes de règlement.

I – Les techniques de règlement

L'action publique appartient au Procureur qui reçoit les plaintes et les dénonciations - A40 Doc 12.

Si les faits peuvent constituer une infraction, le Procureur a l'opportunité des poursuites et décide l'engagement de celles-ci, le classement, la procédure alternative – A40-1 Doc 13.

A – En amont des poursuites

1 – Le classement sans suite

Si le procureur choisit de ne pas poursuivre, il peut décider d'un classement sans suite pur et simple, ou subordonné à la réalisation de certaines conditions : cessation de l'activité délictueuse, régularisation de la situation, suivi d'un stage de sensibilisation etc... Il est tiré les conséquences de l'exécution des conditions posées – Doc 4.

2 – La médiation

La médiation intervient préalablement à l'action publique - marquée par le consensualisme, elle a pour but de mettre fin au trouble résultant de l'infraction, de contribuer au reclassement de son auteur et de garantir les droits de la victime – issue d'une convention avec le Parquet, elle nécessite l'accord de l'auteur de l'infraction et celui de la victime, dans le cadre d'une négociation menée sous la houlette du médiateur, elle est donc une transaction Doc 7.

3 – La composition pénale

Issue de la loi du 23 juin 1999, cette procédure alternative aux poursuites, doit être par conséquent appliquée avant toute mise en œuvre de l'action publique par le Parquet ou la victime. Elle concerne les infractions simples, énumérées par l'A41-2 code procédure pénale pour les délits, l'A41-3 code de procédure pénale pour les contraventions. Ces textes prévoient des sanctions (amende de composition – dessaisissement du permis de conduire – exécution d'un travail non rémunéré pour la collectivité etc.) qui ne sont pas dénommées « peines » mais « mesures » Doc 9.

B – En aval

La loi du 9 mars 2004 a instauré la « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ». Cette procédure peut s'appliquer alors que le prévenu a fait l'objet d'une convocation en Justice ou d'une citation directe et que les poursuites ont donc été engagées.

Si le prévenu reconnaît les faits qui lui sont reprochés, le Procureur lui propose une peine – en cas d'acceptation de celle-ci par le prévenu, le Président du Tribunal saisi par le Parquet d'une requête en homologation, rend une ordonnance homologuant l'accord exécutoire, dans le cas contraire, ou en cas de désaccord du juge ou de la victime, le prévenu est jugé lors d'une audience de comparution immédiate Doc 10.

C – Conséquence sur l'action publique

L'A6 prévoit que l'action publique s'éteint par la mort du prévenu, la prescription, la chose jugée.... Elle peut en outre s'éteindre par transaction ou exécution d'une composition pénale Doc 6.

La transaction comme moyen d'extinction de l'action publique était déjà préconisée dans le Doc 5 qui date de 1994 soit 5 ans avant la loi du 23-6-99.

II – Les acteurs

1 – Le Procureur

Acteur essentiel dans le procès pénal, son importance est encore accrue dans les nouveaux modes de règlement.

De la loi de 1999 évoquant les classements sous condition Doc 2 à la loi de mars 2004, les pouvoirs du Procureur sont augmentés, puisqu'il dispose du pouvoir de poursuivre ou de non poursuivre, mais en outre de fixer la peine, le Président du Tribunal ne procédant alors qu'à une validation Doc 3.

2 – Le Juge

Le Juge reste garant de la liberté individuelle. Il peut ne pas homologuer la proposition du Procureur, il vérifie la réalité des faits et de leur qualification juridique, il vérifie la réalité de la reconnaissance par le prévenu des faits qui lui sont reprochés Doc 8.

3 – L'auteur

La composition pénale et le plaider coupable, sont soumis, pour leur réalisation, à un élément important, émanant de l'auteur lui-même : l'aveu, qui doit être libre et sincère.

Le consentement du délinquant est nécessaire quant au choix de la procédure et des sanctions. L'auteur a donc un rôle très actif dans ces nouvelles procédures. Certains disent qu'il ne s'agit pas d'un véritable consensualisme (accord entre poursuivant et poursuivi) mais d'une adhésion à un mode de répression simplifié par la loi.

Il y aurait cependant négociation sur la peine Doc 11.

4 – La victime

Elle n'est pas « laissée pour compte » dans les nouvelles procédures. Déjà lors de l'institution de l'ordonnance pénale, il apparaissait important de préserver ses droits, la procédure ne pouvant être utilisée lorsque le plaignant avait déjà effectué une citation directe, et qu'en outre après ordonnance devenue définitive, il peut encore saisir la juridiction répressive de sa seule action civile doc 1.