

RESUME. — La diversification des procédures de traitement des délits prend la forme d'une véritable mise en concurrence des procédures lorsque leurs champs d'application sont sécants. Les critères d'orientation des dossiers tiennent alors aux peines « prononçables » dans chacune de ces procédures et aux autres qualités intrinsèques que les procureurs leur prêtent. Cette situation nouvelle a des effets sur l'attitude du législateur à l'égard de la loi processuelle indéfiniment perfectible, sur le rôle des acteurs comme sur la perception par les justiciables de ce qu'est la procédure.

Mots-clés : Procédure pénale – délits – traitement – réponse pénale – diversification – CRPC – composition pénale délictuelle – concurrence

Abstract. The diversification of the procedures used to process crimes takes the shape of a real competition between procedures when their application fields are close. The files are then dispatched according to criteria resting on the penalties that might be delivered in each procedure and to other intrinsic qualities the prosecutors find in them. This new situation affects the attitude of the lawmakers toward an indefinitely perfectible procedural law, the role of the actors as well as the perception by those to be tried of what the procedure is.

Key words: Criminal procedure – crime – process – legal answer – diversification – competition

La concurrence des procédures pénales

Jean DANET

Avocat honoraire – Université de Nantes

Ouvrons un code de procédure pénale daté de 1994. Ce code venait d'être modifié par deux réformes¹ à quelques mois d'intervalle. Elles avaient beaucoup touché à la phase d'instruction mais pour ce qui concerne le jugement des délits, les choix d'orientation du Parquet étaient encore très simples. Le procureur de la République opérait un premier tri binaire : classer sans suite ou poursuivre. S'il poursuivait, une seconde alternative s'offrait à lui : requérir l'ouverture d'une instruction ou saisir le tribunal correctionnel. La saisine du tribunal correctionnel, hormis l'hypothèse rarissime de la comparution volontaire, se réduisait encore à un choix simple : la comparution immédiate² après déferement si les conditions posées par la loi en étaient réunies ou le jugement par le tribunal. Celui-ci pour quatre séries d'infractions³ pouvait être constitué d'un seul juge.

Quatre choix binaires successifs donc, clairement encadrés par la loi pour les trois derniers, résumaient l'orientation du dossier pénal en matière délictuelle. Le monde était simple.

En quinze ans, c'est peu dire que le paysage processuel a changé. Tandis que l'instruction s'est dans le domaine délictuel notablement raréfiée, ce paysage s'est diversifié, par la création de nouvelles procédures de jugement ou tout au moins de traitement. Les rapports entre ces procédures s'enchevêtrent parfois : des passerelles⁴ ont été ouvertes entre elles. Les critères d'ouverture de ces procédures sont multiples, leurs rapports à la sanction se sont complexifiés : selon la procédure, la peine encourue n'est pas toujours « prononçable »⁵. Chacune de ces procédures a pu être construite aux regards de certaines finalités qui relèvent tout à la fois des grands principes du droit processuel mais aussi d'objectifs relevant de l'administration de la justice.

1 Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 et loi n° 93-1013 du 24 août 1993.

2 Procédure résultant de la loi n° 83-466 du 10 juin 1983. Elle succédait à la procédure de flagrant délit telle qu'elle résultait de la loi n° 75-701 du 6 août 1975 laquelle avait modifié le code de procédure pénale issu de l'ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958.

3 Infractions en matière de chèques, délits routiers, délits en matière de coordination de transports et délits en matière de chasse et de pêche.

4 L'article 495-1 alinéa 3 du CPP dispose en matière d'ordonnance délictuelle que « s'il estime qu'un débat contradictoire est utile ou qu'une peine d'emprisonnement devrait être prononcée le juge renvoie le dossier au ministère public ». L'article 397-2 du CPP permet au tribunal statuant en comparution immédiate de décider de procéder à un supplément d'information comme de renvoyer le dossier au procureur de la république s'il estime que la complexité de l'affaire nécessite des investigations supplémentaires approfondies.

5 Au sens où l'usage de telle procédure limite les peines ou le *quantum* de peine pouvant être prononcées dans son cadre. La notion de « peine prononçable » sera développée *infra*.

Le parquet est placé devant une série d'outils processuels lui permettant d'apporter une « réponse pénale⁶ » à toutes les affaires délictuelles poursuivables. Au titre des procédures alternatives aux poursuites, ce ne sont pas moins de sept procédures différentes⁷ qui s'offrent à lui dont une seule fait intervenir un juge, la composition pénale. Du côté des poursuites, cinq grandes options de jugement sont ouvertes⁸. On compte douze procédures au total dont les champs d'application sont plus ou moins sécants. À titre d'exemple, les vols simples peuvent être traités par cinq alternatives différentes et quatre procédures de poursuites⁹. Chacune de ces procédures distinctes fait intervenir des acteurs différents, magistrats ou non¹⁰, juges ou non¹¹, professionnels ou pas¹², dans un traitement avec ou sans audience¹³, en une ou deux phases¹⁴.

Le pouvoir de les imposer diffère d'une procédure à l'autre. Le parquet ne peut imposer ni la procédure de composition pénale ni la CRPC : le justiciable doit accepter ces procédures. Plutôt que d'un consentement, le terme assentiment rend mieux compte à notre sens de cette acceptation requise par la loi. Il rend mieux compte de la situation à la fois factuelle et juridique du mis en cause ce que la notion de participation consensuelle ne permet pas nécessairement¹⁵. L'assentiment est un « mouvement de la volonté qui accède » nous dit le *Littré*. Le verbe assentir, un mot vieilli, s'utilisait s'agissant d'un acte, d'une proposition. Et le *Trésor de la langue française*¹⁶ nous dit quant à lui

6 Cette notion est ici placée entre guillemets pour rappeler qu'elle est devenue une notion de politique criminelle. Voir sur ce point notamment : Y. Charpenel, *Les Rendez-vous de la politique pénale*, A. Colin, 2006, pages 186-202.

7 Articles 41-1 et 41-2 du CPP. L'article 41-1 en définit six habituellement dénommées par la pratique ainsi qu'il suit : le rappel à la loi, l'orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, le classement sous condition de régularisation, le classement sous condition de réparation, la médiation pénale, le classement sous condition de départ du domicile, d'abstention de paraître ou de prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique. L'article 41-2 définit la composition pénale qui peut d'ailleurs faire suite à l'échec d'une alternative de l'article 41-1 du CPP.

8 L'ordonnance pénale délictuelle ou procédure simplifiée, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), la comparution immédiate, le tribunal correctionnel statuant à juge unique, le tribunal correctionnel statuant en collégiale.

9 Au titre des alternatives, le rappel à la loi, l'orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, le classement sous condition de réparation, la médiation pénale, la composition pénale, au titre des poursuites, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), la comparution immédiate, le tribunal correctionnel statuant à juge unique.

10 Notamment les délégués du procureur en matière d'alternatives aux poursuites.

11 Le procureur, sauf en matière de composition pénale, traite ou « soustraite » par ses délégués les alternatives aux poursuites sans recours au juge.

12 Le juge de proximité peut valider les compositions pénales (article 41-2 dernier alinéa). Il peut aussi siéger comme assesseur dans la composition collégiale du tribunal correctionnel (article 398 alinéa 5 issu de l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006).

13 En matière d'alternatives aux poursuites, il n'existe pas d'audience non plus que pour une ordonnance délictuelle.

14 La composition pénale et la CRPC sont organisées en deux phases, l'une devant le procureur ou son délégué, l'autre devant le juge avec ou sans audition du justiciable en matière de composition pénale, en audience publique en matière de CRPC. La mise en état peut aujourd'hui prendre la forme de l'instruction ou au contraire se réduire à l'enquête préliminaire ou de flagrance.

15 Cf. X. Pin, *La Participation consensuelle*, in Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 2006, Cujas.

16 CNRS Éditions, 2004.

que l'assentiment peut s'entendre selon les auteurs comme désignant plus ou moins que le consentement, plus si l'assentiment suppose qu'on adhère aux motifs de l'action proposée, moins si on veut souligner qu'ici on ne veut pas avec (*cum*) comme dans le consentement. L'assentiment serait moins volontaire, il ne conditionnerait pas l'action. Nous sommes, croyons-nous, dans cette complexité-là, celle d'un assentiment qui signifie à la fois *le plus et le moins* au regard du consentement.

Le mis en cause n'accepte pas seulement à la sanction, il va devoir y adhérer, et la trouver juste au point au point de l'accepter et l'exécuter sans contrainte¹⁷. Mais d'un autre côté, son assentiment ne conditionne pas la sanction, car s'il ne le donnait pas, ou s'il n'exécute pas la sanction, c'est une autre sanction qui advient par d'autres voies, celles de poursuites classiques. Ou pour dire les choses autrement, le terme de contrat, qui suppose le consentement, ne rend pas parfaitement compte de la situation car nous ne sommes pas en présence d'un contrat avec le parquet. Le choix n'est pas entre contrat ou non, mais entre l'assentiment à la proposition ou bien des poursuites classiques. Le choix n'est pas entre l'exécution du contrat ou sa résolution en dommages-intérêts, mais entre l'exécution sans contrainte de la sanction proposée et acceptée ou une autre sanction qui sera imposée et exécutée sous la contrainte. En matière de comparution immédiate, le prévenu ne peut être jugé le jour même qu'avec son accord¹⁸ et il peut solliciter un délai mais ne peut s'opposer au choix d'orientation du parquet sauf à obtenir du tribunal le renvoi pour des investigations plus approfondies et l'ouverture d'une information.

Le pouvoir du Parquet de refuser ces procédures¹⁹, et le droit pour le justiciable de les solliciter diffère aussi d'une procédure à l'autre²⁰.

Est-il alors excessif de dire que ces procédures apparaissent dès lors comme des « *process*²¹ » en concurrence, susceptibles d'appréciation diverses par ceux qui vont les utiliser ou y être soumis ?

Si la concurrence des systèmes juridiques a déjà donné lieu à de nombreuses études²², l'usage, en droit interne, de la notion de concurrence pour décrire la procédure pénale française et notamment le traitement des délits peut-il se justifier²³ et permet-il de mieux appréhender les spécificités de la situation nouvelle qui s'est dessinée depuis une dizaine d'années ? C'est une chose en effet de relever la diversification des procédures mises à disposition des par-

17 En tout cas en matière de composition pénale.

18 Article 397 du CPP.

19 Le parquet n'est jamais tenu d'accéder à une demande d'orientation formée par le justiciable, même quand la loi prévoit la possibilité de cette demande comme en matière de CRPC (article 495-15 du CPP).

20 C'est dans le seul cas de la CRPC que le législateur a défini les formes dans lesquelles le mis en cause peut demander « l'application de la procédure » de CRPC.

21 Le français a intégré le terme *processeur* (Arrêté du 29 novembre 1973). Le terme « *process* » utilisé notamment en industrie pour désigner un traitement demeure un mot anglais dérivé de *to process* qui signifie traiter.

22 Voir notamment, l'ouvrage dirigé par J. du Bois de Gaudusson et F. Ferrand, *La Concurrence des systèmes juridiques*, PU Aix-Marseille, 2008.

23 Voir sur ce point notamment : A. Garapon, « Un nouveau modèle de justice, efficacité, acteur stratégique, sécurité » *Esprit*, novembre 2008, p. 98-122, mais aussi V. De Gaulejac, *La Société malade de la gestion*, Seuil, 2005 et 2009.

quets pour répondre à la commission d'un délit, et qui peuvent être étudiées une à une, c'en est une autre de saisir le sens et les effets de cette diversification.

Sans doute ne sommes-nous pas au bout du chemin qui donnera à voir l'ensemble de ces effets.

Sans doute l'usage de cette notion de concurrence pour analyser ce nouveau paysage processuel peut-il n'être pas neutre et renvoyer aux analyses relatives à la généralisation de la concurrence dans le néolibéralisme. C'est pourtant dans une acception plus technique que nous retiendrons ici ce terme pour désigner un mouvement qui peut, hors de toute considération plus générale, permettre une analyse de certaines des mutations du procès pénal. Il n'est évidemment pas exclu qu'elle puisse ensuite nourrir la réflexion de ceux qui s'attachent à relier les mutations du procès pénal à des mouvements de société plus larges.

On se limitera donc à avancer ici quelques réflexions sur la manière dont le législateur a procédé à cette diversification et a chargé les juridictions d'en user et sur ce qui justifie à ce stade de parler d'une mise en concurrence par le législateur (I) puis ensuite de réfléchir sur les effets de cette mise en concurrence, au double plan de l'évolution législative et du changement de culture qu'il implique de la part des acteurs et des justiciables (II). L'exercice n'est peut-être pas vain, lorsque le phénomène semble se poursuivre, s'accroître en matière de délits²⁴ et demain peut-être toucher la matière criminelle²⁵.

I. — LA MISE EN CONCURRENCE PAR LE LEGISLATEUR

Cette mise en concurrence de douze procédures distinctes pour traiter des délits est organisée par le législateur selon plusieurs critères et la mise en concurrence elle-même comme les différents modèles ainsi construits poursuivent des objectifs, des finalités sur lesquels il convient d'abord de s'arrêter.

A. — *Le procès équitable, combien de modèles ?*

La diversification des procédures de traitement des délits introduit donc l'idée que le procès équitable de la CESDH pourrait se décliner en de nombreux modèles, au sein d'un même système de droit, et pour un même type d'infractions. Mais avant d'aborder les finalités assignées à ces modèles qui mettent l'accent sur tel ou tel des éléments du procès équitable et de nous arrêter sur les finalités que le législateur peut poursuivre à cette mise en concurrence, notons comment elle est organisée par la loi.

Quels sont les champs d'application de ces procédures ?

Les champs d'application de ces procédures sont sécants. Et c'est même ce qui nous autorise à parler de mise en concurrence. Le législateur pourrait en effet diversifier les procédures mais en assignant à chaque procédure un champ d'application bien spécifique. Tel n'est pas le cas, tout au contraire.

Les alternatives aux poursuites autres que la composition pénale peuvent en droit être utilisées pour tous les délits. L'appréciation laissée par la loi au parquet est ici totale. C'est donc une affaire d'opportunité et on peut dire qu'il

²⁴ Notamment avec les préconisations du rapport de la commission présidée par M. Le Recteur Guinchard « Rapport au garde des Sceaux sur la répartition des contentieux » 2008 et *L'Ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008.

²⁵ C'est notamment l'une des propositions du rapport Léger que d'envisager la création d'une procédure simplifiée de comparution devant la Cour d'assises.

existe dans le code de procédure pénale un principe implicite d'opportunité des alternatives aux poursuites, corrigé toutefois par l'injonction de proposer une composition pénale ou de poursuivre en cas d'échec de l'alternative²⁶.

Le tribunal correctionnel dans sa composition collégiale et le juge unique ont un champ de compétence inversé²⁷ avec une marge d'appréciation du juge unique sur la nécessité d'une collégiale. La compétence du juge unique se présente sous la forme d'une liste d'infractions²⁸ souvent modifiée. Cette liste est constituée à partir de critères très divers, depuis celui tiré de la peine encourue (les infractions qui ne sont pas punies de peines d'emprisonnement mais à l'exception des délits de presse), jusqu'à une liste d'infractions bien précises mais très diverses et de gravité moyenne (avec des peines d'emprisonnement encourues inférieures à sept ans). Les unes recouvrent des contentieux importants, d'autres non.

La comparution immédiate suppose une gravité moyenne ou minimale en cas de flagrance (une peine d'emprisonnement de deux ans encourue ou de six mois en flagrant délit) et le tout avec des exclusions qui ne sont pas exactement celles posées pour les autres procédures.

Le champ de compétence de l'ordonnance pénale délictuelle prend aussi la forme d'une liste d'infractions mais beaucoup plus restreinte en l'état²⁹ avec une exclusion d'évidence, l'existence d'une victime qui entend demander réparation, ce qui en fait une procédure naturellement dédiée au traitement des infractions formelles. Le juge dispose encore ici d'une marge d'appréciation et peut renvoyer le dossier au ministère public pour une saisine du tribunal correctionnel.

La composition pénale³⁰ et la CRPC³¹ de chaque côté de la ligne de séparation entre alternatives aux poursuites et poursuites partagent le même champ de compétence, défini en référence à la peine encourue (5 ans d'emprisonnement maximum) et les mêmes exclusions à l'exception d'une³².

Des champs d'application sécants, on le voit, qui semblent avoir été découpés en fonction des attentes et vertus prêtées à chaque procédure.

La composition pénale et la CRPC supposent en plus une condition remplie : la reconnaissance de sa culpabilité par l'auteur. L'ordonnance pénale suppose, elle, « les faits établis » (*sic*)³³.

26 Article 40-1 du CPP.

27 Au sens où la compétence de la formation collégiale est formée de l'ensemble des délits qui ne relèvent pas de la compétence du juge unique.

28 Article 398-1 du CPP.

29 Le rapport Guinchard propose l'extension à tous les délits y compris lorsqu'il y a une demande de réparation sauf les exclusions prévues en matière de CRPC et les délits de droit du travail ou des délits pour manquements en matière de sécurité ayant entraîné des blessures ou homicides involontaires, proposition n° 61.

30 Le rapport Guinchard propose l'extension à tous les délits quelle que soit la peine encourue avec maintien des exclusions actuelles.

31 Le rapport Guinchard propose l'extension à tous les délits quelle que soit la peine encourue avec maintien des exclusions actuelles.

32 La CRPC est exclue pour les mineurs.

33 La formulation n'est pas des plus heureuses. Elle ne recouvre pas seulement une reconnaissance de responsabilité et veut désigner notamment les infractions formelles, constatées par des moyens techniques. L'adjonction de l'adverbe « apparemment » aurait pu et dû réserver le cas où finalement la vérité judiciaire ne sera pas celle de l'enquête.

Mais au surplus, et ceci est essentiel, la sanction envisagée par le parquet comme souhaitable est devenue une variable d'entrée essentielle de l'orientation des dossiers puisque toutes les alternatives aux poursuites et deux des procédures de poursuites limitent ou définissent étroitement les obligations³⁴, sanctions³⁵ ou peines qui sont susceptibles d'être proposées ou prononcées. La loi définit, dans tous ces cas, en deçà des sanctions pénales encourues, les obligations et sanctions « prononçables ».

Les alternatives aux poursuites de l'article 41-1 définissent chacune à quelles conditions les affaires peuvent être classées sans faire l'objet de poursuites. L'article 41-2 définit les mesures de composition pénale qui peuvent être proposées et validées par le juge³⁶. La CRPC ne permet pas de proposer et homologuer des peines supérieures à un an d'emprisonnement³⁷. L'ordonnance pénale n'autorise que des peines d'amende ou complémentaires³⁸. Le juge unique ne peut quant à lui prononcer de peines supérieures à 5 ans d'emprisonnement³⁹. Le tribunal correctionnel collégial et la même formation en comparution immédiate sont les seules procédures à ignorer la notion de « peines prononçables », mais seulement depuis 1995 pour la comparution immédiate⁴⁰.

Quand les champs d'application des procédures sont sécants et ils le sont donc souvent, le ministère public va construire son schéma d'utilisation des diverses procédures en fonction des sanctions ou des peines qu'il entend voir appliquer. Mais hors les cas où la gravité des faits ou la personnalité du mis en cause exigent de recourir à une procédure permettant d'envisager toutes les peines, plusieurs procédures peuvent donc être utilisées. Le législateur a ainsi organisé la concurrence des procédures. De sorte que pour la plus grande partie des affaires, la concurrence des procédures va devoir être tranchée sur d'autres critères que la gravité des faits ou la personnalité. Cette remarque ajoute un élément important à notre analyse : *ce sont les qualités intrinsèques des procédures qui vont gouverner les choix d'orientation et non pas le contenu des dossiers.*

Quels sont les objectifs qui peuvent être recherchés par les parquets dans les diverses procédures et justifier un choix d'orientation plutôt qu'un autre, l'utilisation de telle procédure pour tel type de contentieux plutôt que telle autre ? Les travaux des parlementaires permettent sans difficulté de les

34 Sont désignées ainsi les obligations de régularisation ou de réparation qui subordonnent en matière d'alternative aux poursuites le classement sans suite.

35 Sont ici visées les mesures de composition pénale.

36 Le rapport Guinchard propose de maintenir cette limitation des mesures pouvant être prononcées.

37 Ni la moitié de la peine encourue si elle est inférieure à deux ans. Article 495-8 du CPP. Le rapport Guinchard propose de maintenir cette limitation des peines pouvant être prononcées.

38 Article 495-1 al. 2. Le rapport Guinchard propose une extension des peines pouvant être prononcées jusqu'à une peine d'emprisonnement de trois mois avec sursis avec notification de l'ordonnance par délégué du procureur et droit à l'aide juridictionnelle pour un conseil sur l'opportunité d'une opposition.

39 Article 398-2 al.4.

40 Jusqu'à la loi n° 95-125 du 8 février 1995, si le maximum de l'emprisonnement encouru excédait sept ans, le délit ne pouvait être jugé en comparution immédiate.

énoncer⁴¹. La célérité de la procédure, l'économie de l'audience, la qualité nécessaire de la décision et enfin les effets espérés de l'assentiment de l'auteur à la sanction proposée sur l'exécution de la sanction, tels sont les critères qui sont au cœur de ce choix. Chacune des procédures est examinée au regard de ses performances face à ces objectifs. C'est la priorité donnée à l'un ou l'autre de ceux-ci pour traiter tel ou tel type d'affaires, voire tel dossier en particulier⁴², qui détermine donc le choix d'orientation et le schéma d'utilisation des diverses procédures.

Il est alors aisé de comprendre la finalité de la mise en concurrence par le législateur. Il s'agit là de donner aux parquets des outils souples de « gestion des flux » en vue d'aboutir à un « taux de réponse pénale⁴³ » maximal. La souplesse permettra d'adapter dans le temps et l'espace les modes de traitements du contentieux délictuel. La loi processuelle, les choix d'orientation ne peuvent plus être constitués de choix binaires mais doivent offrir autant d'options que d'objectifs recherchés et ces objectifs doivent pouvoir être atteints par autant de « produits processuels » on pourrait dire de « *process* » pour emprunter au vocabulaire industriel un mot étymologiquement proche de la procédure.

B. — *La réception dans les juridictions*

Les très grands écarts observés entre les usages faits de telle ou telle procédure⁴⁴ dans des tribunaux comparables tendraient à faire croire qu'on avait bien besoin d'une telle souplesse dans les outils. À moins bien sûr que cette réception très différente faite aux nouvelles procédures notamment⁴⁵, ne renvoie à des appréciations totalement divergentes sur leurs « performances ». Le temps atténuera-t-il ces écarts et ces possibles divergences d'appréciation ? Il est trop tôt pour répondre à cette question, cinq ans seulement après la création de la CRPC.

Il est en revanche très clair que la réflexion dans chaque juridiction sur l'utilisation des diverses procédures prend désormais la forme de la concer-

41 F. Zocchetto, rapporteur, *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, Les rapports du Sénat, n° 17, 2005-2006.

42 Sur ce point, l'exemple donné par le Parquet de Paris dans une affaire très médiatisée en 2009 concernant un parlementaire et deux associations, affaire qui, mise en état sans instruction, s'est achevée par le choix d'un rappel à la loi est tout à fait exemplaire d'une orientation très spécifique donnée à un dossier particulier.

43 Il n'est pas besoin de souligner ici l'importance prise par cette mesure dans l'évaluation des résultats de la justice pénale en matière de traitement des délits. Cf. Les chiffres clés de la justice et l'annuaire statistique de la justice. Dès 2006, la grande presse le présentait comme l'indicateur phare de la justice pénale (*Le Monde*, 6 décembre 2006). Il est l'un des indicateurs affichés tant pour les majeurs que pour les mineurs Voir « le Forum de la performance » www.performance-publique.gouv.fr.

44 Une étude des chiffres de l'annuaire statistique de la justice révèle déjà de très importantes différences dans l'utilisation de ces procédures entre des juridictions comparables au regard du nombre d'affaires poursuivables qu'elles ont à traiter. Réparti en quatre tranches l'examen des résultats révèle que parmi les juridictions traitant entre 6 et 8000 affaires poursuivables, les écarts dans l'usage de la composition pénale en 2006 vont de 0 à 763, pour les juridictions traitant de 8 000 à 11 000 affaires poursuivables de 0 à 1 383. Dans la classe suivante (11 000 à 16 000) les écarts vont de 70 à 1 284 et pour la dernière tranche (16 000 à 33 000) de 58 à 1 100. O. Parrot, *La nouvelle justice pénale, Éléments de réflexion entre chiffres et discours*, Master2 Droit pénal et sciences criminelles. Nantes 2009.

45 En particulier la composition pénale et la CRPC.

tation. L'expérience aura appris au ministère de la Justice et aux parquets que le succès d'une procédure suppose une négociation avec tous ceux qui sont en charge de sa mise en œuvre. L'évaluation de la composition pénale le démontrait⁴⁶. La circulaire relative à l'utilisation de la CRPC⁴⁷ y invitait donc les parquets. Les pouvoirs du juge du siège même très restreints en termes de décision s'étaient mués en un pouvoir de nuisance sur l'orientation des dossiers⁴⁸. La mise en œuvre de la CRPC supposait à tout le moins la neutralité bienveillante du Barreau⁴⁹.

Mais on aurait tort de croire que cette négociation ne constituait une nécessité qu'en raison de la création de nouvelles procédures, et que chaque juridiction bâtirait ainsi *une fois pour toutes* son schéma de traitement des délits.

D'abord parce que certaines de ces procédures prises une à une se sont elles-mêmes révélées plus flexibles qu'il n'y paraissait à première analyse⁵⁰. La composition pénale et la CRPC notamment ont donné lieu à la construction par les juridictions de sous-modèles d'application très différents, constitués à partir d'objectifs en tension : un objectif de normalisation *versus* celui d'individualisation de la sanction, un objectif de simplification de la procédure *versus* celui d'une procédure pédagogique⁵¹. Ce fut parfois le choix d'utiliser telle procédure pour telle infraction donnée qui induisit la construction du sous-modèle. La comparaison de ce qui se pratique ailleurs, la connaissance et l'expérience d'autres sous-modèles peut amener leur reprise dans d'autres juridictions que celles qui les ont créées. Des évolutions des contentieux, de moyens humains et matériels des juridictions peuvent justifier à tel ou tel moment le réexamen du schéma global de traitement des délits dans une juridiction.

Ensuite, les parquets ne sont pas livrés à eux-mêmes dans cet exercice. Les parquets généraux⁵² dans un souci de cohérence peuvent au travers de procédures d'évaluation des modes de traitement des délits vouloir comparer les pratiques des parquets et amener chacun à optimiser ses choix d'orientation, sans d'ailleurs que l'objectif n'en soit inéluctablement l'uniformisation⁵³. L'égalité de traitement des justiciables devant la loi pénale, largement comprise, le souci de rendre ce traitement lisible, peuvent évidemment justifier cette vigilance des parquets généraux et s'inscrire dans leur mission de coor-

46 Voir sur ce point S. Grunvald et Jean Danet, *La Composition pénale, une première évaluation*, L'Harmattan, 2005, 200 pages.

47 CRIM 04-12 E8 du 2 septembre 2004.

48 Ou en tout cas son pouvoir de blocage évoqué par H. Dalle *in* « Juges et procureurs dans la loi Perben II », *in Le nouveau procès pénal après la loi Perben II*, 2004, p.453.

49 Les décisions rendues dans les hypothèses de grève du barreau l'ont démontré voir *infra*.

50 Voir notamment J. Volff, « La composition pénale, un essai manqué », *Gaz. Pal.* 26-28 mars 2000, Doctrine p. 2.

51 Voir nos développements sur ces notions et les recherches qui les ont fait émerger in S. Grunvald et Jean Danet, *La composition pénale...*, *op. cit.*

52 Nous nous référons ici aux analyses développées par plusieurs magistrats à l'occasion d'une session de formation « Impact et évaluation des politiques publiques en matière pénale », dirigée par M. Jean-Paul Jean, 23-27 novembre 2009, ENM Paris.

53 Il va de soi qu'ici et sur la question de savoir si l'uniformisation est ou non recherchée, si, pour reprendre la formule imagée d'un magistrat, ce n'est plus de concurrence qu'il s'agit mais de « vente forcée », le débat rejoint alors celui relatif au statut du parquet.

dination des politiques pénales⁵⁴. Mais au passage, l'orientation des délits entre les différentes procédures est devenue un enjeu de politique pénale et non plus un simple moyen d'application de la loi conforme aux normes supérieures. Telle est peut-être la leçon la plus importante qu'il faut retirer de la mise en concurrence des procédures.

II. — LES EFFETS DE LA CONCURRENCE

La mise en concurrence a, nous semble-t-il, des effets réflexifs sur la loi de procédure elle-même. Elle implique aussi un changement de culture profond des acteurs et des justiciables. Ce sont en tout cas les hypothèses que nous voudrions esquisser.

A. — *Les effets sur la loi de procédure*

Dès lors que les procédures sont devenues des « produits » en concurrence les uns avec les autres, des « *process* » dont on compare les performances, « *process* » qui sont là pour s'adapter à un objectif global quantitatif⁵⁵ et à des objectifs plus précis de célérité, de qualité de la décision, d'effectivité de la sanction et d'économie de l'audience, tous objectifs qui sont en tension les uns avec les autres, le législateur peut en permanence estimer devoir améliorer chacune de ces procédures, voire en inventer de nouvelles⁵⁶. Le champ d'application de ces procédures peut être modifié au gré des politiques pénales sectorielles s'il advient que la réponse à telle délinquance doit être plus sévère ou plus systématique, plus rapide ou plus marquée. L'évaluation des résultats de chaque procédure au regard des objectifs rappelés ci-dessus et des évolutions des sous-modèles peut amener la révision de tel ou tel texte⁵⁷.

Cette logique de concurrence est largement assumée par le législateur depuis quelques années et elle porte une conséquence : elle induit (et elle explique aussi) une réforme permanente des procédures, leur modification, elle porte donc sa part de responsabilité dans l'inflation législative. Il faut sans doute distinguer ici une cause d'inflation législative particulière et qui tient à cette mutation de la procédure pénale. La mise en concurrence des procédures implique cet exercice de réglage, d'amélioration sans cesse recherchée des procédures.

En mettant en concurrence douze traitements différents des délits, le législateur s'est engagé dans une voie qui le concerne donc tout autant que les parquets ou les autres acteurs du procès pénal, car il est le producteur de ces produits en concurrence. Il est tenté d'étendre cette logique à l'ensemble du procès pénal. Et c'est ainsi que le procès criminel n'y échappe pas avec la proposition de la commission Léger d'une audience simplifiée devant la Cour d'assises pour les cas où les faits sont reconnus.

54 Article 35 alinéa 2 du CPP.

55 Celui de donner une réponse pénale à tous les délits poursuivables.

56 Voir sur une telle démarche : F. Zocchetto, rapporteur, *Juger vite, juger mieux ? Les procédures rapides de traitement des affaires pénales, état des lieux*, Les rapports du Sénat, n° 17, 2005-2006.

57 La procédure de composition pénale créée en 1999 a été modifiée en 2002, 2004, 2005, 2006, 2007. La CRPC créée en 2004 a été retouchée en 2005 et 2009. La procédure d'ordonnance pénale délictuelle créée en 2002 a été modifiée en 2004, 2005, 2007.

La logique de gestion des flux habituellement pensée au seul niveau des pratiques envahit jusqu'à la nature même de la loi processuelle et les causes et le rythme de sa production comme de sa réforme. C'est l'essence du droit processuel qui est ici touchée. La construction d'une procédure vise à privilégier un objectif. D'autres procédures en viseront d'autres. Pour le reste chacune doit satisfaire au standard minimum.

B. — *Un changement de culture pour les acteurs du procès et les justiciables*

La concurrence des procédures bouleverse totalement la perception du procès, son économie et il s'agit là d'un changement de culture profond qui touche les acteurs du procès et les justiciables. L'unicité de la procédure disparaît et le parquet peut même avoir plusieurs fers processuels au feu⁵⁸.

L'unité de temps et de lieu du procès pénal et de l'action civile lorsqu'elle est exercée en son sein éclate. La partie civile notamment n'est plus présente qu'à une seule phase de la CRPC. L'existence même d'un temps du procès, d'un rituel du procès disparaît, non seulement en matière d'alternatives aux poursuites mais encore d'ordonnance pénale tandis qu'en d'autres cas il est maintenu.

Les rôles des acteurs, car il faut désormais parler au pluriel, sont très différents au gré des procédures. Le procureur définit la procédure en fonction de la sanction maximale qu'il estime appropriée, puis, en bien des cas, fait proposer ou propose la « réponse » (réparation, « mesure » ou peine), tandis qu'à l'audience, et ce n'est pas le moindre paradoxe, il ne précisera même pas toujours ses réquisitions s'en remettant à la « sagesse du tribunal » ou sollicitant « l'application de la loi ». L'avocat n'est plus que conseil suite à une ordonnance délictuelle ou devant une proposition de composition pénale ou de CRPC tandis qu'en d'autres cas il discute la régularité de la procédure, les faits, la qualification ou la peine. Le juge homologue ou valide et c'est lui qui en vient à devoir, dans la composition pénale et la CRPC, adopter un mode binaire de décision tandis que, seul ou collégalement, au tribunal correctionnel, il choisit la nature des peines et leur *quantum* dans un éventail qui, en récidive, s'élève jusqu'à 20 ans d'emprisonnement.

Cette pluralité de rôles pourrait avoir un avantage : chacun des acteurs peut ou doit en permanence s'interroger sur la question de savoir ce qu'il en serait de la réponse pénale si une autre procédure avait été choisie, et s'il était dans un autre rôle. La concurrence des procédures peut inciter à une interrogation permanente et féconde quant à l'effet de l'orientation non seulement sur les peines mais aussi sur la célérité, la qualité de la décision, les effets de la décision, sa pédagogie, son efficacité en termes de prévention de la récidive. Mais l'objectif quantitatif assigné à ces acteurs permet-il encore cette réflexion permanente⁵⁹ ? Il est permis d'en douter.

58 L'article 495-15-1 du CPP issu de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 permet au procureur de mettre en œuvre simultanément une CRPC et une convocation devant le tribunal correctionnel pour les mêmes faits. L'homologation de la CRPC rend caduque la convocation devant le tribunal.

59 Les magistrats sont nombreux à déplorer la perte d'autonomie, la « pression » des objectifs quantitatifs, l'empêchement à la réflexion qu'ils provoquent. Ils rejoignent ainsi d'autres professions d'autres secteurs. Voir sur ce point, notamment la synthèse déjà ancienne V. De Gaulejac, *La Société malade de la gestion*, Seuil « Points », 2005.

Le justiciable ne manque pas lui aussi d'entrer dans cette logique de la concurrence au point de revendiquer son « droit à la CRPC » quand un procureur lui ayant annoncé cette procédure la reprend du fait de la grève des avocats qui l'empêche de la mettre en œuvre. Droit à la CRPC invoqué sans succès il est vrai, mais ce contentieux soumis à la Cour de cassation⁶⁰ signe à quel point la procédure est ici pensée par le justiciable comme un droit substantiel.

La concurrence des procédures rend-elle illisible pour le justiciable le traitement des délits ? Il est difficile de répondre avec certitude à cette question faute de travaux de sociologie judiciaire. Et si cette difficulté était vérifiée, il resterait encore à savoir dire si c'est l'hétérogénéité des usages de ces procédures selon les tribunaux et l'existence de sous modèles pour chacune de ces procédures nouvelles qui est susceptible de rendre incompréhensible le traitement global des délits ou si c'est la seule pluralité des procédures elle-même qui fait difficulté.

Que l'égalité des justiciables devant la justice puisse ici être en cause ne fait guère de doute. Si certaines de ces procédures font pour le justiciable disparaître jusqu'à un certain point une forme d'aléa de la peine, l'aléa de la procédure lui s'est accru. Et le procès équitable devient un idéal qui s'incarne en une série de modèles et de pratiques cultivant délibérément l'hétérogénéité.

Dans cet univers concurrentiel, le justiciable n'a certes pas toujours la main quand il s'agit de choisir la procédure. C'est d'abord le parquet qui en décide. Mais il arrive que le justiciable puisse refuser ce choix. Les économistes se demanderaient sûrement si ces justiciables qui choisissent d'accepter une procédure ont toujours une information parfaite sur le « produit processuel », bref si la transparence du marché existe bien. On peut en douter⁶¹. Cette concurrence est donc à bien des égards une « concurrence imparfaite⁶² ». Les économistes ne sont pas parvenus malgré tous les modèles d'analyse économique qui ont été conçus autour d'elle à percer tous les mystères de son fonctionnement. Ni les consommateurs à se passer de la concurrence fût-elle imparfaite.



En instituant la concurrence des procédures, le législateur a peut-être ouvert une boîte de Pandore. Pour le meilleur – des progrès raisonnés du procès équitable peuvent en sortir – et pour le pire, si le traitement processuel des délits devenait un produit comme les autres et avec lui la Justice pénale un service comme les autres. Dans le mythe de Pandore, les maux sortirent les premiers de la boîte et l'Espérance, plus lente à réagir, demeura enfermée. Souhaitons qu'ici le progrès de la Raison ne soit pas dépassé, ni empêché d'advenir par la réification du procès.

jean.danet@univ-nantes.fr

60 Voir notamment Crim. 4 février 2009 pourvoi n° 08-84853.

61 Ce qui n'empêchera pas qu'on pourra leur opposer le fait qu'ils ont choisi, accepté la procédure, la peine etc. Voir sur ce point A. Garapon *op. cit.*

62 J. Gabszewicz, *La Concurrence imparfaite*, La découverte « Repères », 2003.