

L'OPPORTUNITÉ DES POURSUITES ET L'IDÉE DE SYSTÉMATIQUITÉ DE LA RÉPONSE PÉNALE

Akila TALEB-KARLSSON¹

Résumé

Alors que le principe de l'opportunité des poursuites a permis de réduire les cas d'inapplication du droit par le recours à la diversification de la réponse pénale, celle-ci n'a pas été qu'un rempart contre l'inapplication du droit. Suite à cette volonté de diversifier les modes de traitement des affaires, les alternatives aux poursuites qui forment une troisième voie procédurale, aux côtés de la voie des poursuites et de celle des classements sans suite « secs », sont nées en réalité du refus de magistrats d'appliquer la loi. Par ailleurs, le principe de l'opportunité des poursuites enserré dans une logique de systématicité de la réponse a conduit à une nouvelle application du droit et une transformation des phases de la procédure pénale sans que les moyens mis à la disposition de l'institution judiciaire n'évoluent suffisamment. Dans ce contexte, des ajustements s'imposent pour éviter toute application tardive du droit qui serait ineffective et qui reviendrait à une inapplication du droit.

Abstract

While the principle of expediency has encouraged diverting cases from prosecution and has enabled to reduce the number of situations in which law does not apply, diversion has not only been a safeguard against the occurrence of those situations. Diverting cases away from the criminal courts is surely the result of a will to diversify the range of responses and thus constitutes a third procedural way along with prosecution and no further action decisions. Yet, alternatives to prosecution were also developed as a result of the prosecutors' refusal to apply the law. Moreover, due to a new way of applying law, the principle of expediency combined with the concept of systematic criminal justice response have led to the transformation of criminal justice without providing an upgrade of resources available to the judicial institution. In this respect, adjustments are needed to avoid delays in the application of law. Such delays would definitely make law be ineffective and would amount to a failure to apply the law.

¹ Maître de conférences, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CDPC Jean-Claude Escarras, Toulon, France.

Le droit est partout et pourtant la justice va mal ! Pourquoi un tel constat ? D'une part en raison d'un manque de moyens financiers, matériels et humains et, d'autre part, en raison des excès des législateurs qui votent des lois toujours plus nombreuses sans en mesurer l'impact réel sur le terrain. Mais la situation est en fait bien plus complexe. Pour comprendre les enjeux de ce constat, il faut prendre comme point de départ, dans notre système pénal, la phase d'orientation du dossier de procédure qui permet le passage du monde policier au monde judiciaire. Cette phase qui apparaît centrale est gouvernée par le principe fondamental de l'opportunité des poursuites qui permet de laisser libre le procureur de décider de la suite à donner à l'affaire dont il a connaissance. En effet, aux termes de l'article 40 du code de procédure pénale, « [l]e procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1 » du même code. Cette disposition en ce qu'elle offre une liberté d'appréciation à l'autorité des poursuites consacre le principe de l'opportunité, souvent opposé au principe de légalité des poursuites².

Par ailleurs, depuis presque une quinzaine d'années³, ce principe est complété par l'idée de systématisme de la réponse pénale qui implique que « chaque infraction [soit] suivie d'une réaction sociale si minime soit-elle »⁴. C'est en effet ce que prévoit l'article 40-1 du code de procédure pénale qui a clairement introduit un « objectif de systématisation de la réponse pénale »⁵ s'imposant au procureur de la République territorialement compétent « [l]orsqu'il estime que les faits constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique ».

Dès lors, le procureur « décide s'il est opportun : [s]oit d'engager des poursuites ; [s]oit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1, 41-1-2 ou 41-2 [du code de procédure pénale] ; [s]oit de classer sans suite la procédure [si] les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ».

Il s'agit donc pour le ministère public de proposer dans le plus grand nombre d'affaires une réponse pertinente, c'est-à-dire adaptée compte tenu de la gravité du contentieux et de la personnalité du mis en cause.

Pour ce faire, le législateur a fait le choix de la diversification des solutions dans le traitement judiciaire d'une affaire ; cette diversification que le principe de l'opportunité des poursuites favorise et qui permet justement la systématisme de la réponse. La diversification des solutions pénales fait donc le lien entre le principe de l'opportunité et l'idée de systématisme de la réponse pénale au cours de la phase d'orientation de l'affaire pénale. Mais l'inapplication du droit a-t-elle sa place dans

2 « Système selon lequel le ministère public est tenu d'engager des poursuites dès lors que les agissements portés à sa connaissance renferment, vérification par lui faite, tous les éléments d'une infraction » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique* – Association H. Capitant, 9^e éd., PUF, 2^e tirage, 2012, p. 597).

3 Plus exactement depuis l'année 2004 : v. loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JORF* n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567.

4 A. GARAPON, *Le gardien des promesses – Justice et démocratie*, Odile Jacob, 1996, p. 218.

5 V. TELLIER-CAYROL et M. NORGUET, « Une décennie de réponse pénale », *Gaz. Pal.* 2014, n° 233.

cette phase procédurale ? Dit autrement, de manière plus circonstanciée, le principe de l'opportunité des poursuites et la systématisme de la réponse pénale ne contreviendraient-ils pas à l'application du droit ? La réponse est, de prime abord, assurément négative pour deux raisons au moins. Premièrement, parce qu'à l'évidence, le principe de l'opportunité et l'idée de systématisme de la réponse pénale sont prévus par le code de procédure pénale. Y recourir, revient donc à appliquer le droit. Deuxièmement, parce que l'opportunité des poursuites complétée par cette idée de systématisme de la réponse pénale a permis la diversification des modes de traitement des affaires ce qui a favorisé entre autres le développement des alternatives aux poursuites. Or, il faut le rappeler et le souligner, si recourir à ces alternatives consiste à s'abstenir de poursuivre, l'absence de poursuite n'équivaut pas à l'absence de réponse pénale et donc à l'inapplication du droit.

En réalité, le problème est plus complexe qu'il n'y paraît et la notion d'inapplication du droit n'est pas complètement absente de notre étude, elle se présente seulement sous des formes différentes. Si l'inapplication du droit peut s'entendre du refus pur et simple d'appliquer le droit, elle peut également être définie autrement, comme une nouvelle manière d'appliquer le droit en rupture avec le *process* de notre justice pénale.

De ce fait, d'une part l'opportunité des poursuites, en ce qu'elle a permis la diversification du droit est intrinsèquement liée à l'inapplication du droit (I). D'autre part, il faut ajouter à cela la systématisme de la réponse pénale qui est, entre autres, à l'origine d'une nouvelle application du droit qui n'est pas sans risque puisqu'elle pourrait aboutir à une inapplication du droit (II).

I. L'opportunité des poursuites et l'inapplication du droit

La corrélation qu'il est possible d'établir entre l'opportunité des poursuites et l'inapplication du droit résulte d'abord de ce que le principe de l'opportunité des poursuites, en permettant la diversification de la réponse pénale, a considérablement restreint les cas d'inapplication du droit (A). Elle résulte ensuite de ce que les alternatives aux poursuites issues de la diversification de la réponse pénale et qui constituent une solution à l'inapplication du droit, sont aussi en réalité, pour partie, nées de l'inapplication du droit (B).

A. Diversification de la réponse pénale et restriction des cas d'inapplication du droit

Plus précisément, la réduction significative des cas d'inapplication du droit que l'on constate provient d'une part de la multiplication des cas d'intervention du droit (1) et d'autre part de l'augmentation de l'offre des modes de traitement des infractions (2).

1. *L'élargissement des domaines d'intervention du droit*

En raison principalement de l'augmentation flagrante – parfois même alarmante – des comportements susceptibles de tomber sous le coup de la loi pénale, un constat s'impose : le droit est partout. Ainsi, très rares sont les domaines où le droit n'autorise pas, ne protège pas ; n'interdit pas, ne sanctionne pas ; ne limite pas, ne régule pas. Bref, très rares sont les domaines où le droit n'intervient pas, ce qui logiquement restreint les cas d'inapplication du droit. Par exemple, de nombreux textes ont été votés en matière de lutte contre le terrorisme notamment suite aux attentats qui ont frappé Paris le 13 novembre 2015. En effet, l'état d'urgence décrété au lendemain de ces attaques a été prorogé pendant presque de deux ans par l'adoption de plusieurs textes réglementaires et législatifs. Finalement, tout en adaptant le dispositif d'exception – qui devait prendre fin le 1^{er} novembre 2017 – pour le transposer en droit commun, une loi du 30 octobre 2017 a permis une sortie durable de cet état qui ne pouvait être que temporaire⁶.

Par ailleurs, au-delà de cette situation inédite, pas moins de six textes intéressant le droit pénal de fond et de forme ont été adoptés aux cours de ces deux dernières années. À cet égard, il est intéressant de mentionner la loi du 3 juin 2016 qui renforce la lutte contre le terrorisme et qui introduit des mesures renforçant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale⁷ et la loi organique du 8 août 2016 qui modifie certaines règles relatives à la profession de magistrat et au Conseil supérieur de la magistrature⁸. La loi du 3 juin 2016 dite loi Urvoas⁹ durcit aussi la réponse pénale tout en donnant aux juges et aux procureurs de nouveaux moyens d'investigation. Elle renforce également le contradictoire dans la phase d'enquête et la protection des témoins tout en augmentant la coercition dans la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme. Du point de vue du droit pénal de fond, elle crée un nouveau fait justificatif au profit des agents de la force publique pour empêcher la réitération d'un ou plusieurs meurtres. Principalement, à l'égard des magistrats, la loi organique du 8 août 2016 permet d'une part le renforcement des exigences de transparence et de déontologie et d'autre part le renforcement des exigences d'indépendance et d'impartialité. Ce texte prévoit également que les juges de proximité deviennent des magistrats à titre temporaire tout en spécialisant davantage le statut du juge des libertés et de la détention.

6 Décr. nos 2015-1475 et 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, *JORF* n° 264 du 14 novembre 2015, p. 21297 ; décr. n° 2015-1478 du 14 novembre 2015 modifiant le Décr. n° 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, *JORF* n° 265 du 15 novembre 2015, p. 21382 ; loi n° 2015-1501 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, *JORF* n° 270 du 21 novembre 2015, p. 21665 ; loi n° 2016-162 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* n° 43 du 20 février 2016 ; loi n° 2016-629 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* n° 117 du 21 mai 2016 ; loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste, *JORF* n° 169 du 22 juillet 2016 ; loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF*, n° 295 du 20 décembre 2016 ; loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, *JORF* n° 0162 du 12 juillet 2017 ; loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, *JORF* n° 0255 du 31 octobre 2017.

7 Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, *JORF* n° 0129 du 4 juin 2016.

8 Loi n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature, *JORF* n° 0186 du 11 août 2016.

9 Du nom du garde des sceaux à l'origine de l'adoption de ce texte.

Au cours de la même année, sont adoptées deux autres lois de modernisation dont les dispositions nouvelles débordent de la sphère pénale, il s'agit de la loi dite « Justice du XXI^e siècle » du 18 novembre 2016¹⁰ et la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016¹¹. Fort de ces 115 articles, le premier texte plus connu sous le nom de loi « J21 » a été annoncé comme le texte réformateur de ces dernières années car il modifie tant la justice civile¹² que la justice pénale. Sur ce dernier point, la loi prévoit une nouvelle organisation juridictionnelle en matière contraventionnelle avec la suppression des juridictions de proximité. Elle prévoit également la suppression de la collégialité de l'instruction et la possibilité pour les fondations reconnues d'utilité publique d'exercer les droits reconnus à la partie civile. Elle prévoit enfin une nouvelle procédure de l'amende forfaitaire en matière délictuelle et le renforcement du droit à l'avocat au cours de la garde à vue du mineur délinquant. Le second texte dont les principales dispositions intéressent la lutte contre la corruption, introduit au sein du code pénal une nouvelle cause d'irresponsabilité dont peut désormais bénéficier, sous certaines conditions, le lanceur d'alerte et institut, à l'image du *deferred prosecution agreement* anglo-saxon, une convention judiciaire d'intérêt public au profit des personnes morales. En 2017, trois lois notables sont adoptées, la première réforme la prescription en matière pénale et prévoit notamment un allongement des délais de prescription de l'action publique en matière criminelle et délictuelle, la deuxième a trait à la sécurité publique tandis que la troisième déjà évoquée renforce la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme¹³.

La pléthore de textes récemment adoptés au cours des années 2016 et 2017 aurait dû logiquement conduire à une période d'accalmie au cours de l'année 2018. Il n'en est rien car le 15 janvier 2018, ont été transmis à l'actuelle ministre de la Justice, garde des Sceaux, les rapports des cinq chantiers de la Justice qui doivent permettre une réforme plus globale de celle-ci comprenant une simplification des procédures civile et pénale, le renforcement de l'efficacité des peines, la transformation numérique du service public de la Justice ainsi que l'adaptation de l'organisation du réseau des juridictions en raison des bouleversements qu'induiront les quatre premiers chantiers¹⁴.

De nouvelles modifications sont donc à prévoir et celles-ci tendent en matière pénale à élargir toujours plus les domaines d'intervention du droit puisqu'il est envisagé par exemple d'étendre la transaction pénale, la composition pénale, l'ordonnance pénale et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)¹⁵. Dans ce contexte, une nette tendance se dégage : celle de l'accroissement de l'offre des modes de traitement des affaires pénales et particulièrement s'agissant du contentieux de masse.

10 Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* n° 0269 du 19 novembre 2016.

11 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *JORF* n° 0287 du 10 décembre 2016.

12 Si la mesure la plus médiatisée est sans conteste l'institution du divorce par consentement mutuel extrajudiciaire, la loi de 2016 promeut également les modes alternatifs de règlement des différends.

13 Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, *JORF* n° 0050 du 28 février 2017 ; loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique, *JORF* n° 0051 du 1 mars 2017 ; loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017, *op. cit.*

14 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Chantiers de la Justice – Les axes de la réforme*, mars 2018, www.justice.gouv.fr

15 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Chantiers de la Justice – Amélioration et simplification de la procédure pénale*, 2018, p. 18-21, www.justice.gouv.fr

2. *L'augmentation de l'offre des modes de traitement des affaires pénales*

En faisant le choix de la diversification de la réponse pénale, les législateurs successifs ont clairement multiplié l'offre des modes de traitement des affaires pénales. Rappelons en effet qu'en vertu du principe de l'opportunité des poursuites, le procureur peut décider de classer sans suite une affaire, de poursuivre ou de recourir à une mesure alternative. Cette dernière voie procédurale née dans les années 1990¹⁶ et qui a profondément modifié notre procédure pénale continue de se développer puisque deux mesures nouvelles¹⁷ ont été adjointes aux deux mesures traditionnelles¹⁸. Il existe donc aujourd'hui quatre mesures distinctes : les alternatives de l'article 41-1 du code de procédure pénale, la composition pénale, la transaction pénale et convention judiciaire d'intérêt public.

Les alternatives aux poursuites constituent des procédures auxquelles le procureur peut avoir recours préalablement à toute décision relative à la mise en mouvement de l'action publique. Destiné essentiellement à assurer la réparation du dommage causé à la victime, à mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou à contribuer au reclassement de l'auteur, l'aspect punitif de certaines procédures n'est pas complètement absent. Surtout la mise en œuvre de ces procédés alternatifs suppose que l'auteur de l'infraction et, s'il y a lieu, la victime participent à la résolution du litige. Également appelées classements sous conditions, les alternatives de l'article 41-1 du code de procédure pénale sont dites « réparatrices » par opposition à la composition pénale qualifiée d'alternative « punitive ». Les alternatives réparatrices permettent au procureur, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur de proposer à l'auteur des faits des mesures prévues par le texte légal¹⁹. La composition pénale est une procédure par laquelle le procureur ou son délégué siégeant le plus souvent en maison de justice et du droit, propose au mis en cause, majeur ou mineur âgé d'au moins 13 ans, ayant reconnu avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, d'abandonner les poursuites en contrepartie de l'exécution de certaines mesures légales. La proposition acceptée par le mis en cause doit ensuite être validée par un magistrat du siège afin que cette mesure soit exécutée²⁰.

La transaction pénale, quant à elle, permet à un officier de police judiciaire, sur autorisation du procureur, de transiger avec l'auteur des faits – personne physique ou personne morale – pour des infractions limitativement énumérées. La proposition de transaction, déterminée en fonction des circonstances et de la gravité de l'infraction ainsi que de la personnalité et de la situation (matérielle, financière, familiale et sociale) de son auteur, prévoit une amende transactionnelle qui ne peut excéder le tiers de l'amende encourue ainsi que, le cas échéant, l'obligation pour l'auteur des

16 La première loi adoptée dans ce domaine est la loi du 4 janvier 1993 instituant la médiation pénale, v. loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale, *JORF* n° 0003 du 4 janvier 1993 p. 215.

17 Pour les alternatives de l'article 41 du code de procédure pénale et la composition pénale, v. loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, *JORF* n° 144 du 24 juin 1999, p. 9247.

18 Pour la transaction pénale, v. loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JORF* n° 0189 du 17 août 2014, p. 13647. Pour la convention judiciaire d'intérêt public, v. loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *op. cit.*

19 Par exemple le rappel à la loi, l'orientation de l'auteur vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle.

20 Art. 41-2 et 41-3 *C. proc. pén.*

faits de réparer le dommage provoqué dans les délais prévus. Acceptée par l'auteur, la proposition doit être homologuée par un juge²¹. Enfin, la convention judiciaire d'intérêt public constitue une alternative par laquelle le procureur propose à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits limitativement énumérés par le code pénal²² le versement d'une amende au Trésor public et/ou la mise en place au sein de la personne morale d'un programme de mise en conformité. Ce programme attestant de l'existence et de la mise en œuvre au sein de la structure des mesures et procédures anti-corruption pour une durée maximale de trois ans est réalisé sous le contrôle de l'Agence française anticorruption²³.

Mais la diversification de la réponse pénale n'a pas seulement profité à cette troisième voie procédurale car, progressivement, ont également été instituées des procédures de jugement accélérées et simplifiées. À ce titre, l'ordonnance pénale et la CRPC doivent être mentionnées.

Dans le cadre de la CRPC qui s'applique depuis la loi du 13 décembre 2011 à la quasi-totalité des infractions délictuelles, au stade de l'enquête ou au cours de l'information judiciaire, il est prévu que le procureur de la République, organe essentiel de la procédure, propose à une personne majeure, ayant reconnu sa culpabilité, d'exécuter une ou plusieurs peines principales ou complémentaires encourues. Lorsqu'une peine d'emprisonnement est proposée, sa durée est au plus égale à la moitié de la peine encourue, sans pouvoir dépasser un an. Lorsqu'une peine d'amende est proposée, son montant ne peut excéder celui de l'amende encourue²⁴. Quant à l'ordonnance pénale, il s'agit d'un dispositif par lequel le parquet transmet le dossier au juge qui rend une ordonnance sans débat contradictoire. Cette procédure simplifiée, facultative, écrite et non contradictoire, permet de condamner l'auteur à une peine autre qu'une peine d'emprisonnement, généralement une peine d'amende. À défaut d'opposition dans le délai légal, l'ordonnance a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée. Dans le cas contraire, il est prévu que l'affaire fasse l'objet d'un débat public et contradictoire devant la juridiction compétente. D'abord instituée en matière contraventionnelle²⁵ et compte tenu de son succès, l'ordonnance pénale délictuelle a été instaurée par la loi du 9 septembre 2002 avant que son champ d'application ne soit étendu à plusieurs reprises.

À la lecture des dispositions relatives à l'ensemble de ces procédés, il ressort clairement que le législateur a voulu instaurer une gradation des mesures alternatives et de poursuite en vue d'assurer une réponse pénale adaptée au moyen d'une palette toujours plus diversifiée de modes de traitement du contentieux de faible et de moyenne gravité. En conséquence, si une procédure alternative vient à échouer, une autre alternative pourra être envisagée et, en dernier recours, la mise en mouvement de l'action publique.

21 Art. 41-1-1 *C. proc. pén.*

22 Principalement les délits de corruption, d'entrave à l'exercice de la justice, de blanchiment d'infractions au code général des impôts c'est-à-dire de blanchiment de fraude fiscale.

23 Art. 41-1-2 *C. proc. pén.*

24 Art. 495-7 à 495-16 *C. proc. pén.*

25 Loi n° 72-5 du 3 janvier 1972 tendant à simplifier la procédure applicable en matière de contraventions, *JORF* du 5 janvier 1972, p. 153 ; loi n° 2002-1138 d'orientation et de programmation pour la justice, *JORF* du 10 septembre 2002, p. 14934. Pour les contraventions, v. art. 524 et suivants *C. proc. pén.* Pour les délits, v. art. 495 à 495-6 *C. proc. pén.*

Cette réorientation de l'affaire sera motivée soit par un choix initial de sanction inadapté, soit par la mauvaise volonté de l'intéressé qui n'aura pas accepté le procédé ou n'aura pas exécuté, totalement ou en partie, les mesures prononcées dans ces alternatives.

De tout ce qui précède, il résulte qu'en élargissant sans cesse les domaines d'application du droit et les procédures de traitement des infractions, les législateurs ont fait des situations d'inapplication du droit des cas exceptionnels voire extraordinaires. Plus précisément encore, le contexte ayant conduit à l'avènement et au développement des alternatives aux poursuites permises par cette diversification de la réponse pénale n'est elle-même pas sans lien avec cette notion d'inapplication du droit.

B. Avènement des alternatives aux poursuites et inapplication du droit

Susceptible de révéler ses vices comme ses vertus, l'inapplication du droit est une notion ambivalente. En effet, l'avènement des alternatives constitue, avant tout, une solution à l'inapplication du droit, l'inapplication du droit révélant alors ses vices (1). Mais, il faut souligner que les alternatives sont en réalité nées en marge du droit, suite au refus de certains parquetiers d'appliquer la loi. Cette troisième voie procédurale est donc le résultat de l'inapplication du droit, l'inapplication du droit révélant cette fois ses vertus (2).

1. *Les alternatives aux poursuites : solution à l'inapplication du droit*

Jusqu'aux années 1990 « l'exercice du pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites par le procureur [...] s'est réduit à un choix binaire. Soit il actionnait, sur le clavier de l'action publique, la touche de la poursuite [...], soit il activait la touche verte absolutoire du classement sans suite »²⁶. Or, il arrivait souvent au regard de la gravité de l'infraction qu'aucune de ces deux voies procédurales n'apparaisse opportune, la décision de classement sans suite « sec » de l'affaire constituant une réponse trop clémente alors que la décision de poursuite était, au contraire, jugée trop sévère.

Par ailleurs, « l'engorgement des juridictions pénales, comme souci de ne pas occuper à outrance les débats judiciaires par l'évocation d'infractions dites de gravité secondaire [conduisait] à abandonner ou pour le moins à raréfier le recours aux poursuites dans tel ou tel arpent du champ pénal, générant ici ou là un sentiment d'impunité néfaste »²⁷.

Du reste, dans un cas comme dans l'autre – classement sans suite ou poursuites – la réponse pénale proposée n'apparaissait pas adaptée. Dès lors, s'enfermer dans un choix binaire conduisait à une application ineffective du droit, ce qui revenait purement et simplement à une inapplication du droit.

²⁶ J.-O. VIOUT en collaboration avec A. TALEB, « La défense pénale devant le ministère public : les alternatives à la poursuite », in *La Défense pénale*, Actes du XIXe congrès de l'Association française de droit pénal, *RPDP* n° spécial 2010, p. 135.

²⁷ *Idem*.

C'est encore ce qui fut par la suite constaté par un auteur qui déclarait que l'entreprise de tri dont le parquet avait la charge « aboutissait au classement sans suite ou pire à des dossiers dont les poursuites décidées par le parquet s'ensablaient définitivement. Il a même pu être relevé, dans certaines juridictions, le cas de dossier ayant donné lieu à une instruction qui se soldait par un abandon des poursuites... jusqu'au constat de la prescription de l'action publique »²⁸. Un rapport publié par le Sénat en 1998 faisait en outre état de ce constat préoccupant et recommandait, entre autres, outre le développement du traitement en temps réel (TTR) des affaires pénales – nous y reviendrons – celui de la troisième voie.

Il y était précisé que « le classement sans suite [...] s'explique [...] par la nécessité, faute de moyens suffisants à la disposition du Parquet, du Siège, des services de constatations et d'enquête et de ceux chargés de l'exécution de « gérer des stocks et des flux ». Certains « parquetiers » nous ont en effet indiqué qu'il n'y avait pas d'autres moyens de gérer les dossiers qui s'accumulent. « On fait ce que l'on peut quand l'armoire est pleine » nous a déclaré un procureur de la République. La notion d'inopportunité des poursuites devient alors très extensive et masque en réalité le classement sec [...]. La troisième voie permet de pallier la capacité limitée de production de jugement de l'institution judiciaire tout en mettant la justice pénale à la disposition des justiciables... »²⁹.

C'est la raison pour laquelle l'avènement des alternatives aux poursuites apparaît comme une solution permettant d'offrir une réponse à toutes les sollicitations. Cette troisième voie suscite parmi les magistrats du parquet « toute une rhétorique qui valorise la réponse qu'elle permet de donner à toutes sortes d'affaires qui pourraient autrement se trouver classées »³⁰.

Dans ce contexte, l'institution de cette voie intermédiaire offre le compromis souhaité en donnant une réponse pénale à l'affaire tout en évitant le classement sans suite mais sans pour autant recourir à la poursuite. Les alternatives aux poursuites sont donc très vite apparues comme une solution à l'inapplication du droit, celle-ci révélant alors ses vices. Toutefois sur le terrain, cette réalité n'a en fait pas échappé aux principaux intéressés que sont les parquetiers. Ceux-ci, refusant d'appliquer le droit, ont en effet déjà recours aux mesures alternatives en dehors de tout cadre légal.

2. *Les alternatives aux poursuites : résultat de l'inapplication du droit*

Dès les années 1980, alors même qu'aucun dispositif légal n'était encore établi, deux facteurs au moins ont contribué à ce qu'en pratique l'on constate l'utilisation des alternatives aux poursuites. Il s'agit d'une part, de l'augmentation croissante du contentieux de masse et principalement de la criminalité urbaine qui encombre l'appareil judiciaire et d'autre part, de la mise en place du traitement en temps réel des affaires pénales dans le but clairement affiché qui est de « tout traiter

28 J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, Gallimard 2006, p. 126.

29 H. HAENEL, *Les infractions sans suite ou la délinquance mal traitée*, Rapport n° 153, 1998, www.senat.fr

30 B. BASTARD, C. MOUHANNA et W. ACKERMANN, *Une justice dans l'urgence : Le traitement en temps réel des affaires pénales*, coll. Droit et justice, PUF, 2007, p. 118.

sans retard »³¹. En premier lieu, les procureurs doivent à cette époque, pour gérer le contentieux de masse et désengorger les juridictions pénales, trouver des solutions adaptées d'autant que le recours à la voie classique de la poursuite n'apparaît pas approprié. En effet, en raison de leur faible gravité, les infractions commises s'apparentent parfois à de simples incivilités. Cette délinquance moderne est « essentiellement urbaine, massive, protéiforme, rajeunie, reliée sans s'y réduire aux phénomènes d'exclusion et connectée à la croissance de l'économie souterraine »³².

En second lieu, la mise en place du TTR qui se développe concomitamment favorise le recours aux alternatives. Ces dernières prennent en effet de l'ampleur dans les années 1990 si bien que les deux pratiques se renforcent progressivement l'une l'autre³³. Issu d'expérimentations locales menées dans les années 1990 au sein des parquets de Pontoise, de Lyon et surtout de Bobigny, le TTR est initié par les procureurs eux-mêmes qui font le choix d'une solution pragmatique³⁴. Il s'agit d'un schéma organisationnel standardisé³⁵ qui consiste, pour le parquet, à apporter une réponse judiciaire immédiate en déclenchant, sans délai, le traitement d'une affaire élucidée portée à sa connaissance par les services de police au moyen d'un compte rendu téléphonique³⁶. En réalité, il a été constaté que préalablement à la mise en place du TTR, le recours à la communication par voie téléphonique entre les services de police et les magistrats existe déjà pour les affaires les plus importantes. Ainsi, « l'introduction du TTR ne constitue [...] pas tant une création *ex nihilo* que l'amplification et la systématisation des procédés préexistants »³⁷. Toutefois, l'application du TTR à la criminalité dite de masse demeure une pratique novatrice. Dans un premier temps, cette pratique est diffusée par imitation au gré de la mobilité des magistrats avant d'être, dans un second temps, généralisée et institutionnalisée principalement grâce à l'action de la chancellerie³⁸.

De même, un nombre important d'études met en évidence le fait que, préalablement à l'institution de cette troisième voie procédurale, les mesures alternatives aux poursuites ne sont que des reprises de pratiques expérimentées des parquetiers. Dans le but de réduire le nombre de classements sans suite « secs » sans engorger les juridictions répressives, les parquetiers préfèrent, au milieu des années 1980, se rapprocher d'associations et développent des mesures de médiation pénale. Ils demandent par ailleurs aux services d'enquête – de police ou de gendarmerie – de classer le dossier à la condition que le mis en cause ait été réprimandé, qu'il ait régularisé sa situation, qu'il ait indemnisé la victime³⁹. Ce sont ces pratiques officieuses qui seront par la suite légalisées par les lois de 1993 et 1999. Cette troisième voie procédurale s'est donc développée à l'origine en raison du refus des procureurs de trancher entre d'une part s'abstenir de poursuivre en prenant une décision

31 J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., p. 123.

32 D. PEYRAT, « La justice pénale de proximité : faire plus ou mieux faire ? », *Gaz. Pal.* 13 octobre 2001, n° 286, p. 2 et s.

33 B. BASTARD, C. MOUHANNA et W. ACKERMANN, *Une justice dans l'urgence : Le traitement en temps réel des affaires pénales*, op. cit., p. 116.

34 J.-P. JEAN, *Le système pénal*, coll. Repères Sciences politiques – Droit, La découverte, 2008, p. 77 ; B. BASTARD et C. MOUHANNA, « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales », *Arc. pol. crim.* 2006/1, n° 28, p. 153.

35 C. ETRILLARD, « Des relations du ministère public avec la police judiciaire en France : étude du traitement en temps réel des procédures pénales », *Revue internationale de criminologie et de police scientifique* 3/2003, vol. LVI, p. 277-294 cité par J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., p. 126.

36 J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., p. 125-126.

37 B. BASTARD et C. MOUHANNA, « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales », op. cit., p. 159.

38 *Ibidem*, p. 156.

39 J.-P. JEAN, *Le système pénal*, op. cit., p. 68.

de classement sans suite « sec » et d'autre part poursuivre. Refusant tout simplement de se reporter au choix que leur donnait le législateur, ils ont refusé d'appliquer la loi provoquant ainsi le développement d'une voie procédurale intermédiaire, d'une pratique judiciaire ayant permis l'avènement des alternatives aux poursuites. Voilà pourquoi, il est permis d'affirmer que les alternatives aux poursuites sont le résultat de l'inapplication du droit qui révèle, dans ce cas, toutes ses vertus.

Autrement dit, « les solutions alternatives à la poursuite sont nées de la pratique, de la volonté des parquets de ne pas se laisser enfermer dans une sorte de logique binaire qui, apparemment dictée par le système de l'opportunité des poursuites, ne permettait aux parquets que de poursuivre ou de s'abstenir, alors qu'il leur semblait nécessaire de pouvoir diversifier les solutions de nature à résorber le trouble à l'ordre public causé par la commission d'une infraction »⁴⁰.

Mais cette volonté de diversification de la réponse pénale n'a pas permis que le développement des mesures alternatives. Complété par l'idée de systématique de la réponse pénale, l'objectif de diversification de la réponse pénale du parquet a également permis le développement d'autres procédures, contribuant par là même à une nouvelle application du droit.

II. La systématique de la réponse pénale et les risques d'inapplication du droit

Si la multiplication des modes de traitement judiciaire des affaires a assurément permis d'accroître le taux de réponse pénale, elle a également, dans un contexte de nouvelle économie pénale, durablement transformé l'application du droit (A). Par ailleurs, même si à première vue cela peut paraître paradoxal, la systématique de la réponse pénale instituée par le législateur de 2004 n'a pas conduit qu'à restreindre les classements sans suite « secs ». En réalité, la situation actuelle est perfectible puisque l'on constate, depuis quelques années déjà, un risque de multiplication des cas d'inapplication du droit (B).

A. L'essor des modes de règlement des infractions et la nouvelle application du droit

Depuis presque une vingtaine d'années, le renouvellement des modes de traitement du contentieux pénal porté par cette idée de systématique de la réponse pénale et par la mise en place de politiques managériales emporte au moins deux conséquences sur l'application du droit. Premièrement, on observe un déplacement dans le temps et dans l'espace du traitement des affaires pénales (1). Deuxièmement, en raison même de cette nouvelle application du droit, on assiste à une transformation de la justice pénale (2).

40 S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, coll. « Manuel », Paris, Lexisnexis – Litec, 9^e éd., 2013, p. 971.

1. *Le déplacement dans le temps et dans l'espace du traitement des affaires pénales*

On enseigne traditionnellement que la phase essentielle de notre procédure pénale – qui historiquement se rapproche davantage du modèle inquisitoire – est celle de l'enquête, ce qui rend accessoire la phase du procès pénal. Ce constat est à l'heure actuelle d'autant plus vrai que la consécration du principe de l'opportunité des poursuites combinée à celle de la systématisme de la réponse pénale et la diversification des modes de traitement des affaires pénales ont conduit à un bouleversement des phases de notre procédure pénale, y compris celle de l'enquête car c'est désormais à l'issue de cette dernière que tout se joue ou presque. En effet, qu'il s'agisse des alternatives aux poursuites ou des procédures de jugement rapides, il est permis d'observer un déplacement dans l'espace et dans le temps du traitement des affaires pénales.

En premier lieu, à l'occasion des alternatives dites réparatrices, de la composition pénale ou de la transaction pénale, on remarque que l'affaire est traitée en dehors de l'enceinte judiciaire, au sein d'une association, en maison de justice et du droit ou dans les locaux du commissariat ou de la gendarmerie. Les débats ayant lieu en dehors du tribunal, en pratique le plus souvent par une personne habilitée (médiateur, délégué, officier de police judiciaire), il existe clairement une délocalisation du traitement des affaires pénales, ce qui au demeurant permet de désengorger les juridictions. De même, si l'on observe le déroulement d'une ordonnance pénale, on se rend compte qu'en l'absence de contestation, compte tenu des mesures⁴¹ prévues par la loi et exécutées par l'auteur de l'infraction après que le dossier traité par le procureur ait été validé par le juge, cette procédure ne nécessite à aucun moment la réunion de la juridiction de jugement. Enfin, en ce qui concerne la CRPC, le même constat peut être formulé même s'il ne concerne qu'une partie de cette procédure à savoir la phase de proposition de peine. La procédure de CRPC impose en effet la comparution du prévenu devant le procureur de la République. Ce dernier, après avoir constaté son identité et lui avoir fait connaître les faits qui lui sont reprochés, recueille la déclaration de culpabilité de l'intéressé en présence de son avocat⁴². Au cours de cet entretien, le représentant du parquet propose à la personne poursuivie une ou plusieurs peines principales ou complémentaires encourues. Bien que l'offre du procureur doive respecter d'une part, le principe de personnalisation de la peine prévu par l'article 132-1 du code pénal⁴³ et d'autre part, les limites posées par la loi, la liberté du procureur est évidente d'autant qu'une fois la peine proposée et acceptée, celle-ci ne pourra plus être modifiée par le juge de l'homologation. Le ministère public joue donc un rôle majeur à ce stade de la procédure qui, il faut bien le reconnaître, constitue la phase principale au cours de laquelle le sort du prévenu est quasiment

41 Sont exclues les peines d'emprisonnement.

42 Art. 495-8 al. 4 *C. proc. pén.* ; Circulaire n° CRIM 2004-12 E8 du 2 septembre 2004 de présentation des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, BOMJ n° 2004/95, pts. 2.2 et 2.2.1.

43 « Lorsque la loi ou le règlement réprime une infraction, le régime des peines qui peuvent être prononcées obéit, sauf dispositions législatives contraires, aux règles du présent chapitre. Toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée. Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 » du code pénal. V. aussi art. 495-8 al. 1 *C. proc. pén.*

scellé. Or, si tout se joue en dehors de l'audience d'homologation, il y a bien un déplacement dans l'espace du traitement de l'affaire pénale. Ainsi, qu'il s'agisse des alternatives aux poursuites ou des modes de poursuite, on observe un mouvement d'externalisation du traitement des affaires pénales qui se manifeste d'ailleurs, au moins pour ce qui est des alternatives, par le recours à la sous-traitance de ce contentieux par des acteurs autres que les procureurs.

Outre ce phénomène d'externalisation du contentieux, on constate, en second lieu, un déplacement dans le temps du traitement des affaires, particulièrement de la contradiction et principalement en amont du procès⁴⁴. En effet, à l'occasion des différents modes de résolution du contentieux pénal, on observe que les procédures sont gérées au cours de la phase préparatoire, préalablement ou concomitamment à la décision d'orientation du dossier par le ministère public. À ce titre, les alternatives aux poursuites et l'ordonnance pénale ne prévoient pas la tenue d'un procès pénal, ce dernier n'ayant pas lieu d'être puisque tout se règle, ou presque, bien avant la phase décisive. De même, si la CRPC prévoit une audience d'homologation présidée par un magistrat du siège, cette audience ne peut être assimilée à une audience correctionnelle traditionnelle et ce pour plusieurs raisons. En effet, alors qu'au cours d'une audience correctionnelle classique, la présence du procureur est obligatoire⁴⁵, elle est facultative dans le cadre d'une CRPC. De plus, à l'occasion d'une audience classique le parquet est chargé de défendre les intérêts de la société et de démontrer que la culpabilité du prévenu est caractérisée avant de requérir une peine à son encontre. La détermination de la peine, quant à elle, relève de la seule compétence du juge, ce qui n'est pas le cas dans la procédure de CRPC. Dans cette procédure, l'aveu de culpabilité formulé par l'auteur présumé des faits et l'acceptation par ce dernier de la proposition de peine du procureur, rendent inutile, outre le débat contradictoire relatif à la culpabilité, tout débat sur la peine. Autrement dit, puisque tout se joue au cours de la phase de proposition de peine et que cette phase se situe en amont de la phase d'homologation, il y a donc bien un déplacement dans le temps du traitement du contentieux. Du reste, au cours de l'audience d'homologation de CRPC, le magistrat du siège ne choisit pas la peine mais procède uniquement à son homologation⁴⁶. Ainsi, quelle que soit la procédure, la phase décisive se résume à la validation par le juge des mesures proposées sur autorisation du procureur et acceptées par l'auteur de l'infraction. Les alternatives aux poursuites induisent donc assurément une modification de la structure du procès pénal par la suppression pure et simple de l'audience de jugement. Les procédures de jugement rapides permettent, quant à elles, de s'affranchir de l'audience pénale traditionnelle. Outre une restructuration évidente de ces phases, il est évident que s'opère un déplacement dans le temps de l'application du droit.

44 Pour ce qui est des formes de poursuite, la contradiction est également déplacée en aval du procès en cas d'appel.

45 V. art. 32 *C. proc. pén.* qui prévoit que toutes les décisions sont prononcées en présence du ministère public. V. également Cass. crim. 9 mai 1985, *Bull. crim.* n° 178 : à peine de nullité le ministère public ne doit pas s'absenter des débats ; Cass. crim. 26 mars 1996, *Bull. crim.* n° 134 : « si les articles 32, 486 et 510 du code de procédure pénale exigent que le ministère public, partie nécessaire au procès pénal, soit présent à chaque audience des juridictions de jugement, il résulte de l'article 592 du même code qu'à l'instar des magistrats composant la juridiction, il est présumé avoir assisté à toutes les audiences de la cause, dès lors qu'il a été entendu en ses réquisitions à celle des débats ; Cass. crim. 18 janv. 1995, *Bull. crim.* n° 27 : « la présence du ministère public s'impose à peine de nullité lors du prononcé de la décision ».

46 Pour un développement sur ce point, v. A. TALEB, « Le « plaider coupable » français : quel avenir pour l'audience de jugement ? », in J. LEBLOI-HAPPE et C.-F. STUCKENBERG (dir.), *Was wird aus der Hauptverhandlung ? Quel avenir pour l'audience de jugement ?*, 4^{es} rencontres du droit pénal franco-allemandes, Bonn University press, 2014, p. 221-247.

De ces quelques observations, il résulte que ces procédures renouvelées impliquent d'une part, une restructuration de la phase préparatoire par compression de l'avant-procès pénal et d'autre part, une restructuration de la phase décisive soit par la suppression pure et simple du procès pénal (tel est le cas des alternatives aux poursuites et de l'ordonnance pénale), soit de manière moins radicale, par la césure du procès pénal (tel est le cas de la CRPC).

Du reste, pour certains auteurs à l'occasion de la mise en œuvre des modes alternatifs de résolution des conflits, « le droit n'est pas complètement évacué mais il n'est pas appliqué de la même manière »⁴⁷. Ceci explique notamment que cette nouvelle application soit à l'origine des bouleversements que connaît actuellement notre justice pénale.

2. *La nouvelle application du droit et les transformations de la justice pénale*

La doctrine du *New Public Management*, développée sous le nom de *managerialism*, et qui vise à gérer l'ensemble des services publics comme s'il s'agissait d'entreprises privées, a imprégné tous les stades du processus judiciaire et particulièrement celui de l'avant-procès. En conséquence, « la politique criminelle s'inscrit désormais dans une logique d'efficience s'appuyant sur des indicateurs de performance »⁴⁸. La mise en place du TTR des infractions en atteste. En effet, le TTR qui remplace le flux pénal géré par courrier jugé trop lent, aléatoire et inefficace, permet de pallier les lenteurs de la justice pénale en lui permettant de « se doter d'un instrument synonyme de rapidité, d'efficacité, de réponse systématique »⁴⁹ tout en rassurant les populations, les politiques ainsi que les acteurs du processus judiciaire.

Tout comme les procédures d'urgence qui préexistent au TTR, ce dispositif permet l'accélération du temps judiciaire et notamment celle de l'avant-procès, le temps du parquetier empiétant sur celui du policier⁵⁰. Avant le TTR, la phase d'enquête ne se déroulait par échange d'informations téléphoniques qu'en cas d'urgence. Le plus souvent, l'échange par courrier conduisait à une décision différée sur l'action publique aboutissant entre le temps du policier et celui du parquetier à « une séquence d'inaction, propice à la cristallisation des situations, parfois au détriment des libertés individuelles, presque toujours en défaveur des victimes »⁵¹. De ce fait, le temps judiciaire traditionnel incluait le temps de l'enquête qui se distinguait clairement du temps de la poursuite. Mais la crise de la performance ayant gagné l'institution judiciaire, l'urgence s'est installée au cœur de la politique pénale afin de répondre aux attentes de la société, des victimes qui s'impatientaient, de l'élu qui protestait contre les lenteurs injustifiées de l'appareil judiciaire, des magistrats qui voyaient les dossiers s'accumuler et les délais d'audiencement s'allonger. Depuis l'institution du TTR, le temps de l'intervention du parquetier est désormais simultané ou quasi simultané au temps de la commission de

47 J.-B. RACINE, *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générales et spéciale*, Centre de recherche en droit économique, Centre d'études et de recherches sur les contentieux, mars 2001, p. 3.

48 J.-P. JEAN, *Le système pénal*, op. cit., p. 56 ; J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, op. cit., p. 157.

49 B. BASTARD ET C. MOUHANNA, « L'urgence comme politique pénale ? Le traitement en temps réel des affaires pénales », op. cit., p. 157.

50 Le temps du parquetier empiète également sur le temps du juge de manière plus ou moins radicale selon qu'il s'agisse des alternatives aux poursuites ou des procédures de jugement rapides.

51 D. PEYRAT, « La justice pénale de proximité : faire plus ou mieux faire ? », *Gaz. Pal.* 13 octobre 2001, n° 286, p. 2 et s.

l'infraction. Ainsi, en raison de l'échange téléphonique entre policiers et parquetiers, le TTR déplace l'action en amont de la chaîne pénale et contribue à ce que les temps du parquetier et du policier se chevauchent⁵². Voilà pourquoi le TTR, pour remédier à la lenteur de l'appareil judiciaire, opère une véritable compression de l'avant-procès pénal et accélère le temps judiciaire dès les premiers stades du processus.

L'avant-procès pénal est donc aménagé pour s'adapter à la nouvelle économie de la justice pénale reposant sur une nouvelle gestion du temps et intégrant des objectifs de rentabilité dans le traitement de la criminalité. Dans ce contexte, les procédures plus simples et plus rapides que les voies ordinaires, instituées en vue de diversifier les modes de traitement des affaires pénales, trouvent un terrain fertile à leur développement puisqu'elles visent à renforcer l'efficacité pénale par la suppression ou l'aménagement de certaines phases procédurales. Constituant une solution adaptée au ralentissement du processus judiciaire, le recours à ces procédés est donc encouragé dans le cadre de la mise en place de la logique gestionnaire. Ce faisant, la structure même de notre procédure pénale s'en trouve modifiée marquant ainsi le passage d'une vision traditionnelle du droit, disputée par les parties et tranchée par le juge, à une vision moderne du droit, discutée et décidée par les parties sous le contrôle du juge. Si, à première vue, cette nouvelle application du droit ne permet pas de conclure à une inapplication du droit, s'affranchir des méthodes traditionnelles du traitement des affaires pénales pourrait équivaloir à une sortie de la sphère du droit, à une « désapplication » du droit, voire à une inapplication du droit. Ainsi, « [d]ans la plupart des hypothèses, il est [...] probable que les modes alternatifs gravitent non pas dans une pure zone de non-droit mais plutôt dans une "zone grise" où le droit est présent mais de manière différente que devant le juge d'État ». En cela, « les modes alternatifs n'appartiennent pas complètement au droit »⁵³, pas tel qu'on le connaît traditionnellement.

Mais aujourd'hui force est de constater que le système s'essouffle, les procédures s'allongent au point qu'il convient finalement de se demander si l'on ne se dirige pas vers une multiplication des cas d'inapplication du droit.

B. Vers la multiplication des cas d'inapplication du droit ?

Depuis quelques années déjà, le constat dressé est celui d'une crise de l'institution judiciaire et particulièrement du ministère public (1). Pour remédier à cette situation, des réflexions sont bien évidemment menées au plan national et des solutions de sortie de crise sont proposées afin de ne pas créer des situations propices à l'inapplication du droit (2).

52 La décision d'orientation du dossier du parquetier dans le cadre du TTR est, en principe, prise lors de la phase de l'enquête alors que le mis en cause, placé en garde à vue, se trouve dans les locaux des services d'enquête. V. B. BRUNET, « Le traitement en temps réel : la justice confrontée à l'urgence comme moyen habituel de résolution de la crise sociale », *Droit et société* 1998, n° 38, p. 95-96 ; C. MIANSONI, « La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales (TTR) », *Aj pénal* 2012, p. 152-156.

53 J.-B. RACINE, *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générales et spéciale*, Centre de recherche en droit économique, *op. cit.*

1. *Le constat de la crise du ministère public*

On remarque qu'avec cette nouvelle application du droit, le contradictoire se déplace en amont du processus pénal d'où la nécessité d'une réglementation accrue de cette phase procédurale, l'autorité des poursuites devenant ainsi le rouage central de la chaîne pénale. Or, le législateur, en confiant au procureur de nouvelles attributions dont certaines supposent l'exercice de fonctions quasi judiciaires, lui fait supporter une nouvelle charge de travail considérable. Ainsi, sans résoudre véritablement le problème, le législateur n'a fait que déplacer des points de blocage du processus pénal et a contraint les procureurs à mettre en place un mécanisme de délégation en cascade. Pour reprendre les termes du conseiller à la Cour de cassation Jacques Buisson, il s'agit là d'une « délégation par difficulté d'exécution de mission »⁵⁴ mise en place afin de permettre au « procureur [...], de mener à bien la mission qui lui a été impartie par la loi en matière d'alternatives »⁵⁵ aux poursuites.

À cet égard, il y a quelques années, le garde des Sceaux a confié au magistrat Jean Louis Nadal le soin de présider une commission composée notamment de magistrats, d'universitaires et d'avocats, chargée d'engager une réflexion sur la conduite et la déclinaison de la politique pénale, sur la redéfinition des champs de compétence du parquet ainsi que sur son organisation. Cette mission relative à la modernisation de l'action publique s'inscrivait dans un contexte marqué par l'accroissement et la diversification des missions du parquet en raison de l'augmentation régulière du volume de procédures à traiter. Alors que la Commission s'était notamment interrogée sur les capacités d'adaptation des acteurs de terrain qui dans pareille situation trouvent leurs limites, le rapport Nadal de novembre 2013 posait déjà le constat résultant, entre autres, d'un décalage entre les missions et les moyens du parquet.

Sur ce point, il y était indiqué qu'« [e]ntre classement et poursuite, le parquet a par ailleurs ouvert une «troisième voie» : celle, en expansion constante, des mesures alternatives aux poursuites pénales. La loi lui a en outre accordé, en instaurant les procédures de composition pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, de se muer en quasi-juge, au risque d'une certaine perte des repères »⁵⁶.

Plus encore, le rapport déplorait le peu de moyens alloués au ministère public alors que son domaine d'intervention ne cesse de s'étendre.

La crise que connaît le parquet est donc multiforme et le bilan qu'il nous est donné de dresser en 2018 n'est guère plus réjouissant. C'est en effet le message d'alerte lancé par la Conférence nationale des procureurs de la République qui dans son livre noir⁵⁷ décrit une justice pénale « en voie de clochar-

54 J. BUISSON, « Les auxiliaires délégués de la justice pénale », *RPDP* 2005, p. 830.

55 *Idem*.

56 J.-L. NADAL, *Refonder le ministère public*, Commission de modernisation de l'action publique, Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, novembre 2013, www.justice.gouv.fr, p. 3.

57 CONFÉRENCE NATIONALE DES PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, *Le livre noir du mystère public – Propositions pour la Justice*, juin 2017, <https://lesjours.fr>

disation ». À bout de souffle, « [l]a justice va mal. Ses délais ne cessent de s'allonger »⁵⁸. Alors qu'elle dispose de moyens toujours plus limités (effectifs et budget inférieurs à la moyenne européenne)⁵⁹, on exige de la justice pénale toujours plus de résultats, de surcroît dans un contexte d'« hyper-inflation normative : législative ou jurisprudentielle, supranationale [...] comme nationale [...] » jugée destructrice. Ainsi, le code pénal qui en 1981 comptait 1 118 pages en compte 3 055 en 2017 et le code de procédure pénale de 2018 en contient 2 828 contre 849 pages en 1981 ! La charge de travail des procureurs, qui sont plus chargés en attributions et en procédures, ne cesse dès lors de s'amplifier. Ceux-ci, pris dans l'engrenage judiciaire, sont noyés dans la masse des flux pénaux et ne parviennent que très difficilement à honorer leurs missions. La « misère » de la justice est donc clairement dénoncée puisque les délais de traitement et d'audiencement des affaires pénales sont allongés de même que les délais d'exécution des sanctions pénales lorsqu'enfin l'affaire pénale est jugée.

Dans pareille situation, le risque d'une application tardive du droit, d'une application ineffective du droit est réel ; ce qui revient purement et simplement à une inapplication du droit. Il faut donc sans plus tarder redéfinir les priorités de la justice pénale pour lutter contre ces risques d'inapplication du droit.

2. Les actions à mener pour prévenir l'inapplication du droit

Les termes choisis par la Conférence nationale des procureurs il y a quelques années déjà sont particulièrement révélateurs de la gravité de la situation actuelle. Celle-ci a en effet lancé l'alerte en déclarant que « sous l'avalanche des textes qui modifient sans cesse le droit et les pratiques, souvent dans l'urgence, sans étude sérieuse d'impact, et au nom de logiques parfois contradictoires, les magistrats du parquet n'ont plus la capacité d'assurer leur mission d'application de la loi »⁶⁰. À moins d'une réforme constructive et cohérente pour une application effective du droit, l'inapplication du droit est donc bien à craindre.

Pour cela, selon la Conférence nationale des procureurs, l'excès de production de normes est à bannir de manière à rétablir un rythme de modification des normes réaliste c'est-à-dire compatible avec les moyens de l'institution judiciaire. Toute modification significative devrait au préalable faire l'objet d'une évaluation d'impact et s'inscrire dans le cadre d'une action coordonnée. Il faudrait par

58 MISSION D'INFORMATION SUR LE REDRESSEMENT DE LA JUSTICE, Rapport n° 495 enregistré à la Présidence du Sénat le 4 avril 2017, <https://www.senat.fr>, p. 9.

59 V. COMMISSION EUROPÉENNE POUR L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE (CEPEJ), *Systèmes judiciaires européens, efficacité et qualité de la justice*, Etudes de la CEPEJ n° 23, édition 2016 (données 2014), www.coe.int.fr. V aussi MISSION D'INFORMATION SUR LE REDRESSEMENT DE LA JUSTICE, Rapport n° 495, *op. cit.*, p. 52-53.

Certes, « le président du groupe de travail chargé d'établir ce rapport, M. Jean-Paul Jean, a précisé qu'il était important de pouvoir situer la France par rapport à des pays comparables tant en termes de niveau de richesse, que d'architecture et de fonctionnement du système judiciaire dans son ensemble [...]. [Mais] [s]elon le rapport de la commission européenne pour l'efficacité de la justice, le montant annuel du budget par habitant consacré au système judiciaire est assez faible, puisque la France n'y consacre que 64 euros en moyenne, ce qui la place assez loin du niveau de dépenses consenti par des pays dont les structures sont comparables comme l'Autriche (96 euros), la Belgique (85 euros) ou l'Italie (73 euros). Si l'on rapproche ce niveau de dépenses en faveur de la justice du produit intérieur brut par habitant, qui est un bon indicateur de comparaison en zone euro, à niveau de richesse comparable, les Pays-Bas réalisent un effort budgétaire presque deux fois plus important que la France en faveur de leur système judiciaire [...]. [L]e procureur français serait, selon cette étude comparative de référence, l'un des magistrats dont la charge de travail est la plus importante en Europe. La France compte en effet seulement 2,8 procureurs pour 100 000 habitants, contre 7,6 en Belgique ou 4,7 aux Pays-Bas ».

60 C. RASTELLO, « Justice : même les procureurs n'en peuvent plus ! », *Le Nouvel Observateur*, 8 décembre 2011, <https://www.nouvelobs.com>.

ailleurs repenser les notions de proximité et d'universalité. La proximité ne doit plus se concevoir uniquement de manière géographique car, à l'ère du tout numérique et en raison de la dématérialisation en cours des procédures, la proximité physique n'est plus requise. Par ailleurs, une modernisation de l'organisation judiciaire est nécessaire et avec elle, une réduction des cours d'appel et une fusion des tribunaux de grande instance et d'instance. Quant à l'universalité de la compétence des magistrats, elle est aujourd'hui utopique car « [l']inflation législative, l'obsolescence rapide des normes, leur concurrence, la complexification des règles font que la force du magistrat est désormais dans sa spécialisation tant en matière civile que pénale »⁶¹.

Outre l'évolution statutaire constitutionnelle du parquet, il faudrait également envisager de renforcer les moyens à la disposition de l'institution judiciaire et particulièrement ceux des magistrats du parquet. Il a été souligné que les procureurs français sont les moins nombreux et les moins assistés d'Europe. Il faudrait alors accroître les effectifs pour que ceux-ci soient en conformité aux standards européens. Si l'expérience des greffiers assistants des magistrats a été concluante et doit être pérennisée, si la loi du 18 novembre 2016 a créé un nouveau statut de juriste assistant⁶² qui ne doit pas se confondre avec celui d'assistant de justice, la plupart des parquets ne dispose, pour l'instant, ni de greffiers assistants du magistrat, ni de juristes assistants. Du reste, il faudrait dans le même temps définir précisément les domaines de compétence de chacun et anticiper les éventuels transferts de pouvoirs quasi juridictionnels dans un contexte de diversification des profils des personnes amenées à exercer des activités relevant à l'origine de la compétence exclusive des magistrats. Enfin et surtout, sécuriser, simplifier et adapter le droit processuel aux évolutions de la société est une priorité. Pour ce faire, il faut d'une part, bannir « la pénalisation à outrance qui ne sert qu'à masquer l'incapacité des administrations publiques à mettre en œuvre et faire respecter le droit » et d'autre part, simplifier les procédures dont la complexité et les conséquences tirées des nullités paralysent certains services d'enquête et conduisent à leur inaction.

Ceci étant, quelles perspectives d'évolution peut-on raisonnablement envisager pour lutter contre le risque d'inapplication du droit qui résulterait d'une application tardive et ineffective de la loi ? Alors que les axes de la réforme des chantiers de la Justice ont été présentés à Reims le 9 mars 2018, le Conseil d'État a rendu le 12 avril 2018 son avis concernant le projet de loi de programmation de la justice présenté en conseil des ministres⁶³. Rappelons que la simplification de la procédure pénale, la transformation numérique et l'adaptation de l'organisation judiciaire sont au cœur de la réforme en cours.

Sans être exhaustive, mentionnons que le Conseil d'État a d'abord indiqué que « [p]our mettre en œuvre les objectifs qu'il fixe pour les années 2018 à 2022, le Gouvernement prévoit une progression de 24 % des crédits budgétaires de l'ensemble des programmes de la mission « Justice » et la création de 6 500 emplois sur la même période »⁶⁴. Ensuite, il a relevé que « la fusion/absorption des tribunaux

61 CONFÉRENCE NATIONALE DES PROCUREURS DE LA RÉPUBLIQUE, *Le livre noir du mystère public – Propositions pour la Justice*, op. cit., p. 14.

62 L. n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, op. cit., art. 24.

63 CONSEIL D'ÉTAT, *Avis sur un projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022*, 12 avril 2018, www.conseil-etat.fr

64 *Ibidem*, p. 3.

d'instance par les tribunaux de grande instance préserve le maillage de la présence judiciaire et, partant, l'accessibilité de la justice »⁶⁵. Le Conseil d'État a ensuite notamment logiquement validé l'extension des alternatives aux poursuites et des procédures de jugement des délits (ordonnance pénale et CRPC) à la condition que « l'auteur d'une infraction pénale ne conteste ni sa culpabilité ni la peine ou la mesure qu'il est envisagé de lui imposer »⁶⁶. Ce faisant, le Conseil d'État encourage les mesures tendant à favoriser un traitement rapide et efficace de la procédure dès lors que des garanties assurent que le mis en cause a pu consentir de manière libre et éclairée à reconnaître sa culpabilité et à accepter la peine ou la mesure proposée. Mais de manière plus surprenante, alors que l'on se souvient du tollé qu'avait provoqué le projet de loi relatif à l'injonction pénale censurée par le Conseil constitutionnel⁶⁷, la possibilité de faire abstraction de l'intervention du juge à l'occasion d'une composition pénale lorsque le délit est puni d'une peine d'emprisonnement inférieure à trois ans, est admise. Si les orientations présentées semblent tenir compte de certaines revendications et des grands défis de la Justice du XXI^e siècle, des ajustements seront encore très certainement nécessaires.

65 *Ibidem*, p. 34.

66 *Ibidem*, p. 22. Il est toutefois regrettable que les procédures d'ordonnance pénale et de CRPC soient incluses au sein de la catégorie des alternatives aux poursuites alors qu'il s'agit de procédures de jugement des délits.

67 Cons. const., décision n° 95-360 DC du 2 février 1995, loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, www.conseil-constitutionnel.fr. Le Conseil Constitutionnel considéra qu'accorder à une autorité de poursuite le pouvoir de prononcer une condamnation était attentatoire aux libertés individuelles.