

**Deuxième partie :**

**LA CONVENTION  
INSTRUMENT DE  
SANCTION PENALE.**

345. La condamnation pénale a pour conséquence le prononcé d'une sanction pénale qui présente des avantages de dissuasion, d'efficacité, ainsi que d'exutoire pour les victimes et l'opinion, que n'ont pas les sanctions civiles<sup>1</sup>. La peine est de la nature même du droit pénal<sup>2</sup> et l'ambition affichée depuis toujours est d'obtenir un résultat bénéfique sur celui qui la subit : la sanction doit non seulement passer l'envie de recommencer, mais aussi responsabiliser le délinquant en lui faisant prendre conscience du caractère inadmissible de son acte. Pourtant, le système pénal classique, déjà accusé d'être envahissant avec l'inflation pénale<sup>3</sup>, se voit ici reprocher l'inefficacité des sanctions<sup>4</sup>, justifiant ainsi de considérables réformes qui, certes l'aident parfois à remplir cette tâche, mais tendent peu à peu à l'écartier en contractualisant la résolution des conflits. De même qu'en droit des affaires on aspire à une moindre présence des juridictions comme du droit, et à un règlement privé et discret des litiges et des exactions<sup>5</sup>, le juge pénal voit progressivement le pouvoir des parties au conflit s'accroître jusqu'à le supplanter, puisque certains conflits peuvent désormais être traités par une voie entièrement contractuelle : les médiations et les transactions « restituent le conflit » à leurs protagonistes. Ces réformes tentent d'atténuer l'implacabilité d'un châtement réputé inefficace qui, en des temps de méfiance envers toute répression, a pu générer quelques complexes abolitionnistes<sup>6</sup>. Afin de justifier la subsistance du droit pénal, on demande à celui-ci qu'il répare non seulement la victime, au stade de l'action civile, mais aussi le délinquant : la sanction doit être individualisée afin de traiter le délinquant et le resocialiser ; la réparation qu'il octroie à la victime doit contribuer au reclassement. C'est par souci d'efficacité que l'on a fait appel au contrat, devenu instrument de condamnation pénale.

346. Afin d'améliorer le traitement des affaires et d'individualiser toujours davantage les procédures, la juridiction pénale voit s'accroître les contre-pouvoirs au sein même des procédures classiques puisqu'elle doit souvent obtenir l'accord de la victime ou du délinquant. Certaines affaires peuvent même ne jamais croiser les juridictions puisqu'elles seront laissées à la disposition des protagonistes en litige, ou confiées aux transactions d'un corps administratif ou privé. Pourtant, *a priori*, il semble peu envisageable de tenir compte au

<sup>1</sup> Voir *supra* n° 23.

<sup>2</sup> Voir notamment **J. Larguier**, *Mort et transfiguration du droit pénal*, Mélanges Ancel, T. II, Pédone 1975, p. 123, spéc. p. 133 ; **P. Conte**, *Du particularisme des sanctions en droit pénal de l'entreprise*, in *Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise*, Economica 1989, p. 49, spéc. p. 70 ; **G. du Mesnil du Buisson**, *Justice et châtement : de nouvelles attentes pour la peine*, Rev. sc. crim. 1998, p. 255.

<sup>3</sup> Voir *supra* n° 11.

<sup>4</sup> Et ce de longue date : les sanctions ne seraient ni dissuasives, ni resocialisantes. Voir notamment **G. Picca**, *La sanction est-elle dissuasive pour le délinquant ?*, in *Les objectifs de la sanction pénale*, Bruylant, Bruxelles 1989, p. 53 ; **G. Kellens**, *Croit-on encore au traitement des délinquants et à la resocialisation ? Les idées en Belgique et ailleurs*, même ouvrage, p. 29. Ajoutons que, pour ces auteurs, le seul besoin de stopper le délinquant, le neutraliser, est moralement contestable ! Voir notamment **H.-J. Kerner**, *La neutralisation est-elle un objectif acceptable ?*, même ouvrage, p. 100.

<sup>5</sup> Voir *supra* n° 11 et 142.

<sup>6</sup> Voir notamment **M.-S. Groenhuijsen, D. van der Landen**, *L'Union internationale de droit pénal dans la zone de tension entre les notions de droit classiques et les conceptions juridiques modernes*, RID pén. 1990, p. 143, spéc. p. 151 et s ; **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets, 1997, p. 30.

cours du procès pénal de l'expression de volonté de la victime ou du délinquant. Il paraît tout aussi improbable de prendre en considération un échange de consentement entre les deux protagonistes de l'affaire, tant cette branche du droit semble entièrement vouée, dans ses principes même, à la protection de l'intérêt public et, par conséquent, sourde à toute inflexion dépendant d'une volonté privée.

Pourtant, le délinquant participe de plus en plus au déroulement du procès pénal : il peut exiger des informations sur l'instruction en cours, demander une audition, la production d'une pièce, ...<sup>7</sup> La volonté du prévenu prend une telle importance que la négociation et le contrat sont présentés par de nombreux auteurs comme un mode de règlement des conflits rationnel, économique, plus juste et plus humain<sup>8</sup>. Diverses procédures de nature conventionnelle, transactions ou médiations, viennent parfois se substituer au procès pénal classique pour mettre fin à l'action publique ou pour satisfaire les besoins de réparation de la victime grâce à une négociation et un accord avec l'accusé.

L'analyse officielle du recours à la transaction, lors de la réforme du contentieux douanier<sup>9</sup>, était la suivante : il s'agissait d'un « *moyen efficace et rapide de régler au plan administratif un très grand nombre d'infractions ne présentant pas en général un caractère de gravité marqué* »<sup>10</sup>. L'encombrement des tribunaux est l'argument essentiel et systématiquement cité en faveur des traitements négociés des litiges<sup>11</sup> : cet encombrement explique en grande partie le retard pris dans les procédures et l'importance du taux de classement sans suite qui avoisine 50 % des procédures engagées alors que l'auteur de l'infraction est connu<sup>12</sup> ; ce taux est de 80 % si on tient compte des procédures classées alors que l'auteur demeure inconnu. La lourdeur des procédures et leur coût sont aussi souvent invoqués, griefs que l'on retrouve dans tous les pays où des expériences de conciliation sont tentées<sup>13</sup>.

347. Le consentement de la victime ou du délinquant a toujours gardé une place dans la procédure et prend une importance croissante ; l'objectif poursuivi demeure l'ordre public et le respect des lois. Certains auteurs parlent d'un retour à cette forme antique de justice, où la caractérisation de l'offense et la sanction dépendent du groupe victime ; cette

<sup>7</sup> Voir *infra* n° 328 et, notamment, **J. Pradel**, *La montée des droits du délinquant au cours de son procès*, Mélanges J. Larguier, PUG 1993, p. 226.

<sup>8</sup> Voir, notamment, **J.-P. Bonafé-Schmitt**, *La médiation : une autre justice*, Syros-Alternative, 1992, spéc. p. 175 et s ; *La médiation*, Arch. Pol. Crim., n° 14, Pédone 1992 ; **M.-C. Desdevises**, *Les fondements de la médiation pénale*, Mélanges Blaise, Economica 1995, p. 175 ; **J. Leblois-Happe**, *La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives*, Rev. sc. crim. 1994, p. 525 ; **J. Vérin**, *Le règlement extra-judiciaire des litiges*, Rev. sc. crim. 1989, p. 171. **P. Couvrat**, *Conciliation*, Juris-classeur de Procédure civile, fasc. 160, n° 18 et s. **J. Faget**, préc., 1997.

<sup>9</sup> Loi n° 77-1453, 29 décembre 1977.

<sup>10</sup> Motifs de la loi n° 77-1453 du 29 décembre 1977 portant réforme du contentieux douanier. Voir **E. Serverin**, **P. Lascoumes** et **T. Lambert**, *Transactions et pratiques transactionnelles*, Economica 1987, p. 201. Voir aussi la Circulaire du Premier ministre, 6 février 1995, JCP 1995, III, 67306.

<sup>11</sup> Voir notamment les références précédemment citées note 8 ou la Circulaire du Premier ministre, 6 février 1995, préc.

<sup>12</sup> Rapport **P. Fauchon**, sur le projet de loi relatif aux alternatives aux poursuites et renforçant l'efficacité de la procédure pénale, Sénat, 1997-1998, n° 486, p. 9.

<sup>13</sup> **C. Jarrosson**, *Modes alternatifs de règlement des conflits*, Justices n° 6, 1997, p. 274, spéc. p. 277.

privatisation de la justice pénale ne cesse de rappeler les formes barbares de vengeance privée<sup>14</sup>. Cependant, le consentement actuel est d'une autre nature que la décision privée de punition et de revanche. Il apporte une autre dimension à la justice qui ne peut être ravalée à cette caricature. L'expression de volonté qui tend parfois jusqu'à la négociation entre les personnes concernées, ne se fait qu'à « *l'ombre de la loi* »<sup>15</sup>, et tire sa force obligatoire de la fidélité et de l'équilibre. Il serait possible d'observer que cet aspect légal n'empêche pas alors la comparaison de la justice pénale consensuelle avec cette autre forme de justice d'un autre âge : la justice privée. En effet, celle-ci ne diffère de la « vengeance privée » que grâce à la notion modératrice de proportionnalité entre l'acte et la peine. Certaines techniques de conciliation, qui consistent à traiter une infraction pénale par un accord entre les protagonistes sur un dédommagement, pourraient être comparées aux tarifs de compositions pécuniaires des lois Saliques, qui indiquaient la somme due à la victime à titre de sanction de chaque crime ou délit<sup>16</sup>.

Cependant, la justice contemporaine, même assortie d'expressions de consentement, demeure publique. C'est bien l'Etat et la loi qui donnent délibérément une place aux volontés particulières, ne poursuivant alors qu'un objectif final invariable : le meilleur respect des lois. Ce rôle octroyé à la volonté vise une diminution de la récidive au sens large (réitération d'un comportement délictueux), ainsi qu'une prise de conscience de la distance entre l'acte commis et la valeur protégée et une responsabilisation des personnes concernées. Cette responsabilisation est recherchée de la part du délinquant lui-même, mais aussi du groupe social auquel lui ou la victime appartiennent. Il faut assouplir et adapter la réaction pénale en fonction des infractions de plus en plus diverses. La diversification des procédures et des sanctions s'accompagne d'une forme de participation et d'adhésion des justiciables, tout particulièrement des prévenus, afin qu'ils se sentent concernés et responsabilisés. La rapidité est sans doute aussi recherchée. Ce rôle de la volonté, qui induit souvent l'allègement des sanctions et un traitement rapide des affaires, laisse penser que l'on cherche à faire passer un message de justice minimum, parfois symbolique, car la seule application du système classique de justice imposée aboutirait, en raison de son poids et de son coût, à une absence radicale d'intervention. MM. Tulkens et Van de Kerchove rappellent la pensée de Durkheim, « *pour lequel la fonction de la peine est essentiellement de nature symbolique, à savoir "maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience collective commune"* »<sup>17</sup>. L'objectif est essentiellement, selon ces auteurs, de « réactiver la réaction sociale » là où elle semble s'affaiblir. Ces diverses considérations

<sup>14</sup> Voir, par exemple, **P. Salvage**, *Le consentement en droit pénal*, Rev. sc. crim. 1991, p. 699, n° 3.

<sup>15</sup> Expression de **R.-H. Mnookin et L. Cornhauser**, *Bargaining in the shadow of the law : the case of divorce*, 88, Yale Law Journal, 1979, p. 950 à 997, cités par **A. Garapon**, *Nouveaux enjeux de la justice. L'évolution du rôle du juge*, La justice, Cahiers Français n° 251, p. 75 et 79.

<sup>16</sup> **M. Vidal**, *Histoire du droit des institutions et des faits sociaux*, Cours de DEUG I, Bordeaux II, 1988-1989.

<sup>17</sup> **F. Tulkens, M. Van de Kerchove**, *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?*, RD pén. crim. 1996, p. 493. **E. Durkheim**, *De la division du travail social*, PUF Quadrige, 4<sup>ème</sup> éd. 1996, p. 76.

laissent penser que la contractualisation du droit pénal n'a lieu qu'au service de l'intérêt général et de la loi de l'Etat.

348. Le respect des lois, la responsabilisation et la diminution de la récidive sont des objectifs poursuivis par la sanction du délinquant. Un autre objectif, en pleine expansion, est celui de la réparation. Celle-ci est une préoccupation relativement nouvelle de la juridiction pénale. Individualisme aidant, le juge répressif est plus réceptif aux intérêts privés. Les victimes, à l'origine exclues du procès, occupent de plus en plus le devant de la scène<sup>18</sup> : non seulement leur réparation contribue à la sanction du délinquant<sup>19</sup>, mais encore, face aux tentations de certains de supprimer les répressions classiques réputées inefficaces, on prend conscience que les sanctions contribuent à réparer la victime, puisque la peine infligée au coupable montre la reconnaissance de sa propre douleur<sup>20</sup> ; les mesures répressives ont également comme objectif la réparation, du délinquant cette fois ... si l'on peut dire.

Dès lors, sanction et réparation, action publique et action civile suivent un même mouvement, de façon parallèle, quoique cette évolution soit peu réfléchie ou ordonnée : c'est l'aspiration au respect de la loi et à la réparation des individus qui pousse le législateur à réintroduire des doses de consensualisme, par touche dans les procédures pénales classiques ou massivement dans des procédures destinées à éviter la juridiction pénale. La contractualisation des procédures, qui est un aspect de l'individualisation du « traitement pénal », contribue pour beaucoup à la fusion de la réparation et de la sanction. Doit-on y voir une confirmation des théories de Durkheim<sup>21</sup> ? Selon cet auteur, les sociétés préindustrielles sont fragiles et la cohésion interne y est indispensable : la conscience collective et le contrôle social sont forts ; le droit est très répressif, afin de châtier celui qui transgresse la loi, et dès lors, menace la cohésion et l'existence du groupe. Dans les sociétés plus « avancées », la nécessité de la ressemblance n'est plus indispensable car la « déviance » ne met plus en péril l'ensemble de la société. Ce qui compte, c'est la complémentarité des individus entre eux, l'équilibre social. Les sanctions répressives utilisées dans les sociétés traditionnelles s'effacent au profit de sanctions restitutives.

Cependant, Durkheim évoque une disparition du droit pénal au profit des autres branches du droit. Loin de disparaître, le droit pénal est plutôt orienté vers de nouvelles procédures et de plus grandes ambitions : plus que de disparition, il s'agit de réorientation.

<sup>18</sup> **D. Salas**, *La trace et la dette. A propos de la réparation*, Rev. sc. crim. 1996, p. 619.

<sup>19</sup> **W. Naucke**, *Philosophie pénale contemporaine et réparation civile*, in *Philosophie pénale*, APD T. 28, Sirey 1983. Selon certains auteurs, la réparation pourrait même remplacer la sanction ; voir notamment, **M.-C. Desdevises**, *Réparer ou punir : la médiation pénale*, Petites affiches 1997, n° 102, p. 3. **A. Neys**, **T. Peters**, *La peine considérée dans une perspective de réparation*, RI crim. et pol. techn. 1996, p. 3. **M. Ancel**, *La défense sociale nouvelle*, Cujas 1981, p. 278.

<sup>20</sup> Voir notamment **D. Salas**, précité, p. 621, **J.-L. Vullierme**, *La fin de la justice pénale*, in *Philosophie pénale*, APD T. 28, Sirey 1983, p. 155, **G. du Mesnil du Buisson**, *Justice et châtement : de nouvelles attentes pour la peine*, Rev. sc. crim. 1998, p. 255.

<sup>21</sup> **E. Durkheim**, préc.

Les droits de tradition anglo-saxonne ont connu un essor considérable des traitements négociés des litiges. Leur apparition dans le paysage judiciaire français est-elle la manifestation de leur influence ? Le droit anglais a vu apparaître les conciliations en raison de griefs comparables à ceux adressés à la justice française (coût, complexité, ...)22. Cependant, l'explication essentielle tient dans le fait que la *Common law* est une justice d'exception conçue pour les affaires les plus importantes : ceci a favorisé l'émergence des conciliations pour les litiges de moindre importance23. Aux Etats-Unis, les excès des jurys populaires et des juristes spécialisés, « *mercenaires modernes des prétoires* », ont accru le coût et l'imprévisibilité des procédures24. Les troubles de la justice ayant favorisé l'émergence des conciliations sont spécifiques à ces systèmes. Les formes des conciliations dans ces pays sont différentes de celles apparues sur le continent ; nos médiations et nos transactions ne sont pas calquées sur le droit anglo-saxon25. L'inspiration ne peut qu'être lointaine. Elle existe cependant puisque la doctrine prônant ces modes de traitement des conflits porte des regards très attentifs sur ces systèmes26. La fusion progressive des notions de sanctions et de réparation dénote sans doute aussi une certaine influence anglo-saxonne : dès 1972, la Grande-Bretagne instaurait le « *compensation-order* », consistant en des versements d'argent à la victime destinés à éviter l'emprisonnement aux auteurs d'infractions peu graves27.

349. Il est sans doute abusif de parler d'un véritable « *mouvement de contractualisation du droit pénal* » car cette expression pourrait laisser croire que l'on est face à un phénomène homogène, construit et réfléchi. En réalité, ces manifestations de consentement des protagonistes au procès interviennent de façon diffuse, par à coup, et sans stratégie d'ensemble. C'est bien à une tendance que l'on a affaire28, tendance qui prend une ampleur toute particulière depuis quelque temps et pousse à parler de mouvement. Le consensualisme envahit l'action publique dans ses formes classiques et triomphe au point de devenir la clef de la résolution de certains conflits pénaux (Titre I). Il en est de même avec l'action civile qui, dans ses formes classiques, tient compte de la volonté individuelle et en fait parfois son instrument majeur dans les médiations (Titre II). Ce mouvement est toujours justifié par les mêmes ambitions : celui d'un respect toujours amélioré des Droits de l'homme.

22 C. Jarrosson, *Modes alternatifs de règlement des conflits*, Justices n° 6, 1997, p. 274, spéc. p. 277.

23 M.-T. Meulders-Klein, *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière familiale. Approche comparative*, RID comp. 1997, p. 383.

24 C. Jarrosson, préc., p. 277.

25 C. Jarrosson, préc., p. 277.

26 Voir, notamment, M.-C. Desdevises, *L'évaluation des expériences de médiation entre délinquants et victimes : l'exemple britannique*, Rev. sc. crim. 1993, p. 45. J. Vérin, *Le règlement extra-judiciaire des litiges*, Rev. sc. crim. 1989, p. 171. F. Tulkens, *Les transformations du droit pénal aux Etats-Unis. Pour un autre modèle de justice*, Rev. sc. crim. 1993, p. 219. A. Adeline, *La montée de « L'alternative dispute resolution » dans les pays anglo-saxons (ou comment résoudre les contentieux sans plaider ?)*, Petites affiches 1996, n° 27, p. 4. B. Oppetit, *Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique*, Justices n° 1, 1995, p. 53. J.-P. Ekeu, *Consensualisme et poursuites en droit pénal comparé*, Cujas 1992.

27 A. Neys, T. Peters, *La peine considérée dans une perspective de réparation*, RI crim. et pol. techn., 1996, p. 3, spéc. p. 19.

28 P. Salvage, *Le consentement en droit pénal*, Rev. sc. crim. 1991, p. 699, spéc. p. 716.

Il a toujours le même but : le respect de la loi et de l'intérêt général, et ce, efficacement et à long terme. Longtemps, les lois régissant le procès pénal ont été en constante recherche d'un point d'équilibre entre les intérêts de la société et ceux de l'accusé ou ceux de la partie civile. Aujourd'hui, ces deux intérêts s'agencent dans une sorte de synergie.

Titre I – Contractualisation de l'action publique.

Titre II – Contractualisation de l'action civile.

**Titre I – Contractualisation de l’action publique.**

350. Le système pénal français semble abandonner peu à peu l'idée de Kant, selon laquelle la société qui renoncerait à sévir contre le crime de façon systématique se rendrait complice de ce crime<sup>29</sup>. Ce système pénal repose traditionnellement sur la notion de faute et « *on ne discute pas de ses péchés avec le pêcheur* »<sup>30</sup>. Mais il connaît l'influence grandissante des systèmes anglo-saxons, accusatoires, où la règle de droit est davantage conçue comme une règle du jeu que comme une règle morale<sup>31</sup> et envisage la négociation de l'intervention des autorités répressives<sup>32</sup>. Ces idées de négociation, de conditions posées à l'application de certaines mesures ou de consentement prennent une part grandissante dans notre procédure pénale, diminuant d'autant la part de contrainte ou de rapport de force : la négociation implique un semblant d'égalité et de liberté de décision des parties<sup>33</sup>, ce qui oblige à atténuer l'implacabilité du procès pénal<sup>34</sup>, tout en conservant malgré tout son aspect répressif.

Dès lors, le modèle classique de justice imposée glisse peu à peu vers ce qui semblerait son contraire, la justice négociée<sup>35</sup>. Ce mariage de l'eau et du feu se traduit en réalité par des situations nuancées et variables : les justiciables sont souvent invités à participer à l'œuvre de justice ; ils sont parfois invités à accepter ou refuser des décisions ou des obligations qui leur sont imposées ; ils sont enfin conviés à discuter, faire des concessions, négocier un accord. Si la justice est en principe exclusivement **imposée**, elle est en réalité **participative**, parfois **consensuelle**, souvent **négociée**<sup>36</sup>.

351. L'atténuation du caractère imposé de la justice pénale procède de deux phénomènes. Le procès pénal s'est d'abord ouvert à une participation croissante de ses protagonistes, constitutive de manifestations de volonté, mais à caractère essentiellement unilatéral. Un pouvoir, une faculté est accordée, ce qui rappelle déjà la notion de consentement<sup>37</sup>. Cette participation a précédé l'apparition de véritables manifestations consensuelles dans la procédure. Ces modèles de justice ont été qualifiés de justice participative et de justice consensuelle<sup>38</sup>. La justice participative se manifeste dans

<sup>29</sup> E. Kant, *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, trad. Barni, Paris, 1853, II<sup>e</sup> partie, section I, paragraphe 49.

<sup>30</sup> P.-H. Bolle, *Le procès pénal nouveau*, RD pén. crim. 1995, p. 5, spéc. p. 11.

<sup>31</sup> A. Garapon, D. Salas, *La république pénalisée*, Hachette 1996, p. 47 et 48.

<sup>32</sup> P.-H. Bolle, préc., p. 11.

<sup>33</sup> P.-H. Bolle, préc., p. 11.

<sup>34</sup> Rappelons que la perspective d'être traduit en justice, si elle n'est pas abusive, ne peut être constitutive d'une violence viciant le consentement. Voir F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 237, et les nombreuses références citées.

<sup>35</sup> C. Amiel, A. Garapon, *Justice négociée et justice imposée dans le droit français de l'enfance*, Annales Vaucresson 1987, n° 27, p. 17.

<sup>36</sup> F. Tulkens, M. Van de Kerchove, *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?*, RD pén. crim. 1996, p. 448.

<sup>37</sup> A. Fahmy Abdou, *Le consentement de la victime*, LGDJ 1971, p. 33.

<sup>38</sup> F. Tulkens, M. Van de Kerchove, *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?*, RD pén. crim. 1996, p. 448.

l'intervention et la participation active au cours de la procédure des justiciables, mais aussi de groupements ou de personnes privées.

En fait, la **justice imposée** fut toujours nuancée puisque le système des peines fixes qu'elle devrait induire, et adopté en 1791, ne fut conservé que peu de temps<sup>39</sup>. De rapides et importantes évolutions sont intervenues, destinées à adapter la sanction à la personne du délinquant et à faciliter l'intervention dans le procès pénal de personnes autres que le juge lui-même. Le prévenu n'est pas seulement considéré comme un « objet » d'accusation, mais comme un « sujet » de droit<sup>40</sup>, et ne peut plus être considéré comme un « *sujet passif du procès, sans accès à la parole autre qu'à l'aveu* »<sup>41</sup>. Le prévenu, mais aussi la victime ou des tiers (essentiellement des groupements associatifs ou des experts) interviennent dans le procès : ils contribuent aux poursuites, aux débats contradictoires, leurs arguments interviennent dans la personnalisation des sanctions<sup>42</sup>. C'est en 1849 que la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>43</sup> a affirmé que l'interrogatoire de l'accusé était, certes, un moyen d'instruction mais aussi de défense<sup>44</sup>. L'expression « *droit de la défense* » qui dénote l'avancée progressive vers une généralisation, si ce n'est une théorie générale des droits de l'accusé, apparaît avec la loi du 8 décembre 1897 qui instaure la présence d'un avocat et l'information de l'inculpé dès le stade de l'instruction. La jurisprudence et la doctrine usent alors de l'expression de façon croissante<sup>45</sup>. M. Pradel souligne que cette notion de simple droit de la défense fut encore dépassée par l'apport des conventions internationales sur les droits de l'homme<sup>46</sup> : présomption d'innocence<sup>47</sup>, caractère exceptionnel de la détention provisoire<sup>48</sup>,... et que les droits aujourd'hui octroyés vont au-delà de ces droits de l'homme. Plus que de protection du prévenu, il s'agit bien de sa participation. Dans un mouvement parallèle, ces mêmes possibilités de participation s'étendent aux victimes.

352. Ces droits de **participation** du prévenu ou du délinquant lui sont, bien sûr, favorables, mais ne sont pas octroyés au risque de compromettre les intérêts de la société. Ces droits contribuent nécessairement à la manifestation de la vérité dans un cadre équitable, ce à quoi la société a autant d'intérêts que l'accusé. Dès lors, les possibilités d'information en cours d'instruction ont été développées, en particulier grâce aux droits de consultation du dossier par l'accusé comme par son avocat<sup>49</sup>. Les réformes du 4 janvier et du 24 juillet 1993

<sup>39</sup> G. Roujou de Boubée, *L'ajournement et la dispense de peine*, Mélanges Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 955, spéc. p. 956.

<sup>40</sup> F. Tulkens, M. Van de Kerchove, préc., p. 447.

<sup>41</sup> D. Salas, *Du procès pénal. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris 1992, p. 76.

<sup>42</sup> Sur la participation de la victime au procès pénal, voir M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF 1986, p. 61.

<sup>43</sup> Cass. crim. 16 novembre 1849, Bull. crim. n° 303.

<sup>44</sup> J. Pradel, *La montée des droits du délinquant au cours de son procès*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 223.

<sup>45</sup> J. Pradel, préc., p. 224.

<sup>46</sup> Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques de New-York signé en 1966.

<sup>47</sup> Article 6 -2 Conv. EDH, 14 -2 du Pacte.

<sup>48</sup> Article 5 Conv. EDH, 14 -3 du Pacte.

<sup>49</sup> J. Pradel, *La montée des droits du délinquant au cours de son procès*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 226. M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, préc., n° 236 et 364.

ont encore renforcé ces possibilités en consacrant la libre consultation des dossiers par l'avocat, « *sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet du juge d'instruction* »<sup>50</sup>. Ces droits d'information se sont développés au point que la jurisprudence sanctionne pour fraude à la loi les instructions qui retardent la mise en examen en continuant d'entendre comme témoin une personne contre laquelle pèsent de lourdes charges, empêchant ainsi un avocat de consulter le dossier<sup>51</sup>. Toujours dans le cadre de la participation, l'accusé se voit aussi reconnaître le droit de faire des propositions<sup>52</sup> : ainsi, lorsqu'il est en détention provisoire, il peut demander sa mise en liberté<sup>53</sup>. Cette demande oblige le juge à rendre une décision dans des conditions de débat et de formalisme strictes, ce qui empêche cette proposition d'être balayée d'un revers de main. La participation en matière de preuve s'est aussi développée, tout particulièrement lors de l'audience, puisque l'accusé peut réclamer un supplément d'enquête ou déposer des conclusions auxquelles le tribunal est tenu de répondre<sup>54</sup>. La participation a été récemment étendue au stade de l'instruction, alors que, jusqu'en 1993, le juge n'était guère tenu de répondre clairement aux sollicitations du prévenu<sup>55</sup>. Depuis les réformes apportées par les lois du 4 janvier et du 24 août 1993<sup>56</sup>, l'article 81 du Code de procédure pénale s'est enrichi de nouveaux alinéas qui prévoient la possibilité pour l'accusé de demander au juge d'instruction « *un examen médical, un examen psychologique ou toute mesure utile* ». L'article 82-1 autorise à demander une audition, un interrogatoire, une confrontation, un transport sur les lieux ou la production d'une pièce. Ces demandes doivent être écrites et motivées, le juge doit y répondre par une ordonnance, elle aussi motivée, dans un délai d'un mois. L'article 156 du même Code étend la procédure de l'article 81 aux expertises. L'article 173 donne à l'accusé la possibilité de requérir l'annulation d'une procédure d'instruction. Enfin, l'accusé ou son conseil ont toujours le dernier mot à l'audience puisque ce sont eux qui doivent conclure les débats<sup>57</sup>.

La participation de l'accusé peut aussi se manifester dans ses facultés d'opposition<sup>58</sup>. La possibilité de récuser les jurés<sup>59</sup> est la plus connue, mais l'accusé peut aussi récuser le juge professionnel lui-même : il est possible de demander le changement d'un juge d'instruction<sup>60</sup>, la récusation d'un juge de la juridiction de jugement si on considère que son

<sup>50</sup> Article 114 du Code de procédure pénale. Voir **F. Le Gunehec**, La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale, JCP 1993, I, 3720, n° 78 et s., **J. Pradel**, *Observations brèves sur une loi à refaire (à propos de la loi du 4 janvier 1993 sur la procédure pénale)*, D. 1993, p. 39. **P. Maistre du Chambon**, *Propos critiques et désabusés sur une réforme mort-née de la procédure pénale*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 191.

<sup>51</sup> Théorie dite *des inculpations tardives* ; **J. Pradel**, *La montée des droits du délinquant au cours de son procès*, préc., p. 228, et du même auteur, *L'instruction préparatoire*, 1990, n° 360 et s.

<sup>52</sup> **J. Pradel**, *La montée des droits du délinquant au cours de son procès*, préc., p. 229.

<sup>53</sup> **J. Pradel**, préc., p. 229.

<sup>54</sup> Article 459 du Code de procédure pénale. **J. Pradel**, préc., p. 230. **M.-L. Rassat**, préc., n° 365.

<sup>55</sup> L'article 81 du Code de procédure pénale consacre l'indépendance du juge d'instruction.

<sup>56</sup> Voir notamment, Voir **F. Le Gunehec**, préc., JCP 1993, I, 3720, n° 74 et s. **M.-L. Rassat**, préc., n° 365.

<sup>57</sup> Article 346 du Code de procédure pénale.

<sup>58</sup> **J. Pradel**, *La montée des droits du délinquant au cours de son procès*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 226, spéc. p. 232.

<sup>59</sup> Article 297 du Code de procédure pénale.

<sup>60</sup> Article 84 du Code de procédure pénale.

indépendance d'esprit est entachée par un rapport de parenté avec l'une des parties<sup>61</sup>, ou de demander le renvoi de l'affaire à une autre juridiction<sup>62</sup>. Bien sûr, l'utilisation des voies de recours est la solution la plus classique pour protester contre une décision<sup>63</sup>. L'accusé peut aussi protester contre la lenteur exagérée d'une procédure grâce à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le droit à être jugé dans un délai raisonnable. De façon plus spécifique, l'article 148 du Code de procédure pénale précise qu'une demande de mise en liberté formulée par une personne en détention provisoire doit être traitée rapidement<sup>64</sup> : en effet, le dossier doit être transmis « *immédiatement* » au procureur de la République, et le juge d'instruction doit statuer au plus tard dans les cinq jours. A défaut, l'accusé peut saisir directement la chambre d'accusation, qui doit statuer dans les vingt jours.

353. Les autres protagonistes du procès bénéficient aussi de ce mouvement de participation. Ainsi, au stade des poursuites, la victime, personne individuelle ou association concernée par l'affaire, peut intervenir dans la mise en œuvre de l'action publique<sup>65</sup>. Pour certaines infractions, il est nécessaire que la victime ait porté plainte pour qu'une poursuite soit exercée<sup>66</sup>. De même, les témoins peuvent dénoncer les faits au ministère public. De plus, la partie civile s'est vue reconnaître des possibilités d'action similaires à celles de l'accusé, puisque l'équilibre doit être respecté entre les droits de l'accusé et ceux de la victime<sup>67</sup>. Ainsi, bien que la constitution de preuve soit classiquement la tâche du ministère public au stade de l'instruction, le caractère contradictoire du procès implique la participation active de chacun des protagonistes<sup>68</sup> et la partie civile peut demander les mêmes examens médicaux, expertises, demandes d'investigations, de comparutions, d'annulation, ... que l'accusé en cours d'instruction<sup>69</sup>. Elle bénéficie de l'assistance d'un avocat au cours de cette instruction et a les mêmes droits d'information et de consultation du dossier que l'accusé<sup>70</sup>. A l'audience, elle peut déposer des conclusions, s'exprimer et exercer des recours<sup>71</sup>.

354. Cependant, si cette participation importante de l'accusé et de la victime au procès diminue considérablement le caractère imposé de la justice pénale, il ne s'agit pas encore, dans ces exemples, de consensualisme et encore moins de début de contractualisation

<sup>61</sup> Article 668 du Code de procédure pénale.

<sup>62</sup> Article 662 du Code de procédure pénale.

<sup>63</sup> Sauf pour certaines infractions mineures, article 546 du Code de procédure pénale.

<sup>64</sup> Conforté par l'article 5-4 de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>65</sup> L'affaire célèbre *Laurent-Atthalin* (Cass. crim. 8 décembre 1906, D. 1907, 1, 207) permet à la victime de mettre en mouvement l'action publique malgré le silence du Parquet. **G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc**, *Procédure pénale*, préc., n° 233. **J. Pradel**, préc., p. 237. **M. Delmas-Marty**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF 1992, p. 116.

<sup>66</sup> Ainsi en est-il de l'infraction de diffamations (articles 46 de la loi du 29 juillet 1881), de l'atteinte à la vie privée (articles 226-6 et 226-22 du Code pénal), des crimes et délits commis par un français à l'étranger (article 113-8 du Code pénal). **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, *Procédure pénale*, préc., p. 175.

<sup>67</sup> **J. Pradel**, *La montée des droits du délinquant au cours de son procès*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 235.

<sup>68</sup> **F. Tulkens, M. Van de Kerchove**, préc., p. 465 et s.

<sup>69</sup> Articles 81, 82-1, 156 et 173 du Code de procédure pénale.

<sup>70</sup> **J. Pradel**, *La montée des droits du délinquant au cours de son procès*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 235.

<sup>71</sup> **J. Pradel**, préc., p. 235 ; **G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc**, *Procédure pénale*, préc., n° 233.

des procédures. La **justice consensuelle** apparaît pourtant dans certains textes qui offrent la possibilité au juge de proposer certaines mesures aux protagonistes du procès, ceux-ci ayant alors la faculté d'accepter ou de refuser. Ces possibilités de négociation existent avant ou pendant le jugement mais aussi sur la sanction prononcée. Certaines procédures peuvent être repoussées par l'intéressé ou ne deviennent définitives que si l'agent exécute ses obligations.

L'évolution vers une justice consensuelle ne signifie pas l'abandon de la justice imposée. MM. Tulkens et Van de Kerchove soulignent un paradoxe dans cette évolution vers une justice négociée<sup>72</sup> : le développement de la participation, du consensualisme, voire de la négociation dans la procédure pénale n'exclut pas forcément un certain renforcement de la justice imposée, en particulier dans les procédures simplifiées. Le stade du jugement voit son aspect autoritaire renforcé alors que l'instruction, en principe inquisitoire, est marquée par la participation. La réforme du Code de procédure pénale du 4 janvier 1993, placée sous le signe d'une large extension des droits de l'accusé, a vu de nombreuses dispositions corrigées par la loi du 24 août 1993, dans un sens permettant une meilleure « *efficacité de l'appareil répressif* »<sup>73</sup>. Enfin, le nouveau Code pénal est marqué par une plus grande sévérité des peines encourues. La consensualisation de la procédure pénale, mouvement certes massif, doit pourtant être nuancée et relativisée. La raison essentielle de ces réformes serait l'avantage économique de ces nouvelles formules rapides<sup>74</sup>. Dès lors, l'objectif essentiel du système pénal demeure la préservation de l'ordre public, de la société et le respect de la loi. La consensualisation des procédures n'est qu'un moyen pour arriver à ces fins. Les lois régissant le procès pénal sont en constante recherche d'un point d'équilibre entre les intérêts de la société et ceux de l'accusé (au cours de nos développements, nous emploierons le terme d'accusé, plutôt que ceux de délinquant, coupable, auteur,... chaque fois qu'aucune décision de culpabilité n'a été rendue par une juridiction pénale)<sup>75</sup>. « *Ce point d'équilibre se déplace régulièrement au gré de l'évolution de la société vers une protection sans cesse plus grande des Droits de l'homme* »<sup>76</sup>.

Les juges n'ont pas l'entière maîtrise des procédures classiques puisque la contribution des justiciables y est importante. Cette contribution donne à la justice une forme consensuelle lorsque des décisions de l'autorité judiciaire sont soumises, quant à leur forme ou à leur contenu, au consentement exprès ou tacite des parties au procès et de l'accusé en particulier (chapitre I). Ce consentement est proche d'une manifestation de volonté contractuelle : les volontés du juge et du justiciable vont s'accorder sur un point du procès et le consentement va emporter pour chacun des droits mais aussi des contraintes, des obligations à respecter. Cependant, l'évolution de la justice pénale contemporaine ne s'arrête

<sup>72</sup> F. Tulkens, M. Van de Kerchove, *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?*, RD pén. crim. 1996, p. 468. Voir aussi D. Mondon, *Justice imposée, justice négociée : les limites d'une opposition, l'exemple du Parquet*, Droit et société n° 30-31, 1995, p. 349 et s.

<sup>73</sup> Circulaire du Garde des Sceaux du 24 août 1993, JO 25 août 1993, p. 12000.

<sup>74</sup> F. Tulkens, M. Van de Kerchove, préc., p. 468.

<sup>75</sup> Voir *infra* n° 393.

<sup>76</sup> F. Le Guehec, *La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale*, JCP 1993, I, 3721, n° 117.

pas à l'instauration d'une part de consensualisme, manifestation d'un rééquilibrage des forces en présence. De nouveaux modes de traitement des infractions franchissent une étape nouvelle puisqu'ils reposent entièrement sur la négociation : cette justice négociée prend alors la forme de transactions pénales (chapitre II).

## Chapitre I – Action publique et consensualisme.

355. « *L'imposition exclusivement autoritaire d'une décision et la négociation complète d'un accord constituent les "deux pôles" extrêmes entre lesquels se situent sans doute la plupart des formes concrètes de justice pénale qui, tout en relevant, ne fut-ce qu'à un degré minime, de ce double processus, illustrent davantage des modèles intermédiaires de justice participative et de justice consensuelle* »<sup>77</sup>. L'introduction du consensualisme dans la procédure pénale française s'opère par des techniques variées et dans des secteurs divers, sans systématisme apparent. MM. Tulkens et Van de Kerchove ont souligné qu'il s'agissait plus d'une formule hybride de justice, greffée sur un fond classique de justice imposé, que d'une évolution homogène et cohérente<sup>78</sup>.

La procédure pénale intègre peu à peu de nombreuses mesures destinées à faire l'objet de propositions à la victime<sup>79</sup> ou au délinquant. La victime, par exemple, doit donner son consentement en cas d'affichage d'une condamnation comportant son identité<sup>80</sup>. La procédure annexe aussi des conventions de façon plus précise : ainsi, des contrats de sûretés personnelles ou réelles sont utilisés pour garantir aux victimes leurs droits à réparation<sup>81</sup>. Cependant, les éléments de consensualisme visent principalement le délinquant puisqu'ils ont pour fondement l'ambition déjà ancienne de le réhabiliter et le réinsérer, et surtout d'éviter la récidive, idées teintées d'une connotation parfois thérapeutique depuis les années soixante-dix<sup>82</sup> : on parle fréquemment de « traitement pénal »<sup>83</sup>. Ces mesures consensuelles concernent la forme que peut prendre la procédure, de l'instruction au jugement (Section 1), mais aussi la peine prononcée à l'issue de cette procédure (Section 2).

<sup>77</sup> F. Tulkens, M. Van de Kerchove, préc., p. 492.

<sup>78</sup> F. Tulkens, M. Van de Kerchove, préc., p. 492.

<sup>79</sup> Voir *infra* n° 468.

<sup>80</sup> Article 131-35 alinéa 3 du Code pénal.

<sup>81</sup> Articles 15 et 16 de la loi du 8 juillet 1983, article 138 du Code de procédure pénale.

<sup>82</sup> F. Tulkens, M. Van de Kerchove, préc., p. 474.

<sup>83</sup> Voir notamment F. Casorla, *Le droit français – exécution des peines*, RID pén. 1990, p. 554 : « *La sanction est une thérapeutique, voire une orthopédie (sursis avec mise à l'épreuve, libération conditionnelle) appliquée à un délinquant considéré avant tout comme un malade social ... Le crime, réaction d'inadaptation sociale, oblige à un réapprentissage de la vie en société des "handicapés-délinquants" grâce à une "orthopédie sociale", un encadrement, une assistance* ».

## Section 1 - Consensualisme et formes de la procédure.

356. Toujours dans un but d'efficacité, certaines procédures ont été instaurées, favorisant une manifestation plus rapide de la vérité ou permettant de donner à l'affaire un dénouement accéléré<sup>84</sup>. Cependant, comme ces procédures sont susceptibles d'attenter aux droits de la défense, voire aux libertés de l'individu, elles sont soumises à l'accord des personnes concernées. La volonté doit parfois prendre une forme expresse (paragraphe 1). Mais le législateur s'est parfois contenté de laisser au prévenu ou à la partie civile une possibilité d'opposition. Pourtant, même s'il n'a qu'une forme tacite, le consentement existe bien et est indispensable (paragraphe 2).

### Paragraphe 1 – Les procédures assorties d'un accord exprès d'une des parties.

357. Des manifestations de consensualisme existent de longue date tout au long du processus de jugement. Ainsi, l'enquête préliminaire accomplie par les services de police judiciaire donne lieu à des perquisitions, des saisies, des auditions, etc. qui ne peuvent être accomplies qu'avec le consentement des personnes concernées, donné par écrit<sup>85</sup>. Toute demande de preuve exigeant une analyse réalisée à partir du corps humain d'une personne en vie nécessite, de même, son consentement. Seule la vérification de l'imprégnation alcoolique est une mesure à caractère obligatoire, le refus étant incriminé par l'article 1<sup>er</sup> du Code de la route<sup>86</sup>. De même, M. Salvage relève que, à l'occasion d'une commission rogatoire, l'audition de la partie civile ou du témoin ne peut se faire qu'à leur demande ; de même, l'extradition peut avoir un caractère volontaire<sup>87</sup> ; enfin, la renonciation à se prévaloir d'une nullité de l'instruction doit être expresse<sup>88</sup>.

La pratique de la correctionnalisation judiciaire consiste à considérer avant le jugement, un crime comme un délit, afin de permettre au tribunal correctionnel de traiter l'affaire<sup>89</sup>. Cette pratique est une manifestation de l'essor du consentement en procédure pénale<sup>90</sup> puisqu'elle nécessite l'accord de toutes les parties, afin que l'incompétence du tribunal ne puisse être invoquée après coup : la victime, le prévenu, le ministère public et le juge peuvent s'y opposer. Ceci implique une forme, ne serait-ce qu'implicite, de négociation<sup>91</sup> puisque la correctionnalisation avant jugement demeure illégale. Cependant, les auteurs soulignent les avantages du traitement de l'affaire par un tribunal correctionnel : plus rapide,

<sup>84</sup> **F. Casorla**, *La célérité du procès pénal en droit français*, RID pén. 1995, p. 520.

<sup>85</sup> Article 76 du code de procédure pénale. **P. Salvage**, *Le consentement en droit pénal*, Rev. sc. crim. 1991, p. 699.

<sup>86</sup> *Contra* : **P. Salvage**, préc., p. 699, spéc. p. 701, qui considère que puisque le refus est incriminé, la vérification a nécessairement lieu avec l'accord des intéressés.

<sup>87</sup> Article 15 de la loi du 10 mars 1927.

<sup>88</sup> Article 170 alinéa 2 et 174 du Code de procédure pénale.

<sup>89</sup> **G. Stefani**, **G. Levasseur**, **B. Bouloc**, *Procédure pénale*, préc., n° 430 et s. **R. Merle**, **A. Vitu**, *Procédure pénale*, préc., n° 602 et s. **J. Pradel**, *Procédure pénale*, 5<sup>ème</sup> éd. n° 90 et s. **F. Casorla**, préc., spéc. p. 546.

<sup>90</sup> **P. Salvage**, préc., p. 699.

<sup>91</sup> **F. Tulkens**, **M. Van de Kerchove**, préc., p. 485.

ménageant de moindres frais et un deuxième degré de juridiction, cette formule permet en outre d'assurer une répression modérée mais réelle à des crimes peu graves, qui risqueraient d'être exagérément acquittés, devant une cour d'assise reculant devant la sévérité des peines à prononcer<sup>92</sup>. Dès lors, il n'est pas difficile d'obtenir le consentement unanime des protagonistes : le parquet est, en général, à l'origine de cette correctionnalisation ; le tribunal correctionnel, qui devrait en principe soulever son incompetence, accepte cette procédure « *dont il apprécie l'utilité* »<sup>93</sup> ; le prévenu n'a aucun intérêt à être jugé devant la cour d'assise puisqu'il y encourt une peine plus importante et la partie civile préfère cette solution plus rapide et moins coûteuse.

358. La procédure d'urgence utilisée en cas de flagrant délit participe, elle aussi, du modèle de la justice consensuelle. Cette procédure d'urgence est apparue dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en matière de crime flagrant et fut développée au cours du XX<sup>e</sup> siècle, en particulier par la loi « *sécurité liberté* » du 2 février 1981<sup>94</sup>. Ces dispositions ont de tout temps suscité l'ire de la doctrine qui déplorait « *les jugements à la chaîne où quelques minutes suffisent à interroger le prévenu, après l'exposé sommaire des faits et à le condamner. Parfois pour des années* »<sup>95</sup>. Cette procédure fut depuis largement modifiée par la loi du 10 juin 1983. Ce texte exige notamment que le délinquant accepte d'être jugé dans l'urgence. L'article 397 du Code de procédure pénale impose au président du tribunal d'avertir le prévenu qu'il ne peut être jugé ainsi qu'avec son accord, recueilli en présence de son avocat. Mme Delmas-Marty souligne que cette procédure « *a le mérite d'introduire l'ébauche d'un consensualisme dans un domaine où les institutions étatiques (police, parquet) imposaient de façon unilatérale le rythme qu'elles avaient choisi seules* »<sup>96</sup>. Cet auteur souligne aussi que le Rapport du Conseil de l'Europe et la recommandation du Conseil des ministres du 17 septembre 1987 soulignent le rôle important du consentement du suspect dans l'objectif de la simplification des procédures pénales<sup>97</sup>. Par ailleurs, cet accord concernant le temps imparti au déroulement d'une procédure pénale rappelle les contrats de procédure en matière civile, consistant pour les juges à établir avec les avocats un calendrier, destiné à maîtriser la durée de la procédure et le déroulement des procès<sup>98</sup>. Étendre ces contrats judiciaires au domaine pénal serait envisageable.

359. L'article 410-1 du Code de procédure pénale, instauré par la loi du 8 février 1995, exige l'accord du prévenu faisant l'objet d'un mandat d'amener, s'il se trouve à plus de deux cents kilomètres du tribunal correctionnel où il doit être jugé. En cas de refus, il

<sup>92</sup> G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, préc., n° 432-2.

<sup>93</sup> G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc, préc., n° 432-1.

<sup>94</sup> M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF 1986, p. 259.

<sup>95</sup> M. Delmas-Marty, préc., p. 259.

<sup>96</sup> M. Delmas-Marty, préc., p. 259. Voir aussi F. Casorla, préc., p. 520, spéc. p. 526.

<sup>97</sup> M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF 1992, p. 122.

<sup>98</sup> Voir notamment, P. Estoup, *Le contrat de procédure en appel*, D. 1985, Chron. p. 195.

est conduit devant la juridiction du lieu d'arrestation qui effectue un procès verbal de comparution. Le transfèrement n'a lieu qu'ultérieurement.

Cette ébauche de consensualisation du jugement apparaît aussi dans des dispositions qui, sans exiger un accord exprès de l'accusé, lui laisse la possibilité de s'opposer.

## Paragraphe 2 – Les procédures assorties de possibilités d'opposition.

360. Le prévenu a parfois la possibilité de s'opposer au choix d'une procédure, ce qui signifie que, en l'absence d'une telle opposition, il donne un accord tacite. Ainsi en est-il avec les procédures dites « *simplifiées* » en matière de contraventions<sup>99</sup>. Ces procédures instaurées par la loi du 3 janvier 1972 et étendues aux infractions du Code de la route en 1985, consistent en la transmission du dossier, de la poursuite et des réquisitions au juge du tribunal de police. Celui-ci est dispensé de tenir audience et de rédiger un jugement. Il statue dès lors par une ordonnance pénale, portant soit une amende forfaitaire soit une amende pénale fixe. Ce texte semblerait tenir de l'archétype de la justice imposée puisque la décision et la sanction sont rendues sans débat<sup>100</sup> et le juge n'est pas tenu de motiver l'ordonnance<sup>101</sup>. Pourtant, elle constitue un bon exemple de justice consensuelle. En effet, l'article 527 du Code de procédure pénale précise que le ministère public, mais aussi le contrevenant, peuvent former opposition à l'exécution de cette ordonnance. Le prévenu dispose d'un délai de trente jours pour s'opposer, ce qui oblige l'affaire à reprendre son cours habituel selon une procédure classique. La loi l'autorise même à changer d'avis puisqu'il « *peut renoncer expressément à son opposition* »<sup>102</sup>. Cette procédure simplifiée est entièrement soumise au bon vouloir et au consentement de l'accusé.

Une semblable possibilité d'opposition existe dans la procédure de référé, instaurée par la loi du 8 juillet 1983 sur la protection des victimes d'infractions pénales. Cette procédure consiste à donner au juge civil la possibilité de statuer sur les mesures provisoires à prononcer pour préserver les intérêts civils d'une affaire, alors même que la victime s'est constituée partie civile devant les juridictions pénales<sup>103</sup>. Or la défense peut opposer une contestation concernant la réalité des obligations. Autre cas où la victime peut exprimer son opposition : celui du huis-clos qui ne peut être ordonné que si la victime ne s'y oppose pas<sup>104</sup> et qui peut même être demandé dans les affaires de viol.

<sup>99</sup> Articles 524 et s. du Code de procédure pénale. Voir **M. Delmas-Marty**, *Le flou du droit*, PUF 1986, p. 259, note 58.

<sup>100</sup> Article 525 du Code de procédure pénale.

<sup>101</sup> Article 526 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

<sup>102</sup> Article 528 du Code de procédure pénale.

<sup>103</sup> Article 5-1 du Code de procédure pénale.

<sup>104</sup> Article 306 alinéa 3 du Code de procédure pénale.

361. Ces procédures permettant l'accord ou l'opposition du défendeur sont à rapprocher de procédures anglo-saxonnes et confirment l'influence de ces systèmes judiciaires sur nos propres procédures. En effet, ces procédures, puisqu'elles préjugent, en quelques sortes, de la culpabilité de l'agent pour lui proposer un règlement plus rapide de l'affaire, peuvent être comparées au *guilty plea* ou au *plea bargaining* anglo-saxon, procédures manifestant un large développement du consensualisme<sup>105</sup>. Le *guilty plea* consiste pour l'accusé à reconnaître sa culpabilité, évitant alors une enquête préalable parfois longue et difficile. Le *plea bargaining* consiste en une négociation entre l'accusé et le ministère public avant tout jugement : l'accusé, en échange de ses aveux, obtient une modification des chefs de poursuites, une atténuation des réquisitions, voire un retrait de la plainte. La procédure simplifiée en matière de contraventions faisait l'objet d'un consentement et permettait même un changement d'avis. Cette possibilité de choix de la procédure est encore plus marquée en droit anglais, où l'accusé exerce très ouvertement son choix de procédures : « *pour les infractions mixtes, c'est à dire les infractions qui peuvent être jugées soit par les magistrate's court, soit par la crown court, l'accusé peut accepter la procédure sommaire ou exiger son renvoi devant la Cour. Il peut même revenir sur son choix mais avec l'accord de la crown court* »<sup>106</sup>. Ceci ne fait que confirmer l'influence du droit anglo-saxon sur nos procédures.

Certaines formes du procès pénal ou des éléments de celui-ci constituent des options dont l'application dépend du bon vouloir du défendeur. La marque de la consensualisation de la justice pénale intervient non seulement dans la forme du jugement pénal, mais aussi dans le choix ou l'exécution des peines.

<sup>105</sup> Voir, notamment, **J.-P. Ekeu**, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Cujas 1992, p. 349 et s. **M. Delmas-Marty**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF 1992, p. 122 ; *Procédures pénales d'Europe*, PUF Thémis 1995, p. 451 et s., p. 565 et s.

<sup>106</sup> **F. Tulkens, M. Van de Kerchove**, *La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?*, RD pén. crim. 1996, p. 485. **M. Delmas-Marty**, *Procédures pénales d'Europe*, préc., p. 147 et s.

## **Section 2 - Consensualisme et peine.**

362. De nombreuses mesures d'allègement de peines, voire de suppression de sanctions, ont été instaurées depuis les années soixante-dix. Ces avantages peuvent être accordés avant le procès, comme la liberté surveillée ou sous caution, après le prononcé de la culpabilité, comme les dispenses de peines, l'ajournement ou les sursis, ou en cours d'exécution de la peine, comme les libérations conditionnelles, les diminutions de peines ou de périodes de sûreté. Cependant, pour que le juge s'oblige à ne plus recourir à des peines classiques et sévères contre le délinquant, celui-ci doit, selon les cas, manifester son consentement, exécuter de son côté un certain nombre d'obligations ou respecter certaines conditions, véritables manifestations de volonté (paragraphe 1). Afin de favoriser la personnalisation des peines et la resocialisation, ceci au détriment évident de la légalité criminelle, une grande latitude est laissée aux juges : ils peuvent prononcer ces mesures dans les cas où eux-mêmes les considèrent comme judicieuses, et selon des critères suffisamment vagues pour n'entraver que de très loin leur liberté (paragraphe 2). Ces échanges de bons procédés, librement consentis, prenant la forme d'obligations de part et d'autre, confèrent ainsi à ces formes de justice un parfum de consensualisme.

### **Paragraphe 1 – La peine dépendante de la volonté du délinquant.**

363. Une manifestation explicite de la volonté du délinquant est parfois exigée, comme préalable au prononcé de certaines mesures (A). Cependant, bien souvent, cette manifestation de volonté doit perdurer pendant un certain laps de temps au cours duquel le délinquant doit démontrer son intention de coopérer. Le consentement se mue alors en assentiment et en manifestation de « bonne » volonté (B).

#### **A – Le consentement du délinquant à la peine.**

364. Le consensualisme dans le prononcé des sanctions prend essentiellement deux formes : les peines alternatives sont soumises à conditions et à la volonté des délinquants comme des magistrats ; certaines, comme la peine de travail d'intérêt général, se rapprochent du contrat au point de voir soumettre son application au consentement de l'accusé. Des allègements de sanctions peuvent être négociés au moment du jugement. Le choix de la peine, qui ne devrait dépendre que des prescriptions légales en vertu du principe de légalité criminelle, est parfois livré à la volonté des protagonistes du procès (1). En outre, il est possible de discuter en cours d'exécution de la peine et de modifier celle-ci par une modalité d'exécution, un allègement de peine grâce aux mesures de personnalisation des sanctions (2).

## 1 – Consensualisme et choix de la peine.

365. De nouvelles peines ont été créées en raison des critiques que suscitait la solution de l'emprisonnement. Inefficacité, surpeuplement, système déresponsabilisant, caractère très coûteux : tout concourait à chercher de nouvelles formes de sanctions, moins chères et plus personnalisées. Le consensualisme a participé de façon essentielle à ce mouvement.

Ces sanctions de création récente étaient, avant la réforme du Code pénal, des peines de substitution : elles n'étaient envisagées que de façon secondaire<sup>107</sup>, l'emprisonnement correctionnel demeurant la règle puisque les peines de substitution étaient définies comme venant remplacer cette peine traditionnelle. Ces peines sont aujourd'hui énoncées par le code de façon indépendante, comme sanctions envisageables pour tout délit, qu'il soit puni d'emprisonnement ou d'amende, ce qui en fait des peines, non de substitution, mais bien alternatives<sup>108</sup>. Cependant, leur utilisation demeure la même : il s'agit toujours de les prononcer à titre principal, en remplacement de la peine prévue par le texte d'incrimination<sup>109</sup>. Ces mesures sont toujours des tentatives d'alternatives à l'emprisonnement, prononcées à la suite d'une déclaration de culpabilité selon la libre appréciation du juge, comme les dispenses ou les sursis.

Ces sanctions peuvent être privatives de droits et l'article 131-6 en indique la liste : interdiction de conduite d'un véhicule, port d'arme ou confiscation ou permis de chasse, confiscation de la chose utilisée pour le délit, interdiction d'une activité professionnelle ou sociale, confiscation des moyens de paiement. Une peine alternative rompt cependant avec les classiques interdictions : la peine de travail d'intérêt général consiste, en effet, en une activité positive consentie par le délinquant. Or certaines de ces peines font l'objet de véritables négociations entre le délinquant et le juge pénal. C'est le cas des sanctions alternatives liées à la conduite (a) et du travail d'intérêt général (b).

### a - La privation de conduite.

366. Cette mesure s'adresse en priorité aux mauvais conducteurs et est destinée à soustraire la circulation au danger qu'ils représentent. Dès lors, cette peine est utilisée dans le Code de la route<sup>110</sup> ou dans le Code des débits de boisson<sup>111</sup>. Cependant, les soucis de sécurité routière ne président pas toujours au prononcé de cette sanction qui est aussi utilisée à titre de simple châtiment<sup>112</sup>. L'article 131-6 du Code pénal, qui prescrit la liste des

<sup>107</sup> D. Gaillardot, *Sanctions pénales alternatives*, RID comp. 1994, p. 683.

<sup>108</sup> D. Gaillardot, préc., p. 683.

<sup>109</sup> P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 470.

<sup>110</sup> Articles L. 14 et s., R. 266 et s. du Code de la route.

<sup>111</sup> Article L. 67 du Code des débits de boissons.

<sup>112</sup> R. Merle, A. Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 751.

peines alternatives pour les délits, consacre une large place aux punitions en rapport avec le véhicule, illustrant, s'il en était encore besoin, l'importance qu'a pu prendre la voiture dans la vie de chacun. Priver quelqu'un de son moyen de locomotion favori s'apparente à une privation de sa liberté. Dès lors, les cinq premières sanctions énumérées par cet article prévoient la privation de véhicule ou de permis de conduire<sup>113</sup>. Ces peines sont utilisées comme véritables châtiments puisqu'elles peuvent être prononcées pour n'importe quel type de délit, à l'encontre d'un délinquant par ailleurs parfait conducteur<sup>114</sup>. Ainsi, la personne coupable d'utilisation ou vente de timbres fiscaux ayant déjà servi est coupable d'un délit punissable d'emprisonnement<sup>115</sup>, peine qui peut être remplacée par une des sanctions alternatives prévues à l'article 131-6 du Code pénal. L'interdiction de conduire semble convaincre les juges puisqu'elle est la sanction alternative la plus prononcée, représentant environ la moitié de ces peines prononcées à titre principal<sup>116</sup>. L'article 131-16 prévoit la suspension de permis au titre des peines complémentaires pour les contraventions.

Cependant, de même que les peines privatives de liberté classiques sont susceptibles d'aménagements, la privation de permis de conduire peut être modulée et sélective. Sur requête du condamné, cette sanction peut faire l'objet d'un aménagement spécial. L'article R. 131-1 du Code pénal prévoit que cette suspension peut être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle. Ces sanctions quittent alors totalement leur fonction de mesure de sûreté puisqu'il ne s'agit plus de protéger la circulation d'un mauvais conducteur. Classiquement, les sanctions sont classées en deux catégories, suivant l'objectif poursuivi par le législateur : s'il s'agit de protection sociale et de traitement, la sanction est une mesure de sûreté ; s'il s'agit d'intimider ou de châtier, la sanction est une peine au sens strict<sup>117</sup>. Lorsque le délinquant se voit privé de son permis de conduire sans préjudice pour ses besoins professionnels, l'objectif originel de cette sanction est détourné. L'objectif essentiel est de châtier, en gênant l'intéressé dans sa liberté d'aller et venir, tout particulièrement à ses heures de loisirs. Son activité professionnelle est préservée, probablement pour ne pas pénaliser l'ensemble d'une famille puisqu'il s'agit d'un délit mineur, mais aussi parce que l'activité professionnelle peut être considérée comme resocialisante, si tant est qu'un tel besoin se fasse sentir<sup>118</sup>. Ces sanctions tendent à conforter le courant de doctrine niant la réelle distinction entre les deux types de sanction : chaque mesure de sûreté a un caractère intimidant, dissuasif et afflictif ; la peine de privation de liberté, qui écarte momentanément l'individu, contribue à protéger la société de ses interventions nuisibles<sup>119</sup>. M. Robert a montré que ces sanctions secondaires sont bien des peines, puisqu'elles sont soumises au principe de

<sup>113</sup> Suspension ou annulation pour cinq ans et plus du permis de conduire, interdiction de conduire certains véhicules, confiscation ou immobilisation d'un ou plusieurs véhicules appartenant au condamné.

<sup>114</sup> En ce sens, **D. Gaillardot**, *Les sanctions pénales alternatives*, RID comp. 1994, p. 683, spéc. p. 685.

<sup>115</sup> Article 1840-P du Code général des impôts.

<sup>116</sup> **D. Gaillardot**, préc., p. 693.

<sup>117</sup> **R. Merle, A. Vitu**, préc., n° 606. **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, *Droit pénal général*, préc., n° 448.

<sup>118</sup> Voir *infra* n° 377.

<sup>119</sup> **R. Merle, A. Vitu**, préc., n° 607.

légalité criminelle et qu'elles constituent l'objet de l'action publique. Si la jurisprudence les dénomme parfois sous des vocables variables, c'est par souci de politique criminelle, afin d'éviter l'application de mesures d'individualisation des peines que le législateur a promulguées sans précautions quant à leur domaine d'application<sup>120</sup>.

Cette peine de retrait du permis de conduire peut faire l'objet d'un certain marchandage et d'un accord entre le juge et le délinquant. Cependant, la peine la plus proche d'un contrat est incontestablement le travail d'intérêt général.

#### b - Le travail d'intérêt général.

367. Le travail d'intérêt général est une peine introduite en droit français par une loi du 10 juin 1983, au titre des peines de substitution<sup>121</sup>. Le juge pénal y recourt de façon toujours croissante<sup>122</sup>, même si sa fréquence reste toujours inférieure à celle des peines classiques d'amende ou d'emprisonnement, en raison des moyens qu'elles nécessitent : il faut trouver des structures associatives pour superviser l'activité ... et une activité, ce qui n'est pas le plus simple actuellement. L'idée vient des Etats-Unis et de la Grande Bretagne où des expériences de ce type avaient été menées dès 1973<sup>123</sup>. La grande particularité de cette peine est son caractère volontaire manifeste, le législateur ayant largement entamé ici l'*imperium* du juge. Si la faculté de conduire peut faire l'objet de quelques aménagements, le délinquant ne peut que proposer et reste soumis au libre choix du juge. Le travail d'intérêt général, à l'inverse, est proposé par le juge, et c'est l'accusé qui dispose de la liberté d'accepter ou de refuser le principe d'une telle mesure. En effet, l'article 131-8 du Code pénal dispose que le juge doit, avant le prononcé du jugement, informer le prévenu de son droit de refuser cette peine et il reçoit sa réponse<sup>124</sup>. La présence du prévenu à l'audience est indispensable, comme le rappelle ce même texte. Ce consentement de l'accusé à la sanction, certes en totale contradiction avec la tradition procédurale, était pourtant utile, mais aussi nécessaire à l'introduction de cette mesure en droit français. Le consentement est utile : l'efficacité même de cette sanction en dépend<sup>125</sup> et l'expression de volonté renforce l'individualisation de la peine. L'objectif essentiel est celui de la réinsertion : le délinquant doit prendre conscience

<sup>120</sup> **J.-H. Robert**, *L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 241.

<sup>121</sup> Articles 131-8 et s., 131-22 et s. du Code pénal. Voir notamment, **G. Lorho**, *Chronique du nouveau Code pénal, un travail d'utilité collective : la réforme du TIG*, Droit pénal 1993, p. 1.

<sup>122</sup> L'augmentation du taux de personnes suivies en milieu ouvert est spectaculaire : 60 % entre le 1<sup>er</sup> janvier 1989 et le 1<sup>er</sup> janvier 1990 ; 36 % entre le 1<sup>er</sup> janvier 1990 et le 1<sup>er</sup> janvier 1992 (Courrier de la Chancellerie 1993, n° 17). Le nombre de condamnation pour délit à une peine de travail d'intérêt général a cru régulièrement pour passer de 5086 en 1989 à 6240 en 1993 et 11972 en 1996 (Annuaire statistique de la justice 1994, p. 143 et 1998, p. 117 Documentation française).

<sup>123</sup> Avec le « *community service order* ». **P.-H. Bolle**, *La philosophie de la justice criminelle et les théories contemporaines de correction*, RID pén. 1982, p. 701 et s., spéc. p. 718 et s. **M. Delmas-Marty**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF 1992, p. 121. **J. Vérin**, *Rev. sc. crim.* 1979, p. 636.

<sup>124</sup> Cette disposition est étendue au travail d'intérêt général pour les mineurs délinquant, par l'article 20-5 de l'ordonnance du 2 février 1945. **J. Lesparre**, *Le consentement du délinquant*, Thèse Bordeaux 1994, p. 363 et s.

<sup>125</sup> En ce sens, **M. Delmas-Marty**, précitée.

des intérêts extérieurs aux siens et tout particulièrement ceux de la collectivité. Au châtement s'ajoute une dimension éducative qui n'est susceptible d'être atteinte que si le délinquant participe activement à l'activité et se responsabilise. Une telle activité, si elle n'est qu'imposée, ne garde que sa dimension punitive et perd en efficacité. Par ailleurs, obtenir le consentement du prévenu était nécessaire. En effet, les textes internationaux prohibent toute forme de travail forcé : c'est le cas, par exemple de l'article 4 de la Convention européenne des droits de l'homme qui déclare que « *nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire* »<sup>126</sup>. Le législateur ne pouvait introduire cette forme de sanction sous forme autoritaire sans risquer une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme.

368. Si le consentement de l'accusé est nécessaire, le travail d'intérêt général ne semble pourtant pas de nature strictement contractuelle. Il s'agit ici plutôt de l'insertion d'une part de consensualisme dans la procédure pénale, au même titre que ce que nous constaterons dans d'autres allègements de peines<sup>127</sup>. Certes, les textes exigent que l'accusé consente à cette mesure, avant même que l'affaire n'ait été jugée. Le consentement s'exprime par une absence d'opposition à cette mesure et, pour certains, par une reconnaissance de sa culpabilité<sup>128</sup>. Cependant, quoique de nombreux auteurs aient contesté cette atteinte au principe de présomption d'innocence<sup>129</sup>, les textes évoquent un assentiment à un type de peine éventuellement applicable, en cas d'une reconnaissance hypothétique de la responsabilité pénale. De plus, il faut reconnaître que le principe de présomption d'innocence reçoit là une bien faible atteinte comparativement à ce qui peut être constaté lors des perquisitions ou des détentions provisoires...<sup>130</sup> Pourtant, il est vrai que, dans les faits, si un prévenu accepte un certain type de sanction, c'est qu'il prépare ce qui lui semble inévitable et choisit une voie qui lui semble plus douce : quelqu'un qui se sait innocent ne s'opposera-t-il pas tout net à toute sanction, de quelque type qu'elle soit ? Enfin, remarquons que le travail d'intérêt général est expressément soumis à certaines règles du droit du travail, comme tout contrat de travail, concernant le travail de nuit, l'hygiène, la sécurité, ainsi que le travail des femmes et des jeunes<sup>131</sup>.

369. Cependant, le législateur semble se refuser à ce que les peines prennent la forme de contrat de façon trop évidente. L'exemple le plus frappant est celui de l'article

<sup>126</sup> Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950. La charte sociale européenne (Turin, 18 octobre 1961) reconnaît le droit de « *gagner sa vie par un travail librement entrepris* ». Ce même droit est reconnu dans l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New-York, 19 décembre 1966).

<sup>127</sup> Voir *infra* n° 373.

<sup>128</sup> **P. Truche**, *Violente justice / justice non violente, La justice*, Cahiers français n° 251, p. 111, spéc. p. 112.

<sup>129</sup> Principe réaffirmé par l'article 6-2 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 14-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. **J. Francillon, P. Salvage**, *Les ambiguïtés des sanctions de substitution*, JCP 1984, I, 3133, n° 44.

<sup>130</sup> **J. Francillon, P. Salvage**, préc. ; **G. Levasseur**, *Les techniques de l'individualisation judiciaire*, Rev. sc. crim. 1950, p. 350 ; **A. Vitu**, *La division du procès en deux phases*, RID pén. 1969, p. 497.

<sup>131</sup> Article 131-23 du Code pénal.

720 alinéa 3 du Code de procédure pénale<sup>132</sup>, qui précise que « *les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail* ». Une première version du texte instaurant le travail d'intérêt général prévoyait que le délinquant devait accepter expressément cette peine. Cet accord du prévenu était donc indispensable pour substituer le travail d'intérêt général à l'emprisonnement et apparentait alors cette peine à un véritable contrat<sup>133</sup>. Il fut préféré à cette exigence d'un consentement exprès, une absence d'opposition du prévenu, qui éclipse l'idée de contrat comprenant trop de liberté et d'autonomie, au profit de l'idée de peine imposée. Cependant, cette absence d'opposition est en réalité un consentement tacite, et fut ainsi envisagé par le législateur<sup>134</sup>. Rappelons que le contrat est valablement formé par un consentement tacite et silencieux dans quelques cas et précisément lorsque le législateur prévoit expressément cette solution<sup>135</sup>. Exiger une absence d'opposition plutôt que son consentement exprès ne retire rien à la nature éventuellement contractuelle de cette peine. Le juge fait au délinquant une offre de peine alternative consistant en un travail ; il doit formuler une proposition claire, qui ne laisse pas d'ambiguïté quant à la possibilité d'accepter ou de refuser de l'accusé. Cette offre est suivie d'un consentement tacite de l'intéressé<sup>136</sup>. Le délinquant s'oblige à effectuer la tâche désignée, et le juge s'engage, non pas à le rémunérer, mais à ne pas infliger de sanctions classiques. Il y a rencontre des volontés donnant naissance à des obligations. Ce même échange de consentement se retrouve lorsque le travail d'intérêt général est prononcé pour assortir une décision de sursis, mais qui concerne alors, non le choix de la peine, mais l'exécution de celle-ci<sup>137</sup>.

370. Pourtant, la sanction de l'inexécution du travail d'intérêt général, si celui-ci était véritablement un contrat, pourrait être la résolution pour inexécution, ou la révocation comme ont pu l'envisager certains auteurs<sup>138</sup>, si on considère cette sanction comme une faveur faite au délinquant. Cette solution fut récemment rejetée par la Cour de cassation, qui a nié son caractère favorable<sup>139</sup> et éloigné la comparaison avec le contrat. Dans un arrêt du 7 janvier 1997, la chambre criminelle cassa une décision rendue par la Cour d'appel de Colmar, et affirma que « *la condamnation prononcée, en l'application de l'article 434-42 du Code pénal, pour violation des obligations résultant d'une peine d'intérêt général, ne dispense pas le condamné de l'exécution de cette peine* »<sup>140</sup>. L'inexécution de la peine de travail d'intérêt général est constitutive d'une infraction prévue par l'article 434-42 du Code

<sup>132</sup> Voir *infra* n° 374.

<sup>133</sup> **F. Alt-Maes**, *L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ?*, Rev. sc. crim. 1987 p. 347, spéc. p. 352. **M. Delmas-Marty**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF 1992, p. 121.

<sup>134</sup> En ce sens, **J. Francillon** et **P. Salvage**, *Les ambiguïtés des sanctions de substitution*, JCP 1984, I, 3133, n° 47. Voir par exemple le Rapport de la commission des lois du Sénat, J.O. Déb. Sénat, 7 avril 1983, p. 80.

<sup>135</sup> **F. Terré**, **P. Simler**, **Y. Lequette**, *Les obligations*, préc., n° 118.

<sup>136</sup> Dans ce sens, **F. Alt-Maes**, *L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ?*, Rev. sc. crim. 1987 p. 347, spéc. p. 352.

<sup>137</sup> Articles 132 -54 et s. du Code pénal et 747-1 et s. du Code de procédure pénale. Voir *infra* n° 373.

<sup>138</sup> **F. Alt-Maes**, préc., p. 352.

<sup>139</sup> **P. Salvage**, note sous Cass. crim. 7 janvier 1997, JCP 1997, II, 22878.

<sup>140</sup> JCP 1997, II, 22878, note **P. Salvage**.

pénal<sup>141</sup>, comme est incriminée, par exemple, l'évasion de prison (inexécution de la peine d'emprisonnement)<sup>142</sup>. L'incrimination de l'article 434-42 est constituée qu'il y ait inexécution totale ou partielle du travail<sup>143</sup> et est sanctionnée par une peine d'emprisonnement à distinguer de l'emprisonnement prévu pour l'infraction initialement commise. Dès lors, l'échec du travail d'intérêt général n'équivaut pas à l'échec d'un contrat ; cette peine ne peut être révoquée puisque les juges ne peuvent en dispenser le délinquant. Le raisonnement est le même pour l'inexécution d'une peine de suspension de permis de conduire, qui est incriminée par l'article 434-41 du Code pénal : l'inexécution est une infraction dont la sanction, quoique rétributive, ne dispense pas d'une exécution ultérieure. Une autre différence existe entre l'inexécution d'un contrat et l'inexécution d'un travail d'intérêt général : en effet, si un contractant demande la résolution pour inexécution d'un contrat sur le fondement de l'article 1184 du Code civil, les juges, classiquement, refusent d'examiner l'origine de l'inexécution<sup>144</sup>. Ils se contentent de constater l'inexécution. Dès lors, la résolution est encourue même si l'inexécution est due à un cas de force majeure<sup>145</sup>. En revanche, le juge pénal accepte d'examiner la force majeure invoquée pour justifier de l'inexécution d'un travail d'intérêt général, quoique cette force majeure soit considérée avec une relative sévérité<sup>146</sup>.

Le travail d'intérêt général n'entraîne aucune rémunération puisque c'est une peine. Certes, si le délinquant est privé de toute ressource, le comité de probation peut couvrir ses besoins élémentaires, tel que les repas et l'hébergement, au moyen de crédits spécialement attribués<sup>147</sup>. Mais ces émoluments ne sont pas en relation directe avec l'exécution de la tâche elle-même et ne peuvent être considérés comme sa contrepartie.

Le travail d'intérêt général demeure une peine, une sanction avec cette part de contrainte destinée à marquer la culpabilité de l'agent qui n'est pas seulement un « déviant » en « traitement » pénal, mais bel et bien un délinquant auquel on reproche un acte. La personnalisation de la peine passe par une forme de consentement qui permet au délinquant de participer au prononcé de la peine et à un début de prise de conscience. Cependant, la nécessité de préserver l'*imperium* du juge a empêché le législateur de donner trop de latitude au délinquant. Ce qui était valable pour une peine de substitution l'est encore plus pour ce

<sup>141</sup> Sur les infractions constituées par l'inexécution de diverses peines, voir les articles 434-38 à 434-43 du Code pénal.

<sup>142</sup> Articles 434-27 et s. du Code pénal. Voir **P. Salvage**, note précitée.

<sup>143</sup> Cass. crim., 6 novembre 1986, D. 1987 p. 237 note **J. Pradel** : le simple fait de ne pas se présenter sur le lieu de travail aux jours et aux heures fixés par la décision du juge d'application des peines constitue une inexécution sanctionnable. Notons que les inexécutions sont très rarement signalées par les structures d'accueil chargées d'organiser le travail ; elles sont encore plus rarement sanctionnées : **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets, 1997, p. 71.

<sup>144</sup> Jurisprudence constante depuis Cass. civ., 14 avril 1891, D.P. 1891, 1, note **Planiol**, *Grands arrêts* n° 101.

<sup>145</sup> Comme c'est le cas dans l'arrêt du 14 avril 1891, préc.

<sup>146</sup> Par exemple, Cour d'appel de Douai, 21 mai 1987, GP 1988, 2, p. 777, note **J.-P. Doucet** : un accusé prétendait qu'il lui avait été impossible d'effectuer sa peine de travail d'intérêt général puisqu'il avait été incarcéré. Mais « si le prévenu n'avait pas commis la faute de perpétrer un nouveau vol, il n'aurait pas été légitimement incarcéré, et aurait dès lors pu remplir ses obligations judiciaires ».

<sup>147</sup> **J.-M. Gonnard**, *Travail d'intérêt général*, Juris-classeurs pénal, articles 131-22 à 131-24, n° 21.

qu'elles sont aujourd'hui : des peines réellement alternatives, placées sur un pied d'égalité avec les peines classiques plus autoritaristes<sup>148</sup>. Il convient de préserver au juge le pouvoir d'imposer l'exécution correcte d'une sanction, à défaut de pouvoir l'imposer complètement.

371. Il demeure que, à côté des peines classiques imposées, inhérentes aux modèles de justice imposée ou, tout au plus, participative, il existe aujourd'hui des peines « alternatives », ne pouvant plus être considérées comme des solutions de second rang, qui relèvent d'un autre modèle. Ces peines sont acceptées, ce qui confirme et amplifie l'apparition du modèle de justice consensuelle.

Un auteur observe que « *la multiplication des peines alternatives conduit donc à élargir le concept même de la sanction pénale, à en modifier sensiblement sa finalité et au-delà d'un simple outil de dissuasion et de répression, en faire un véritable moyen de prévention, de réinsertion voire de médiation et de réparation* »<sup>149</sup>. Les peines de substitution ne sont pas les seules à pouvoir faire l'objet de tractations. Le mouvement de consensualisation de certaines sanctions se retrouve au stade de l'exécution de la peine.

## 2 – Consensualisme et exécution de la peine.

372. Le droit pénal recourt parfois au contrat pour l'exécution d'une décision de justice. Le contrat de mandat peut être cité à titre d'exemple puisqu'un mandataire de justice intervient lorsqu'une personne morale est placée sous surveillance judiciaire<sup>150</sup>. Il ne s'agit cependant pas de mesure illustrant le consensualisme entre juges et délinquants. Ce consensualisme au cours de l'exécution de la peine trouve pourtant plusieurs illustrations. Les peines privatives de liberté sont susceptibles d'allègements qui n'interviennent qu'avec le consentement du délinquant (a). Le temps passé en prison peut donner l'occasion d'exécuter un travail, qui, de même, ne peut être imposé au délinquant (b).

### a - Allègement de la peine privative de liberté.

373. La privation de liberté avant jugement peut être évitée grâce à des mesures de contrôle judiciaire<sup>151</sup> : ainsi, la détention provisoire peut être remplacée par une liberté surveillée, assortie de diverses obligations de résidence, d'information des juges d'instruction quant aux déplacements, de présentation, de convocation, de traitement médical, ou d'interdiction de conduire, de fréquenter certaines personnes, de se livrer à certaines

<sup>148</sup> Rappelons que le nouveau Code pénal a supprimé la notion de peine accessoire (sanction attachée à la condamnation).

<sup>149</sup> **D. Gaillardot**, *Sanctions pénales alternatives*, RID comp. 1994, p. 683, spéc. p. 690.

<sup>150</sup> Article 131-46 du Code pénal.

<sup>151</sup> Article 138 du Code de procédure pénale. **M.-L. Rassat**, *Procédure pénale*, préc., n° 392 et s. **R. Merle, A. Vitu**, *Procédure pénale*, préc., n° 391 et s. **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, *Procédure pénale*, préc., p. 220 et s. **G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc**, *Procédure pénale*, préc., n° 559 et s.

activités, de porter une arme, d'émettre des chèques, etc. Le suspect peut se voir imposer une liberté sous caution, ce qui est une façon pour lui d'acheter sa liberté<sup>152</sup>.

La peine privative de liberté donne aussi lieu à des négociations entre le juge d'application des peines et le délinquant, en vue d'un allègement éventuel de la peine prononcée lors du jugement. C'est ce juge qui, selon l'article 722 du Code de procédure pénale, détermine les modalités d'exécution de sa peine par le délinquant. Dépendent de lui les « *placements à l'extérieur, la semi-liberté, les réductions de peines, les autorisations de sortir sous escorte, les permissions de sortir, les libérations conditionnelles* » et il statue après avis de la commission des peines. Si certaines de ces mesures dépendent de la « *bonne volonté* » du délinquant<sup>153</sup>, il arrive que ce soit bien son consentement qui soit indispensable.

Ainsi, le consentement exprès du délinquant est requis comme préalable à la décision de **libération conditionnelle**<sup>154</sup> puisque cette libération entraîne pour lui l'obligation d'exécuter certaines obligations. C'est l'efficacité même de la mesure qui est en jeu. En effet, la libération, mesure favorable au délinquant, est liée à ces conditions contraignantes qui ne peuvent être correctement exécutées que si le délinquant a compris le lien qui existe entre les deux volets de cette mesure<sup>155</sup> et si sa volonté de coopérer est réelle. Dès lors, l'article D.531 du Code de procédure pénale dispose que le consentement de l'intéressé doit être recueilli, après lui avoir donné connaissance des conditions assorties à la libération conditionnelle. Une telle expression de consentement est exigée pour la **semi-liberté**<sup>156</sup>, dont on communique les règles générales et spéciales au condamné et auxquelles il doit consentir<sup>157</sup>. Ici encore, c'est l'efficacité de la mesure qui est en jeu. Le consentement du délinquant est encore requis à l'occasion d'une décision de **sursis avec mise à l'épreuve**, lorsque l'obligation qui assortit cet allègement de peine est un travail d'intérêt général<sup>158</sup>. C'est alors la règle générale, déjà évoquée, selon laquelle le travail d'intérêt général est soumis au consentement du délinquant, qui s'applique<sup>159</sup>.

Le travail exécuté au cours d'une peine privative de liberté donne aussi lieu à des manifestations de consensualisme.

#### b - Le travail en prison.

374. Le travail en prison n'est, de même, envisageable qu'avec le consentement du détenu. Ce consentement n'a pas toujours été considéré comme indispensable puisque l'activité était obligatoire avant la loi du 22 juin 1987. Deux facteurs

<sup>152</sup> Article 138-8° du Code de procédure pénale. **M.-L. Rassat**, préc., n° 397 et s. **R. Merle, A. Vitu**, préc., n° 413 et s. **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, préc., p. 220. **G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc**, préc., n° 561.

<sup>153</sup> Voir *infra* n° 377.

<sup>154</sup> Articles 729 et s. du Code de procédure pénale.

<sup>155</sup> **P. Salvage**, *Le consentement en droit pénal*, Rev. sc. crim. 1991, p. 699, spéc. p. 713.

<sup>156</sup> Article 132 -26 du Code pénal, articles 723 et suivants du Code de procédure pénale.

<sup>157</sup> Article D. 139 du Code de procédure pénale.

<sup>158</sup> Article 747-1 et s. du Code de procédure pénale.

<sup>159</sup> Voir *supra* n° 367.

ont favorisé cette évolution. Tout d'abord, la force des choses puisque, crise aidant, il était devenu impossible de procurer à chacun une activité. On a préféré réserver les activités aux personnes qui en manifestent la demande. D'autre part, divers textes internationaux interdirent que le travail puisse revêtir un quelconque caractère forcé<sup>160</sup>. Le travail en prison a perdu son caractère afflictif pour devenir un instrument d'amendement et de réinsertion<sup>161</sup>. Dès lors, avant même la réforme de l'article 720 du Code de procédure pénale, qui le rendait auparavant obligatoire, plusieurs textes avaient consacré cette évolution : ainsi, le décret du 12 septembre 1972 avait supprimé les termes qui, dans la loi, conféraient un caractère obligatoire et participatif de la peine à cette activité de travail. Dorénavant, l'activité professionnelle ne peut être exercée que par « *ceux qui le souhaitent* » selon l'article 720 du Code de procédure pénale. Dès lors, le principe de l'exercice d'une activité est contractualisé, quoique l'article de l'article 720 alinéa 3 du Code de procédure pénale précise que « *les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail* ».

Cependant, malgré toutes ces réformes, un texte laisse curieusement perdurer le caractère contraignant du travail en prison : l'article D. 98 du Code de procédure pénale dispose que seuls peuvent être *dispensés* de travailler les condamnés suivant une formation ou un enseignement, ou les personnes reconnues inaptes par un médecin<sup>162</sup>. Ce même article précise que « *l'inobservation par les détenus des ordres ou des instructions données pour l'exécution d'une tâche peut entraîner l'application de sanctions disciplinaires* ». En fait d'après les articles 98 et 99 du Code de procédure pénale, si les prévenus, les condamnés de police et les détenus pour dettes peuvent *demande* un travail, les personnes condamnées pour crime ou délit sont toujours *tenu*es de travailler. Dès lors, les réformes intervenues dans les autres textes ne demeurent que des vœux pieux. Quoiqu'il en soit, ces modifications de vocabulaire montrent que l'objectif du travail en prison a bien changé et revêt essentiellement un caractère éducatif<sup>163</sup>.

Le législateur a ouvert au délinquant les possibilités d'influer sur le choix de la sanction comme sur certaines de ses modalités d'exécution. Parfois la volonté du délinquant se manifeste de façon moins dicible. Des allègements de peines sont à sa portée, proposés en quelque sorte par le juge et dépendent d'un comportement volontaire, plus durable du délinquant, manifestant son assentiment. Il est possible de parler de manifestation de « bonne » volonté du délinquant.

<sup>160</sup> Voir *supra* n° 367. Par exemple : Article 4 de la convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950. La charte sociale européenne (Turin, 18 octobre 1961) reconnaît le droit de « *gagner sa vie par un travail librement entrepris* ». Ce même droit est reconnu dans l'article 6 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New-York, 19 décembre 1966).

<sup>161</sup> Article D. 101 du Code de procédure pénale. **R. Merle, A. Vitu**, *Problème généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 683.

<sup>162</sup> Décret n° 85-836 du 6 août 1985. **F. Casorla**, *Le droit français – Exécution des peines*, RID pén. 1990, p. 555, spéc. p. 577 et s.

<sup>163</sup> **R. Merle et A. Vitu**, préc., n° 683.

## B – La « bonne » volonté du délinquant.

375. Certaines mesures favorables au délinquant ne sont accordées que si celui-ci remplit certaines conditions, pour la plupart dépendant de ses seuls efforts. Ces conditions sont formulées dans des termes suffisamment vastes par la loi pour que l'on considère que ces institutions sont « abandonnées à la sagesse du tribunal ». Ceci renforce leur nature consensuelle puisqu'il s'agit d'un arrangement passé entre deux personnes, le juge et le délinquant. Le juge examinera certaines conditions de façon indépendante et au cas par cas, et l'attitude positive du délinquant sera déterminante. Cette attitude positive doit porter sur sa réinsertion (1), mais aussi sur la disparition des conséquences de l'infraction (2).

### 1 - Les efforts de réinsertion du délinquant.

376. Des allègements de peines sont octroyés lorsqu'il est possible de constater des efforts d'intégration et de réadaptation du délinquant. Ces efforts sont souvent des préalables à l'octroi d'un traitement plus favorable, mais peuvent aussi constituer des obligations conditionnant le maintien d'une mesure. Ainsi, les mesures de semi-liberté, la libération conditionnelle et les diminutions de peines ou de périodes de sûreté sont conditionnées par des critères proches, décrits souvent dans les textes comme « *des gages sérieux de réadaptation sociale* »<sup>164</sup>. La dispense de peine<sup>165</sup> et les ajournements divers<sup>166</sup> peuvent être prononcés si « *il apparaît que le reclassement du coupable est acquis...* ». Les juges apprécient de façon autonome les manifestations de reclassement<sup>167</sup>. Les textes permettent de définir la notion et les critères du reclassement (a) qui donnent aux mesures un caractère consensuel (b).

#### a – Les critères du reclassement.

377. L'objectif premier du législateur est d'éviter la multiplication des courtes peines, dont l'effet d'amendement est discuté par la doctrine majoritaire. Beaucoup prétendent qu'une courte peine risque de mettre en contact des petits délinquants, souvent primaires, avec des délinquants plus chevronnés susceptibles de leur donner des idées<sup>168</sup> ; elles n'auraient, en outre, aucun effet d'amendement puisque seule une longue peine serait

<sup>164</sup> Expression utilisée dans les articles 729 du Code de procédure pénale sur la libération conditionnelle, 721-1 sur les réductions de peines, 720-4 sur la diminution de la période de sûreté. L'article 720 de ce même Code sur la bonne conduite parle de « *gages de réinsertion* ».

<sup>165</sup> Article 132-59 du Code pénal.

<sup>166</sup> Articles 132-60 et suivants.

<sup>167</sup> Voir *infra* n° 383.

<sup>168</sup> C'est la prison qui corrompt. Voir **M. Foucault**, *Surveiller et punir*, Gallimard Tel, 1975, p. 309 et s. Cependant, **J. Languier** suggère que puisqu'« *on soutient qu'il n'y a en prison que des gens comme il faut ... sans doute l'effet corrupteur de la prison est-il dû moins à l'enfer des autres qu'à la présence des gardiens : comment, sans cela, aurait pu se corrompre le premier détenu de l'histoire ?* » : *Mort et transfiguration du droit pénal*, mélanges Ancel, T. II, Pédone 1975, p. 123, spéc. p. 134.

susceptible d'amener un délinquant à réfléchir<sup>169</sup>. Des allègements de peines seront prononcés si le juge considère que la peine est, peut-être inefficace, en tout cas superflue. Or, tel est le cas si le délinquant s'est déjà remis en question et s'il ne manifeste plus de propension à la récidive au sens large. Le reclassement est proche d'une forme d'amendement. Dans le même temps, il ne s'agit pas d'affirmer que la peine elle-même est « *amendante* » ou « *resocialisante* ». Le législateur a voulu « *éviter que le juge ne compromette l'insertion sociale par une sanction qui couperait le prévenu de son entourage* »<sup>170</sup> ce qui briserait ses efforts. Cette préoccupation concernant la resocialisation permet de distinguer la dispense de peine de l'exemption légale de peine qui récompense la personne ayant fait échouer une infraction à laquelle il participait en la dénonçant aux autorités : l'appréciation de l'avenir du délinquant ne joue pas<sup>171</sup>. Cependant, selon quels critères apprécier l'amendement et la resocialisation du délinquant ?

Le législateur avait le choix entre des examens de la personnalité de type quasi clinique<sup>172</sup> ou des manifestations apportées par le délinquant lui-même. Les enquêtes de personnalité ou les enquêtes sociales existent certes, mais ne sont préconisées de façon systématique que pour l'instruction des affaires criminelles<sup>173</sup> et ne constituent qu'un élément d'appréciation de la culpabilité parmi d'autres dans les infractions graves. Leur rôle est aussi de rechercher une solution palliative à l'incarcération préalable au jugement<sup>174</sup>. Les articles D. 574 et suivants du Code de procédure pénale précisent leur tâche qui consiste essentiellement à vérifier la bonne exécution de ses obligations de contrôle judiciaire, de mise à l'épreuve et de libération conditionnelle par le délinquant. Ils ont aussi pour mission d'assister les sortants de prison pour favoriser leur réinsertion. Ils agissent donc essentiellement dans un cadre légal prédéterminé et leur rôle, mises à part les quelques enquêtes de personnalité, laisse peu de place à l'initiative tant que le délinquant n'est pas sorti du système répressif. L'influence des comités de probation anglo-saxons qui les ont inspirés est demeurée limitée<sup>175</sup>.

En réalité, l'exigence systématique d'un dossier de personnalité est trop lourde en termes de moyens économiques et humains et la notion d'état dangereux<sup>176</sup> brille par son

<sup>169</sup> Ici encore des voix rares mais discordantes se font entendre : les courtes peines connaissent un regain d'intérêt aux Etats-Unis et dans les pays scandinaves, car elles provoqueraient un choc salutaire aux jeunes délinquants. Des criminologues affirment en outre, que c'est toujours lors des premiers jours de la détention que la peine produit le plus d'effets sur le détenu ; l'effet dissuasif s'estompe même, lorsque la privation de liberté dure trop ! Voir notamment **P.-H. Bolle**, *La philosophie de la justice criminelle et les théories contemporaines de correction*, RID pén. 1982, p. 701, spéc. p. 713.

<sup>170</sup> **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, *Droit pénal général*, préc., n° 538.

<sup>171</sup> **G. Roujou de Boubée**, *L'ajournement et la dispense de peine*, Mélanges G. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 955, spéc. p. 974.

<sup>172</sup> **G. Roujou de Boubée**, préc., p. 961.

<sup>173</sup> Article 81 du Code de procédure pénale.

<sup>174</sup> Article 41 et 396 du Code de procédure pénale et circulaire C. 41 - 5 du 1<sup>er</sup> mars 1993. **J. Lesparre**, *Le consentement du délinquant*, Thèse Bordeaux 1994, p. 301 et s.

<sup>175</sup> **P. Couvrat**, *Réflexions sur la mise à l'épreuve*, Mélanges Larcuier, PUG 1993, p. 85, spéc. p. 86. M. Couvrat précise en effet que « *l'objet et l'assiette* » de la probation anglo-saxonne sont différentes : « *On attribue à un fameux bottier de Boston, John Augustus, l'idée même de la probation. Pour obtenir la libération d'un prévenu, il se portait caution et aidait la personne à retrouver une vie normale en attendant la date de comparution à l'audience ce qui conduisait parfois le juge à ne prononcer qu'une amende symbolique* ».

<sup>176</sup> Sur cette notion d'état dangereux, **R. Merle, A. Vitu**, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 73. **R. Gassin**, *Criminologie*, Dalloz Précis 1998, 4<sup>ème</sup> éd., n° 696 et s.

imprécision et les risques d'arbitraire qu'elle renferme. Son utilisation outrancière reviendrait à faire dépendre les sanctions lourdes comme légères, et l'allégement ou la suppression de ces dernières, de simples intentions du délinquant à peine consciemment formulées<sup>177</sup>. En effet, les indices utilisés « *sont proprement juridiques, puisqu'ils résident dans les infractions déjà commises par la personne, d'autres sont extra-juridiques et permettent de mettre au jour des facteurs de criminalité par des techniques diverses (tests, électroencéphalogramme, enquête sociale, etc.)* »<sup>178</sup> Ces facteurs extra-juridiques tendent à cerner la personnalité criminelle « *et c'est à elle qu'il faudrait s'attacher, quand bien même l'individu, dissimulateur, s'obstinerait à ne pas passer à l'acte* »<sup>179</sup>. Les études sur les enquêtes sociales montrent que les magistrats y ont peu recours malgré l'intérêt théorique qu'elles suscitent : leur efficacité à éviter les courtes peines d'emprisonnement laisse sceptiques les travailleurs sociaux eux-mêmes ; les conditions matérielles de leur réalisation frôlent l'indécence (absence de locaux, de matériel, de confidentialité, ...) ; elles ne donnent que des résultats vagues, consistant essentiellement en un résumé d'un entretien avec le prévenu, sans vérifications approfondies ni propositions concrètes<sup>180</sup>.

Dès lors, plutôt que de s'en remettre à un examen de type scientifique, prétendument plus complet, mais finalement contestable et extérieur au délinquant, le législateur a préféré que le juge s'en remette à quelques éléments de preuve que le délinquant lui-même veut bien lui apporter, et qui dépendent seulement de sa volonté<sup>181</sup>. Le seul élément ne dépendant pas directement de cette bonne volonté du délinquant est l'état de son casier judiciaire : les délinquants récidivistes, quoique non exclus *a priori* par les textes, auront plus de mal à démontrer leur reclassement.

378. Les textes indiquent dès lors une liste d'indices permettant au juge d'apprécier les efforts de réinsertion. Certes, les textes concernant la dispense de peine ou l'ajournement, créés par la loi du 11 juillet 1975, ne donnent pas de critères particuliers : la faveur est faite à l'auteur de l'infraction, à condition toutefois qu'il admette sa culpabilité<sup>182</sup> et qu'il apporte la démonstration de ses efforts de réinsertion, et le législateur laisse toute latitude au juge pour apprécier le reclassement. Cependant, l'exercice d'une activité

<sup>177</sup> Sur les dangers des notions de déviance, d'état dangereux, ... **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, *Droit pénal général*, préc., 3<sup>ème</sup> éd., n° 54, 56 et s. **J. Larguier**, *Mort et transfiguration du droit pénal*, Mélanges Ancel, Pédone 1975, p. 123, spéc. p. 130.

<sup>178</sup> **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, préc., n° 54.

<sup>179</sup> **P. Conte, P. Maistre du Chambon**, préc., n° 58.

<sup>180</sup> **J. Faget**, *Les enquêtes sociales rapides (évaluation nationale). La gestion humaniste de l'urgence judiciaire*, Rev. sc. crim. 1997, p. 789.

<sup>181</sup> En cela la procédure d'ajournement, qui sépare nettement la décision sur la culpabilité de celle sur la peine, se distingue radicalement de la « *césure* » entre ces deux décisions, telle qu'elle était préconisée par le mouvement de défense sociale nouvelle (**M. Ancel**, *La césure du procès pénal*, Mélanges Hugueney, p. 205 et s.). En effet, cette « *césure* » est un temps consacré à l'étude médico-psychologique et sociale du délinquant afin de chercher la sanction adéquate. En droit français, la dissociation permet au délinquant lui-même d'exprimer ses capacités à s'intégrer et ainsi, éviter la sanction. Voir sur ce point, **G. Roujou de Boubée**, préc., p. 971 et s.

<sup>182</sup> **J. Larguier**, *Le domaine de la dispense de peine*, Rev. sc. crim. 1978, p. 617. **J. Lesparre**, *Le consentement du délinquant*, Thèse Bordeaux 1994, p. 351.

professionnelle ou le suivi d'enseignement ou d'une formation sont considérés comme les meilleurs indices des efforts de réadaptation, ces activités étant mentionnées comme critères de la semi-liberté<sup>183</sup>, de la libération conditionnelle ainsi que de la bonne conduite<sup>184</sup>, elle-même critère d'une réduction de peine. D'autres indices sont mentionnés dans l'article 132-25 du Code pénal qui dispose que la semi-liberté peut être accordée si le condamné justifie d'une participation essentielle à la vie de famille ou de la nécessité d'un traitement médical. Dans le cadre de la mise à l'épreuve prévue par les articles 132-43 et suivants du Code pénal, les indices de reclassement prennent la forme d'obligations précises. L'article 132-45 du Code pénal énumère en effet une liste des obligations auxquelles doit se soumettre le délinquant et on y retrouve, au premier rang, l'exercice d'une activité professionnelle ou le suivi d'un enseignement ou d'une formation. L'article suggère aussi d'imposer la contribution aux charges familiales ou un traitement médical. Les autres obligations sont plus liées à la prévention de la récidive qu'à la réinsertion à proprement parler puisqu'elles consistent en des interdictions de fréquenter certaines personnes (délinquants complices ou victimes) ou d'exercer certaines activités : une profession qui a pu occasionner l'infraction, mais aussi la fréquentation des débits de boisson, les jeux et paris, le port d'armes, la conduite de certains véhicules,... Tous ces critères ou obligations relèvent de la volonté du délinquant qui accepte ou refuse de s'y conformer. Il est à déplorer que l'indigence des comités de probation et d'assistance aux libérés, constatée au sujet des enquêtes de personnalité, se retrouve pour ces mesures de reclassement au point qu'elles ont pu être qualifiées de « *sanctions-passoires* » : « *la probation s'avère être un no man's land de l'assistance et de la répression* »<sup>185</sup>.

Même si les mesures qui leurs sont proposées semblent se présenter comme des faveurs et lier ainsi leur volonté, la liberté de refuser existe toujours et des statistiques démontrent, contre toute attente, qu'elle est assez souvent utilisée<sup>186</sup>. Ces mesures ont bien un caractère consensuel.

#### b – L'appréciation consensuelle du reclassement.

379. Ces modalités accordées par les juges sont fonction des efforts que le délinquant a lui-même consentis à fournir. La nécessité d'une démarche de preuve personnelle au délinquant est soulignée dans les termes utilisés par les textes. Ainsi, c'est bien au condamné d'apporter des gages suffisants de sa bonne conduite et de sa conduite dépend la

<sup>183</sup> Article 132-25 du Code pénal.

<sup>184</sup> Article 721 du Code de procédure pénale. Article 720 du même Code : « *Les activités de travail et de formation professionnelle sont prises en compte pour l'appréciation des gages de réinsertion et de bonne conduite des condamnés* ».

<sup>185</sup> **J. Faget**, *La médiation. Essai de politique pénale*, Erès Trajets, 1997, p. 71.

<sup>186</sup> **G. Stefani, G. Levasseur, B. Bouloc**, *Droit pénal général*, préc., n° 753. **P. Salvage**, *Le consentement en droit pénal*, Rev. sc. crim. 1991, p. 713. Ces auteurs citent la thèse de Mme **Laurent**, Paris II 1978, p. 157, qui souligne que « *à la maison d'arrêt de Besançon, 21 % des condamnés admis à la libération conditionnelle ont refusé cette proposition* » de libération conditionnelle. Plus récemment, **M. Ezratty** affirmait que 30 % d'admis à la libération conditionnelle la refuserait : *La libération conditionnelle en France depuis 1960*, Arch. pol. crim. n° 8, Sirey 1985, p. 80. **P. Couvrat**, *La réduction de peine refusée par le condamné*, Rev. sc. crim. 1989, p. 552.

réduction de peine<sup>187</sup>. Pour bénéficier d'une mesure de semi-liberté, c'est bien au condamné de justifier des preuves d'une réinsertion en bonne voie et d'exécuter le mieux possible les obligations qui lui sont faites<sup>188</sup>. Ces gages doivent être « *suffisants* » ce qui, certes laisse une marge d'erreur au juge ; cependant le reclassement doit être vraisemblablement acquis de façon définitive<sup>189</sup>. L'aspect consensuel est renforcé lorsque ces éléments, indices de reclassement prennent la forme d'obligations prévues à l'avance, comme c'est le cas dans le cadre du sursis avec mise à l'épreuve<sup>190</sup> ou d'une libération conditionnelle<sup>191</sup>.

Il y a dans ces procédures une part de négociation et de manifestation de volonté qui leur donne un aspect contractuel. Le respect des obligations du sursis avec mise à l'épreuve, et seulement des obligations prédéterminées, est constaté par le juge de l'application des peines ou une personne à qui cette mission est dévolue<sup>192</sup>, mais aucun regard extérieur n'est appelé à considérer l'état du condamné sur un fondement autre que le respect de ces obligations. Les textes permettent au juge d'apprécier librement des éléments de réinsertion manifestés par le délinquant lui-même. Cette latitude laissée au délinquant tend cependant à diminuer l'*imperium* du juge<sup>193</sup> : le sort du coupable et la décision d'imposer une sanction déterminée ne dépendent plus de sa seule autorité. Le délinquant est responsabilisé et participe, par son attitude, à la teneur de cette décision.

380. L'exécution d'obligations par le délinquant n'est pas le seul élément qui inclut ces procédures dans le modèle de la justice participative. En effet, la loi requiert parfois la manifestation du consentement du condamné. Ainsi, celui-ci peut « *refuser son admission à la libération conditionnelle, en sorte que les mesures et les conditions particulières qu'elle comporte à son égard ne peuvent s'appliquer sans son consentement* »<sup>194</sup>. Dès lors, cette mesure de libération conditionnelle ressemble fort à un contrat entre le juge qui propose cette mesure favorable, et le condamné qui doit accepter la mesure et les obligations à exécuter en échange<sup>195</sup>. M. Salvage souligne que ce consentement conditionne l'efficacité même de la mesure. Il est intéressant de constater qu'en l'espèce, la possibilité de s'opposer, donc le silence gardé en cas contraire, sont bel et bien considérés comme un « *consentement* » par le législateur. Ce terme est utilisé dans le texte du décret, mais aussi dans un texte de loi. En effet, l'article 729-2 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité de proposer la liberté conditionnelle aux détenus d'origine étrangère. Or, par exception, cet article exclut cette possibilité à ces détenus d'accorder ou de refuser leur « *consentement* » lorsque cette mesure

<sup>187</sup> Article 721 du Code de procédure pénale.

<sup>188</sup> Articles 132-25 et 132-26 du Code pénal.

<sup>189</sup> Sur les notions d'apparence vraisemblable, véritable apparence, ... en matière de reclassement, voir **P. Conte**, *L'apparence en matière pénale*, Thèse Grenoble 1984, n° 438 et s.

<sup>190</sup> Articles 132-43 et suivants du Code de procédure pénale.

<sup>191</sup> Articles 364 et suivants du Code de procédure pénale.

<sup>192</sup> Article 740 du Code de procédure pénale.

<sup>193</sup> **F. Alt-Maes**, *L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ?*, Rev. sc. crim. 1987, p. 347, spéc. p. 353.

<sup>194</sup> Article D. 531 du Code de procédure pénale.

<sup>195</sup> **P. Salvage**, *Le consentement en droit pénal*, Rev. sc. crim. 1991, p. 699, spéc. p. 713.

est assortie d'une mesure d'expulsion, de reconduite à la frontière,... au titre des obligations. Le consentement de l'étranger n'est pas requis ; la mesure accompagnant la liberté conditionnelle est exécutée d'office. Ce point confirme ce qui avait pu être souligné à propos du travail d'intérêt général : la seule possibilité de refuser une mesure, sans qu'il soit besoin d'exprimer explicitement son accord, s'analyse bien comme un consentement<sup>196</sup>.

Il arrive cependant que cette condition de la réinsertion ne soit qu'une des « épreuves » exigées. Cette condition de la réinsertion se retrouve dans plusieurs textes destinés à éviter les peines, aux côtés de deux conditions supplémentaires. En effet, le délinquant doit faire disparaître, non seulement son propre statut de délinquant, mais aussi toutes les conséquences de l'infraction, publiques ou privées.

## 2 – La disparition des conséquences de l'infraction.

381. Les manifestations de volonté du côté de l'auteur de l'infraction sont diverses et vont au delà du désir de réinsertion. Ainsi, la dispense de peine<sup>197</sup> et les ajournements divers<sup>198</sup> peuvent être prononcés si « *il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé* ». Le délinquant doit effacer l'infraction de son mode de vie, mais aussi faire en sorte que ses conséquences pour la victime et pour l'ordre public aient aussi disparu.

La réparation des dommages causés par l'infraction, qui n'était qu'une des obligations éventuellement imposées pour le sursis avec mise à l'épreuve<sup>199</sup>, devient indispensable pour l'obtention d'un ajournement ou la dispense de peine. L'ajournement simple recommande de tenir compte des ressources du prévenu pour évaluer les efforts de réparation<sup>200</sup>. La réhabilitation judiciaire des personnes physiques est subordonnée au paiement par le délinquant des dommages et intérêts dus à la victime<sup>201</sup>. Le législateur mêle et associe répression et réparation. En effet, la teneur, et même l'existence de la sanction, dépendent directement de l'amélioration du sort de la victime. Ceci constitue une extension des effets du repentir actif sur la sanction. Le repentir actif a lieu lorsque l'infraction est consommée dans tous ses éléments, alors que son auteur s'efforce de remédier aux effets produits par celle-ci<sup>202</sup>. Classiquement, une telle attitude ne peut être cause d'exonération, mais seulement d'atténuation de la peine encourue dans certains cas<sup>203</sup>. La réparation volontaire a aujourd'hui dépassé le statut de simple circonstance atténuante, pour devenir l'un

<sup>196</sup> Voir *infra* n° 368.

<sup>197</sup> Article 132-59 du Code pénal.

<sup>198</sup> Articles 132-60 et suivants.

<sup>199</sup> Article 132-45 du Code pénal.

<sup>200</sup> Article 132-60 du Code pénal.

<sup>201</sup> Article 788 du Code de procédure pénale.

<sup>202</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 1998, V° *Repentir*.

<sup>203</sup> R. Merle, A. Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 470.

des critères de l'effacement de la peine à subir par le condamné. S'il est possible d'admettre une telle influence de la réparation lorsqu'elle reflète un réel remords du délinquant, elle est plus difficile à comprendre lorsque la réparation provient moins d'un regret que d'une exigence du juge, conditionnant une dispense de peine...<sup>204</sup>

Il est fréquent que la sanction et la réparation tendent à se confondre, la deuxième contribuant à la première, ou la remplaçant. Des auteurs ont dénoncé les liaisons établies entre les deux notions. Ils craignent les inégalités fondées sur l'état de fortune, le fait que la sanction soit liée à des éléments indépendants de la volonté du délinquant, tel que l'empressement d'une compagnie d'assurance chargée de la réparation, ou à une majoration excessive du préjudice par la victime<sup>205</sup>.

382. Le législateur impose aussi parfois une condition supplémentaire à l'octroi d'un allègement de la répression, consistant en la disparition du trouble à l'ordre public, autre effet de l'infraction. En effet, puisque l'une des fonctions du droit pénal est d'apaiser l'ordre public grâce au prononcé de la culpabilité et d'une sanction, celle-ci ne peut être évitée que si elle est devenue inutile, ce qui suppose deux conditions préalables : la paix sociale doit être revenue indépendamment de toute procédure ; en outre, l'absence de sanction ne doit pas risquer de « *choquer l'opinion publique* »<sup>206</sup> et de réveiller le trouble. En réalité, il est fort probable que cette troisième condition dépend de la réalisation des deux premières : l'opinion publique est apaisée si le délinquant est amendé et la victime dédommée. Dès lors, le juge conclura nécessairement au respect de cette troisième condition s'il a pu constater les deux premières, d'autant plus que les infractions ici concernées sont des contraventions et certains délits punis par de courtes peines - donc moins graves. La paix sociale n'est véritablement troublée par une infraction que lorsqu'un média s'en empare<sup>207</sup>, ce qui dépend de l'état d'abondance des informations au moment considéré et de l'intérêt que l'opinion publique est susceptible, à ce moment, de porter à l'affaire. Le trouble à l'ordre public est un critère peu fiable pour mesurer la gravité d'un acte, qui ne peut se mesurer qu'à l'aune de l'intérêt public, moins factuel.

Les formes et les modalités du consentement du suspect ou du délinquant sont diverses. Ce consentement doit s'exprimer de façon plus ou moins explicite mais apporte incontestablement une part de consensualisme dans la procédure pénale. Ce consensualisme est renforcé par le fait que, en réponse à cette volonté du délinquant, le juge apprécie souvent librement et de façon autonome, y compris par rapport à la loi, les conséquences qu'il doit tirer de ces options proposées au défendeur à l'action pénale.

<sup>204</sup> P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 538.

<sup>205</sup> G. Roujou de Boubée, *L'ajournement et la dispense de peine*, Mélanges Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 955, spéc. p. 963.

<sup>206</sup> G. Roujou de Boubée, préc., spéc. p. 964.

<sup>207</sup> P. Conte, P. Maistre du Chambon, préc., n° 538.

## Paragraphe 2 – La peine dépendant de la libre appréciation du juge.

383. Ces mesures générales, destinées à modifier la peine ou à l'éviter, sont laissées à l'appréciation des juges, au cas par cas. Les juridictions répressives, qui déjà bénéficiaient de l'opportunité des poursuites, se voient aussi attribuer le pouvoir de l'opportunité des sanctions<sup>208</sup> (A). L'*imperium* du juge, s'il est diminué par certaines manifestations de consensualisme octroyées au défendeur à l'action pénale, demeure cependant efficace (B).

### **A – Le pouvoir d'opportunité des sanctions.**

384. Ce pouvoir doit être distingué du pouvoir d'opportunité des poursuites ; il est exercé au stade de la décision sur le *quantum* de la peine (1). Octroyé largement au regard de la tradition procédurale française, il conviendra d'en apprécier la valeur (2).

#### **1 – Teneur du pouvoir d'opportunité des sanctions.**

385. Celui-ci pourrait être, de façon réductrice, décrit comme le simple prolongement du pouvoir d'opportunité des poursuites. En effet, en choisissant de poursuivre, le procureur de la République considère la gravité de l'acte litigieux et son retentissement sur l'ordre public. Dès lors, il considère nécessairement le retentissement que peut avoir la poursuite et la sanction qui pourra être prononcée si la culpabilité est reconnue. L'opportunité d'une sanction est donc considérée dans l'examen de l'opportunité des poursuites. De plus, les critères d'examen semblent identiques : si la poursuite est décidée en fonction de considérations d'ordre public, il en est de même de la sanction, qui est prescrite, aggravée ou atténuée en fonction de ces mêmes considérations d'ordre public<sup>209</sup>.

Pourtant, s'il est possible d'apparenter les deux pouvoirs d'opportunité, il demeure que ceux-ci s'exercent aussi de façon indépendante : la juridiction de jugement, qui n'a pas l'opportunité des poursuites, dispose cependant de l'opportunité de la sanction. Ce pouvoir se situe en aval de la décision de culpabilité.

386. Cette décision de culpabilité est déduite de la constatation de tous les éléments matériels et moraux de l'infraction. Or il n'est nulle place pour l'opportunité dans cette partie du procès. En effet, la qualification des faits matériels demeure attachée au texte d'incrimination. De même, l'élément moral est caractérisé en fonction de critères qui ne souffrent pas l'approximation ou l'évaluation nuancée. Ainsi, la culpabilité qui le compose

<sup>208</sup> G. Roujou de Boubée, *L'ajournement et la dispense de peine*, Mélanges G. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 956, spéc. p. 974. R. Merle, A. Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle*, préc., n° 594 et s. P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 533.

<sup>209</sup> R. Merle, A. Vitu, préc., n° 594.

repose sur la notion de faute qui existe ou pas, même s'il apparaît ensuite des degrés dans cette faute. L'imputabilité, seconde composante de l'élément moral, suppose le discernement de celui qui a accompli les faits litigieux et sa volonté non contrainte : l'existence ou l'absence de contrainte, reconnues très âprement par la jurisprudence<sup>210</sup>, ne souffre pas de nuance. Seul le discernement a pu susciter quelques réflexions en cas de simple altération des facultés mentales. Cette altération exclut l'irresponsabilité pénale qui suppose que le discernement soit totalement obscurci. Elle a pu être prise cependant en considération dans certaines décisions : la responsabilité était qualifiée d'atténuée par les rapports psychiatriques<sup>211</sup> ce qui justifiait l'octroi de circonstances atténuantes<sup>212</sup>. Le *quantum* de la peine était alors directement influencé par l'appréciation de l'élément moral, lui aussi quantifié. Cette tendance est aujourd'hui écartée par le Code pénal qui précise, dans l'article 122-1 alinéa 2, que l'altération du discernement par un trouble psychique ou neuropsychique doit être appréciée au titre de circonstance qui influe la peine et son régime. C'est bien au stade de l'examen du **quantum de la sanction** et non plus de **l'élément moral** que joue cette altération du discernement. De façon plus générale, c'est aussi à ce stade qu'opèrent les circonstances atténuantes, le sursis, la dispense de peine, etc. Ces procédures interviennent au stade du choix de la peine<sup>213</sup>, après que le juge ait démontré la culpabilité comme en disposent expressément les textes<sup>214</sup>.

L'opportunité ne trouve sa place qu'à l'examen de la condamnation. Si la personnalité du délinquant ou les circonstances sont librement appréciées par le juge, elles ne le sont qu'au stade ultime de l'examen sur la peine, faisant du *quantum* de la peine un paramètre voué au pragmatisme. Le pouvoir d'opportunité de la sanction permet aux juridictions de diminuer, voire d'écarter celle-ci, malgré la culpabilité<sup>215</sup> flagrante et établie du délinquant, tant au plan matériel que moral. Classiquement, l'outil permettant de nuancer la sanction était l'octroi de circonstances atténuantes. Chaque infraction préconisait un seuil minimum de sanctions, qui pouvait être dépassé grâce à l'octroi de circonstances atténuantes même non motivées. Cette liberté du juge s'est considérablement accrue. S'il existe encore des seuils aujourd'hui, ce n'est que pour quelques types de sanctions seulement et non plus pour toutes les infractions et toutes les peines comme auparavant<sup>216</sup>. La notion de circonstance

<sup>210</sup> P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 364. R. Merle et A. Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, préc., n° 579 et s.

<sup>211</sup> Conformément aux consignes données par la circulaire ministérielle Chaumié, du 12 décembre 1905.

<sup>212</sup> R. Merle, A. Vitu, préc., n° 587 et 588. P. Conte, P. Maistre du Chambon, préc., n° 362.

<sup>213</sup> *Contra* : des auteurs rattachent l'examen des circonstances atténuantes ou autres procédés d'atténuation de la peine à l'examen de la culpabilité (G. Roujou de Boubée, *L'ajournement et la dispense de peine*, Mélanges Marty, Université des sciences sociales de Toulouse 1978, p. 965) ou de l'imputabilité (R. Merle, A. Vitu, préc., n° 594).

<sup>214</sup> Article 132-58 du Code pénal ; article 469-1 du Code de procédure pénale.

<sup>215</sup> Le terme de « culpabilité » est mal choisi puisqu'il n'est au sens strict, qu'un des critères de l'élément moral et ne peut donc englober la mise en évidence des éléments matériels et moraux d'une infraction. Celui de « punissabilité » serait plus juste...

<sup>216</sup> Article 131-1 alinéa 2 du Code pénal : la réclusion criminelle ne peut être prononcée pour une durée inférieure à dix ans. L'emprisonnement ne pouvant être prononcé pour une durée supérieure à dix ans (article 131-4, 1°) sans qu'aucun minimum ne soit fixé, il est probable que ce seuil minimum préconisé pour la réclusion est destiné seulement à différencier ces deux types de peines. En ce sens, P. Conte, P. Maistre du

atténuante, devenue inutile, a disparu du nouveau Code pénal. Des procédures ont permis de ne plus prononcer les peines de façon automatique. Ces diverses mesures de dispense de peine, d'ajournement, etc. induisent la notion d'opportunité de la sanction<sup>217</sup>. En effet, ces mesures sont prononcées lorsque la peine semble une mesure inutile, malgré la culpabilité reconnue de l'agent. La dispense de peine fut même comparée à une excuse absolutoire générale<sup>218</sup>, à la libre disposition des juges puisque, dans les deux procédures, il y a déclaration de culpabilité sans prononcé de sanction. Si elles diffèrent, c'est par leur objectif, puisque « *l'idée de reclassement du délinquant et, par conséquent, d'inutilité de la sanction demeurent totalement étrangères au concept d'excuse absolutoire* »<sup>219</sup>. Ces mesures constituent à l'évidence une entorse de plus au principe de légalité criminelle, principe qui « *cède le pas devant les nécessités, prioritaires, de l'individualisme de la sanction et du reclassement du délinquant* »<sup>220</sup>. De même, le juge d'application des peines peut modifier les peines après le procès.

Ces pouvoirs de décider de l'opportunité de la sanction ne prennent-ils pas une ampleur injustifiée au regard du rôle classiquement attribué au juge ?

## 2 – Appréciation du pouvoir d'opportunité de la sanction.

387. Classiquement, une déclaration de culpabilité devrait entraîner de façon quasi automatique le prononcé d'une sanction, dans une seule et même décision de justice<sup>221</sup>. Beccaria écrivait : « *En présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi ; la conclusion étant l'acquittement ou la condamnation* »<sup>222</sup>. Or ces deux éléments du procès sont aujourd'hui dissociés<sup>223</sup>. Cette dissociation pourrait être considérée comme une exception puisque l'article 464 du Code de procédure pénale dispose toujours : « *Si le tribunal estime que le fait constitue un délit, il prononce la peine* ». De même, les articles 362 ou 539 de ce même Code rappellent la position traditionnelle<sup>224</sup>. Cependant, les exceptions sont

---

**Chambon**, *Droit pénal général*, préc., n° 477. Le travail d'intérêt général ne peut être d'une durée inférieure à quarante heures pour un délit (article 131-8 du Code pénal), à vingt heures pour une contravention (article 131-17 alinéa 2 du Code pénal) : le libre arbitre du juge était-il devenu ici trop considérable ?

<sup>217</sup> **G. Roujou de Boubée**, préc., p. 974.

<sup>218</sup> **Decocq**, *Les modifications apportées par la loi du 11 juillet 1975 à la théorie générale du droit pénal*, Rev. sc. crim. 1976, p. 5, spéc. p. 11 et 12.

<sup>219</sup> **G. Roujou de Boubée**, préc., p. 974.

<sup>220</sup> **G. Roujou de Boubée**, préc., p. 960.

<sup>221</sup> Il s'agissait là d'une exigence d'ordre public : Cass. crim., 30 mai 1829, Bull. crim. n° 111 : « *Le jugement doit, en même temps, faire aux faits qu'il déclare constant l'application de la loi réprimant l'infraction constatée ; ce mode de procéder est substantiel et tient à l'essence même de la procédure en matière correctionnelle* ».

<sup>222</sup> **Beccaria** : *Des délits et des peines*, Flammarion 1991, chapitre IV, Interprétation des lois, p. 67.

<sup>223</sup> **G. Roujou de Boubée**, *L'ajournement et la dispense de peine*, Mélanges G. Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 956. **M. Ancel**, *La césure du procès pénal*, Mélanges Hugueney, p. 205 et s. **A. Vitu**, *La division du procès pénal en deux phases*, Rapport au X<sup>e</sup> congrès de l'association internationale du droit pénal, Rome 1969, RID pén., 1969, p. 485.

<sup>224</sup> Article 362 du Code de procédure pénale : « *En cas de réponse affirmative sur la culpabilité ... la cour d'assise délibère sans désemparer sur l'application de la peine* ». L'article 539 de ce même Code dispose : « *Si le tribunal de police estime que le fait constitue une contravention, il prononce la peine* » quoique la loi n° 92-

aujourd'hui largement comprises. Ici encore, l'influence des systèmes de Common Law est évidente puisque ceux-ci connaissent traditionnellement la distinction entre la phase de la « conviction » et celle de la « sentence », et il arrive que la détermination de la sanction soit renvoyée à plus tard, dans l'attente d'un rapport de présanction<sup>225</sup>. Les contradictions des textes de droit français démontrent que ce n'est qu'avec de nombreuses hésitations et sous influence que le système continental adopte la distinction.

388. Pourquoi ces hésitations, alors que les entorses évidentes au principe de légalité des peines n'émeuvent plus grand monde ? Sans doute parce que cette dissociation de la culpabilité et de la sanction dépasse ce qu'autoriserait un principe d'opportunité de la sanction. Il semble que celui-ci soit confondu avec le pouvoir de disposer de la sanction. Certes, les juges avaient classiquement le pouvoir d'évaluer l'opportunité des sanctions : la tradition procédurale française était en mesure d'assouplir le caractère impératif du binôme légal culpabilité-sanction, grâce à l'octroi de circonstances atténuantes. Est-elle pour autant en mesure de se concilier avec un libre arbitre total des juges sur la teneur ou l'existence d'une sanction ? Les évolutions du droit contemporain de la procédure pénale dépassent ces pouvoirs de moduler la sanction, en leur octroyant le pouvoir d'en disposer. Si, classiquement, le lien entre l'incrimination et la sanction peut être distendu par la prise en compte de la personnalité du délinquant, ou des circonstances qui ont pu l'inciter fortement à agir en ce sens, le rôle du juge est toujours limité par des seuils imposés par la loi. Chaque infraction préconisait un tel seuil et chaque type de sanction ne pouvait connaître un *quantum* inférieur. Or, ces seuils n'existent plus<sup>226</sup>. Les évolutions du droit contemporain de la procédure pénale dépassent ces pouvoirs de moduler ou écarter une sanction inopportune, en leur octroyant le pouvoir d'en disposer sans critères légaux précis et de façon discrétionnaire. La sanction prescrite par la loi, qui n'est plus qu'un indicateur technique du caractère contraventionnel, délictueux ou criminel d'un acte<sup>227</sup>, et dont le juge use et abuse ensuite indépendamment de tout critère réellement contraignant. La réunion de ces critères n'entraîne aucune obligation d'alléger la peine. En ce qui concerne les décisions du juge d'application des peines, il n'existe pas de voie de recours ouverte au délinquant pour contester le refus d'une mesure favorable. Les seules voies de recours à la suite d'un allègement de peine sont ouvertes au ministère public<sup>228</sup> s'il considère que les gages de réinsertion ont été évalués avec trop d'indulgence : recours fort peu probable compte tenu de la grande indépendance d'appréciation accordée à ces magistrats de terrain<sup>229</sup>.

---

1336 du 16 décembre 1992 ait ajouté : « sous réserve des dispositions des articles 132-59 à 132-70 du Code pénal », traitant de l'ajournement et de la dispense de peine.

<sup>225</sup> G. Roujou de Boubée, préc., p. 960.

<sup>226</sup> Voir *supra* n° 386.

<sup>227</sup> P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, préc., n° 82.

<sup>228</sup> Article 733-1 du Code de procédure pénale.

<sup>229</sup> P. Conte, *L'apparence en matière pénale*, thèse Grenoble 1984, n° 434 et s.

La nécessité de recueillir le consentement du suspect ou du délinquant n'entame que très peu son autorité.

### **B – L'*imperium* du juge rarement affecté par le consentement du défendeur.**

389. Certes, il existe un cas où l'*imperium* du juge peut être remis en cause par les exigences de consentement du délinquant au point de paralyser son action et de l'empêcher de sanctionner un comportement comme il pourrait le juger utile. De ce point de vue, l'exigence du consentement du délinquant à la peine de travail d'intérêt général peut présenter un inconvénient important lorsque cette sanction est utilisée au titre des peines complémentaires<sup>230</sup>. C'est le cas dans l'article L. 1<sup>er</sup>-1 du Code de la route, qui dispose : « *En cas de condamnation pour (délit de conduite en état d'ivresse ou délits liés à cet état), le tribunal peut prescrire, à titre de peine complémentaire, l'accomplissement d'un travail d'intérêt général selon les modalités prévues à l'article 131-8 du Code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du Code pénal et à l'article 20-5 de l'ordonnance 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante* ». Or, comme le relève M. Salvage, ce consentement rend la peine complémentaire facultative à la fois pour le juge, par définition, qui doit donc la prononcer expressément pour qu'elle soit subie par le délinquant, et facultative aussi pour le condamné<sup>231</sup>. En effet, le délinquant peut être fortement incité à consentir à une peine principale de travail d'intérêt général car celle-ci lui permet d'éviter une autre peine principale beaucoup plus difficile à vivre qu'est l'emprisonnement. En revanche, prononcé comme peine complémentaire, ce travail d'intérêt général ne présente plus d'intérêt « stratégique » pour le délinquant. Il sera très peu enclin à accepter cette proposition. M. Couvrat observe à cet égard : « *Un président peut difficilement se donner le ridicule de demander au prévenu s'il accepte ou s'il refuse de subir en plus de la peine principale une autre peine. Mais d'un autre côté, si le président ne sollicite pas la réponse du prévenu, le travail d'intérêt général, prescrit en plus, est indiscutablement un travail forcé, ce qui paraît tout à fait incompatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme* »<sup>232</sup>. Si le travail d'intérêt général est utilisé au titre des peines accessoires, cette peine accessoire risque d'être systématiquement refusée par le délinquant ; le juge a peu de chance de pouvoir prononcer une peine autre que la peine principale pour sanctionner ces délits routiers. Cependant, puisque le travail d'intérêt général peut être remplacé par une autre sanction lorsqu'il est utilisé comme peine principale, on pourrait envisager de le remplacer par une autre peine complémentaire, lorsque le délinquant le refuse. Mais l'article L. 1<sup>er</sup>-1 du Code de la route ne prévoit pas une autre peine complémentaire envisageable par le juge en cas de refus du délinquant.

<sup>230</sup> P. Salvage, *Le consentement en droit pénal*, Rev. sc. crim 1991, p. 699, spéc. p. 712 et 713.

<sup>231</sup> P. Salvage, préc., p. 712.

<sup>232</sup> Dans ce sens, voir aussi P. Couvrat, Rev. sc. crim. 1989, p. 162.

390. Des auteurs ont exprimé les craintes que leur inspiraient ces pouvoirs importants accordés aux accusés et au délinquant de disposer ainsi de la forme de la procédure comme du sort qui pouvait leur être réservé. C'est le fonctionnement de la justice qui pourrait être perturbé. En réalité, ces craintes que suscite l'affaiblissement de l'*imperium* du juge ne sont pas nouvelles. Déjà, Roux écrivait en 1927 : « *Depuis plus d'un siècle ... le principe (d'autorité) dont la société est dépositaire est allé sans cesse en s'émiettant ... Tant que durera cette crise (de l'autorité), l'effet que l'on attend de la répression pénale pour maintenir l'ordre social se produira mal, et ... on assistera à une progression ascendante de la criminalité* »<sup>233</sup>. Plus récemment, M. Pradel percevait un danger possible tant en ce qui concernait la recherche des preuves de l'infraction, que l'exécution même de la sanction prononcée<sup>234</sup>. Il exprimait des inquiétudes particulières concernant des mesures en projet, accroissant les droits des accusés et qui furent adoptés dans les lois du 4 janvier<sup>235</sup> et du 24 août 1993<sup>236</sup>. La participation et les droits de l'accusé sont considérablement accrus<sup>237</sup>. Certes, la loi du 24 août supprime l'exigence formulée par la loi du 4 janvier d'informer immédiatement<sup>238</sup> le procureur de la République de toute garde à vue, et demande seulement que l'information ait lieu « *dans les meilleurs délais* ». En revanche, elle conserve le droit pour la personne gardée à vue d'informer « *la personne avec laquelle elle vit habituellement ou l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et sœurs ou son employeur* »<sup>239</sup>. Cette possibilité laisse craindre qu'un complice puisse ainsi être prévenu suffisamment rapidement et handicape l'efficacité de l'instruction<sup>240</sup>. De même, les possibilités d'information permanente de l'avocat laissent craindre que celui-ci n'entrave systématiquement toutes les investigations telles que les filatures, perquisitions ou écoutes téléphoniques, et l'effet de surprise qui serait un outil utile d'enquête tend à disparaître peu à peu<sup>241</sup>. Toutefois, la loi du 24 juillet 1993 est venue gommer les quelques inconvénients de la loi du 4 janvier et qui avaient pu être soulignés par la doctrine. Des circulaires ont précisé la teneur des droits et les ont encadrés. Ainsi, la circulaire C. 63-2 du 1<sup>er</sup> mars 1993 a encadré précisément le droit à une communication téléphonique, puisque c'est l'officier de police judiciaire qui effectue cette communication en se contentant d'informer une seule personne de la garde à vue. Si cette communication présente un risque quelconque de dépérissement des

<sup>233</sup> Roux, *Cours de droit criminel français*, préface de la seconde édition Sirey 1927, cité par J. Larguier, *Mort et transfiguration du droit pénal*, Mélanges Ancel, T. II, Pédone 1975, p. 123, spéc. p. 125.

<sup>234</sup> J. Pradel, *La montée des droits du délinquant au cours de son procès*, Mélanges Larguier, PUG 1993, p. 223, spéc. p. 239.

<sup>235</sup> Loi n° 93-2. Voir J. Boyer, *Présentation de la loi du 4 janvier 1993*, JCP 1993, Actualités n° 6. J. Pradel, *Observations brèves sur une loi à refaire*, D. 1993, chron., p. 39.

<sup>236</sup> Loi n° 93-1013, qui rectifie la première. Voir notamment F. Le Guehec, *La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale*, JCP 1993, I, 3720.

<sup>237</sup> Voir *infra* n° 352.

<sup>238</sup> Exigence décrite comme irréalisable, à commencé pour les arrestations de nuit, F. Le Guehec, *La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale*, JCP 1993, I, 3720, n° 4 et s.

<sup>239</sup> Article 63-2 du Code de procédure pénale.

<sup>240</sup> J. Pradel, *La montée des droits du délinquant au cours de son procès*, préc., p. 223, spéc. p. 239.

<sup>241</sup> J. Pradel, préc., p. 240.

preuves, il est possible de différer l'avis à la famille et de saisir le Parquet, en attendant que celui-ci se prononce.

M. Pradel invoque, contre l'expansion des droits du délinquant, une possible rupture dans l'équilibre, toujours recherché et toujours modifié, entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société. Certes, une extension trop importante des droits du délinquant, fondée sur des Droits de l'homme exprimés de façon relativement vague par les divers textes nationaux et internationaux, entraînerait un tel déséquilibre. « *A dilater à l'excès les droits du délinquant, c'est l'ordre public qu'on sacrifie* »<sup>242</sup>. Pourtant, les auteurs considèrent, à la suite des quelques modifications apportées par la loi du 24 juillet 1993, que cet équilibre est bien préservé. M. Le Guhenec souligne que, dans cette recherche d'équilibre entre le respect des libertés individuelles et l'efficacité du procès, les quelques dépassements de la loi du 4 janvier 1993 ont été atténués. L'ensemble de la réforme va vers une protection accrue des Droits de l'homme tout en permettant aux autorités répressives de remplir efficacement leurs missions<sup>243</sup>. Le législateur utilise les intérêts privés pour mieux assurer l'exécution des lois pénales<sup>244</sup>.

391. L'influence croissante des parties au litige ne se traduit pas seulement par leur participation et leurs manifestations de volonté aux cours des procédures classiques. L'encombrement des juridictions, la lenteur des procès, les nombreux classements sans suite provoquent des frustrations et appellent à des solutions renouvelées. Le droit pénal s'est diversifié en accueillant des règles extérieures et en portant secours à d'autres branches du droit ; une seule institution ne peut s'occuper de toutes les nouvelles extensions du droit pénal, en particulier dans les divers secteurs économiques, surtout lorsque aucune volonté politique ne manifeste le désir de l'y aider par l'octroi de moyens. Dans le même ordre d'idées, il se produit un mouvement de dépenalisation, qui tend à confier le traitement de certains litiges à d'autres systèmes que les juridictions pénales : ainsi, administrations ou banques règlent elles-mêmes des comportements dont elles sont victimes, écartant ainsi les juridictions pénales classiques. La transaction permet alors de parer au plus pressé et au moins complexe. L'action publique est négociée.

---

<sup>242</sup> J. Pradel, préc., p. 240.

<sup>243</sup> F. le Guhenec, *La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale*, JCP 1993, I, 3720, n° 117.

<sup>244</sup> Voir *supra* n° 347